

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Ljubljana 2013
letnik 68 (130)
številka 9-10
strani 619–774

izdaja
Zveza društev pravnikov Slovenije

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik **68** (130)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka **9-10/2013**

Slovenski pravnik je prvič izšel leta 1862 (izdajatelj dr. J. R. 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 Pravniki), 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 *Pravnika*; od 1. januarja 1965, po združitvi z revijo Javna uprava, izhaja *Pravnik* kot revija za pravno teorijo in prakso.

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.

Uredniški odbor:

**dr. Mitja Deisinger, dr. Erik Kerševan, 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. Mihajlo Dika, dr. Katja Franko-Aas, dr. Tatjana Machalová,
dr. Miomir Matulović, dr. Ivan Padjen, dr. Joseph (Jože) Straus, dr. Jernej Sekolec,
dr. Miroslav Vrhovšek, dr. Davor Krapac, dr. Slobodan Perović**

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Jezikovni pregled in oblikovanje:

GV Založba, založniško podjetje, d. o. o.

Pravnik Izdajatelj in založnik: **Zveza društev pravnikov Slovenije**
Naslov: **Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana**
Tisk: **Grafika Soča, d. o. o., Nova Gorica**
Naklada: **560 izvodov**
Izide 12 števil na leto.

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

Naročila

tel.: 01 30 91 821, faks: 01 30 91 815

Letna naročnina (cene z DDV):

- za pravne osebe 80,02 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za posameznike 60,07 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za študente 25,03 EUR, posamezni zvezek 8,00 EUR
- za tujino 160,05 EUR, posamezni zvezek 34,00 EUR

IBAN: SI56 0292 2025 7264 074

VSEBINA

Članki

Jadranka Sovdat	Sodno varstvo referendumu – 623
Peter Podgorelec	Pravna narava ustanovitvenih aktov kapitalskih družb in kategorizacija njihovih sestavin – 649
Simon Tertnik	Potrebuje evropsko kolizijsko pravo Uredbo Rim 0? – 669
Eneja Drobež	Osirotela dela v primerjalnem in evropskem pravu – 697 <i>Verwaiste Werke in der Rechtsvergleichung und im Unionsrecht (daljši povzetek) – 727</i>
Mitja Grbec	Določitev meje na morju med Republiko Hrvaško ter Republiko Bosno in Hercegovino – 735

Prikaz

Gorazd Fišer	Zbornik v počastitev Alenke Šelih – 757
--------------	---

Avtorski sinopsisi – 763

Navodila za avtorje – 775

CONTENTS

Articles

- | | |
|------------------|---|
| Jadranka Sovdat | Judicial Protection of a Referendum – 623 |
| Peter Podgorelec | Legal Nature of Articles of Association
and Categorization of their Elements – 649 |
| Simon Tertnik | Does the European Private International Law Need
a Rome 0 Regulation? – 669 |
| Eneja Drobež | Orphan Works in Comparative and European Law
– 697
<i>Verwaiste Werke in der Rechtsvergleichung und
im Unionsrecht (Longer Summary) – 727</i> |
| Mitja Grbec | Delimitation of the Maritime Boundary between
the Republic of Croatia and the Republic of Bosnia
and Herzegovina – 735 |

Book Review

- | | |
|--------------|--|
| Gorazd Fišer | Collection of Essays in Honour of Alenka Šelih – 757 |
|--------------|--|

Authors' Synopses – 763

Guidelines for Authors – 779

SODNO VARSTVO REFERENDUMA

Jadranka Sovdat,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti,
sodnica Ustavnega sodišča Republike Slovenije*

1. UVOD

Z Ustavnim zakonom o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave Republike Slovenije¹ je bila spremenjena ustavna ureditev zakonodajnega referenduma. Ustavna sprememba zahteva usklajitev Zakona o referendumu in o ljudski iniciativi² z njo v roku enega leta (prvi odstavek II. razdelka UZ90,97,99). To pomeni, da bo moral zakonodajalec kmalu poskrbeti za ustrezne spremembe in dopolnitve zakona, ki se sicer v skladu s petim odstavkom 90. člena Ustave sprejema z dvotretjinsko večino navzočih poslancev. Ob tej priložnosti bi bilo dobro, če bi zakonodajalec nekoliko več pozornosti namenil vprašanju sodnega varstva referenduma, ki je večplastno. Z vidikom ustavnosodnega varstva pravice zahtevati referendum se bo moral ukvarjati že glede na vsebino ustavnih sprememb, medtem ko samo zaradi njih ne bi bile potrebne spremembe v ureditvi sodnega varstva pravice glasovanja na referendumu. Vendar je ne glede na to tokratna nujna zakonodajna aktivnost dobra priložnost, da se zakonodajalec temeljiteje loti tudi sprememb te ureditve. Spremembe so potrebne, ker veljavne zakonske določbe ne omogočajo učinkovitega sodnega varstva pravice glasovanja na referendumu, ki mora biti namenjeno temu, da se zagotovijo spoštovanje pravil v referendumskem postopku in verodostojnost referendumskih izidov, s tem pa tudi zaupanje državljanov v pošteno izvedbo referenduma. To zaupanje je eden od temeljev legitimnosti referendumske odločitve. Kot tako jo morajo sprejeti tudi volivci, ki se bodisi referendumskega glasovanja ne udeležijo bodisi pri njem ostanejo v manjšini.

¹ Ur. l. RS, št. 47/13 – v nadaljevanju UZ90,97,99.

² Ur. l. RS, št. 26/07 – uradno prečiščeno besedilo – v nadaljevanju ZRLI.

Za celovito predstavitev vprašanj, ki so predmet tokratne obravnave, najprej namenjamo nekaj pozornosti referendumu kot ustavnemu institutu in pravicam, ki so z njim povezane. Gre za več različnih pravic, ki jim je zagotovljeno tudi različno sodno varstvo. Tega skušamo predstaviti kot celoto in v njenem okviru nakažemo vprašanja, ki bi jim zakonodajalec po našem mnenju moral nameniti ustrezno pozornost. Po tem pa zakonsko ureditev ene od oblik tega varstva, ki zadeva sodno varstvo pravice glasovanja na referendumu, še podrobneje analiziramo, da bi odgovorili na vprašanje, ali so potrebne (tudi) spremembe 5. poglavja III. dela ZRLI.

Ob obravnavi posameznih vprašanj se zdi zanimivo primerjati slovensko in francosko ureditev glede na to, kako zelo podobni sta ustavni določbi temeljnih ustavnih načel v obeh ustavah (drugi odstavek 3. člena Ustave in prvi odstavek 3. člena francoske ustave³) o izvrševanju oblasti prek predstavniške demokracije in referenduma, in glede na to, kako različni sta si bili hkrati doslej državi tako po tem, v katerih primerih se zakonodajni referendum lahko izvede, kot tudi po tem, kdo ima pravico zahtevati razpis referenduma in za kakšno obliko referenduma gre.

V Sloveniji sicer poznamo kar deset različnih vrst in oblik referenduma na državni in lokalni ravni,⁴ vendar se pri obravnavi posameznih vprašanj omejujemo na zakonodajni referendum. Razlogov za to je več. Na eni strani je ta institut na ustavni ravni izrecno urejen in je tudi z vidika razmerja med izvrševanjem oblasti državljanov prek predstavniškega telesa in neposrednim izvrševanjem zakonodajne oblasti najbolj zanimiv. Na drugi strani je v njegovem okviru mogoče obravnavati vsa bistvena vprašanja z vidika sodnega varstva referenduma.

2. REFERENDUM IN Z NJIM POVEZANE PRAVICE

Ustava Republike Slovenije uveljavlja načelo ljudske oblasti,⁵ poimenovano tudi načelo ljudske suverenosti⁶ (prvi stavek drugega odstavka 3. člena), in določa, da državljanke in državljani (v nadaljevanju državljani) oblast uresničujejo ne-

³ Določba se glasi : »La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.« La Constitution de la République Française, na voljo tudi na <www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html> (22. 7. 2013).

⁴ I. Kaučič, v: I. Kaučič (ur.), nav. delo, str. 26.

⁵ O tem glej J. Sovdat, nav. delo, str. 22–23.

⁶ O razvoju načela ljudske suverenosti glej I. Kaučič, v: F. Grad in drugi, nav. delo, str. 20–23.

posredno in z volitvami (drugi stavek drugega odstavka 3. člena). Ena od oblik neposrednega izvrševanja oblasti državljanov je referendum. Pojem referendum⁷ označuje vsak postopek, s katerim državljane povabimo, da se vsak posamezno izreče po vnaprej določenih pravilih o kakem vprašanju stvarne narave (...) bodisi zaradi posvetovanja bodisi zaradi odločanja.⁸ Z vidika delovanja državne oblasti pomeni način sodelovanja ljudstva pri sprejemanju najpomembnejših⁹ pravnih in političnih odločitev, ki so sicer v pristojnosti predstavniškega telesa.¹⁰ Referendum torej omejuje zakonodajno oblast parlamenta.¹¹

Pogostost referendumskega odločanja v posameznih državah je sicer različna, vendar je tudi za države, v katerih so referendumi pogosti (npr. Švica), mogoče reči, da ti pomenijo vendarle manjši del uresničevanja načela ljudske oblasti, ki se pretežno uresničuje prek predstavniške demokracije,¹² se pravi s pomočjo svobodnih periodičnih volitev.¹³ Skupno posameznim državnim ureditvam je predvsem to, da navadno že ustave vsebujejo temeljne določbe, ki razmejujejo oblike neposredne demokracije od posredne demokracije. Ker se referendum kot oblika prve uresničuje bodisi izjemoma bodisi mnogo redkeje, kot to velja za predstavniško demokracijo, v ustavah držav navadno srečamo vsaj temeljno ureditev pogojev, pod katerimi pride do referendumskega odločanja o posameznem vprašanju. Ustave pri tem določajo, kaj je predmet referendumskega odločanja, za kakšno obliko¹⁴ referenduma gre in kdo je upravičen zahtevati,¹⁵

⁷ O razliki med referendumom, ljudskim vetom in plebiscitom glej I. Kaučič, nav. delo (1994), str. 17–18.

⁸ F. Hamon, nav. delo, str. 23. Guillaume-Hofnung predstavi Julien-Laferrièrejevo definicijo iz leta 1947, ki že tedaj dobro opredeli referendum kot »procédé par lequel le corps des citoyens est appelé à exprimer par une votation populaire, son avis ou sa volonté à l'égard d'une mesure qu'une autre autorité a prise ou envisage de prendre«. M. Guillaume-Hofnung, nav. delo, str. 17.

⁹ Glej tudi F. Grad, nav. delo, str. 41.

¹⁰ I. Kaučič, v: I. Kaučič (ur.), nav. delo, str. 21, in I. Kaučič, v: L. Šturm (ur.), nav. delo, str. 1165.

¹¹ F. Grad, nav. delo, str. 42.

¹² »Predstavniška demokracija je danes v večini primerov edina uresničljiva oblika demokracije. Razlogov za to je več, prevladujejo pa politični, strokovni in organizacijsko-tehnični.« I. Kaučič, v: I. Kaučič (ur.), nav. delo, str. 19.

»In a large modern state there is simply too much governing to be done to leave it in the hands of the people; they must choose representatives to do the work for them.« B. Watt, nav. delo, str. 11.

Grad pravi, da je večina zadev, o katerih se odloča v državi, tudi preveč zapletenih, da bi lahko o njih odločali volivci sami; F. Grad, nav. delo (2000), str. 25.

¹³ Več o tem glej J. Sovdat, nav. delo, str. 21–22.

¹⁴ O vrstah in oblikah referenduma glej I. Kaučič, v: I. Kaučič (ur.), nav. delo, str. 23–25.

¹⁵ O možnih predlagateljih razpisa referenduma prav tam, str. 24.

naj o posameznem vprašanju odločajo državljani na referendumu. Določajo pa tudi druge pogoje, ki opredeljujejo pravila referendumskega odločanja. Gre torej za to, da že iz ustavne ureditve (vsaj v temelju) izhaja, kdo ima pravico zahtevati razpis referendumu, kdo ga je pristojen razpisati in kdo ima pravico odločati na njem. V temelju zato lahko pri referendumu govorimo o dveh pravicah: o pravici zahtevati razpis referendumu¹⁶ (v nadaljevanju pravica zahtevati referendum) in o pravici glasovati in s tem (so)odločati na referendumu.

2.1. Pravica zahtevati referendum

V Sloveniji je po novi ustavni ureditvi izrecno uveljavljen naknadni potrditveni oziroma zavrtnitveni¹⁷ (prvi in četrti odstavek 90. člena Ustave) referendum.¹⁸ Pravico zahtevati referendum pa ima le štirideset tisoč volivcev.¹⁹ Opuščena je torej med drugim možnost, da bi kakršnokoli formalno vlogo pri tem imela parlamentarna manjšina. Pred zadnjo ustavno revizijo tudi v Franciji parlamentarna manjšina ni imela posebne vloge pri zahtevi referendumu.²⁰ Pravkar pa se pripravlja uveljavitev dopolnitve²¹ ustave (tretji odstavek 11. člena Ustave), ki bo omogočila tudi razpis referendumu o predlogu zakona (*proposition*

¹⁶ O pravici zahtevati razpis referendumu tudi Ustavno sodišče v odločbi št. U-II-1/12, U-II-2/12 z dne 17. decembra 2012 (Ur. l. RS, št. 102/12).

¹⁷ O tej vrsti referendumu glej I. Kaučič, v: I. Kaučič (ur.), nav. delo, str. 53.

¹⁸ Francoska ustavna ureditev predvideva dve obliki referendumu: (1) volivci na referendumu odločajo o predlogu zakona (*projet de loi*, kar je izraz za predlog zakona, ki ga predlaga vlada, glej R. Guillien, J. Vincent, nav. delo, str. 426; prvi odstavek 11. člena francoske ustave) in (2) volivci na referendumu odločajo o predlogu zakona (*proposition de loi*, kar je izraz za predlog zakona, ki ga predlaga poslanec, glej prav tam, str. 427; tretji odstavek 11. člena francoske ustave) z omejitvijo, da predmet slednjega ne more biti razveljavitev »d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an«. V obeh primerih pa se na referendumu lahko odloča le o predlogih zakonov, ki se nanašajo na organizacijo javne oblasti, na reforme na področjih ekonomske ali socialne politike in javnih služb, ki so pri tem udeležene, ali ki se nanašajo na odobritev ratifikacije mednarodne pogodbe, ki bi, ne da bi bila protiustavna, vplivala na delovanje institucij.

¹⁹ V teoriji se govori v takem primeru o ljudski referendumski zahtevi in o manjšinskem referendumu. Glej I. Kaučič, v: I. Kaučič (ur.), nav. delo, str. 75–77.

²⁰ Po prvem odstavku 11. člena francoske ustave (katerega besedilo ostaja nespremenjeno tudi po ustavni reviziji) razpiše referendum o predlogu zakona (*projet de loi*) predsednik republike na predlog vlade v času trajanja parlamentarne seje ali na skupni predlog obeh domov parlamenta. Glede na to ne preseneča, da je bilo v Franciji v zadnjega pol stoletja po sprejetju ustave V. republike na referendumu (28. septembra 1958) le še devet referendumov; na zadnjem maja 2005 so Francozi zavrtnili Predlog zakona o odobritvi ratifikacije Ustave za Evropo.

²¹ Ustava je bila sicer spremenjena in dopolnjena leta 2008, vendar bo novi 11. člen začel veljati šele z uveljavitvijo organskega zakona. Predlog tega zakona je aprila oziroma junija 2013 prestal drugo branje v obeh domovih francoskega parlamenta.

de loi) na pobudo petine članov parlamenta ob podpori desetine francoskih volivcev.²² Medtem ko je naš ustavodajalec ocenil, da referendum sploh ne sme biti eno od orodij parlamentarne manjšine, je torej francoski ustavodajalec prav nasprotno ocenil, da ji ga je treba zagotoviti, vendar pa s podporo zadosti velikega števila volivcev, da ne bi parlamentarna manjšina zlorabljala pravice zahtevati referendum.

Če ima pravico zahtevati referendum določeno število volivcev, je že po naravi stvari jasno, da to pravico lahko uresničujejo le vsi skupaj, zato mora zakonodajalec predvideti ustrezen postopek, v katerem bo omogočeno, da bo ta pravica sploh nastala. Tak postopek je v Sloveniji urejen²³ že v veljavni zakonski ureditvi, ki predvideva pobudo volivcem za vložitev zahteve za razpis referendumu, ki jo lahko dajo vsak volivec, politična stranka ali drugo združenje državljanov (prvi odstavek 16. člena ZRLI). Tako lahko govorimo o pravici navedenih oseb sprožiti postopek, katerega izid je (če je zbrano zadostno število podpisov volivcev) nastanek pravice zahtevati razpis referendumu. Govorimo torej lahko o pravici do pobude volivcem za razpis referendumu. V tem okviru bo dejansko lahko postopek sprožila tudi parlamentarna manjšina oziroma politična stranka, ki je v parlamentarni manjšini. Tako je majhnim parlamentarnim političnim strankam zagotovljen ugoden položaj, ker lahko že same (brez dogovarjanja z drugimi strankami v parlamentu, da bi dosegle tretjino poslancev) sprožijo postopek zbiranja podpisov, hkrati pa je po ustavni spremembi njihov položaj otežen, saj bodo morale pridobiti podpise štirideset tisoč volivcev. Ob tem se ob veljavni ureditvi, ki se na podlagi drugega odstavka II. razdelka UZ90,97,99 smiselno uporablja do uskladitve ZRLI, zastavlja vprašanje, ali lahko pobudo da tudi politična stranka, ki pripada parlamentarni večini in katere poslanci so v Državnem zboru glasovali za sprejem zakona. Upošteva le jezikovno razlago prvega odstavka 16. člena ZRLI je odgovor pritrdilen. Ali naj bo v resnici tak, pa je odvisno predvsem od tega, s kakšnim namenom je uveljavljen institut naknadnega zakonodajnega referendumu. Če se nanj gleda le kot na neke vrste dopolnitev parlamentarnemu odločanju, potem bi lahko tudi večinska stranka dosegla preverjanje svojih stališč na referendumu. To bi pomenilo pravzaprav preverjanje zaupanja volivcev, ki je bilo izkazano z volitvami, še pred iztekom volilne dobe. Če pa se nanj gleda kot na enega od instrumentov korekcije parlamentarnega odločanja in s tem nadzora nad njim, pa bi bil na mestu negativni odgovor. Da ne bi prihajalo do nepotrebnih sporov, bi bilo dobro, če bi zakonodajalec na to vprašanje ustrezno odgovoril že ob noveliranju ZRLI.

²² Tudi v teh primerih pa bo referendum dopusten samo o vprašanjih, navedenih v opombi 18.

²³ Kar pa ne pomeni, da v njegovi ureditvi niso potrebne spremembe, zlasti morda glede načina zbiranja podpisov volivcev.

Pravica zahtevati referendum je že v izhodišču pomembno omejena, če ustava določa, da referendumsko odločanje o posameznih zakonih ni dopustno, ali če določa, da je dopustno le v določenih primerih.²⁴ Potem ko je Ustavno sodišče z odločbo št. U-I-47/94 z dne 19. januarja 1995 (Ur. l. RS, št. 13/95, in OdlUS IV, 4) razveljavilo 10. člen Zakona o referendumu in o ljudski iniciativi (Ur. l. RS, št. 15/94 – v nadaljevanju ZRLI/94), so bile dopustne omejitve te pravice določene s precej splošno opredelitvijo v prvem odstavku 21. člena ZRLI (z zavrnitvijo zakona ali z odložitvijo njegove uveljavitve bi nastale protiustavne posledice). Zdaj se je ustavodajalec odločil za prvi navedeni način omejevanja pravice zahtevati referendum, pri čemer ni povsem jasno, ali Ustava taksativno našteva primere nedopustnosti referenduma ali pa bi bil referendum lahko nedopusten še v drugih primerih. To vprašanje bi bilo dobro razčistiti že ob pripravi sprememb ZRLI zaradi njegove uskladitve z ustavo.

Jezikovna razlaga besedila kaže na možnost obeh razlag (na eni strani gre za omejitve ustavne pravice, na drugi strani ob koncu tretje alineje ni dopisana besedica »in«). Obrazložitev Predloga ustavnega zakona prej pritrjuje taksativnosti, ko pravi, da naj bi imelo v prihodnje Ustavno sodišče pri odločanju v sporu med predlagateljem referenduma in Državnim zborom »v Ustavi trdnjšo oporo ter jasno določene okvire in meje svojega odločanja«.²⁵ Če bi drugi odstavek 90. člena Ustave res razlagali tako, da taksativno določa primere nedopustnosti referenduma, bi se kar takoj zastavilo vprašanje, ali je na primer ob veljavnem ustavnem besedilu lahko predmet odločanja na referendumu prenos direktive Evropske unije, ki jo zakonodajalec prenese v nacionalni pravni red tik pred iztekom implementacijskega roka, in gre za ureditev vprašanja, ki je v direktivi urejeno tako, da državi članici ne dopušča manevrskega prostora o načinu implementacije direktive. Če bi na dopustnost takega referenduma gledali skozi prizmo taksativne ureditve v drugem odstavku 90. člena Ustave, potem bi moral biti zakonodajni referendum dopusten. Zavrnitev zakona na referendumu bi pomenila povsem jasno kršitev tretjega odstavka 3.a člena Ustave; pa tudi kršitev ustreznega dela prava Evropske unije, zaradi katerega je proti državi članici mogoče ukrepati, da se doseže enotnost in učinkovitost tega prava.²⁶

²⁴ Kot na primer prvi odstavek 11. člena francoske ustave. O enih in drugih oblikah omejevanja referenduma glej tudi I. Kaučič, v: I. Kaučič (ur.), nav. delo, str. 106–109.

²⁵ Predlog ustavnega zakona o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave Republike Slovenije (UZ90,97,99), Strokovna skupina za zakonodajni referendum, delovni osnutek z dne 6. marca 2013 (v nadaljevanju Predlog UZ90,97,99), str. 7.

²⁶ Primerjaj 47. do 49. in 53. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-II-1/12, U-II-2/12.

Ustavnopravno ravnotežje ustavno varovanih dobrin,²⁷ med katerimi so lahko tudi tiste, ki z drugim odstavkom 90. člena Ustave niso izrecno zajete, govori za to, da ne gre za taksativno določene primere,²⁸ ampak da se že vnaprej določi, v katerih primerih referendum sploh ni dopustno izvesti, kar pomeni, da v teh primerih Ustavno sodišče ne sme dopustiti njegove izvedbe. Še vedno pa bo treba glede na navedeno na splošno v ZRLI opredeliti tudi druge primere, v katerih bosta najprej Državni zbor in za tem še Ustavno sodišče presojala, ali se mora pravica zahtevati referendum umakniti drugim ustavnim vrednotam.

Prav tako se lahko zastavi vprašanje razlage besedila posameznih alinej drugega odstavka 90. člena Ustave, ki utegne biti v prihodnje glede na to, da se na referendumu odloča o celotnem zakonu in ne o posameznih zakonskih določbah, kar precej trd oreh tudi za Ustavno sodišče. Tretja alineja drugega odstavka 90. člena Ustave tako na primer izključuje referendum o zakonih o ratifikaciji mednarodnih pogodb. Če pustimo ob strani specialno ureditev iz drugega odstavka 3.a člena Ustave, se lahko zastavi vprašanje, ali je treba tako široko izključiti referendum na točki, ko se še odloča o tem, ali naj se sklenjena mednarodna pogodba inkorporira²⁹ v naš pravni red.³⁰ Predvsem pa se takoj zastavi vprašanje, ali je mogoče v okviru tega razumeti tudi zakone, ki se sprejemajo za izvrševanje ratificiranih mednarodnih pogodb, kot je izrecno določala tretja alineja razveljavljenega 10. člena ZRLI/94. Razlogi za nedopustnost referendumu so v tem primeru namreč mnogo močnejši od primerov, ko se šele odloča o odobritvi ratifikacije. Mednarodnopravna verodostojnost države je zamajana, če odreče spoštovanje sprejetih mednarodnih obveznosti, o čemer pred ratifikacijo mednarodne pogodbe še ni mogoče v celoti govoriti, saj morajo države pri sklepanju mednarodnih pogodb upoštevati notranjo demokratično ureditev držav, ta pa zahteva sodelovanje demokratično izvoljenega predstavniškega telesa pri inkorporaciji mednarodnih pogodb, ki jih sklene-

²⁷ Celo človekove pravice so podvržene omejitvam, saj sta absolutni le pravica do življenja (17. člen Ustave) in prepoved mučenja (18. člen Ustave).

²⁸ O tem, kako je italijansko ustavno sodišče začelo že leta 1978 širiti razloge nedopustnosti razveljavitvenega referendumu, glej M. Guillaume-Hofnung, nav. delo, str. 38–39. Drugi odstavek 75. člena italijanske ustave določa, da referendum ni dopusten o davkih, proračunu, amnestiji in odpustu kazni ter o zakonih o ratifikaciji mednarodnih pogodb, Costituzione della Repubblica Italiana, na voljo tudi na <www.camera.it/application/xmanager/projects/camera/attachments/upload_file/upload_files/000/000/002/costituzione.pdf> (22. 7. 2013).

²⁹ Več o tem glej M. Škrk, nav. delo, str. 279–280.

³⁰ Res je, da to predvidevajo tudi nekatere druge ureditve, npr. italijanska (glej opombo 26), francoski ustavodajalec pa na primer celo izrecno dovoljuje referendume o predlogu zakona o odobritvi ratifikacije (kar je ekvivalent našega zakona o ratifikaciji) mednarodnih pogodb, ki lahko vplivajo na delovanje institucij, kar presega referendum o primarnem pravu Evropske unije, ki je ustavno urejen posebej.

jo predstavniki izvršilne oblasti. Če država ne zagotovi spoštovanja sprejetih mednarodnopravnih obveznosti po tem, ko je dala navzven (z ratifikacijo, v mednarodnopravnem pomenu) jasno vedeti, da se šteje zavezana z njimi, pa je v mednarodnem deliktu po mednarodnem pravu.³¹ Tako že argument *a fortiori* pritrjuje temu, da bi morali biti na podlagi tretje alineje drugega odstavka 90. člena Ustave še toliko bolj nedopustni referendumi v primerih, ko gre za zakonsko implementacijo ratificiranih mednarodnih pogodb.

K navedenemu lahko z vidika tega, da se na referendumu odloča o celotnem zakonu in ne o njegovih posameznih določbah, dodamo še problem zakonskih določb, ki jih zakonodajalec uvršča na primer v zakon za izvrševanje državnega proračuna, v resnici pa gre za določbe, s katerimi se dejansko spreminja vsebinska ureditev na posameznem področju, ki bi bila sicer lahko predmet referendumskega odločanja. Položaj bi bil glede tega mnogo lažji, če bi ustavodajalec uveljavil razveljavitveni referendum glede posameznih zakonskih določb, ne pa potrditvenega/zavrnitvenega referenduma zoper celoten zakon. Tako referendum o zakonu o izvrševanju državnega proračuna ne bo smel biti dopusten zaradi njegovih drugih, izvirno proračunskih vsebin. Zastavilo pa se bo vprašanje o ustavnosti postopka sprejemanja zakonskih določb, ki vsebinsko to niso, ker bi lahko šlo za zakonodajalčevo zlorabo zaradi nedopustnega omejevanja pravice zahtevati referendum.

2.2. Pravica glasovati na referendumu

Vsebina pravice glasovati na referendumu je neposredno povezana s samim bistvom referenduma. Osebe, ki so upravičene glasovati na referendumu, pravico izražanja svoje volje uresničujejo v temelju na enak način kot pri volitvah, bistvena razlika pa je, da pri volitvah v bistvu tako ali drugače (odvisno od vrste volilnega sistema) glasujejo za osebe, ki kandidirajo na volitvah, medtem ko se pri glasovanju na referendumu izjavljajo za predlog (največkrat) določene pravne ureditve (ustavne, zakonske, ureditve v lokalnem predpisu) ali proti njemu oziroma o drugem vprašanju. Na podlagi volilne pravice se namreč z glasovi kandidatom podeljuje mandat za izvajanje oblasti – za vladanje – za več let (mandatno dobo), na podlagi glasovanja na referendumu pa se z glasovi sprejema enkratna, čeprav lahko zelo pomembna odločitev. Pri volitvah in referendumu gre torej za odločanje,³² vendar se vsebini tega odločanja bistveno razlikujeta.³³ Tisto, kar jima je skupno, je subjekt odločanja, tj. ljudstvo oziro-

³¹ Glej tudi 46. in 53. točko obrazložitve odločbe št. U-II-1/12, U-II-2/12.

³² Pri posvetovalnem referendumu gre seveda za odločanje v tem pomenu, da ljudstvo tako oblikuje mnenje, za katero je vprašano, ki mora biti za predstavnike oblasti politično zavezujoče.

³³ Primerjaj F. Grad, v: I. Kaučič (ur.), nav. delo, str. 157.

ma državljani – volivci, zato oba pomenita izraz načela suverenosti ljudstva.³⁴ Tako je logično, da so nosilci odločanja pri volitvah in pri referendumu isti, saj morajo imeti osebe, katerih pravica je, da izvrševanje oblasti zaupajo izvoljenim predstavnikom, enako tudi pravico same izvrševati to oblast v primeru referendumu, na katerem glasujejo za odločitev, ki je predmet referendumskega odločanja. Na tej podlagi ne more biti drugače, kot da imajo nosilci splošne aktivne volilne pravice tudi pravico glasovanja³⁵ na referendumu. Z njenim uresničevanjem dejansko uresničujejo pravico (so)odločati na referendumu, kadar do njega pride.³⁶

Na tak način pravico do referendumskega odločanja, tj. pravico glasovanja na referendumu, zagotavlja tudi slovenska Ustava. Pravico glasovanja na zakonodajnem referendumu imajo vsi državljani, ki imajo volilno pravico (tretji odstavek 90. člena Ustave), pri čemer so bili za veljavnost odločitve, sprejete na referendumu, s spremembo Ustave postavljeni strožji pogoji (četrti odstavek 90. člena Ustave). Sicer pa Ustava tudi v 170. členu, v katerem je urejen ustavnorevidijski referendum, določa, da se sprememba ustave lahko predloži v sprejem volivcem na referendumu, in določa tudi ustrezno večino volivcev, ki mora biti dosežena tako glede udeležbe kot glede glasovanja v prid spremembi za njegov pozitiven izid.

Glede na podobnost in povezanost obeh pravic je jasno, da morajo tudi za pravico glasovanja na referendumu veljati načela njenega urejanja in izvrševanja, ki so enaka kot pri volilni pravici.³⁷ Zlasti to velja za načela splošnosti, enakosti, svobode, vključno s svobodo neizvrševanja pravice, pa tudi za načelo tajnega glasovanja.³⁸ Poleg tega ima tudi pravica glasovanja na referendumu, enako kot volilna pravica, v resnici posebno naravo. Če oziroma ko do referendumskega odločanja pride, je pravica glasovati na referendumu na eni strani osebna pravica glasovalca, vendar pa jo na drugi strani lahko vsak glasovalec uresničuje sicer osebno, a na kolektiven način, tj. skupaj z vsemi drugimi glasovalci na vnaprej organiziran način in po vnaprej določenem postopku.³⁹

³⁴ Prav tam.

³⁵ I. Kaučič, nav. delo (2010), str. 231.

³⁶ »Sodobna teorija [...] pojmovno razlikuje med oblikami neposredne demokracije, ki zajemajo samo prvo fazo (predlaganje) ali samo tretjo fazo (sprejemanje) odločitve. [...] Oblika neposrednega sodelovanja državljanov v prvi fazi sprejemanja odločitve je zlasti ljudska iniciativa, v fazi odločanja pa referendum.« I. Kaučič, v: I. Kaučič (ur.), nav. delo, str. 19.

³⁷ Več o posameznih temeljnih načelih urejanja volilne pravice glej J. Sovdat, nav. delo, str. 37–102.

³⁸ Več o tem F. Grad, v: I. Kaučič (ur.), nav. delo, str. 163–164.

³⁹ Primerjaj F. Grad, nav. delo, str. 164.

Volilna pravica in pravica glasovanja na referendumu pa se tudi razlikujeta. Poleg že omenjene razlike glede vsebine odločanja⁴⁰ se pomembno razlikujeta še v enem pogledu. Za volilno pravico je bistvena periodičnost njenega izvrševanja. Ob izteku mandata predstavnškega telesa njeno izvrševanje ni odvisno od tega, ali bo določeno število državljanov (ali politikov, odvisno od tega, kdo ima pravico zahtevati referendum) hotelo, da se izvršuje, ker je periodičnost izvrševanja kot eno temeljnih volilnih načel ustavno zapovedana.⁴¹ Pravico glasovanja na referendumu pa volivci glede na veljavno ureditev izvršujejo samo takrat, kadar so za to izpolnjeni pogoji iz prvega in drugega odstavka 90. člena Ustave: če to zahteva najmanj štirideset tisoč volivcev in pod pogojem, da referendum ni nedopusten.

Zastavlja se vprašanje, ali lahko na podlagi teh podobnosti in razlik pridemo do stališča, da je pravica glasovanja na referendumu v širšem pomenu eden od vidikov izvrševanja volilne pravice⁴² ali samostojna človekova pravica,⁴³ ali pa v tem pogledu volilne pravice in pravice glasovanja na referendumu ni mogoče enačiti.⁴⁴ Menimo, da volilne pravice in pravice glasovanja na referendumu

⁴⁰ Grad temu dodaja še razliko v načinu sprejemanja odločitve, ki se pri volitvah kaže v izbiri oseb, medtem ko gre pri referendumu za strinjanje ali nestrinjanje z odločitvijo. F. Grad, nav. delo, str. 158.

⁴¹ Več o pomenu načela periodičnosti volitev J. Sovdat, nav. delo, str. 84–85.

⁴² F. Grad, v: I. Kaučič (ur.), nav. delo, str. 163. Tudi Guillaume-Hofnung ob opisovanju švicarske ureditve referenduma pravi, da volilna pravica vsebuje tudi pravico do podpisa, ki njenemu imetniku dovoljuje, da se združuje z namenom začeti ljudsko iniciativo ali zahtevati referendum in da ti dve tehniki polne posredne demokracije zagotavljata švicarskemu državljanu njegovo pravico do soupravljanja države. Glej M. Guillaume-Hofnung, nav. delo, str. 72.

⁴³ To lastnost ji je prvič pripisalo Ustavno sodišče z odločbo št. U-I-47/94, ker jo je opredelilo kot specialno pravico v razmerju do 44. člena Ustave in ker je v njej videlo zajeto pravico štirideset tisoč volivcev zahtevati razpis referenduma, vendar je besedi »človekova pravica« zapisalo v narekovajih. O tem glej tudi S. Nerad, v: I. Kaučič (ur.), nav. delo, str. 121–126. V novejših odločbah Ustavno sodišče govori o ustavni pravici, npr. v odločbi št. U-I-54/09 z dne 14. aprila 2011 (Ur. l. RS, št. 34/11), ali pa uporablja pojem »ustavna pravica« za pravico zahtevati razpis referenduma, medtem ko o izvrševanju pravice odločanja na referendumu govori kot o neposrednem izvajanju zakonodajne oblasti (glej odločbo št. U-II-1/12, U-II-2/12).

⁴⁴ Pogorelec pravi, da je o referendumu mogoče razpravljati zgolj v kontekstu razumevanja instituta referenduma kot ene izmed oblik neposrednega uresničevanja načela ljudske suverenosti, nikakor pa ne kot o neki samostojni človekovi pravici. J. Pogorelec, nav. delo, str. 3. Glej tudi pritrdilno ločeno mnenje sodnice Sovdat k odločbi št. U-II-1/10 z dne 10. junija 2010 (Ur. l. RS, št. 50/10).

Fatin-Rouge Stefanini, ki razpravlja prav o tem, ali referendum lahko ogroža človekove pravice in temeljne svoboščine, obravnava na eni strani referendum kot postopek neposredne demokracije, tudi če se izvaja na ljudsko iniciativo (*référéndum* »d'un bas«), na drugi strani pa človekove pravice. Glej M. Fatin-Rouge Stefanini, nav. delo, str. 72.

glede na vse navedeno ni mogoče enačiti, čeprav je hkrati treba priznati, da gre pravica zahtevati referendum prav nosilcem volilne pravice, ki jo imajo, vendar le pod pogoji, ki jih določa(ta) (Ustava in) zakon, tudi pravico uresničevati. In v tem pogledu, ko gre za samo uresničevanje pravice glasovanja na referendumu, ko do referenduma pride, lahko govorimo tudi o ustavnem varstvu pravice glasovanja na referendumu z vidika 44. člena Ustave.

Volilna pravica in pravica glasovanja na referendumu sta torej dve pravici, ki jima je skupno predvsem to, da obe pripadata istemu subjektu – državljanom. Pravica glasovati na referendumu drugače kot volilna pravica nima enake narave človekove pravice. Predvsem pa narave človekove pravice ni mogoče pripisovati pravici določenega števila volivcev, da zahtevajo referendum, saj bi drugače države, ki ne dopuščajo izvedbe referenduma na zahtevo določenega števila volivcev, kršile tako človekovo pravico. Vendar kljub temu lahko govorimo o tem, da sta v Sloveniji pravica zahtevati referendum in pravica glasovati na referendumu ustavno zaščiteni pravici,⁴⁵ ker njuno uresničevanje pomeni pomembno obliko nadzora parlamentarne večine nad oblastmi zunaj mehanizma volitev,⁴⁶ še posebej pri taki obliki referenduma, kot ga uveljavlja Ustava (preverjanje odločitve, ki jo je zakonodajalec že sprejel). Pravici sta v Ustavi (prvi in tretji odstavek 90. člena) tudi izrecno zagotovljeni in že zato lahko govorimo o ustavnih pravicah. Ne gre torej le za referendum kot ustavnopravni institut kot tak, ampak tudi za uresničevanje ustavnih pravic, da se ta institut lahko udejanji, seveda pod pogoji, določenimi z Ustavo (prvi do četrty odstavek 90. člena Ustave) in ZRLI (peti odstavek 90. člena Ustave). Stvar ustavne odločitve, ki je pravzaprav politična odločitev in ne ustavnopravna nuja, ki bi jo zahtevalo spoštovanje človekove pravice, pa je, v katerih primerih, kdaj in pod kakšnimi pogoji naj se izvajanje referenduma dopusti.

Qvortrup pa, ko razpravlja o vprašanju, ali je referendum združljiv z ideali varstva manjšin (in njihovih človekovih pravic), pravi: »[...] The referendum is neither better nor worse than representative democracy. The sad fact is that both [...] can be used to enact legislation which discriminates against minorities. This is why we need constitutional courts and Bills of Rights. Minorities are always vulnerable and need special protection.« M. Qvortrup, nav. delo, str. 14.

⁴⁵ Primerjaj M. Qvortrup, nav. delo, str. 98–99.

⁴⁶ »Oblike neposredne demokracije, zlasti referendum in ljudska iniciativa, sicer ne morejo nadomestiti oblik reprezentativne demokracije (temeljnih odločitev državne oblasti v sodobnih razmerah namreč ni mogoče sprejemati namesto predstavniškega telesa), lahko pa pomenijo pomembno dopolnitev in korektiv posrednim načinom odločanja.« I. Kaučič, v: I. Kaučič (ur.), nav. delo, str. 19. Še več, »najpomembnejših družbenih odločitev ni več mogoče sprejemati samo prek političnih predstavnikov, ki odločajo v imenu ljudstva, temveč jih je treba prepustiti ljudstvu.« F. Grad, nav. delo, str. 41.

3. SODNO VARSTVO REFERENDUMSKIH PRAVIC

Pri referendumu imamo torej v slovenski ureditvi tri pravice, katerih uresničevanje si sledi v časovnem zaporedju. Najprej obstaja pravica pobude volivcem za razpis referenduma. Če je ta uresničena v skladu z zakonsko določenimi pogoji in po vnaprej določenem postopku, ob izpolnitvi pogoja podpore štiridesetih tisoč volivcev nastane pravica zahtevati referendum. Pravica pobude volivcem za razpis referenduma je torej prvi pogoj, da nastane pravica zahtevati referendum. Če slednja pravica nastane in referendum ni ustavno nedopusten, kar je drugi pogoj, pride do uresnitve pravice glasovanja na referendumu, ki ga bo razpisal pristojni državni organ, kar je po prvem odstavku 90. člena Ustave Državni zbor. Če smo rekli, da gre za ustavne pravice in s tem za ustavno varovane dobrine, potem jim je treba, da se doseže njihova dejanska učinkovitost, zagotoviti ustrezno sodno varstvo. Glede na to, katera sodišča so glede na naravo in način nastanka posameznih pravic poklicana k sodnemu varstvu, lahko govorimo o ustavnosodnem varstvu in sodnem varstvu referendumskih pravic.

Na zahtevo po sodnem varstvu referendumskih pravic posebej opozarja tudi Komisija za demokracijo skozi pravo, bolj znana kot Beneška komisija, ki je tudi na področju referendumov sprejela poseben Kodeks dobre prakse pri referendumah.⁴⁷ Ta poudarja zahtevo po učinkovitem sistemu pravnih sredstev bodisi pred volilno komisijo bodisi pred sodiščem, v vsakem primeru pa mora imeti končno besedo sodišče (točka 3.3.a). Postopek naj bo enostaven, neobremenjen s formalizmi, še posebej glede dostopa do sodišča (točka 3.3.b). Postopek odločanja, pristojni organi in njihova pooblastila pri odločanju o pravnih sredstvih morajo biti jasno urejeni, da se preprečijo spori o pristojnosti (točka 3.3.c). Pritožbeno telo mora imeti pristojnosti za odločanje tako glede obstoja pravice glasovanja in volilnih imenikov, sestave ljudske iniciative oziroma zahteve določenega števila volivcev za referendum, postopkovne in vsebinske presoje (kjer je predvidena, od posamezne ureditve pa je odvisno, ali je ta obvezna) veljavnosti (ustavnosti) besedil, ki bodo predložena na referendum, pri čemer mora biti presoja veljavnosti besedil opravljena pred glasovanjem, kot tudi glede svobode izvrševanja pravice glasovanja na referendumu in glede referendumskih izidov (točka 3.3.d). Pritožbeno telo mora imeti pooblastilo, da delno ali v celoti razveljavi referendum, če ugotovi take nepravilnosti, da bi lahko vplivale na izid, pri čemer mora biti v primeru razveljavitve glasovanje

⁴⁷ Code of Good Practice on Referendums, Study No. 371/2006, sprejeto na 70. zasedanju 16.–17. marca 2007; podobno kot Code of Good Practice in Electoral Matters iz leta 2002, za katerega pa v slovenščini uporabljamo raje izraz zakonik prav zaradi tega, ker se na njegova priporočila Evropsko sodišče za človekove pravice tako pogosto sklicuje (glej J. Sovdat, nav. delo, str. 25).

ponovljeno (točka 3.3.e). Pravica pravnega sredstva pa mora biti zagotovljena vsem volivcem, z možnostjo kvoruma glede izidov glasovanja, pri čemer morajo biti tako za vložitev pravnega sredstva kot za odločitev o njem predvideni kratki roki; v pritožbenem postopku mora biti spoštovana pravica do kontraktornosti (točke 3.3.f–3.3.h).

Tudi Beneška komisija je tako v navedenih priporočilih vzpostavila zahtevo po sodnem varstvu tako pravice zahtevati referendum kot pravice glasovati na referendumu in hkrati določila zahteve, ki so značilne že za sodno varstvo volilne pravice. Posebej zanimiva pa je zahteva po tem, da se ustavnosodna presoja predmeta referenduma, če je ta predvidena, izvede predhodno, preden se besedilo predloži v odločanje volivcem, da se ne bi volivci izrekli o zakonskih določbah, za katere bi se kasneje izkazalo, da so protiustavne. Od volivcev zahtevati odločanje o tem, ali naj se uveljavijo zakonske določbe, za katere obstaja resen dvom o njihovi ustavnosti, bi pomenilo omalovaževanje njihove vloge pri odločanju na referendumu. Njihova odločitev za zakon namreč ne bi pomenila, da naknadna presoja ustavnosti na referendum predložene zakonske ureditve ne bi bila več mogoča.⁴⁸

3.1. Ustavnosodno varstvo referendumskih pravic

Vsem referendumskim pravicam je skupno, da način njihovega nastanka in njihovega uveljavljanja zahteva dokaj podrobno zakonsko urejanje. Ustavnost zakonske ureditve referenduma v ZRLI je seveda v skladu s prvo alinejo prvega odstavka 160. člena Ustave lahko predmet ustavnosodne presoje. V tovrstni ustavnosodni presoji Ustavno sodišče varuje vse referendumске pravice, vendar le na ravni ustavnosodne presoje zakona, torej na ravni splošne ureditve v predpisu, ne pa v zvezi s prav posameznim referendumom.

Z ustavnosodno presojo zakona je povezana še druga oblika sodnega varstva, ko gre za varstvo pravice pobude volivcem za razpis referenduma. Le da imamo tokrat opravka s tem, da Ustavno sodišče izvršuje svojo temeljno funkcijo ustavnosodne presoje zakona v kombinaciji s konkretnim referendumom. Če je pravica zahtevati referendum ustavna pravica in lahko nastane le tako, da se najprej uresniči pravica pobude za razpis referenduma, potem gre tudi slednji pravici ustavno varstvo. Kršitve te pravice, do katerih bi prišlo v zakonodajnem postopku, povzročijo protiustavnost zakona. Take kršitve tako v konkretnem

⁴⁸ Tako stališče je uveljavilo Ustavno sodišče (glej sklep št. U-II-3/03 z dne 22. decembra 2003, OdlUS XII, 101), povsem drugače kot francosko ustavno sodišče, ki je odklonilo presojo ustavnosti zakona, ki ga je sprejelo ljudstvo na referendumu (glej odločbo št. 92-313 z dne 23. septembra 1992, *Receuil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1992, str. 94–95; šlo je za zakon o odobritvi ratifikacije maastrichtske pogodbe; glej tudi komentar L. Favoreau in L. Philip, nav. delo, str. 822–826).

primeru odprejo vrata pravnega interesa na polje ustavnosodne presoje zakona, kar pomeni svojevrstno združitev splošnega in konkretnega ustavnosodnega varstva.

Po veljavni zakonski ureditvi lahko pride do kršitve navedene pravice, če je pobuda volivcem za razpis referendumu vložena v roku in v skladu z zahtevami iz prvega in drugega odstavka 16. člena ZRLI (opredeljena zahteva in najmanj 2500 podpisov volivcev), pa predsednik Državnega zbora ne določi roka za zbiranje podpisov volivcev (prvi odstavek 16.a člena). Če meni, da pobuda ni vložena v skladu z zakonom, namreč predsednik Državnega zbora le obvesti referendumskega pobudnika, da ne bo določil roka za zbiranje podpisov. Ustavno sodišče je sprva štel, da je ta akt predsednika Državnega zbora posamičen akt, zoper katerega mora biti zagotovljeno sodno varstvo v upravnem sporu (odločba št. U-I-104/01 z dne 18. junija 2001, Ur. l. RS, št. 52/01, in OdlUS X, 123).⁴⁹ Taka ureditev je bila že po naravi stvari neustrezna. Dovoljevala je odločanje Upravnega sodišča o posameznem aktu iz zakonodajnega postopka, medtem ko je bil zakon lahko razglašen in uveljavljen, Upravno sodišče pa seveda ni imelo moči niti zadržati njegove uveljavitve niti poseči v njegovo veljavnost. Ustavno sodišče je svoje stališče spremenilo z odločbo št. U-I-54/09.⁵⁰ V njej je poudarilo, da Ustava v postopku nastajanja zakonov ne predvideva sodnega nadzora nad odločitvami organov oziroma njihovih predstavnikov, sprejetimi v okviru zakonodajnega postopka. Zato tudi v referenduskem postopku brez ustrezne podlage v Ustavi ne more biti predvideno vmešavanje sodne oblasti in je torej načelo delitve oblasti ovira za določitev takega sodnega varstva. To načelo je namreč v Ustavi izpeljano tako, da je predviden ustavnosodni nadzor⁵¹ nad postopkom sprejemanja zakona, tega pa izvršuje Ustavno sodišče.

⁴⁹ Glede na tako stališče Ustavnega sodišča je tudi Vrhovno sodišče vsebinsko (pomembnost pravnega vprašanja, hude posledice za stranko) presojalo, ali bo dopustilo revizijo zoper sodbo Upravnega sodišča, s katero je to sodišče zavrnilo tožbo zoper akt predsednika Državnega zbora, da ne določi roka za zbiranje podpisov, ker niso bili izpolnjeni zakonski pogoji za razpis zakonodajnega referendumu (sklep Vrhovnega sodišča št. X Ips 329/2009 z dne 8. oktobra 2009).

⁵⁰ V skladu s to odločitvijo je Ustavno sodišče kasneje priznalo pravni interes pobudniku za razpis referendumu in njegove navedbe o kršitvah v postopku sprejemanja zakona presojalo po vsebini (sklep št. U-I-268/12 z dne 15. novembra 2012). Sledilo pa ji je tudi že Vrhovno sodišče (sklep št. X Ips 132/2011 z dne 14. decembra 2011).

⁵¹ Po Predlogu dopolnitve organskega zakona o Ustavnem svetu (*Conseil constitutionnel*) zaradi zagotovitve uporabe novega 11. člena francoske ustave (besedilo po drugem branju v Senatu z dne 12. junija 2013 na voljo na <www.senat.fr/petite-loi-ameli/2012-2013/633.html>) je v primerih, ko se bo referendum izvajal o predlogu zakona (*proposition de loi*) parlamentarcev in volivcev, predvideno, da Ustavni svet preveri v roku enega meseca: (1) da predlog zakona predlaga najmanj petina članov parlamenta, (2) da so

Navedeno stališče Ustavnega sodišča je izpeljava ustavno opredeljenih razmerij med zakonodajno in sodno oblastjo. Sodna oblast je namreč po 125. členu Ustave na zakon vezana. Edini organ sodne oblasti, ki lahko nadzira zakonodajalca, je po Ustavi Ustavno sodišče. Ta po tretjem odstavku 21. člena Zakona o Ustavnem sodišču⁵² odloča tudi o ustavnosti postopka sprejema zakona. V okviru te presoje skrbi Ustavno sodišče, kot je navedeno v citirani odločbi, tudi za varstvo »ustavne pravice volivcev do odločanja na referendumu, vključno s pravico štirideset tisoč volivcev, da zahtevajo razpis referendumu«. Tu je bilo Ustavno sodišče nenatančno, ker pravzaprav ne gre za pravico odločanja na referendumu (torej pravico glasovanja na referendumu) in tudi (še) ne za pravico zahtevati referendum. Tu gre za pravico pobude volivcem za razpis referendumu. Kajti po veljavni ureditvi je pravica zahtevati referendum posebej ustavnosodno varovana, pravica glasovanja na referendumu pri posameznih referendumih pa ni varovana v okviru ustavnosodne presoje zakona, ampak ima posebno sodno varstvo.

Kljub navedenim argumentom Ustavnega sodišča pa se zastavlja vprašanje, ali ne bi bilo mogoče tudi v tem primeru predvideti podobnega ustavnosodnega varstva, kot ga ZRLI sicer predvideva v drugem odstavku 5.č člena (ureditev je predstavljena v nadaljevanju), pri čemer bi seveda promulgacija zakona morala počakati na odločitev Ustavnega sodišča (kot po 5.d členu ZRLI).

Poleg navedenega imamo še tretjo obliko ustavnosodne presoje, ki je v celoti vezana na prav konkreten referendum oziroma bolje rečeno na konkretno zahtevo za referendum, pri čemer Ustavno sodišče presoja o dopustnosti njegove izvedbe. To pristojnost Ustavnega sodišča določa ZRLI. Ustavodajalec je imel glede zakonodajnega referendumu priložnost, da bi jo opredelil že v Ustavi ob sprejemu UZ90,97,99, kar bi bilo glede na vlogo in ustavni položaj Ustavnega sodišča vsekakor ustreznejše. Veljavni ZRLI določa v tem pogledu dve pristojnosti Ustavnega sodišča. To je lahko poklicano k odločanju po drugem odstavku 5.č člena ZRLI, ko gre za ustavnorevizijski referendum, če Državni zbor odloči, da referendumu ne razpiše, ker v zahtevi za razpis referendumu bodisi ni opredeljen predmet referendumu v skladu z zakonom bodisi referendumsko vprašanje ni oblikovano v skladu z zakonom, predlagatelji referendumu pa niti po pozivu predsednika Državnega zbora teh napak niso odpravili. V

izpolnjeni pogoji iz prvega in tretjega odstavka 11. člena francoske ustave in (3) da nobena določba predloga zakona ni v neskladju z ustavo (člen 45-2). Poleg tega Ustavni svet tudi zagotavlja veljavnost postopka dajanja podpore predlogu zakona, pri čemer preverja vse ugovore, lahko pa je zahtevana njegova presoja v času dajanja podpore ali v desetih dneh po njenem zaključku, pri čemer ima pooblastilo, da glede na težo nepravilnosti vzdrži v veljavi postopek ali pa delno ali v celoti razveljavi opravljena dejanja (člen 45-4) .

⁵² Ur. l. RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12, ZUstS.

takih primerih lahko predlagatelj zahteve v osmih dneh od odločitve Državnega zbora zahteva, naj odločitev preizkusi Ustavno sodišče. To pa mora o tem odločiti v tridesetih dneh. Ustavno sodišče je že odločalo o tovrstnih zadevah, vendar glede zakonodajnega referendumu.⁵³ Tako npr. z odločbo št. U-II-4/04 z dne 17. junija 2004 (Ur. l. RS, št. 72/04, in OdlUS XIII, 50) in z odločbo št. U-II-5/04 z dne 8. julija 2004 (Ur. l. RS, št. 82/04, in OdlUS XIII, 53) ni ugotovilo protiustavnosti odločitve Državnega zbora, ki ni dopustilo referendumu, ker sta bili referendumski pobudi za (takrat še predhodni) zakonodajni referendum vloženi z namenom zavlačevanja zakonodajnega postopka. Ta oblika sodnega varstva je torej namenjena varstvu tistih, ki so upravičeni zahtevati referendum, torej je namenjena varstvu pravice zahtevati referendum. Gre za to, da je za razrešitev spora, ki nastane med predlagateljem referendumu in Državnim zborom o prav določenih vprašanjih glede razpisa referendumu, poklicano Ustavno sodišče.

Druga pristojnost Ustavnega sodišča je določena v prvem odstavku 21. člena ZRLI, po katerem Ustavno sodišče na zahtevo Državnega zbora odloča, ali bi z odložitvijo uveljavitve zakona ali zaradi zavrnitve zakona lahko nastale protiustavne posledice. Tudi tu gre za odločitev o sporu, ki nastane med predlagateljem referendumu in Državnim zborom, in sicer o ustavni dopustnosti zakonodajnega referendumu. Gre za ustavnosodno varstvo pravice zahtevati referendum v vsakem posameznem primeru. O teh zadevah je Ustavno sodišče že večkrat odločalo,⁵⁴ pri čemer velja omeniti zadnjo odločbo (št. U-II-1/12, U-II-2/12), ki je še posebej pomembna glede na to, da je z njo Ustavno sodišče korigiralo svoj temeljni pogled na pristojnost iz 21. člena ZRLI. Sprememba Ustave, zlasti njena dopolnitev z drugim odstavkom 90. člena Ustave, bo sicer nekoliko vplivala na opredelitev vsebine odločanja Ustavnega sodišča pri izvrševanju te pristojnosti, vendar je v temelju ne bo spremenila. Ustavodajalec te pristojnosti sicer v Ustavi ni predvidel,⁵⁵ zato pa je tokrat jasno napovedana v *travaux préparatoires* k ustavni spremembi,⁵⁶ kar pomeni, da je ustavodajalec

⁵³ Pred uveljavitvijo Zakona o spremembah in dopolnitvah ZRLI (Ur. l. RS, št. 139/06 – ZRLI-D) je bila taka pristojnost Ustavnega sodišča določena v tretjem odstavku 15. člena Zakona za zakonodajni referendum, prvi odstavek tega člena pa je od predlagatelja zahteval jasno opredelitev referendumskega vprašanja in obrazložitev zahteve. Dosedanje odločitve Ustavnega sodišča so bile izdane na podlagi te določbe.

⁵⁴ Več o tej pristojnosti Ustavnega sodišča glej S. Nerad, v: I. Kaučič (ur.), nav. delo, str. 117–155, in I. Kaučič, v: L. Šturm (ur.), nav. delo, str. 1172–1177.

⁵⁵ Francoska ustava npr. v četrtem odstavku 11. člena med drugim določa, da mora organski zakon med drugim določiti pogoje, pod katerimi Ustavni svet preverja spoštovanje zahtev iz tretjega odstavka navedenega člena ustave.

⁵⁶ »Ustavno sodišče bo kljub izrecnim določbam o prepovedi referendumu tudi v prihodnje pristojno odločati o sporu med predlagateljem referendumu in Državnim zborom, ki bi zavrnil razpis referendumu o posameznem zakonu [...]«; Predlog UZ90,97,99, str. 7.

izkazal jasen namen, po katerem mora nad ustavno dopustnostjo referendumu bedeti Ustavno sodišče.⁵⁷ Pristojnost Ustavnega sodišča iz prvega odstavka 21. člena ZRLI bo tako ostala, kar je logično, le da bo moral zakonodajalec temeljito proučiti, kako naj jo opredeli, da bo dosežen namen ustavodajalca. Pri tem bi moral biti pozoren tudi na vse, na kar je bilo opozorjeno že v poglavju 2.1 tega prispevka glede omejitev pravice zahtevati referendum. Jasno je, da bodo ob še tako skrbnem normiranju, ki mora vendarle ostati na ravni splošnosti, ostala tudi v prihodnje odprta vprašanja, na katera bo morala poiskati odgovore ustavnosodna presoja. Zmotno je zato morebitno prepričanje, da bo imelo Ustavno sodišče v prihodnje bistveno lažjo nalogo pri izvrševanju te pristojnosti.

V prihodnje bi veljalo združiti pristojnost iz drugega odstavka 5.č člena ZRLI in iz prvega odstavka 21. člena ZRLI v enotno pravno sredstvo, ki naj ga ima predlagatelj referendumu. Z njim naj ta zoper odločitev Državnega zbora, s katero bo odločeno, da referendum ni dopusten, uveljavlja varstvo svoje pravice zahtevati referendum pred Ustavnim sodiščem. To bi presojalo odločitev Državnega zbora glede na razloge, zaradi katerih bi Državni zbor odločil, da je referendum nedopusten. Preizkušalo bi torej, ali je odločitev Državnega zbora o nedopustnosti referendumu (tj. o omejitvi pravice zahtevati referendum) ustavnopravno utemeljena.

3.2. Sodno varstvo pravice glasovati na referendumu

Ustava tudi o sodnem varstvu pravice glasovanja na referendumu nima določb. Povsem drugače kot francoska ustava.⁵⁸ Člen 60 francoske ustave določa, da Ustavni svet skrbi za veljavnost opravi referendumu, predvidenega v členih 11,⁵⁹ 89 (o reviziji ustave) in v poglavju XV (pogodba o pristopu k EU) ustave, ter razglša izide. Ta ustava torej posebej ureja sodno varstvo pravice glasovanja na referendumu v fazi ugotavljanja referendumskega izida in ga poverja ustavnemu sodišču. Pri tem je to hkrati v vlogi nadzornika referendumu in referendumskega sodnika,⁶⁰ slednjo vlogo pa opravi na podlagi vloženih pritožb.⁶¹

⁵⁷ O njegovi vlogi pri izvrševanju te pristojnosti glej tudi A. Kogovšek, nav. delo, zlasti str. 188–200.

⁵⁸ Tudi tretji odstavek 141. člena avstrijske ustave predvideva, da ustavno sodišče odloča o tožbah zoper izide referendumu in predvideva o tem podrobnejšo zakonsko ureditev.

⁵⁹ Glej opombo 18.

⁶⁰ Drugače kot pri volitvah poslancev, ko je samo v vlogi volilnega sodnika. Več o tem glej J. Sovdat, nav. delo, str. 139–140 in 221–235.

⁶¹ Člen 50 Organskega zakona o Ustavnem svetu (Ordonnance n° 58–1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel), na voljo tudi na <www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000705065&dateTexte=vig&fa>

Naš ustavodajalec je torej ureditev sodnega varstva pravice glasovati na referendumu v celoti prepustil zakonodajalcu. Da mora biti pravici glasovanja na referendumu zagotovljeno sodno varstvo, niti ni treba posebej utemeljevati. Sodno varstvo te pravice se nanaša na konkreten referendumski postopek, ki se začne z razpisom referenduma, s katerim se volivci povabijo h glasovanju o predmetu odločanja. Kot je bilo že navedeno, na zahtevo po tem sodnem varstvu posebej opozarja tudi Kodeks dobre prakse pri referendumih, ki poleg tega določa še kar nekaj priporočil, katerih namen je zagotoviti pošten potek referendumskega postopka. Pri tem velja še posebej opozoriti na zahtevo po enaki možnosti podpornikov in nasprotnikov predmeta odločanja, ki vključuje nevtralen odnos javnih oblasti zlasti do: referendumске kampanje, pokritosti z mediji (še posebej javnimi), javnega financiranja kampanje in njenih akterjev, plakatiranja in reklamiranja ter pravice demonstriranja na javnih mestih (točka 2.2.a). Zelo pomembna je zahteva po transparentnosti financiranja referendumске kampanje (točka 2.2.g). Drugače kot pri volitvah tu ne velja popolna prepoved vmešavanja oblasti v podporo predmetu odločanja, vendar pa ta ne sme vplivati na izid z ekscesno in enostransko kampanjo, prepovedano pa mora biti, da oblast uporablja javna sredstva za namene kampanje (točka 3.1.b).

Ob predstavljenih podobnostih med volilno pravico in pravico glasovanja na referendumu so zahteve glede ureditve sodnega varstva pravice glasovanja na referendumu podobne zahtevam ureditve sodnega varstva volilne pravice. Gre za podobno obliko sodnega varstva, kot je volilni spor.⁶² Volilnemu sporu je to sodno varstvo podobno v tem, da je izrazito objektivno: da se zagotovi verodostojnost referendumskega izida. To je prav logična posledica posebne narave pravice, ki se v njem varuje in ki je v tem, da gre v resnici za osebno pravico, vendar pa se lahko izvaja samo na kolektiven način v tem pomenu, da jo uresničujejo vsi volivci hkrati v postopku glasovanja na referendumu. Temeljna vprašanja, ki morajo biti urejena v referendumskem sporu in ki jih kratko lahko označimo: kdo, kdaj, pred katerim organom, po kakšnem postopku in na kakšen način lahko izpodbija referendumski izid, morajo biti v zakonu jasno določena. V referendumskem sporu mora biti dovoljeno uveljavljati vse nepravilnosti, ki bi se zgodile v času poteka referendumskega postopka, vključno z nepravilnostmi, ki bi se nanašale na obstoj pravice glasovati na referendumu in

stPos=1&fastReqId=1160577687&oldaction> (22. 7. 2013), določa: »Le Conseil examine et tranche définitivement toutes les réclamations. Dans le cas où le Conseil constitutionnel constate l'existence d'irrégularités dans le déroulement des opérations, il lui appartient d'apprécier si, eu égard à la nature et à la gravité de ces irrégularités, il y a lieu soit de maintenir lesdites opérations, soit de prononcer leur annulation totale ou partielle.«

⁶² O opredelitvi tega pojma, njegovem pomenu in pravni naravi glej J. Sovdat, nav. delo, str. 130–147.

volilne imenike, pravila referendumске kampanje in njenega financiranja ter na samo izvedbo glasovanja na glasovalni dan in ugotavljanje volilnih izidov. Ugotovljene nepravilnosti, ki lahko vodijo v delno ali popolno razveljavitev glasovanja in njegovo ponovitev, pa so lahko samo tiste, ki bi po svoji količini ali kakovosti lahko vplivale na referendumski izid.

Tudi v tem primeru tako lahko, enako kot pri volilnem sporu, govorimo o posebnem sodnem sporu, ki smo ga poimenovali referendumski spor in katerega pravila mora zakonodajalec ustrezno urediti in prilagoditi naravi pravice, ki naj se v njem varuje. Namenjen je sodnemu varstvu pravice glasovanja na referendumu, da se zagotovi verodostojna ugotovitev izražene volje glasovalcev. Verodostojnost vsakokratnega referendumskega izida je namreč zelo pomembna z vidika tega, da se ohranja zaupanje v odločitev, ki jo je (ustavno določena) večina sprejela na referendumu. In to tako z vidika ustavno pooblaščenih predlagateljev referendumu – se pravi nosilcev pravice zahtevati referendum – kot z vidika ljudstva – državljanov glasovalcev, ki so na referendumu glasovali (ali niso glasovali, pa jih bo sprejeta odločitev vseeno obvezovala).

Ker je sodno varstvo v referendumskem sporu dano v objektivnem pomenu, mora imeti možnost izpodbijanja referendumu vsak glasovalec. Prav pa bi bilo, da zakonodajalec to možnost da tudi predlagatelju referendumu, saj bo pravzaprav njegova pravica zahtevati referendum res učinkovito udejanjena šele s tem, ko bo referendumsko odločanje opravljeno in zaključeno v skladu s pravili.

3.3. Referendumski spor v slovenski ureditvi

Sodno varstvo pravice glasovanja na vsakokratnem referendumu ureja ZRLI v 5. poglavju III. oddelka, v katerem opredeljuje postopek za izvedbo referendumu (od faze njegovega razpisa naprej). Analizo zakonskih določb, ki ga urejajo, lahko naredimo, izhajajoč iz že omenjenih temeljnih vprašanj, ki morajo biti urejena, da se zagotovi učinkovito sodno varstvo pravice glasovanja na referendumu: kdo, kdaj, pred katerim organom, po kakšnem postopku in na kakšen način lahko izpodbija referendumski izid. Pri tem si ne moremo pomagati s sodno prakso, ker doslej zakonsko določeni pristojni sodišči nista odločali v tovrstnih sporih, kljub temu, da je bilo izvedenih že kar nekaj referendumov.⁶³

⁶³ Drugače pa na primer francoski Ustavni svet ob vsaki odločitvi, s katero razglasi izide referendumu, odloči še o vloženih pritožbah. Z odločbo št. 2005-38 REF z dne 1. junija 2005 (Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, 2005, str. 95–97), s katero je razglasil izide referendumu o Predlogu zakona o odobritvi ratifikacije Ustave za Evropo, je najprej razveljavil izide glasovanja na nekaterih voliščih, ker na primer po izvedenem glasovanju niso bili na voljo volivcem zapisniki o izidu glasovanja, da bi lahko vložili pritožbe, ker se je večjemu številu volivcev dovolilo glasovati, ne da bi vstopili v izolacijski prostor, zaradi česar ni mogoče zagotoviti verodostojnosti glasovanja, ker volivci niso podpisali

Oglejmo si najprej ureditev. ZRLI določa, da imata vsak glasovalec in predlagatelj referendum (oziroma njegov predstavnik) zaradi nepravilnosti pri delu volilnega odbora pravico vložiti ugovor pri Državni volilni komisiji (v nadaljevanju DVK) v treh dneh od glasovalnega dne (prvi odstavek 51. člena). DVK mora o njem odločiti v 48 urah (drugi odstavek tega člena). Poleg tega ima vsak glasovalec pravico vložiti ugovor pri DVK tudi zaradi nepravilnosti pri delu okrajne volilne komisije oziroma volilne komisije volilne enote v zvezi z ugotavljanjem izida glasovanja na njunem območju oziroma zoper ugotovitev DVK o izidu glasovanja na diplomatsko-konzularnih predstavništvi v tujini (tretji odstavek tega člena). O tem ugovoru mora DVK odločiti v treh dneh (četrti odstavek 51. člena ZRLI).⁶⁴

DVK ima pooblastilo, da v primeru ugotovljenih nepravilnosti, ki so vplivale ali bi utegnile vplivati na izid referendum, razveljavi glasovanje na posameznem volišču (prvi odstavek 52. člena ZRLI), lahko pa tudi sama ugotovi referendumski izid (drugi odstavek tega člena). Če ugovor zavrne, lahko glasovalec vložiti pritožbo na sodišče, pristojno za upravne spore, v 48 urah po prejemu odločbe (tretji odstavek tega člena). Sodišče mora po 53. členu ZRLI odločiti v 48 urah, odloča pa v sestavi treh sodnikov in ob smiselni uporabi zakona o upravnem sporu. Sodišče, pristojno za upravne spore, je Upravno sodišče, ker zakon ne določa drugače.⁶⁵

Poleg navedenega ZRLI določa, da lahko vsak glasovalec zoper poročilo DVK o izidu glasovanja na referendumu vložiti pritožbo po treh dneh od njegove objave v Uradnem listu (prvi odstavek 53.a člena⁶⁶). O pritožbi odloči Vrhovno sodišče v tridesetih dneh; zoper njegovo odločitev ni dovoljena pritožba (drugi odstavek tega člena); pri odločanju Vrhovnega sodišča pa naj se uporabljata drugi in tretji odstavek 53. člena (tretji odstavek 53.a člena), kar pomeni, da Vrhovno sodišče odloča v senatu treh sodnikov ob smiselni uporabi določb zakona o upravnem sporu.

Zakonska ureditev, ki daje vsakemu glasovalcu pravico izpodbijati referendum, je ustrezna. Vendar je treba ugotoviti, da je uveljavila dve (ali celo tri

volilnega imenika, kar prav tako zamaje verodostojnost izidov, in ker niso bila spoštovana natančna pravila o tem, kako poteka postopek štetja glasovnic. Ustavni svet ni določil novega glasovanja, ker je šlo v vseh primerih za volišča z manjšim številom volivcev, saj je kljub razveljavitvi teh glasov še vedno več kot dva in pol milijona volivcev več glasovalo proti predlogu zakona kot zanj.

⁶⁴ Tretji in četrti odstavek 51. člena sta bila dodana z Zakonom o spremembah in dopolnitvah ZRLI (Ur. l. RS, št. 83/04 – v nadaljevanju ZRLI-C).

⁶⁵ Glej 11. člen Zakona o upravnem sporu (Ur. l. RS, št. 105/106 in nasl. – v nadaljevanju ZUS-1).

⁶⁶ Člen 53.a je bil dodan z ZRLI-C.

glede na to, da ima DVK različno določen rok za odločitev o ugovoru iz prvega in iz tretjega odstavka 51. člena ZRLI) ločeni pravni sredstvi. Na eni strani ugovor(a), s katerim(a) se lahko uveljavljajo nepravilnosti v zvezi s samim glasovanjem, ugotavljanjem izidov in ravnanjem z referendumskim gradivom, pri čemer ni razvidno, zakaj ZRLI predstavniku predlagatelja referendumu, ki poleg glasovalca lahko vloži ugovor po prvem odstavku 51. člena ZRLI zaradi nepravilnosti pri delu volilnega odbora, ne daje pravice vložiti ugovor tudi po tretjem odstavku tega člena, ko gre za nepravilnosti pri delu volilnih komisij, ki ugotavljajo izid glasovanja na svojem območju, oziroma pri delu DVK za diplomatsko-konzularna predstavništva. Ko gre za regularnost referendumu, bo predlagatelj referendumu še kako zainteresiran, da na njegovem izidu ne bo obvisela senca pomembnih nepravilnosti. To je še bolj kot v interesu predlagatelja v javnem interesu, da se zagotovi zaupanje glasovalcev (še posebej tistih, ki so ostali v manjšini) v poštenost postopka, v katerem je bila večinsko sprejeta odločitev na način, ki ga ureja Ustava v četrtem odstavku 90. člena.

Na drugi strani imamo pritožbo na Vrhovno sodišče zoper končno poročilo DVK o referendumskem izidu, ki jo ima samo glasovalec, pri čemer Zakon ne ureja, katere nepravilnosti se lahko uveljavljajo. Pri takem pravnem sredstvu bi morale biti dopustno uveljavljati vse nepravilnosti iz referendumskega postopka. Zato se spet enako lahko zastavi vprašanje, zakaj ima to pravno sredstvo samo glasovalec, ne pa tudi predlagatelj referendumu.

Poleg tega se pojavlja še en problem dvojnosti. V primeru, da DVK zavrne ugovor, je dovoljena pritožba zoper njeno odločitev na Upravno sodišče. O pritožbi zoper končno poročilo DVK pa naj bi odločalo Vrhovno sodišče, kar pomeni, da sta določeni dve različni sodišči, ki sta obe v vlogi referendumskega sodnika, pri čemer bosta lahko odločali celo o istih vprašanjih, vsekakor pa o nepravilnostih, ki naj bi se zgodile v istem referendumskem postopku. To, da je zoper odločitev centralne volilne komisije zagotovljeno sodno varstvo, je seveda nujno potrebno in pred uveljavitvijo prvega odstavka 53.a člena ZRLI ni bilo zagotovljeno. Vendar bi morale biti sodno varstvo pravice glasovanja na referendumu vzpostavljeno pred enim referendumskim sodnikom. Dodaten problem je pri tem vezan na pooblastila DVK. Ta ima namreč v prvem odstavku 52. člena ZRLI pooblastilo za razveljavitev glasovanja, pri čemer ZRLI sodnega varstva zoper tako odločitev sploh ne predvideva, ker v tretjem odstavku 52. člena izrecno dovoljuje pritožbo samo zoper odločitev DVK, s katerim je zavrnila ugovor. To seveda pomeni, da zoper odločitev DVK o razveljavitvi glasovanja nedopustno ni zagotovljeno sodno varstvo, kar je tudi v neskladju s prvim odstavkom 23. člena Ustave; če sprejmemo stališče, da je pravica glasovanja na referendumu, ko se izvaja, varovana s 44. členom Ustave, pa celo v neskladju s četrtem odstavkom 15. člena Ustave.

Zastavlja se vprašanje, kaj je zakonodajalec v resnici hotel uzakoniti s prvim odstavkom 53.a člena ZRLI ob tem, ko ga je uzakonil ob 51. in 52. členu ZRLI. Iz zakonodajnega gradiva tega ni mogoče jasno ugotoviti. V Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah ZRLI (EVA 2004-1711-0004) izvemo le to, da se z dopolnitvijo 51. člena omogoča pravno varstvo pravice glasovanja tudi zoper nepravilnosti pri delu volilnih komisij. V resnici bi moralo biti sodno varstvo zagotovljeno zoper vse nepravilnosti iz referendumskega postopka, ki bi lahko vplivale na njegov izid, torej tudi glede ravnanja volilnih komisij, vendar ne samo glede tega. Glede 53.a člena je bilo v predlogu navedenega zakona poleg povzetka zakonske določbe zapisano še, da Vrhovno sodišče lahko odpravi akt DVK in ji naloži odpravo nepravilnosti, lahko pa tudi samo ugotovi izid glasovanja oziroma izid referenduma. To naj bi bila pooblastila Vrhovnega sodišča pri odločanju. Pooblastila organa sodne kontrole so tako pomembna, da morajo biti zapisana v zakonu samem, ne pa v njegovi obrazložitvi, še posebej, ker bi sodišče moralo imeti specialna pooblastila, prilagojena naravi referendumskega spora, ki jih ZUS-1 ne ureja. Vsekakor pa ta obrazložitev ne pojasni, zakaj dvojnost pravnih sredstev in kakšno je razmerje med ureditvijo iz 51. in 52. člena ZRLI ter to posebno pritožbo.

Pritožba iz prvega odstavka 53.a člena ZRLI bi bila sicer sama po sebi smiselna, če bi obstajala samo ta (ne pa tudi ugovor in pritožba zoper odločitev o njem), če bi imela to pritožbo tako vsak glasovalec kot predlagatelj referenduma in če bi se z njo lahko uveljavljale vse nepravilnosti iz referendumskega postopka pred enim referendumskim sodnikom.

Tako pa imamo opravka z dvema pritožbama in dvema sodiščema. DVK bo o ugovorih iz 51. člena morala odločiti s posebno odločbo, torej s posamičnim pravnim aktom, ki bo moral biti vročen vlagatelju ugovora. Od njegove vročitve bo tekel rok za pritožbo po tretjem odstavku 52. člena ZRLI. O njej bo odločalo Upravno sodišče. Šele po pravnomočnosti te odločitve bo lahko prišlo do končnega poročila DVK, ki je poseben akt DVK, katerega vsebina je določena v 49. členu ZRLI, v 50. členu ZRLI pa je določeno, da DVK pošlje poročilo o izidu glasovanja (in logično je to lahko samo poročilo o izidu glasovanja na ravni države) Državnemu zboru in predlagatelju referenduma ter ga objavi v Uradnem listu Republike Slovenije. O pritožbi zoper ta akt bo odločalo Vrhovno sodišče.

Tudi roki za sprožitev teh različnih pravnih sredstev so različno določeni. Res je, da morajo biti roki za sprožitev referendumskega spora v temelju kratki, vendar tu niso primerni urni roki, pa tudi ne pretirano kratki roki, kakršen je rok treh dni, če hočemo dati pritožniku na voljo možnost sestave resne pritožbe. Še manj so primerni taki roki za odločanje sodišča, kot so določeni v 51. in 52. členu ZRLI. Glasovalni dan je že za nami, zato ni razlogov, da bi sodišče

o morebitnih nepravilnostih odločalo v urnih rokih. V tako kratkem času ne bo mogoče zagotoviti skrbne in temeljite sodne presoje, v kateri morajo biti spoštovana tudi vsa ustavna procesna jamstva, začenši z 22. členom Ustave, na kar opozarja tudi Kodeks dobre prakse pri referendumu (točka 3.3.h). Zahteva po hitrosti odločanja, ki je sicer ustrezna, mora biti tu uravnotežena z mnogo pomembnejšo zahtevo: da na referendumskem izidu ne ostanejo sence dvoma o njegovi verodostojnosti, s tem pa tudi ne o legitimnosti na njem sprejete odločitve.

Smiselno in ustrezno ter v skladu z načelom jasnosti zakonske ureditve pa tudi v skladu z načelom predvidljivosti kot enim od načel pravne države bi torej bilo, če bi bila sodna kontrola izvedenega referendumskega glasovanja poverjena enemu sodišču in če bi ZRLI določal eno pravno sredstvo zoper vse nepravilnosti iz referendumskega postopka, ki bi ga lahko vložili tako predlagatelj referenduma kot glasovalci v ustrezno kratkem roku (npr. 10 dni). To pravno sredstvo bi bilo lahko zaupano Vrhovnemu sodišču, ko gre za referendum na državni ravni, saj, kot je razvidno, nekatere ustavne ureditve o tem predvidevajo celo odločanje Ustavnega sodišča. Prav bi bilo, da bi zakonodajalec opredelil, kakšno je pri tem trditveno in dokazno breme vlagatelja pravnega sredstva. O tem pravnem sredstvu bi lahko odločalo kar neposredno sodišče, lahko pa tudi najprej DVK, vendar bi moralo biti zoper vsako njeno odločitev (tudi če bi razveljavila glasovanje) predvideno sodno varstvo pred (enotnim) referendumskim sodnikom. Referendumski sodnik mora imeti enako pooblastilo za razveljavitev glasovanja, predvsem pa mora imeti tudi jasno opredeljen postopek, ki bo omogočal transparentno sodno varstvo, tako da bodo vlagatelji pravnega sredstva vnaprej lahko predvidevali njegov potek. Po zaključenem sodnem postopku (če ne bi imeli opravka z razveljavljenim glasovanjem, ki bi zahtevalo novo glasovanje, to pa lahko spet novo sodno varstvo), bi Državni zbor lahko razglasil referendumski izid (kot predvideva 53.b člen ZRLI).

Ker varstvo pravice glasovanja na referendumu v temelju ni namenjeno varovanju osebne pravice vsakega posameznega glasovalca, ampak predvsem zagotovitvi tega, da je referendumski izid verodostojni odraz svobodno izražene volje glasovalcev na referendumu, ima sodno varstvo te glasovalne pravice, enako kot velja za volilni spor, objektivni pomen in se izvaja v javnem interesu. Zato je v referendumske izide mogoče poseči samo, če imamo opravka z nepravilnostmi, ki so po kakovosti ali po količini tako pomembne, da bi lahko vplivale ali da so vplivale na izid referenduma. To izhaja tudi iz prvega odstavka 52. člena ZRLI, ki pooblašča DVK, da ob odločanju o ugovoru razveljavi volitve, vendar le, če ugotovi, da gre za nepravilnosti, ki so ali ki bi utegnile vplivati na izid referenduma. V tem pogledu je ta ureditev ustrezna, vendar je jasno, da mora to povsem enako veljati tudi za odločanje Vrhovnega sodišča.

Vrhovno sodišče bi moralo imeti tudi samo pooblastilo za razveljavitev glasovanja. Po izvedenem referendumu morajo biti vendarle v doglednem kratkem času razrešena vsa sporna vprašanja. Zato v takem postopku ni primerna najprej uporaba formalizmov, ki jih vsebuje ZUS-1, za tem odpravljanje odločitev DVK in vračanje zadeve v nov postopek, ampak se pričakuje od sodišča polno sodno varstvo pravice. Zapovedana smiselna uporaba določb ZUS-1 pri takem odločanju prinaša s seboj celo vrsto problemov, ker gre po naravi stvari pri referendumskega sporu za tip sodnega postopka, povsem različen od upravnega spora, ki je namenjen subjektivnemu varstvu.⁶⁷ Zato je smiselna uporaba ZUS-1 lahko primerna le toliko, kolikor ustreza sami naravi referendumskega spora.

Slovenski zakonodajalec je že v volilnem sporu neustrezno nakopičil pravna sredstva, s katerimi se po vsebini izpodbijajo v temelju nepravilnosti istega volilnega postopka pred različnimi sodišči.⁶⁸ Po tej neustrezni ureditvi se je očitno zgledoval tudi ZRLI. Tako smo po eni strani soočeni s prenормirano-stjo glede števila pravnih sredstev, na drugi strani pa z bistveno pomanjkljivo ureditvijo postopka in pooblastil sodišča pri odločanju ali celo z opustitvijo sodnega varstva zoper odločitev DVK o razveljavitvi glasovanja. Taka ureditev ne more zagotavljati učinkovitega sodnega varstva pravice glasovanja na referendumu.

Glede na navedeno bi bilo zaželeno, da se zakonodajalec ureditve teh vprašanj loti, za kar se mu pravkar ponuja priložnost. Problem je v temelju enak tudi na lokalni ravni, le da na lokalni ravni ni potrebe, da bi o teh sporih odločalo Vrhovno sodišče. ZRLI v 3. členu določa, da se določbe tega zakona o postopku za izvedbo referenduma smiselno uporabljajo tudi za lokalni referendum, kolikor ni s tem ali drugim zakonom določeno drugače. Zakon, ki ureja lokalno samoupravo, v zvezi z varstvom pravice do glasovanja na lokalnem referendumu nima določb, torej se smiselno uporabljajo 51. do 53.b člen ZRLI. Vendar smiselna uporaba samo pomeni, da imamo opravka z ugovorom, o katerem odloča občinska volilna komisija. Če ga zavrne, imamo pritožbo na sodišče, pristojno za upravne spore, torej na Upravno sodišče. Poleg tega pa imamo še pritožbo zoper poročilo občinske volilne komisije o celotnem izidu referenduma, o kateri odloča Vrhovno sodišče. Smiselna uporaba namreč ne more niti dveh pravnih sredstev spremeniti v eno niti dveh pristojnih sodišč nadomestiti z enim.

⁶⁷ O pravni naravi upravnega spora glej V. Androjna in E. Kerševan, nav. delo, str. 642–643 in 678–682.

⁶⁸ Glej o tem J. Sovdat, nav. delo, str. 256 in 269.

4. SKLEP

Potrditveni oziroma zavrnitveni zakonodajni referendum, ki se izvaja le na ljudsko referendumsko zahtevo, kot je uveljavljen po zadnji ustavni spremembi, je oblika neposrednega izvrševanja oblasti. Zakonodajna dejavnost slovenskega parlamenta je tako kot v vseh demokratičnih državah daleč prevladujoči način izvrševanja ljudske oblasti, ki ima podlago v svobodnih periodičnih volitvah. Referendum pa deluje kot korekcija in oblika nadzora parlamentarnega odločanja, zlasti ko gre za sprejemanje najpomembnejših družbenih odločitev. Iz ustavne ureditve izhaja pravica določenega števila volivcev, da zahtevajo razpis referendumu o zakonu, sprejetem v Državnem zboru. Za uveljavitev te pravice je poprej potreben nastanek pravice dati pobudo za razpis referendumu. Ta se bo izvedel z odločanjem volivcev, torej z uresničitvijo pravice glasovanja na referendumu. Vse navedene referendumske pravice so zato bistvene za udeležanje neposrednega izvrševanja zakonodajne oblasti na referendumu.

Za zagotovitev učinkovitosti teh pravic je treba, tako kot pri drugih pravicah, zagotoviti njihovo sodno varstvo. To je večplastno in ga lahko z vidika tega, katero sodišče je zanj pristojno, razvrstimo na ustavnosodno in sodno varstvo, pri čemer so posamezne oblike namenjene varstvu navedenih referendumskih pravic. Ena pomembnih oblik je ustavnosodno varstvo pravice zahtevati referendum, ki jo zdaj tudi izrecno omejujejo že ustavne določbe. Na njihovi podlagi in tudi na podlagi potrebe po zavarovanju drugih ustavnih vrednot in zagotovitvi njihovega ustavnopravnega ravnotežja bo zakonodajalec tudi po ustavnih spremembah moral predvideti, da ima zadnjo besedo o dopustnosti referendumu Ustavno sodišče. Pri tem je kar precej vprašanj odprtih, izpostavljena so le nekatera med njimi. Zaželeno bi bilo, da bi ZRLI enotno uredil pravno sredstvo, s katerim se v postopku pred Ustavnim sodiščem varuje pravica zahtevati referendum. Polega tega je treba nekaj več pozornosti nameniti sodnemu varstvu pravice glasovanja na referendumu, katere ustreznost ureditve ostaja odmaknjena očem, dokler se ne pojavijo problemi v praksi. Sama ustavna sprememba sicer ne terja tudi spremembe zakonske ureditve tega sodnega varstva. Vendar pa jo zahteva neustreznost veljavne ureditve, ker taka, kot je, ne zagotavlja učinkovitega sodnega varstva pravice glasovanja na referendumu.

Glede na to, koliko vprašanj se zastavlja samo pri sodnem varstvu referendumskih pravic, bi se zakonodajalec moral lotiti noveliranja ZRLI čim prej, in to tudi glede 5. poglavja III. dela ZRLI.

Literatura

- Louis Favoreau in Loïc Philip: Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 7e édition. Dalloz, Paris 1993.
- Franc Grad in drugi: Državna ureditev Slovenije, 3., spremenjena in dopolnjena izdaja. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1999.
- Franc Grad: Parlament in vlada. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2000.
- Franc Grad: Parlamentarno pravo. GV Založba, Ljubljana 2013.
- Michèle Guillaume-Hofnung: Le référendum. Presses Universitaires de France, Pariz 1987.
- Francis Hamon: Referendum, Primerjalna študija. DZS, Ljubljana 1998.
- Raymond Guillien in Jean Vincent: Lexique de termes juridiques, 9e édition. Dalloz, Pariz 1993.
- Igor Kaučič: Referendum in sprememba ustave. ČZ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1994.
- Igor Kaučič (ur.): Zakonodajni referendum, Pravna ureditev in praksa v Sloveniji. Ljubljana 2010.
- Igor Kaučič: Participacija občanov in volilna pravica, XVI. dnevi javnega prava in javnega managementa. Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2010.
- Anže Kogovšek: Doktrina prepovedi referendumov v slovenski ustavnosodni praksi, v: Dignitas, (2013) 57–58, str. 183–205.
- Janez Pogorelec: Pravica do referendumov, v: Dignitas, (2010) 47–48, str. 3–23.
- Mads Qvortrup: A Comparative Study of Referendums, Government by the People. Manchester University Press, Manchester in New York 2002.
- Jadranka Sovdat: Volilni spor. GV Založba, Ljubljana 2013.
- Mirjam Škrk: Odnos med mednarodnim in notranjim pravom v praksi Ustavnega sodišča, v: Pravniki, (2007) 6–8, str. 275–311.
- Lovro Šturm (ur.): Komentar Ustave Republike Slovenije, dopolnitev komentarja – A. Fakulteta za državne in evropske študije, Brdo 2011.
- Bob Watt: UK Elections Law : A Critical Examination. Cavendish Pub, Oregon 1996.

PRAVNA NARAVA USTANOVITVENIH AKTOV KAPITALSKIH DRUŽB IN KATEGORIZACIJA NJIHOVIH SESTAVIN

Peter Podgorelec,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
docent na Ekonomsko-poslovni fakulteti Univerze v Mariboru*

1. UVOD

Po splošni definiciji, kot je danes uveljavljena v teoriji, je družba na pravno-poslovni podlagi ustanovljeno združenje oseb zaradi skupnega namena.¹ Bistveni elementi, ki opredeljujejo družbo, so tako: združenje oseb, prizadevanje za skupni namen in ustanovitev s pravnim poslom. Pravni posel, na podlagi katerega nastane družba, je v zakonih različno označen, enkrat kot družbena pogodba, drugič kot statut ali pa je uporabljen »nevtralen« izraz – akt o ustanovitvi. Pravna narava ustanovitvenih (konstitutivnih) aktov družb je v teoriji že dolgo časa sporna. Še posebej v primeru družb korporativnega tipa, h katerim spadajo tudi kapitalske družbe, z družbo z omejeno odgovornostjo (d. o. o.) in delniško družbo (d. d.) kot tipičnima predstavnicama. Ustanovitveni akti kapitalskih družb (pri d. o. o. je to družbena pogodba, pri d. d. pa statut) so tudi predmet tega prispevka, stališča o njihovi pravni naravi pa je mogoče razširiti tudi na druge vrste korporacij, kot so društva in zadrage.² Opredelitev pravne narave je vsekakor pomembna. V prvi vrsti zaradi pravil, ki veljajo za razlago, pa tudi zaradi razumevanja pomena posameznih sestavin in njihove razmejitve. Vse sestavine družbene pogodbe oziroma statuta namreč nimajo enake pravne kvalitete. Kot bo pojasnjeno v prispevku, jih razvrščamo na materialne in formalne. Razlikovanje med njimi je pomembno zaradi različnih razlogov. Od tega, med katere sestavine jih uvrstimo, je odvisno, po katerih

¹ H. Krejci, nav. delo, str. 16.

² O tem v teoriji ni večjih dvomov – sporno je, ali jih je mogoče prenesti tudi na osebne družbe. Glej o tem npr. H. Wiedemann, nav. delo, str. 160; K. Schmidt, nav. delo, str. 76.

pravilih interpretiramo sporna določila, s čimer je povezano tudi vprašanje obsega preizkusa na revizijski stopnji. Nadalje je od tega odvisna tudi uporabljivost splošnih pravil obligacijskega prava o izjavi volje in pravnih poslih. Vse sestavine nimajo pravnega učinka za tretje osebe, tudi ni nujno, da za vse sestavine veljajo enaka pravila o njihovi spremembi. Različne so tudi pravne posledice kršitev. Ob omenjenih dveh lahko ločimo še tretjo kategorijo sestavin, to so indiferentne sestavine, ki so lahko bodisi materialne bodisi formalne, odvisno od volje družbenikov. Njihov obseg je odvisen od avtonomije, ki jo zakon dopušča za urejanje notranjih razmerij v družbi. V zvezi s tem so med d. o. o. in d. d. pomembne razlike.

2. PRAVNA NARAVA

V primerjavi s siceršnjimi pogodbami ima družbena pogodba nekatere posebnosti, zaradi katerih je njena pravna narava že dolgo časa sporna in obstajajo v zvezi s tem različne teorije: pogodbeni, normativni in modificirani normativni teoriji.³ Vprašanje je namreč, ali in koliko je mogoče družbeno pogodbo, prav zaradi teh specifičnosti, pojasniti s klasičnim civilnopravnim instrumentarjem. Z družbeno pogodbo se ne ustanovijo le individualna pravna razmerja med družbeniki, ampak se z njo oblikuje tudi organizacijska struktura bodoče družbe. To pomeni, da se določijo organi družbe in njihove pristojnosti, uredi se način oblikovanja volje družbenikov, ki praviloma temelji na načelu večine, bodisi navadne bodisi kvalificirane, če gre za pomembnejše odločitve, vključno s pravico večine, da spremeni družbeno pogodbo. Sprememba članske strukture družbe, vključno z vstopom novih družbenikov, je mogoča pod bistveno blažjimi pogoji, kot veljajo po siceršnjih pravilih pogodbenega prava. Tako za vstop novega družbenika v d. o. o. ni potrebno soglasje vseh družbenikov, kot bi izhajalo iz pravil obligacijskega prava o prenosu pogodbe, ampak imajo obstoječi družbeniki le prednostno pravico, bodisi pri prodaji poslovnega deleža bodisi pri prevzemu novih osnovnih vložkov pri povečanju osnovnega kapitala. V tem smislu, torej v smislu pogojev za udeležbo v družbi, se družbena pogodba obrača tudi na osebe, ki pri njenem sklepanju niso bile navzoče, na potencialne družbenike. Če nastane nov pravni subjekt, kot je tudi d. o. o., ki je pravna oseba, pa družbena pogodba pomeni tudi ustrezen temelj za to.

Pogodbeni teoriji, ki v družbeni pogodbi vidi zgolj običajno pogodbo, sicer z nekaj posebnostmi, zaradi teh specifičnosti nasprotuje normativna teorija. Po tej teoriji, ki je pustila pomembne sledi tako v teoriji kot sodni praksi, njen

³ K. Schmidt, nav. delo, str. 76; H. Krejci, nav. delo, str. 45.

utemeljitelj pa je *Otto von Gierke*, družbena pogodba ni pogodba, ampak t. i. enostranski skupni akt oz. socialni konstitutivni akt (nem. *einseitigen Gesamtakt, sozialrechtlichen Konstitutivakt*), ki v individualnem pravu nima pravega vzorca in ga zato s pojmom pravnega posla ni mogoče »obvladati«. ⁴ Družbena pogodba ima v skladu z normativno teorijo naravo objektivnega prava, ki ga v mejah avtonomije, dopustne z zakonom, oblikujejo družbeniki sami.

Vmes med obema teorijama se je razvila t. i. **modificirana normativna teorija**. V skladu z njo je sklenitev družbene pogodbe podvržena pravilom o pravnih poslih, od vpisa ustanovitve družbe v sodni register naprej pa se družbena pogodba obravnava kot objektivno pravo, kot zasebni splošni pravni akt. Družbena pogodba je torej najprej pogodba, sklenjena med ustanovitelji, ki pa se kasneje od njih osamosvoji in zaživi lastno pravno življenje. Volja ustanoviteljev se umakne, na njeno mesto pa stopijo namen družbe in interesi vsakokratnih družbenikov. ⁵

Modificirana normativna teorija je danes zastopana zlasti v nemški sodni praksi, medtem ko ima pogodbeno teorija večinsko podporo v teoriji. ⁶ Razlike med njima dejansko niso prav velike, saj v zadnjem času tudi zagovorniki pogodbene teorije vse bolj poudarjajo objektivnopravne posebnosti, tako da bi lahko govorili tudi o modificirani pogodbeni teoriji. Družbena pogodba se uvršča med pravne posle, vendar z nekaj specifičnostmi v primerjavi s pogodbami obligacijskega prava. Te so korporacijskopravne narave. Družbena pogodba je pogodba *sui generis*, v teoriji prava d. o. o. največkrat poimenovana **organizacijska pogodba**. ⁷

Družbena pogodba združuje **dve funkciji**. (1) Po eni strani je dogovor ustanoviteljev o ustanovitvi družbe, njenem namenu, razdelitvi poslovnih deležev in o tem, kaj bodo prispevali v družbo (o osnovnih vložkih) – *družbena pogodba kot pravnoposlovni ustanovitveni akt*. (2) Po drugi strani pa je *organizacijsko-pravna podlaga bodoče d. o. o. kot pravne osebe*, ki pravno učinkuje ne le za ustanovitelje, ampak tudi za tiste družbenike, ki vstopijo v družbo kasneje, kakor tudi za tretje osebe (upnike). ⁸ Najpomembnejši del tega t. i. statutarnega (organizacijskega) dela družbene pogodbe so določbe o identiteti družbe (fir-

⁴ K. Schmidt, nav. delo, str. 75.

⁵ Tako nemško vrhovno sodišče v sodbi, obj. v BGHZ 47, 172, 179 (povzeto po K. Schmidt, nav. delo, str. 76).

⁶ V. Emmerich, v: F. Scholz, nav. delo, str. 210.

⁷ H. Krejci, nav. delo, str. 409; A. Hueck in L. Fastrich, v: A. Baumbach in A. Hueck (ur.), nav. delo, str. 44; P. Ulmer, v P. Ulmer (ur.), nav. delo (1. knjiga), str. 131; G. H. Roth, v: G. H. Roth in H. Altmeppen, nav. delo, str. 33.

⁸ T. Drygala, M. Staake in S. Szalai, nav. delo, str. 53.

ma, sedež, dejavnost), o kapitalski osnovi (osnovni kapital), nadalje določbe o pristojnosti organov in o njihovem medsebojnem razmerju ter pravnem položaju članov organov, o pravnih razmerjih med družbo in družbeniki, kakor tudi o članskih razmerjih med družbeniki samimi.

Omenjeni funkciji družbene pogodbe si ne sledita v časovnem zaporedju, ampak se prepletata, s tem da v fazi do vpisa ustanovitve družbe v sodni register prevladuje prva, po nastanku družbe kot pravne osebe pa je bolj poudarjena druga. V času od sklenitve družbene pogodbe do vpisa ustanovitve v sodni register prevladujejo obligacijskopравни elementi, individualna pravna razmerja med ustanovitelji. Vendar s sklenitvijo družbene pogodbe že nastane pred-družba, katere organizacijsko strukturo določa družbena pogodba, ob tem pa se uporabljajo tudi nekatere zakonske določbe o d. o. o. Po vpisu ustanovitve v sodni register se družba zaradi preoblikovanja v pravno osebo osamosvoji od svojih ustanoviteljev, s čimer stopijo v ospredje korporacijskopравни (»statutarni«) elementi družbene pogodbe.⁹

Nastanek družbe kot pravne osebe ne pomeni, da poslej obstajajo le pravna razmerja med družbeniki in družbo ter da se razmerja med družbeniki prekinajo. Medsebojna pravna razmerja med družbeniki se, če niso posebej urejena v družbeni pogodbi, izpeljujejo iz dolžnosti zvestobe (nem. *Treupflicht*) kot splošne članske dolžnosti, ki ne velja le v razmerju med družbeniki in družbo, ampak tudi med družbeniki samimi. Medsebojna dolžnost zvestobe med družbeniki na splošno zahteva, da so se družbeniki dolžni ozirati na interese drugih družbenikov.¹⁰

Družbena pogodba je torej pogodba, ki ustanavlja pravice in obveznosti med udeleženimi družbeniki, hkrati pa vsebuje tudi objektivnopravna pravila, ki oblikujejo organizacijsko strukturo družbe.¹¹ Enaka (»dvojna«) pravna narava se pripisuje **statutu v delniški družbi** (d. d.). Družbena pogodba in statut sta dejansko sinonima – statut je družbena pogodba delniške družbe. Tudi statut je torej pogodba, pogodba posebne vrste (*sui generis*) – organizacijska pogodba, v teoriji delniškega prava sicer pogosteje poimenovana obligacijsko-organizacijska pogodba, ki po eni strani vključuje dogovor med ustanovitelji o

⁹ P. Ulmer, v: P. Ulmer (ur.), nav. delo, str. 129.

¹⁰ Več o tem P. Podgorelec, v: S. Prelič (ur.), nav. delo, str. 193.

¹¹ Podobno B. Zabel, v: M. Kocbek (red.), nav. delo, 3. knjiga, str. 77 in naslednje. Avtor poudarja dvojno pravno naravo družbene pogodbe: obligacijsko in statusno (organizacijsko) naravo. Pavčnik uvršča statute pravnih oseb med splošne pravne akte, ki jih sprejemajo in dogovarjajo sami pravni naslovljenci – avtonomni pravni akti. Družbeno pogodbo daje kot primer posamičnega pravnega akta, ki pa ne vsebuje le konkretnih, ampak tudi abstraktna pravna pravila, ki povedo, kako naj se individualno določeni pogodbeniki vedejo v razmerjih, ki bodo šele nastala. (M. Pavčnik, nav. delo, str. 150).

ustanovitvi družbe ter iz tega izvirajoče pravice in obveznosti, po drugi strani pa so njegov sestavni del tudi pravila o notranji strukturi d. d. kot korporacije, o njeni organizaciji. Z nastankom d. d. se vsebina statuta osamosvoji od pogodbene volje ustanoviteljev, tako da določila statuta veljajo tudi za nove delničarje, kar pomeni, da dobijo funkcijo objektivnega prava.¹²

Zakon dopušča možnost, da d. o. o. ustanovi le ena fizična ali pravna oseba, enako velja za d. d. V tem primeru, torej v primeru ustanovitve **enoosebne družbe**, seveda ni mogoče govoriti o pogodbi, saj je pogodba zmeraj dvo- ali večstranski pravni posel. Zato je v zakonu namesto pojma »družbena pogodba« uporabljan izraz »akt o ustanovitvi« (prvi odstavek 523. člena ZGD-1). Akt o ustanovitvi enoosebne d. o. o. je, drugače kot družbena pogodba, enostranski pravni posel. Enoosebna d. o. o. se torej ustanovi z enostransko izjavo volje edinega ustanovitelja, za katero se po našem pravu niti ne zahteva posebna oblika, to je oblika notarskega zapisa, tako kot v določenih primerih za družbeno pogodbo. Razen te pa kakšnih drugih pomembnejših razlik v primerjavi z družbeno pogodbo ni, kar pomeni, da se glede same pravne narave ne more nič bistvenega spremeniti. Tako kot družbena pogodba je namreč tudi akt o ustanovitvi ne le ustanovitveni pravni posel, ampak tudi (organizacijska) pravna podlaga bodoče d. o. o. kot pravne osebe, kar ima pomen tako za pravni promet kot za nove družbenike, ki se morebiti priključijo kasneje. Akt o ustanovitvi ima torej enak pomen kot družbena pogodba pri večosebni d. o. o. v svojem »statutarnem« delu, kot organizacijski pravni akt. Po vpisu ustanovitve v sodni register lahko družbenik del svojega poslovnega deleža odsvoji ali pa družba poveča osnovni kapital in nove osnovne vloške prevzamejo novi družbeniki, s čimer se preoblikuje v večosebno družbo. Namesto o organizacijski pogodbi, kar je družbena pogodba, lahko pri enoosebni d. o. o. govorimo o **enostranskem organizacijskem aktu ustanovitelja**.

3. RAZLAGA

Opredelitev pravne narave družbene pogodbe oziroma statuta je pomembna predvsem z vidika njune interpretacije. V obeh primerih gre sicer za pravni posel, vendar je uporabljivost obveznega razlagalnega pravila iz 82. člena Obligacijskega zakonika (OZ)¹³ omejena. Upoštevati je namreč treba, da družbena

¹² Glej na primer U. Hüffer, nav. delo, str. 123; P. Limmer, v: G. Spindler in E. Stolz (ur.), nav. delo, str. 199; D. Solveen, v: W. Hölters (ur.), nav. delo, str. 106; A. Pentz, nav. delo, str. 556; C. H. Seibt, v: K. Schmidt in M. Lutter (ur.), nav. delo, str. 353. Enaka stališča veljajo tudi v naši teoriji (M. Kocbek, v: M. Kocbek (red.), nav. delo, 2. knjiga, str. 135).

¹³ Ur. l. RS, št. 97/07 – UPB1. V 82. členu OZ je določeno, da se določila pogodbe uporabljajo tako, kot se glasijo (prvi odstavek). Pri razlagi spornih določil se ni treba držati

pogodba/statut kot pravna podlaga družbe kot pravne osebe ne ustanavlja le pravic in obveznosti med tistimi, ki so jo sklenili, to je med ustanovitelji, ampak se obrača na nedoločen krog oseb, tako na potencialne družbenike, to je na osebe, ki bodo vstopile v družbo šele kasneje, kot tudi na upnike družbe. Kot je bilo pojasnjeno v prejšnji točki, imata oba akta v tem delu »statutarno« (tj. korporativno) naravo, to je pomen avtonomnega splošnega pravnega akta, ki ureja organizacijsko strukturo družbe. Zato za razlago ne more veljati subjektivistični pristop, kot to velja za razlago pogodbe obligacijskega prava,¹⁴ ampak mora biti razlaga **objektivizirana**.¹⁵ Namen ustanoviteljev, ko so sklepali družbeno pogodbo oziroma sprejemali statut, ne igra nobene vloge, ampak se upošteva le tisto, kar je dostopno vsem, torej v prvi vrsti samo besedilo akta in morebitne druge listine, ki so javno dostopne. Rezultat razlage in dokazila, na katerih temelji razlaga, morajo biti za vse družbenike enaki, tako za ustanovitelje kot tudi za tiste družbenike, ki vstopijo v družbo kasneje.

Izjema velja le za tiste določbe, s katerimi se urejajo individualna pravna razmerja med družbeniki. Te sestavine, ki jih, kot bo pojasnjeno v nadaljevanju, označujemo za formalne sestavine, se razlagajo v skladu z 82. členom OZ. Ta določba se uporablja tudi za razlago družbene pogodbe oziroma statuta pred vpisom ustanovitve družbe v sodni register.

Družbena pogodba in statut se torej v svojem »korporativnem« delu razlagata na enak način kot zakon, to je objektivno. Pri razlagi je treba izhajati iz samega besedila akta, kar pa samo po sebi ni dovolj, ampak je treba najti smiselno povezavo med določili in upoštevati tudi namen posamezne določbe, če je navzven dovolj jasno razpoznaven. V zvezi s tem se lahko upoštevajo tudi okoliščine, ki iz listine družbene pogodbe/statuta niso neposredno razvidne, vendar samo pod pogojem, da so tretjim osebam dostopne, zlasti na tak način, da so predložene sodnemu registru. Zato pri razlagi načeloma ni mogoče upoštevati zgodovine nastajanja družbene pogodbe/statuta, morebitnih osnutkov ter predstav in izjav oseb, ki so sodelovale pri njunem nastajanju ali kasnejšem noveliranju. Načela objektivne razlage veljajo tudi za dopolnjujočo razlago v primeru obstoja pravnih praznin. Posebej je treba opozoriti na zakonsko konformno razlago. V skladu s to razlago je treba večpomenska določila družbene pogodbe oziroma statuta interpretirati tako, da so v skladu z zakonom. Če torej iz besedila posamezne določbe izhaja, da je njena skladnost z zakonom

dobesednega pomena uporabljenih izrazov, temveč je treba iskati skupen namen pogodbenikov in določilo razumeti tako, kot ustreza načelom obligacijskega prava, določenim v tem zakoniku (drugi odstavek).

¹⁴ N. Plavšak, nav. delo, str. 351.

¹⁵ K. Schmidt, nav. delo, str. 87; H. Krejci, nav. delo, str. 50; A. Hueck in L. Fastrich, v: A. Baumbach in A. Hueck (ur.), nav. delo, str. 51.

vprašljiva, kar posledično pomeni, da je lahko pravno neveljavna, jo je treba razlagati restriktivno, to je na način, da je zakonsko skladna.

Povedano je pomembno tudi z vidika **preizkusa na revizijski stopnji**. Kot izhaja iz številnih odločb Vrhovnega sodišča,¹⁶ je revizijski preizkus interpretacije pogodbe po 82. členu OZ omejen: ugotavljanje pogodbene volje strank je dejansko vprašanje, ocena pomena in učinkov oziroma posledic določene pogodbe pa je pravna ocena in je torej podvržena reviziji. Vendar je mejo večkrat težko postaviti, saj se pri razlagi pogodbe prepletajo elementi dejanskega in pravnega. Včasih je treba tudi pri ugotavljanju vsebine pogodbe že uporabljati pravno oceno, saj 82. člen OZ določa, da je treba pri ugotavljanju pogodbene volje strank upoštevati tudi načela obligacijskega prava. Ocena, katera pogodbena volja strank ustreza načelom obligacijskega prava, pa je pravna ocena.¹⁷ Pri interpretaciji družbene pogodbe oziroma statuta takšna omejitev obsega revizijskega preizkusa odpade, ker se družbena pogodba razlaga objektivno, podobno kot zakon. Drugače kot pri pogodbah obligacijskega prava je torej obseg revizijskega preizkusa pri razlagi družbene pogodbe/statuta neomejen. To velja – kot je bilo pojasnjeno zgoraj – za »statutarna« (tj. korporacijska) določila obeh aktov. Gre za določila, ki neposredno zadevajo tudi bodoče družbenike in upnike, obračajo se torej na nedoločen krog oseb. Izjema so neprave sestavine družbene pogodbe/statuta, s katerimi se ustanavljajo individualna pravna razmerja med določenimi družbeniki. Samo za te sestavine velja, da je preizkus na revizijski stopnji omejen. Pri tem velja enaka omejitev, kot se je v sodni praksi uveljavila za razlago pogodb v smislu 82. člena OZ.

4. SESTAVINE DRUŽBENE POGODBE

Tako kot vsak pravni posel mora imeti tudi družbena pogodba določene sestavine, da lahko ustvarja pravne učinke. Poleg teh, to je **obveznih sestavin** ima lahko še druge, neobvezne ali **fakultativne** sestavine.

Katere sestavine družbene pogodbe so obvezne (bistvene), je določeno v tretjem odstavku 474. člena Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1).¹⁸ To so: navedba imena in priimka ter prebivališča ali firme in sedeža vsakega družbenika; firma, sedež in dejavnost družbe; znesek osnovnega kapitala in navedba

¹⁶ Npr.: III Ips 95/2002 z dne 6. marca 2003; III Ips 91/2003 z dne 7. septembra 2004; II Ips 534/2004 z dne 6. januarja 2005; III Ips 119/2005 z dne 3. septembra 2007; III Ips 23/2006 z dne 25. februarja 2008; III Ips 2/2007 z dne 31. julija 2008. Povzeto iz L. Ude, v: L. Ude in A. Galič (ur.), nav. delo, str. 548.

¹⁷ L. Ude, v L. Ude in A. Galič (ur.), nav. delo, str. 548.

¹⁸ Ur. l. RS, št. 42/06, 60/06, 26/07, 33/07, 67/07, 10/08 – ZGD-1A, 68/08 – ZGD-1B, 42/09 – ZGD-1C, 33/11 – ZGD-1D, 91/11 – ZGD-1E, 32/12 – ZGD-1F, 57/12 – ZGD-1G.

vsakega vložka posebej, skupaj z navedbo družbenika za vsak osnovni vložek ter poslovni delež vsakega družbenika, izražen v odstotku ali ulomku. V primeru, da nima predpisanih, to je obligatornih sestavin, je družbena pogodba nična, kar pomeni, da je treba zavrniti vpis ustanovitve družbe v sodni register. Če do vpisa v sodni register kljub temu pride, pa se lahko uveljavlja ničnost družbe po 41.a členu Zakona o sodnem registru (ZSReg).¹⁹

Ni nujno, da se vsebina družbene pogodbe omeji le na obvezne sestavine. Poleg teh lahko ima še druge sestavine, to je fakultativne sestavine, kar je izrecno predvideno v petem odstavku 474. člena ZGD-1. Fakultativne sestavine so torej tiste sestavine, ki jih družbena pogodba lahko ima, ni pa to obvezno.

Pri fakultativnih sestavinah družbene pogodbe je predvsem pomembno razlikovati med t. i. **materialnimi** (tudi pravimi, korporativnimi, normativnimi) in t. i. **formalnimi** (tudi nepravimi ali nekorporativnimi) sestavinami. Pravni pomen prvih in drugih sestavin je namreč zelo različen.

4.1. Materialne sestavine

Med materialne sestavine zmeraj spadajo tiste, ki jih zakon določa kot obvezne in so bile že navedene, pri fakultativnih sestavinah pa to ni nujno. Na splošno so materialne vse tiste sestavine družbene pogodbe, s katerimi se urejajo: identiteta družbe (firma, sedež, dejavnost), kapitalska osnova, pristojnosti posameznih organov in njihovo medsebojno razmerje ter pravni položaj članov organov, nadalje pravna razmerja med družbo in družbeniki in eventualno tudi članska razmerja med samimi družbeniki. Sestavine, ki urejajo ta vprašanja, so torej »statutarne« sestavine družbene pogodbe ali sestavine v materialnem smislu – prave sestavine. V primerjavi z odločitvami v obliki navadnih sklepov družbenikov gre tukaj za dogovore, ki imajo praviloma trajnejšo naravo in normirajo bistvenejša vprašanja življenja družbe. Večino teh vprašanj sicer ureja že zakon, vendar so zakonska pravila v pretežnem delu dispozitivne narave in lahko družbeniki od njih odstopijo oziroma jih dopolnijo, vendar praviloma le z družbeno pogodbo. Zakon na številnih mestih predvideva, da neko zakonsko pravilo velja, če družbena pogodba ne določa drugače, ali pa da lahko družbena pogodba nekaj določi in podobno. To velja na primer za prednostno pravico pri prodaji poslovnega deleža in za soglasje k odsvojitvi poslovnega deleža (četrty in sedmi odstavek 481. člena ZGD-1),

¹⁹ Ur. l. RS, št. 54/07 – UPB2, 65/08, 49/09. To sicer ne velja za vse bistvene sestavine družbene pogodbe iz tretjega odstavka 474. člena ZGD-1. Ničnost družbe se lahko uveljavlja le, če družbena pogodba ne določa firme družbe, zneska osnovnega vložka, ki se ga posamezni družbenik zaveže vplačati s sklenitvijo družbene pogodbe, nadalje zneska osnovnega kapitala ali dejavnosti družbe (5. točka prvega odstavka 41.a člena ZSReg).

za prepoved delitve poslovnega deleža (četrty odstavek 483. člena ZGD-1), za obseg glasovalne pravice (prvi odstavek 506. člena ZGD-1), za večino, ki je potrebna za sprejem sklepa (drugi odstavek 510. člena ZGD-1), za način vodenja poslov (peti odstavek 515. člena ZGD-1) in podobno. Če se z družbeno pogodbo spremeni ali dopolni zakonska shema, je to zmeraj materialna sestavina družbene pogodbe. Sprejem v družbeno pogodbo ima konstitutivni učinek, zato lahko tem sestavinam družbene pogodbe rečemo tudi nujne fakultativne sestavine: pravno učinkujejo samo, če so v družbeni pogodbi. V primeru, da se družbeniki zanje ne dogovorijo, pa se uporablja dispozitivno pravo. Poleg tega pomena, to je **konstitutivnega učinka**, je pravni pomen pravih sestavin tudi v tem, da samo zanje veljajo **posebna pravila o spremembi družbene pogodbe** iz 516. člena ZGD-1, in samo prave sestavine so **zavezujoče tudi za bodoče družbenike**, to je za družbenike, ki pri sklenitvi družbene pogodbe niso sodelovali in so vstopili v družbo kasneje, ne le za ustanovitelje.

4.2. Indiferentne sestavine

Naslednja vrsta sestavin so tisti dogovori med družbeniki, glede katerih obstaja pravica družbenikov, da izbirajo, ali jim bodo pripisali pomen materialne ali zgolj formalne sestavine družbene pogodbe. Družbeniki so v okviru dovoljene zakonske avtonomije nosilci družbine suverenosti, zato je treba njim prepustiti izbiro, kakšen pravni pomen naj imajo njihove odločitve.

Manevrski prostor kategoriziranja določil družbene pogodbe se razteza na tri sklope dogovorov, glede katerih torej ni nujno, da so kvalificirani bodisi kot materialna bodisi kot formalna sestavina. To so: (a) notranja družbena vprašanja, ki bi jih lahko družbeniki uredili tudi z navadnim sklepom (v tem okviru je še posebej aktualno vprašanje imenovanja poslovodje z družbeno pogodbo), (b) stranske obveznosti družbenikov do družbe in (c) obveznosti med družbeniki samimi, in sicer zlasti tiste, ki se nanašajo na izvrševanje glasovalne pravice.

O teh zadevah bi torej lahko družbeniki odločili tudi drugače, to je z navadnim sklepom, ali pa se o njih dogovorili s pogodbo obligacijskega prava. Če konkretna ubeseditev ne omogoča jasne razpoznavnosti posameznega določila kot materialne sestavine, se »pogodbena volja« ugotavlja po načelih objektivne razlage, se pravi na način, ki velja za razlago korporativnih sestavin. Ureditve določenega vprašanja z družbeno pogodbo je v večini primerov **indic, da gre za materialno sestavino**.²⁰ Iz družbene pogodbe pa lahko izhaja, da gre zgolj

²⁰ Prim. B. Zabel, v: M. Kocbek (red.), nav. delo, 3. knjiga, str. 82. O tem, ali že sprejem v družbeno pogodbo indicira, da gre za pravo sestavino, sicer obstajajo različna stališča.

za formalno sestavino, kar posledično pomeni, da ima drugačne pravne učinke (večinoma zgolj obligacijskopravne).²¹ V tem primeru je vez z listino družbene pogodbe zgolj zunanja (formalna) – določena sestavina je dejanski, ne pa tudi pravni del pogodbe.²²

4.2.1. Imenovanje poslovodje

Med primeri, obravnavanimi v sodni praksi, pri katerih je šlo za vprašanje razmejitve med pravimi in nepravimi sestavinami družbene pogodbe, velja omeniti primer, ko **družbeniki imenujejo poslovodjo kar z družbeno pogodbo**, čeprav bi ga lahko tudi z navadnim sklepom, in tako se pojavi vprašanje, ali ga je mogoče odpoklicati le s spremembo družbene pogodbe ali po siceršnjem postopku. Razlika seveda ni nebitvena in ima lahko tudi velik praktični pomen. Če je namreč za odpoklic poslovodje potrebna sprememba družbene pogodbe, potem mora biti sklep o odpoklicu sprejet s kvalificirano, to je tričetrtinsko večino glasov, pri čemer lahko družbena pogodba določa še dodatne zahteve (prvi odstavek 516. člena ZGD-1). Hkrati je potrebno sodelovanje notarja, ki mora potrditi sklep družbenikov. Sprememba družbene pogodbe, s tem pa tudi sam odpoklic, začne pravno učinkovati z vpisom v sodni register. Vse to v primeru, da za odpoklic ni potrebna sprememba družbene pogodbe, odpade, kajti v tem primeru družbeniki odločijo o odpoklicu s sklepom, za sprejem katerega je dovolj navadna večina, sodelovanje notarja ni potrebno, vpis v sodni register pa ima le deklaratorni učinek.

Tuja sodna praksa, v mislih imam nemško in avstrijsko, imenovanja poslovodje z družbeno pogodbo ne šteje za pravo sestavino družbene pogodbe.²³ Zato za odpoklic ni potrebna sprememba družbene pogodbe, ampak lahko družbeniki o tem vprašanju odločijo z navadnim sklepom. To velja tudi za imenovanje novega poslovodje. Tuja sodna praksa temelji na izhodišču, da družbeniki za to, da so poslovodjo imenovali z družbeno pogodbo, verjetno niso imeli nobenih posebnih razlogov, ampak je šlo le za to, da se izognejo dvojni listini, ob družbeni pogodbi še posebni listini o imenovanju poslovodje, torej za razloge smotrnosti. Zato se v dvomu šteje, da je imenovanje poslovodje zgolj formalna

Tako kot tukaj V. Emmerich, v: F. Scholz, nav. delo, str. 271; G. H. Roth, v: G. H. Roth in H. Altmeppen, nav. delo, str. 53; M. Lutter in P. Hommelhoff, nav. delo, str. 33. Drugače A. Hueck in L. Fastrich, v: A. Baumbach in A. Hueck (ur.), nav. delo, str. 82.

²¹ Več o tem P. Podgorelec, nav. delo, str. 196.

²² M. Umfahrer, nav. delo, str. 263.

²³ Za nemško pravo glej npr. U. H. Schneider, v: F. Scholz, nav. delo, str. 390; P. Ulmer, v: P. Ulmer (ur.), nav. delo, 1. knjiga, § 6 (17); H. Altmeppen, v: G. H. Roth H. Altmeppen, nav. delo, str. 111.; za avstrijsko pravo glej npr. M. Umfahrer, nav. delo, str. 84.

sestavina družbene pogodbe, za katero se ne uporabljajo siceršnja pravila o spremembi družbene pogodbe.²⁴

Vrhovno sodišče RS je v zvezi s tem vprašanjem sprejelo celo **načelno pravno mnenje** (občna seja VS RS, 26. junij 2002), ki se glasi:

»Če je poslovodja družbe z omejeno odgovornostjo imenovan izmed družbenikov z družbeno pogodbo, pomeni odpoklic in imenovanje novega poslovodje spremembo družbene pogodbe, razen če iz nje izhaja kaj drugega.«²⁵

To pomeni, da se imenovanje poslovodje z družbeno pogodbo v naši sodni praksi obravnava kot materialna sestavina. To velja zmeraj, če je za poslovodjo imenovan eden od družbenikov, kajti v takem primeru se domneva, da je bila temu družbeniku priznana pravica biti poslovodja kot posebna članska pravica. O tem, kako ravnati v primeru, da z družbeno pogodbo imenovani poslovodja ni eden od družbenikov, pa imajo vrhovni sodniki različna mnenja, kot to izhaja iz obrazložitve načelnega pravnega mnenja. To pa hkrati pomeni, da je ključno vprašanje ostalo brez odgovora: ali je imenovanje poslovodje materialna sestavina družbene pogodbe le, če je s tem imenovanemu priznana posebna članska pravica, ali pa neodvisno od tega.

Stališče, da že dejstvo imenovanja poslovodje z družbeno pogodbo pomeni, da je bila s tem imenovanemu družbeniku priznana posebna članska pravica, je sicer po mojem mnenju preširoko. Iz družbene pogodbe bi morali izhajati trdnejši indici, npr. imenovanje za čas trajanja članstva v družbi ipd. Poleg tega ni jasno, zakaj je treba tudi novega poslovodjo imenovati z družbeno pogodbo, če je bil na tak način imenovan in odpoklican prejšnji. Imenovanje in odpoklic namreč nista akta, ki bi morala biti sprejeta sočasno, z istim sklepom.

4.2.2. Stranske obveznosti do družbe

Temeljna obveznost vsakega družbenika je zagotovitev osnovnega vložka. Poleg te (glavne) obveznosti pa se lahko družbeniki dogovorijo še za različne dodatne, stranske obveznosti do družbe.²⁶ Omenjene stranske obveznosti so

²⁴ Več o tem P. Podgorelec, nav. delo, str. 197.

²⁵ <www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/pravna_mnenja_in_staliska/38769/> (3. 11. 2013).

²⁶ Na primer dolžnost družbenikov, da družbi pokrijejo izgubo. V zvezi s tem je nemško vrhovno sodišče opozorilo, da je takšna stranska obveznost brez pravnega učinka, če ni omejena niti časovno niti po višini (sklep II ZR 101/06, z dne 22. oktobra 2007). Drugi primeri stranskih obveznosti bi denimo lahko bili: dolžnost družbenikov, da dajo družbi posojilo, ko je to potrebno, obrestno ali brezobrestno, ali pa zagotovitev poročstva ali drugih oblik zavarovanja. Zelo pogosti so primeri zavez družbenikov v zvezi z dobavo surovin,

lahko oblikovane bodisi kot korporacijske (peta alineja tretjega odstavka 474. člena ZGD-1) bodisi kot obligacijske obveznosti. To stališče, ki sicer v teoriji že dolgo časa prevladuje, je potrdilo tudi nemško vrhovno sodišče v zadevi II ZR 24/92, z dne 8. februarja 1993, in se pri tem sklicevalo na načelo pogodbenne svobode, ki velja v pravu d. o. o. (predvsem za urejanje notranjih razmerij med družbeniki). Če so oblikovane kot korporacijske, so stranske obveznosti sestavni del članskega položaja v družbi in se tako prenašajo s prenosom poslovnega deleža, v katerega so »inkorporirane«, razen če so strogo osebne narave. Če družbeniku članstvo v družbi preneha, mu s tem (avtomatično) prenehajo tudi stranske obveznosti. Kot korporacijske morajo biti stranske obveznosti obvezno določene v družbeni pogodbi, sicer nimajo takega pravnega učinka. So torej nujna materialna sestavina družbene pogodbe. V primeru, da so stranske obveznosti oblikovane kot obligacijske, pa zavezujejo le tiste družbenike, ki so pri njihovi ustanovitvi sodelovali. Ker v tem primeru niso sestavni del članskega položaja, se ne prenašajo s poslovnim deležem, ampak po pravilih obligacijskega prava. Enako velja za njihovo prenehanje. Če družbeniku članstvo v družbi preneha, to še ne pomeni, da hkrati s tem prenehajo tudi stranske obveznosti. Tako je mogoče, da stranske obveznosti bremenijo družbenika tudi po tem, ko poslovni delež proda, iz družbe izstopi ipd. Ni nujno, da so obligacijske stranske obveznosti dogovorjene z družbeno pogodbo, če so, pa so njena formalna sestavina.

Ker lahko stranske obveznosti spadajo v eno ali drugo kategorijo sestavin družbene pogodbe, se seveda lahko pojavi problem njihove razmejitve. Rešujemo ga po že opisanih pravilih razlage.

4.2.3. Izvrševanje glasovalne pravice

Glasovalna pravica je individualna članska pravica, ki jo družbenik izvršuje po svoji volji. Z njo sooblikuje voljo družbe o zadevi, ki je predmet odločanja najvišjega organa. Ni sicer povsem neomejena. Temeljno omejitev njenemu izvrševanju pomenijo splošna načela prava družb, ob tem pa obstajajo še nekateri posebni primeri omejitev, kot je prepoved glasovanja o določenih zadevah (tretji odstavek 506. člena ZGD-1) ipd. Prosto presojo pri izvrševanju glasovalne pravice pa lahko omeji tudi družbenik sam, in sicer tako, da z drugimi družbeniki (vsemi ali nekaterimi) sklene poseben dogovor. Na primer družbenik se vnaprej zaveže, da bo glasoval za poslovodjo, ki ga predlaga drugi družbenik ali druga skupina družbenikov. Gre torej za dogovore med družbeniki, ki se drug nasproti drugemu zavežejo, da bodo svoje glasovalne pravice izvrševali v

odkupom določene količine blaga, prepustitvijo premičnin ali nepremičnin v uporabo itd. Lahko obremenjujejo vse družbenike ali le nekatere.

»določenem smislu«, opredeljenem v dogovoru. Z vidika korporacijskega prava so tovrstni dogovori na splošno dopustni. Nemška sodna praksa dopušča sklepanje »glasovalnih dogovorov« celo s tretjimi osebami.²⁷

V pravu d. o. o. lahko glasovalni dogovori ustanavljajo bodisi obligacijske bodisi korporacijske zaveze družbenikov in so torej v tem smislu lahko formalna ali materialna sestavina družbene pogodbe. Kot čisti obligacijski dogovori so seveda lahko sklenjeni tudi zunaj družbene pogodbe, s (posebno – ločeno) pogodbo obligacijskega prava. Če jih kategoriziramo kot materialne sestavine družbene pogodbe, se zanje uporabljajo pravila korporacijskega prava, če jih opredelimo zgolj kot njen formalni sestavni del, pa pravila obligacijskega prava. V tem okviru je zlasti aktualno vprašanje **pravnih učinkov kršitve dogovora na sprejeti sklep družbenikov**. Samo če je glasovalna zaveza korporacijske narave, ima njena kršitev za posledico neveljavnost oddanega glasu, kar vpliva na izid glasovanja in s tem (ne sicer nujno) na odločitev. Kršitev obligacijske zaveze načeloma nima takega pravnega učinka.²⁸

Zelo pomembno je torej, v katero kategorijo sestavin družbene pogodbe uvrstimo glasovalni dogovor. Tako kot pri razmejitvi stranskih obveznosti si tudi tukaj pomagamo s pravili (objektivne) razlage. Če je glasovalni dogovor sklenjen s tretjo osebo, se pravi z nekom, ki ni družbenik, ima lahko tak dogovor le obligacijske učinke in je torej nujna formalna sestavina družbene pogodbe, kolikor je vsebovan v tej pogodbi. V prid formalni sestavini lahko govori tudi to, da v »glasovalno zvezo«, zapisano v družbeni pogodbi, niso vstopili vsi družbeniki, ampak le nekateri, če iz razlage spornih določil ne izhaja drugačen zaključek.²⁹

4.3. Formalne sestavine

Nekatere fakultativne sestavine družbene pogodbe so lahko le formalne, npr. pravice in obveznosti tretjih oseb do družbe ali pa navedba aktualnih družbenikov. Obstaja torej še tretja kategorija sestavin družbene pogodbe – **nujno nekorporativne, formalne ali nepravne sestavine**. Te sestavine niti po volji družbenikov ne morejo veljati kot materialne, oblikovalna možnost družbenikov je tukaj izključena. O tem, da z družbeno pogodbo ni mogoče ustanavljati obveznosti tretjih oseb do družbe, ne more biti dvoma. Enako pa velja tudi za pravice – možnost, da bi tretja oseba pridobila pravice neposredno na podlagi

²⁷ Več o tem P. Podgorelec, v: S. Prelič (ur.), nav. delo, str. 158.

²⁸ Nemško vrhovno sodišče dopušča izjemo, če je bil glasovalni dogovor sklenjen med vsemi družbeniki. Pregled stališč in o možnih dilemah v zvezi s temi stališči glej W. Zöllner, v: A. Baumbach in A. Hueck, nav. delo, str. 1413.

²⁹ U. Hüffer, v: P. Ulmer (ur.), nav. delo, str. 92.

družbene pogodbe, se v teoriji v glavnem zavrača.³⁰ Pravna razmerja s tretjimi se lahko ustanovijo le na obligacijskopravni podlagi, to je s pogodbo, ki jo v imenu in za račun družbe sklene poslovodja. S tem povezana določila družbene pogodbe lahko imajo le notranji (organizacijski) pravni učinek.

K formalnim sestavinam spadajo tudi določbe družbene pogodbe o povračilu ustanovitvenih stroškov in plačilo nagrade za delo pri ustanovitvi družbe (drugi odstavek 477. člena ZGD-1). Navedba aktualnih družbenikov lahko pomeni le medsebojno priznanje statusa družbenika, ne more pa pomeniti, da je prenos poslovnega deleža vezan na spremembo družbene pogodbe. Vezanost prenosa poslovnega deleža na soglasje družbe je sicer dopustna (sedmi odstavek 481. člena ZGD-1), vendar pa mora biti to v družbeni pogodbi izrecno določeno. Zato je tudi navedba aktualnih družbenikov zgolj formalna sestavina družbene pogodbe. Enako velja za določila, ki nimajo regulacijske narave in s katerimi se le ugotavljajo določena dejstva, kot je npr. navedba že vplačanih vložkov.

5. SESTAVINE STATUTA

Tudi sestavine statuta d. d. delimo na materialne (prave, korporativne, tudi normativne), formalne in na indiferentne, to je na tiste, ki lahko spadajo bodisi v prvo bodisi v drugo kategorijo.

5.1. Materialne sestavine

Na splošno spadajo k materialnim sestavinam statuta vsa tista pravila, ki se nanašajo na družbo in ne njena razmerja do ustanoviteljev ali bodočih delničarjev.³¹ Vsota materialnih sestavin pomeni »ustavo« družbe. Gre za vprašanja, ki so lahko urejena le v statutu in jih zato lahko označimo tudi kot nujne statutarne sestavine. Za materialne sestavine je značilno, da ne veljajo le za tiste, ki so sodelovali pri ustanovitvi družbe, ali za posamezne od njih, ampak se nanašajo na nedoločen krog oseb, h kateremu spadajo tako sedanjí kot bodoči delničarji, pa tudi upniki družbe. Samo za materialne sestavine veljajo posebna korporacijskopravna pravila o spremembi statuta (329. člen ZGD-1). Velja torej enako kot za materialne sestavine družbene pogodbe (glej zgoraj).

K materialnim sestavinam spadajo v prvi vrsti obvezne statutarne sestavine, natančno določene v prvem odstavku 183. člena ZGD-1 (ustanovitelji; firma in sedež družbe; njena dejavnost; znesek osnovnega kapitala, vrsta delnic, nji-

³⁰ P. Ulmer, v: P. Ulmer (ur.), nav. delo, 3. knjiga, § 53 (17).

³¹ A. Pentz, nav. delo, str. 566; C. H. Seibt, v: K. Schmidt M. Lutter (ur.), nav. delo, str. 354; D. Solveen, v: W. Hölters (ur.), nav. delo, str. 107; U. Hüffer, nav. delo, str. 122.

hov nominalni oziroma pripadajoči znesek, število izdanih delnic in razredi delnic; znesek vplačanega kapitala; izbrani sistem upravljanja; število članov organov vodenja ali nadzora in njihova mandatna doba; oblika in način objav, pomembnih za družbo in delničarje; čas trajanja družbe, če je ustanovljena za določen čas, in način prenehanja družbe). Pravna posledica kršitve zakonskih pravil o obveznih sestavinah statuta je lahko tudi ničnost družbe v skladu z 41.a členom ZSReg. Nadalje spadajo k materialnim sestavinam tudi vsa tista pravila, s katerimi se posamezna vprašanja urejajo drugače, kot je določeno v zakonu, v okviru dovoljene statutarne avtonomije. Enako velja za določila, s katerimi se dopolnjuje zakonska ureditev – ta določila so sicer praviloma (nujna) materialna sestavina statuta, vendar pa to ni nujno in so lahko tudi indifrentna sestavina (glej v nadaljevanju poglavje o indifrentnih sestavinah). Kot nujne materialne sestavine statuta veljajo npr. tudi opredelitev delničarjevega prispevka v družbo (denarni ali stvarni vložek, vključno s stvarnim prevzemom – 187. člen ZGD-1), korporacijskopravne zaveze družbe nasproti delničarjem, posebne pravice delničarjev in še nekatere druge.

5.2. Formalne sestavine

Formalne sestavine so tisti dogovori, ki so sicer zapisani v statutarni listini, vendar pa njihov predmet niso vprašanja, ki zadevajo temelje družbe in njena razmerja z ustanovitelji ali bodočimi delničarji.³² Tako kot družbena pogodba lahko tudi statut vsebuje različne dodatne sestavine, poleg materialnih torej tudi omenjene formalne, pri katerih pa je vez s statutarno listino zgolj zunanja in ne pomenijo statuta v materialnem smislu. Niso del članstva. V delniškem pravu ni nobenih dvomov o njihovi dopustnosti, so pa manj pogoste kot v pravu d. o. o.³³ Drugače kot materialne sestavine bi se lahko tovrstna pravila dogovorila tudi zunaj statuta. Zanje ne veljajo pravila statusnega prava o spremembi statuta. Večinoma gre za različne obligacijskopravne dogovore. Sprejem v statut ne spreminja njihove pravne narave in pravnih učinkov – presoja se po pravilih obligacijskega prava. Zato sprememba članstva ne pomeni samodejnega vstopa v ta pravna razmerja. Primer obligacijskopravnega dogovora kot formalne sestavine statuta so denimo dodatne obveznosti delničarjev, ob zagotovitvi vložka kot glavni obveznosti, ki gredo prek okvira, določenega v 228. členu ZGD-1, ali pa različni konzorcijski dogovori med delničarji«, vključno z glasovalnimi dogovori.

³² C. H. Seibt, v: K. Schmidt in M. Lutter (ur.), nav. delo, str. 355; D. Solveen, v: W. Hölters (ur.), nav. delo, str. 107; A. Pentz, nav. delo, str. 566; U. Hüffer, nav. delo, str. 122.

³³ Glej o tem C. H. Seibt, v: K. Schmidt in M. Lutter (ur.), nav. delo, str. 355–356; D. Solveen, v: W. Hölters (ur.), nav. delo, str. 107; A. Pentz, nav. delo, str. 567–568; U. Hüffer, nav. delo, str. 122.

V skladu z 228. členom ZGD-1 je lahko v statutu določeno, da mora delničar opraviti dodatne storitve, odplačno ali neodplačno, vendar le, če je imetnik vinkulirane (imenske) delnice. Če se torej dodatne obveznosti dogovorijo tudi za delničarje, ki niso imetniki tovrstnih delnic, ima dogovor naravo formalne sestavine, ki se presoja po pravilih obligacijskega prava.

Kot formalne sestavine se v teoriji delniškega prava obravnavajo tudi: posebne ugodnosti posameznim delničarjem ali tretjim osebam (prvi odstavek 186. člena ZGD-1) in določila o povrnitvi ustanovitvenih stroškov (drugi odstavek 186. člena ZGD-1). Za te dogovore je sicer z zakonom predpisano, da v statutu morajo biti, vendar pa ima njihov sprejem v statut le publicitetni učinek in niso sestavni del korporacijske strukture družbe. Končno spadajo k formalnim tudi tiste sestavine, ki zgolj nekaj deklarirajo, ne da bi imele regulacijsko naravo. Tak primer sta denimo ugotovitev o vplačanih vložkih ali pa imenovanje članov prvega nadzornega sveta.

5.3. Indiferentne sestavine

Bistvena razlika med statutom in družbeno pogodbo je prav v obsegu indiferentnih sestavin in izhaja iz različne avtonomije, ki jo zakon dovoljuje eni in drugi kapitalski družbi. Za d. o. o. velja načelo pogodbene svobode (504. člen ZGD-1). Zakonske določbe, ki urejajo notranja razmerja v družbi, so večinoma dispozitivne narave. Zato obstaja širok spekter zadev, ki so lahko po volji družbenikov uvrščene bodisi med materialne bodisi med formalne sestavine družbene pogodbe, kot je bilo že pojasnjeno. V nasprotju s pravom d. o. o. pa je delniško pravo v največjem delu kogentno pravo in velja **načelo statutarne strogosti**: statut lahko posamezna vprašanja, ki jih ureja zakon, uredi drugače samo, če zakon tako izrecno določa. S statutom se lahko dodatna vprašanja uredijo le, če zakon teh vprašanj ne ureja celovito (drugi odstavek 183. člena ZGD-1). Dovoljeni so torej odmiki od zakona, vendar samo, če za to obstaja v zakonu izrecno pooblastilo, ali pa dopolnitve, če zakon ne vsebuje celovite ureditve nekega vprašanja.

Načelo statutarne strogosti tako širi kategorijo nujnih formalnih sestavin. Sem spadajo med drugim vsi tisti dogovori med delničarji, ki so sicer zapisani v statutarni listini, vendar pa gredo prek meja dovoljene statutarne avtonomije. Tako na primer naša sodna praksa šteje imenovanje poslovodje v d. o. o. za pravo sestavino družbene pogodbe – v d. d. je lahko imenovanje članov prvega nadzornega sveta, ki nato imenujejo prvo upravo, samo formalna sestavina statuta. Enako velja za stranske obveznosti, ki gredo prek okvirov 228. člena ZGD-1 in tudi za različne konzorcijske dogovore. Manevrski prostor, v katerem lahko delničarji razvrščajo dogovore med materialne ali formalne

sestavine,³⁴ obstaja predvsem za »dopolnjujoče« dogovore.³⁵ Tak primer so denimo dodatne obveznosti znotraj okvirov 228. člena ZGD-1.

Za odgovor na vprašanje, h kateri kategoriji sestavin spada »sporna« določba, je odločilna volja delničarjev, pri čemer pa veljajo načela objektivne razlage. V dvomu velja, da sprejem dogovora v statutarno listino pomeni pridobitev kvalitete materialne sestavine.³⁶

6. SKLEP

Družbena pogodba in statut sta po svoji pravni naravi pravna posla posebne vrste (*sui generis*) – organizacijski pogodbi, v katerih se prepletajo obligacijski in korporacijskopravni elementi, pri čemer je poudarjenost enih ali drugih odvisna tudi od faze nastajanja družbe kot pravne osebe. Opredelitev pravne narave je pomembna predvsem zaradi razlage spornih določil ustanovitvenih aktov in s tem povezanega preizkusa na revizijski stopnji, pa tudi zaradi razumevanja pomena kategorizacije posameznih sestavin. Vse sestavine družbene pogodbe oziroma statuta namreč nimajo enake pravne kvalitete – v zvezi s tem je treba razlikovati med materialnimi in formalnimi sestavinami. Pri formalnih sestavinah je vez s »statutarno« listino zgolj zunanja, zato se zanje ne uporabljajo pravila korporacijskega prava o spremembi družbene pogodbe/statuta in še nekatera druga pravila. Čeprav so po obliki določila ustanovitvenega akta, imajo določeni dogovori med družbeniki (delničarji) lahko zgolj obligacijske učinke in se zato tudi presojujejo po pravilih obligacijskega prava. Med d. d. in d. o. o. je razlika predvsem glede obsega indiferentnih sestavin, to je sestavin, ki so lahko bodisi materialne bodisi formalne, odvisno od »volje« družbenikov (delničarjev). V delniškem pravu velja načelo statutarne strogosti, ki tako širi polje sestavin, ki lahko veljajo le kot formalne. V nasprotju s tem pa družbenikom v d. o. o. pripada široko polje avtonomije pri urejanju notranjih razmerij in s tem tudi širši manevrski prostor pri razvrščanju določenih dogovorov kot materialnih sestavin družbene pogodbe s korporacijskopравnimi učinki.

³⁴ T. i. pravica izbire (nem. *Gestaltungswahlrecht*) ustanoviteljev ali delničarjev je tudi v delniškem pravu splošno priznana (U. Hüffer, nav. delo, str. 123).

³⁵ C. H. Seibt, v: K. Schmidt in M. Lutter (ur.), nav. delo, str. 356; U. Hüffer, nav. delo, str. 123.

³⁶ Glej npr. U. Hüffer, nav. delo, str. 123.

Literatura

- Adolf Baumbach in Alfred Hueck (ur.): GmbH-Gesetz. Osemnajsta izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2006.
- Tim Drygala, Marco Staake in Stephan Szalai: Kapitalgesellschaftsrecht. Springer Verlag, Berlin, Heidelberg 2012.
- Wolfgang Hölters (ur.): Aktiengesetz Kommentar. Verlag C. H. Beck, München 2011.
- Uwe Hüffer: Aktiengesetz. Sedma izdaja. Verlag C. H. Beck, München 2006.
- Marijan Kocbek (red.) in drugi: Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah. GV Založba, Ljubljana 2006 in 2007.
- Heinz Krejci: Gesellschaftsrecht, 1. knjiga. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 2005.
- Marcus Lutter in Peter Hommelhoff: GmbH-Gesetz. Trinajsta izdaja. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1991.
- Marijan Pavčnik: Teorija prava – Prispevek k razumevanju prava. Cankarjeva založba, Ljubljana 1997.
- Andreas Pentz: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, §§ 1–53, 1. knjiga. Druga izdaja. C. H. Beck, München 2000.
- Nina Plavšak, Miha Juhart in Renato Vrenčur: Obligacijsko pravo. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Peter Podgorelec: Pravna narava, razlaga in sestavine družbene pogodbe pri d. o. o., v: Pravosodni bilten, 32 (2011) 2, str. 189–199.
- Saša Prelič (ur.), Bojan Zabel, Šime Ivanjko, Peter Podgorelec in Aleš Kobal: Družba z omejeno odgovornostjo. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Thomas Raiser: Recht der Kapitalgesellschaften. Tretja izdaja. Verlag Franz Vahlen, München 2001.
- Günther H. Roth in Holger Altmeppen: GmbHG – Kommentar. Četrta izdaja. Verlag C. H. Beck, München 2003.
- Karsten Schmidt: Gesellschaftsrecht. Četrta izdaja. Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München 2002.
- Karsten Schmidt in Marcus Lutter: Aktiengesetz Kommentar. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2008.
- Franz Scholz: Kommentar zum GmbH-Gesetz, 1. knjiga. Deveta izdaja. Verlag dr. Otto Schmidt, Köln 2000.
- Gerald Spindler in Eberhard Stitz (ur.): Kommentar zum Aktiengesetz. Verlag C. H. Beck, München 2007.

- Lojze Ude in Aleš Galič: Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 3. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Peter Ulmer (ur.): Hachenburg GmbHG – Grosskommentar, 1. knjiga. Osma izdaja. Walter de Gruyter, Berlin, New York 1992.
- Michael Umfahrer: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Šesta izdaja. Manzsche Verlags- und Universitäts buchhandlung, Dunaj 2008.
- Herbert Wiedemann: Gesellschaftsrecht. 1. knjiga. C. H. Beck, München 1980.

POTREBUJE EVROPSKO KOLIZIJSKO PRAVO UREDBO RIM 0?¹

Simon Tertnik,

diplomirani pravnik, študent magistrskega študija na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

1. O EVROPSKEM KOLIZIJSKEM PRAVU

1.1. Pojem in pomen

Mednarodno zasebno oz. kolizijsko pravo² po ustaljeni terminologiji ureja civilnopravna razmerja z mednarodnim elementom. Njegova naloga je, da v množici civilnih prav določi tisto, ki naj se uporabi za presojo določenega civilnopravnega razmerja. Kolizijsko pravo torej predmetnega dejanskega stanu ne uredi materialnopravno, temveč na odločitev posredno vpliva s tem, da določi materialno pravo, ki naj se uporabi.³

S stalnim povečevanjem obsega mednarodne trgovine ter vse številnejšimi čezmejnimi migracijami, telekomunikacijami, turizmom in številnimi drugimi izraznimi oblikami globalizacije urejanje čezmejnih pravnih razmerij postaja vse pomembnejše. To velja po eni strani za prakso gospodarskih subjektov, zlasti na področju obligacijskega in gospodarskega prava, po drugi strani pa za vse pogostejša osebna čezmejna razmerja, zlasti na področju družinskega in dednega prava.

¹ Prispevek je pripravljen na podlagi diplomskega dela z naslovom *Kodifikacija splošnega dela kolizijskega prava Evropske unije*, ki sem jo avtor izdelal pod mentorstvom prof. dr. Damjana Možine in obranil septembra 2013 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

² Zavedajoč se terminoloških razprav uveljavljena izraza uporabljam kot sinonima. M. Geč Korošec, nav. delo (1994), str. 29–31; S. Cigoj, nav. delo (1984), str. 41; G. Köbler, nav. delo, str. 321; B. von Hoffmann in K. Thorn, nav. delo, str. 7–9.

³ Prim. prvi odstavek 1. člena Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP), Ur. l. RS, št. 56/99; M. Geč Korošec, nav. delo (1994), str. 26–31; B. von Hoffmann in K. Thorn, prav tam.

Zaradi zagotavljanja dostopnosti sodne poti so za čezmejna civilnopravna razmerja tipično pristojna sodišča več držav, kar strankam omogoča uveljavljanje zahtevkov pred sodišči več držav. Ker vsako sodišče uporablja svoje lastno kolizijsko pravo (*lex fori*), to načeloma pomeni, da lahko stranke z izbiro sodišča vplivajo na vsebinsko odločitev v zadevi. Zloraba te procesne pravice se imenuje *forum shopping*. Nezaželena je, ker v pravno odločanje vnaša arbitrarnost, ki se odraža v nepredvidljivosti odločitve, in hkrati privilegira stranke, ki si lahko zagotovijo intenzivno pravno svetovanje. Nastalo situacijo je mogoče rešiti s poenotenjem civilnega materialnega prava,⁴ a tega si v širšem obsegu zaradi zgodovinsko pogojenih razlik med civilnimi pravnimi redi evropskih držav v bližnji prihodnosti ne moremo obetati.⁵ Druga možna rešitev je poenotenje kolizijskega prava. Na ta način zagotovimo, da sodišča različnih držav enake čezmejne primere obravnavajo enako, tj. po istem pravu. Nezaželeni učinki *forum shoppinga* so s tem odpravljeni.

1.2. Status quo

Pravni viri veljavnega kolizijskega prava v državah članicah Evropske unije (EU) so raznoliki in vključujejo tako nacionalno,⁶ evropsko kot mednarodno⁷ pravo; pomembno vlogo ima tudi sodna praksa.⁸ Še do pred nekaj leti je veljalo, da je kolizijsko pravo v pretežnem delu nacionalno pravo. Tega danes za večino držav članic ne moremo več trditi, saj se s kolizijskopравnimi predpisi EU v zadnjih letih ureja vse več čezmejnih pravnih razmerij.⁹

Na naraščajoče število in pomen čezmejnih razmerij so se države članice EU odzvale kmalu. Že od sredine 20. stoletja so si s sklepanjem mednarodnih pogodb prizadevale za poenotenje posameznih področij kolizijskega prava. Ta prizadevanja so dobila nov zagon leta 1999 z Amsterdamsko pogodbo, po kateri je EU pridobila normodajno pristojnost na področju kolizijskega prava.¹⁰

⁴ Z besedami K. Zweigert in U. Drobnig, nav. delo, str. 147: »*Ohne Rechtskollisionen kein Kollisionsrecht.*«

⁵ Izjema je predvsem pogodbeno pravo, kar kažejo nekateri pomembni projekti, npr. *Principles of European Contract Law*, skupni referenčni okvir za pogodbeno pravo in predlog Uredbe o skupnem evropskem prodajnem pravu, Com (2011), 635 konč.

⁶ Npr. slovenski ZMZPP, nemški Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB), avstrijski Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz).

⁷ Npr. konvencije v okviru Haaške konference za mednarodno zasebno pravo.

⁸ Npr. v Franciji, ki nima kodificiranega mednarodnega zasebnega prava.

⁹ To ne velja za Dansko, Združeno kraljestvo in Irsko, ki jih na podlagi Protokolov št. 21 in 22 ne zavezujejo določbe naslova »Območje svobode, varnosti in pravice« (67. do 89. člen Pogodbe o delovanju EU) in tako ne, razen če uporabijo t. i. možnost *opt-in*, evropsko kolizijsko pravo.

¹⁰ Po Amsterdamski pogodbi 65. člen Pogodbe o evropski gospodarski skupnosti; danes, po Lizbonski pogodbi, 81. člen Pogodbe o delovanju EU.

Evropsko kolizijsko pravo in tudi njegov procesnopravni pendant, evropsko civilno procesno pravo, sta se v letih, ki so sledila, postopoma razvila do te mere, da danes v obliki uredb urejata vsa najpomembnejša področja mednarodnega zasebnega prava in postopka. Poleg evropskega kolizijskega prava, ki se uporablja neposredno in primarno, ostaja v veljavi nacionalno kolizijsko pravo, to pa se uporablja le za vprašanja, ki jih evropskemu normodajalcu za zdaj še ni uspelo urediti.

Evropsko kolizijsko pravo danes zajema kolizijsko pravo pogodbenih (Uredba Rim I)¹¹ in nepogodbenih (Uredba Rim II)¹² obligacijskih razmerij, razveze zakonske zveze in prenehanja življenjske skupnosti (Uredba »Rim III«),¹³ dedno-pravnih razmerij (Uredba »Rim IV«),¹⁴ prežिवninskih zadev¹⁵ ter insolvenčnosti.¹⁶ Nadaljnji razvoj obetajo že izdelani predlogi uredb za kolizijsko pravo premoženjskih razmerij med zakoncema¹⁷ in med partnerjema v registrirani skupnosti.¹⁸ V nadaljevanju uredbe, *brevitatis causa*, navajam z njihovimi uveljavljenimi skrajšanimi imeni. Poleg navedenih uredb, ki so posvečene kolizijskemu pravu, najdemo posamezne kolizijske norme še v številnih drugih sekundarnih pravnih aktih EU, npr. na področju prava varstva potrošnikov, v patentnem pravu in v pravu družb.¹⁹

¹¹ Uredba (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I).

¹² Uredba (ES) št. 864/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2007 o pravu, ki se uporablja za nepogodbene obveznosti (»Rim II«).

¹³ Uredba Sveta (EU) št. 1259/2010 z dne 20. decembra 2010 o izvajanju okrepljenega sodelovanja na področju prava, ki se uporablja za razvezo zakonske zveze in prenehanje življenjske skupnosti.

¹⁴ Uredba (EU) št. 650/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. julija 2012 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju odločb in sprejemljivosti in izvrševanju javnih listin v dednih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju. Uredba je stopila v veljavo 16. avgusta 2012, vendar pa se bo, razen nekaj določb (gl. 84. člen), začela uporabljati šele 17. avgusta 2015.

¹⁵ Uredba Sveta (ES) št. 4/2009 z dne 18. decembra 2008 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb ter sodelovanju v preživninskih zadevah v 15. členu napotuje na uporabo kolizijskih pravil Haaškega protokola iz leta 2007.

¹⁶ Uredba Sveta (ES) št. 1346/2000 z dne 29. maja 2000 o postopkih v primeru insolventnosti.

¹⁷ Predlog, Uredba Sveta o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, ter priznavanju in izvrševanju sodnih odločb na področju premoženjskih razmerij med zakoncema, Com (2011) 126 konč.

¹⁸ Predlog, Uredba Sveta o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, ter priznavanju in izvrševanju sodnih odločb na področju premoženjsko-pravnih posledic registriranih partnerskih skupnosti, Com (2011) 127 konč.

¹⁹ Za celovit in aktualen pregled gl. E. Jayme in R. Hausmann, nav. delo.

Ureditev v ločenih uredbah, namesto v enotni kodifikaciji mednarodnega zasebnega prava, je posledica pravno-politične neizvedljivosti ideje o enotni kodifikaciji. Ta ločenost, mestoma kazuističnost, postavlja pod vprašaj medsebojno usklajenost evropskih kolizijskopравnih norm in s tem funkcionalnost evropskega kolizijskega prava kot celote. Usklajevanje sprva parcialnih pravnih predpisov v harmoničen pravni sistem nas v skladu s kontinentalno pravno tradicijo spontano privede do ideje o enotni ureditvi skupnih institutov.

2. SPLOŠNI DEL EVROPSKEGA KOLIZIJSKEGA PRAVA

2.1. Opredelitev problema

Oblikovanje splošnega dela kolizijskega prava je problem, starejši od evropskega prava. Na njegov pomen opozarja že pionir slovenskega mednarodnega zasebnega prava prof. Stanko Lapajne. Zanj je »*občni del*« vsake pravne panoge – in s tem tudi kolizijskega prava – nujen za njen sistematični razvoj. Splošni del nam, kot pravi, odkrije »*marsikatero pomanjkljivost v dosedanjih, dasi že imponantni stavbi*« kolizijskega prava in nam »*pokaže za rešitev nerešenih problemov [...] metodičnejšo pot, nego so se ubirale doslej*«. ²⁰

Kot se v zadnjem času poudarja v literaturi, je EU z nizanjem uredb za posamezna področja kolizijskega prava sicer delno poenotila kolizijsko pravo, vendar pri tem v veliki meri pozabila na koherentnost kolizijskega prava kot celote. Sloviti prof. Jürgen Basedow stanje slikovito opiše z besedami, da smo »*zasadili številna drevesa, ki pa ne tvorijo gozda*«. ²¹ To je zlasti opazno pri ureditvi t. i. nesamostojnih kolizijskih pravil. Ta ne napotujejo neposredno na določeno pravo, temveč na druge načine vplivajo na določitev prava, ki naj se uporabi. ²² Tovrstne kolizijske norme teorija obravnava pod imenom splošni del kolizijskega prava. Kot primere materije splošnega dela lahko navedemo pravila o zavračanju (*renvoi*), pridržek javnega reda (*ordre public*), izključitveno klavzulo (nem. *Ausweichklausel*) in splošna pravila o posameznih naveznih okoliščinah (npr. o izbiri prava in o določanju bivališča). Navedena pravila se torej ne nanašajo le na posamezno področje kolizijskega prava, npr. le na dedno kolizijsko pravo, temveč pomagajo pri določanju prava na vseh področjih kolizijskega prava.

²⁰ S. Lapajne, nav. delo, str. 134.

²¹ J. Basedow, nav. delo (2011b), str. 671; prim. tudi K. Siehr, nav. delo, str. 77–95; M. Czeplak, nav. delo, str. 715–724; K. Kroll Ludwigs, nav. delo, str. 34–40; T. Nehne, nav. delo, str. 1–3.

²² Gl. npr. T. Rauscher, nav. delo, str. 43; B. von Hoffmann in K. Thorn, nav. delo, str. 177.

Problem izhaja iz dejstva, da kolizijskopravne uredbe institute splošnega dela urejajo neenotno. Predpisi o vsebinsko podobnih institutih se prekrivajo, si nasprotujejo, pogosto umanjajo in tako ne tvorijo zaključene in harmonične celote. Za primer takšne neusklajenosti lahko navedemo ureditev t. i. norm neposredne uporabe²³ (nem. *Eingriffsnormen*). Njihova ureditev se v Uredbah Rim I (9. člen) in Rim II (16. člen) bistveno razlikuje, Uredba Rim IV (30. člen) institut uporablja pod drugačnim poimenovanjem, Uredba Rim III pa takšne določbe sploh ne vsebuje.

Tako različna in nepopolna ureditev pravnih institutov povzroča probleme pri uporabi kolizijskopравnih pravil. Čeprav splošni instituti, ki jih ureja posamezna uredba, načeloma veljajo le za področje uporabe predmetne uredbe, v praksi zadeve niso jasne. Če ponazorimo s pravkar navedenim primerom: se norme neposredne uporabe po Uredbi Rim I analogno uporabljajo tudi pri uporabi Uredbe Rim III, ki o njih molči? Velja definicija prevladujočih obveznih določb iz Uredbe Rim I tudi pri uporabi Uredbe Rim II, ki definicije ne vsebuje? Ali če navedemo drug primer: veljajo pogoji za sklenitev navezne pogodbe, kakor jih edina izčrpno ureja Uredba Rim I, tudi na splošno v kolizijskem pravu ali le na področju veljave te uredbe?

Takšne nejasnosti praksa rešuje z različnimi interpretacijami, ki se med seboj bistveno razlikujejo. S tem se ogroža harmoničnost uporabe, kar pa je prvenstveni cilj poenotenja kolizijskega prava. Kolizijskopravna pravila naj bi, kot preliminarne glede na kasnejšo uporabo skozi kolizijsko pravo določenih materialnopravnih pravil, zlasti omogočala čim bolj enostavno in zanesljivo določitev prava, ki naj se uporabi. Divergentne ureditve istih institutov, ravno nasprotno, uporabo kolizijskega prava pogosto delajo nejasno, nepregledno in prekompleksno.

Nadalje neharmonična ureditev istih pravnih institutov ogroža prihodnjo normodajno dejavnost EU na področju kolizijskega prava. Urejanje vse večjega števila področij z evropskimi kolizijskimi normami in nakazano nadaljnje izgrajevanje sistema kolizijskega prava zahtevata enotno ureditev skupnih institutov. Le usklajen pravni pojmovnik je porok potrebni predvidljivosti, enaki obravnavi v bistvenem enakih primerov in končno pravičnosti pri določanju prava, ki naj se uporabi v konkretnem primeru.

2.2. Možna rešitev

Za ureditev stanja splošnih institutov kolizijskega prava se v literaturi kot ena od možnosti predlaga sprejetje uredbe o splošnem delu kolizijskega prava, t. i.

²³ Gl. terminološko pojasnilo v opombi 98.

»Uredbe Rim 0«. Ta bi na enem mestu, za vse obstoječe in bodoče evropske kolizijskopravne norme, enotno uredila vprašanja splošnega dela kolizijskega prava. S kodifikacijo splošnega dela in potencialno celotnega evropskega kolizijskega prava bi se uresničevale znane prednosti kodifikacije, kot so sistematičnost, medsebojna usklajenost, popolnost, preglednost in prepoznavnost v pravnem prostoru.²⁴

Obravnavana problematika nakazuje eno najaktualnejših smernic v razvoju mednarodnega zasebnega prava v evropskem prostoru. S temo so se prve spopadle mednarodne konference na Dunaju,²⁵ v Toulousu,²⁶ v Bruslju²⁷ in zlasti konferenca v Bayreuthu.²⁸ Za zdaj ostaja ideja razmeroma neraziskana, saj o njej obstaja le nekaj deset znanstvenih prispevkov in prvi osnutki besedila Uredbe Rim 0.²⁹ Evropska komisija, ki sicer v proevropskem duhu dejavno in ažurno sodeluje pri razvoju prava, na to temo ni izdala še nobenega dokumenta. Slovenska pravna znanost se doslej s tematiko še ni ukvarjala.

S predstavljenega izhodišča je v nadaljevanju, zlasti z obravnavanjem Uredb Rim I–IV,³⁰ v obrisih raziskano, pri katerih od poglavitnih splošnih institutov evropskega kolizijskega prava bi bilo poenotenje možno in smiselno.

3. OSREDNJA VPRAŠANJA KODIFIKACIJE SPLOŠNEGA DELA

3.1. Konkretizacija posameznih naveznih okoliščin

3.1.1. Avtonomija strank

Izbira prava po strankah pravnega razmerja kot navezna okoliščina v teoriji dolgo ni bila sprejeta. Ugovarjalo se je, da veljavnosti dogovora strank o pravu,

²⁴ E. M. Kieninger, nav. delo, str. 184–197; M. Czeplak, nav. delo, str. 705–728. Prim. splošno tudi B. Mertens, nav. delo, str. 287–298.

²⁵ Zbornik: G. Reichelt (ur.), nav. delo.

²⁶ Zbornik: M. Fallon, P. Lagarde in S. Poillot Peruzzetto (ur.), nav. delo.

²⁷ Zbornik: M. Fallon, P. Kinsch in C. Kohler (ur.), nav. delo.

²⁸ Zbornik: S. Leible in H. Unberath (ur.), nav. delo.

²⁹ Najbolj znani osnutek je izdelal prof. Lagarde, gl. P. Lagarde, nav. delo, str. 673–676. Nemški predlog gl. T. Nehne, nav. delo, str. 333–340. Konkretno predloge oblikuje tudi K. F. Kreuzer, nav. delo. Zgodovinsko gledano je prvi osnutek kodifikacije celotnega kolizijskega prava za Evropo že leta 1950 objavil E. Frankenstein, t. i. *Project d'un code européen de droit privé*, še pred njim pa je na idejo o enotni kodifikaciji prišel pobudnik Haaške konference T. Asser.

³⁰ Uredba 4/2009 kolizijsko pravo preživninskih zadev ureja le posredno s sklicevanjem na Haaški protokol iz leta 2007 in s tem odpira svojevrstne probleme, ki jih tu ne obravnavam.

ki naj se uporabi, ni mogoče ugotoviti, ker ni znano pravo, po katerem naj se veljavnost presoja. Nadalje se je ugovarjalo, da je določitev prava, ki naj se uporabi, zakonodajno delo, ki ga ne moreta opraviti stranki.³¹ Vendarle je kasneje teorija avtonomijo strank v civilnem pravu nasploh in posebej v kolizijskem pravu sprejela kot nujen korelat posameznikove pravice do samoodločbe.³² Pri kolizijskopravni avtonomiji gre tako za logično nadaljevanje (pogodbene) avtonomije strank v substančnem pravu.³³

V sodobnem mednarodnem zasebnem (!) pravu avtonomija strank pridobiva vse večji pomen in že velja za eno od načel.³⁴ Vendarle ima avtonomija strank na različnih področjih slednjega znatno različen pomen. Razumljivo je kolizijskopravna avtonomija strank omejena analogno materialnopravni avtonomiji strank.³⁵ Tako je v kolizijskem pogodbenem pravu svobodna izbira prava možna z le redkimi omejitvami³⁶ in podobno je tudi v nepogodbenem pravu.³⁷ Po drugi strani javni interes (npr. zaščita šibkejše stranke) zahteva za veljavno izbiro prava v družinskem ali dednem kolizijskem pravu izpolnjevanje nekaterih varovalnih predpostavk.³⁸

Ureditev v uredbah se razlikuje glede prava, ki ga stranke lahko izberejo. Po Uredbah Rim I (prvi odstavek 3. člena) in Rim II (prvi odstavek 14. člena) je to lahko katerokoli civilno pravo. Po 13. u. izj. Uredbe Rim I je to izrecno lahko tudi nedržavno pravo. Nasprotno po Uredbi Rim III v poštev pride le pravo, s katerim sta zakonca objektivno povezana v smislu običajnega bivališča, državljanstva ali sodišča, pred katerim teče postopek (prvi odstavek 5. člena). Podobno lahko po Uredbi Rim IV zapustnik za dedni statut izbere,

³¹ S. Cigoj, nav. delo (1977), str. 47.

³² O teoretski utemeljitvi avtonomije strank izčrpno K. Kroll Ludwigs, nav. delo, str. 148–302.

³³ A. Polajnar Pavčnik, nav. delo (1993), str. 432.

³⁴ T. Nehne, nav. delo, str. 231.

³⁵ A. Polajnar Pavčnik, nav. delo (1993), str. 432.

³⁶ V tem smislu uvodna izjava (u. izj.) 11 Uredbe Rim I: »Svoboda pogodbenih strank, da izberejo pravo, ki naj se uporablja, bi morala biti temelj sistema kolizijskih pravil na področju pogodbenih obligacijskih razmerij.«

³⁷ Tako 31. u. izj. Uredbe Rim II: »Zaradi upoštevanja načela avtonomije strank in večje pravne varnosti bi morali stranki imeti možnost izbrati, katero pravo se bo uporabljalo za nepogodbene obveznosti. [...] Da bi zaščitili šibkejšo stranko, bi bilo treba izbiro prava omejiti z nekaterimi pogoji.«

³⁸ Tako npr. 16. u. izj. Uredbe Rim III: »Zakonca bi morala imeti možnost, da [...] izbereta pravo države, s katero imata posebne vezi, ali pravo sodišča, pred katerim poteka postopek. Pravo, ki ga izbereta zakonca, mora biti skladno s temeljnimi pravicami [...]«. Enako poudarja 38. u. izj. Uredbe Rim IV, podobne določbe pa najdemo tudi v aktualnih predlogih uredb.

namesto prava običajnega bivališča kot privzete ureditve, pravo države, katere državljanstvo ima (prvi odstavek 22. člena). Takšno posplošeno (objektivizirano) omejevanje izbire prava se v literaturi kritizira, a za zdaj trdno ostaja del evropskega družinskega in dednega kolizijskega prava.³⁹ V luči navedenih pozitivnopravnih razlik bi lahko skupna določba v Uredbi Rim 0, z zlasti simboličnim pomenom, na splošno dovolila izbiro prava – vendar le pod pridržkom nakazanih, za zagotovitev javnega interesa nujnih omejitev v posebnem delu kolizijskega prava.

Nadalje se razlikujejo pogoji za sklenitev navezne pogodbe.⁴⁰ Načeloma uredbe akcesorno navezujejo presojo na pravo, ki so ga izbrale stranke; tako Uredba Rim I v petem odstavku 3. člena v zvezi z 10., 11. in 13. členom, Rim III v 6. in 7. členu ter Rim IV v prvem do tretjem odstavku 22. člena. Uredba Rim II podobne določbe ne vsebuje, v literaturi pa je pravna praznina z različnimi argumentacijami zapolnjena prav tako z navezovanjem na izbrano pravo.⁴¹ Navedene določbe, ki imajo v bistvenem enako vsebino, so zrele za ureditev v enotni uredbi. Ob tem bi bilo spet treba dopustiti možnost varstvenih določb v posebnem delu kolizijskega prava, npr. v smislu 7. člena Uredbe Rim III, ki za dogovor zakoncev o ločitvenem statutu predvideva (vsaj) pisno obliko.

Uredbe končno vsebujejo še kopico divergentnih norm, ki jih na tem mestu ni mogoče izčrpno obravnavati in zadevajo nujnost izrecne določitve prava,⁴² (ne)možnost izbire prava le za del pravnega razmerja,⁴³ možnost naknadne spremembe izbire,⁴⁴ zagotavljanje pravic tretjih oseb⁴⁵ in, ne nazadnje, upo-

³⁹ K. Kroll Ludwigs, nav. delo, str. 567; obširno o pomanjkljivostih objektivnega navezovanja gl. nav. delo, str. 339–402.

⁴⁰ Tj. pogodbe o izbiri prava. Teoretično se zanjo lahko uporabljajo a) *lex causae*, b) *lex voluntatis*, c) *lex fori* ali č) pravo najtesnejše zveze. S. Bajič, nav. delo (1943), str. 52–53. Prim. tudi E. Jayme, nav. delo, str. 38.

⁴¹ T. Nehne, nav. delo, str. 255.

⁴² Gl. Uredbo Rim I (prvi odstavek 3. člena) in Rim II (prvi odstavek 14. člena). V Uredbah Rim III in Rim IV neurejeno.

⁴³ Medtem ko je delna izbira prava po Uredbi Rim I možna (prvi odstavek 3. člena) – Uredbi Rim II in Rim III o vprašanju molčita –, pa Uredba Rim IV dopušča le izbiro prava za celotno dedovanje (prvi odstavek 23. člena).

⁴⁴ Sprememba je po Uredbi Rim I dovoljena brez omejitev (drugi odstavek 3. člena), po Uredbah Rim III (drugi odstavek 5. člena) in Rim IV (četrti odstavek 22. člena) dovoljena z nekaterimi omejitvami, Uredba Rim II pa vprašanja ne ureja. Argumentiramo lahko, da je sprememba izbire tudi po slednji načeloma dovoljena, seveda pod splošnimi omejitvami prvega odstavka 14. člena.

⁴⁵ Te so zagotovljene v Uredbah Rim I (drugi odstavek 3. člena) in Rim II (prvi odstavek 14. člena). Uredbi Rim III in Rim IV jih ne zagotavljata, kar glede na omejen nabor pravnih redov, ki so na voljo za izbiro, ni potrebno.

števanje kogentnih določb prava, ki ni izbrano, a je s predmetnim pravnim razmerjem objektivno povezano.⁴⁶

Upoštevajoč enotna izhodišča, a različen pomen avtonomije strank v posameznih uredbah, bi bilo poenotenje možno in smiselno – tako tudi literatura – v zgoraj nakazanem obsegu.⁴⁷ S tem bi zapolnili nekatere pravne praznine in poudarili pomen avtonomije strank na načelni ravni, a obenem zaščitili zaščitne vredne interese v posebnem delu kolizijskega prava.

3.1.2. Običajno bivališče⁴⁸

V evropskem kolizijskem pravu je običajno bivališče najpogostejša in s tem tudi najpomembnejša navezna okoliščina. Najdemo jo v določbah, ki so preštevne za naštevanje, primeroma pa lahko navedemo določbi 4. člena Uredbe Rim I in 4. člena Uredbe Rim II. S povečanjem pomena te navezne okoliščine glede na ureditve v nacionalnem kolizijskem pravu se pospešuje integracija evropskih migrantov v pravo njihovega novega okolja. S tem naj bi sledili njihovi domnevni interesom.⁴⁹ Nekateri avtorji v volji za bivanje na določenem kraju (*animus manendi*, ki pa se ne šteje za opredelilni element običajnega bivališča)⁵⁰ vidijo vzporednice celo s svobodno izbiro prava.⁵¹ Takšna argumentacija kljub svoji bistroumnosti prezre pogosto »nesvobodno« realnost ekonomskih migracij.

⁴⁶ Kogentne določbe so po Uredbah Rim I (tretji in četrti odstavek 3. člena) in Rim II (drugi in tretji odstavek 14. člena) upoštevne vedno, »kadar so vsi elementi, pomembni za zadevo, v trenutku izbire prava v državi, katere prava pogodbeni stranki nista izbrali«. Uredba Rim III (drugi odstavek 6. člena) omogoča, kljub izbiri drugega prava, zakoncu v določenih primerih sklicevanje na pravo običajnega bivališča. Uredba Rim IV kogentnih določb v obravnavanem kontekstu ne ureja.

⁴⁷ H. P. Mansel, ki ga povzemata E. Jayme in C. Zimmer, nav. delo, str. 100; K. Kroll Ludwigs, nav. delo, str. 584–595.

⁴⁸ Terminološko pojasnilo: Slovenski prevajalci obravnavanih uredb angleški izraz »*habitual residence*« oz. francoski izraz »*résidence habituelle*« prevajajo kot »*običajno prebivališče*«. Takšen prevod je napačen, saj se je v slovenski pravni terminologiji uveljavil izraz »*običajno bivališče*«. Poimenovanje je utemeljil že Cigoj, ki ugotavlja, da se izraz »*domicil*« v različnih pravnih redih različno razlaga. Zato je v mednarodnih pravnih aktih primernejša uporaba izraza »*običajno bivališče*«. Pri slednjem gre v prvi vrsti za bivališče, tj. za kraj, kjer nekdo stanuje, za katerega pa je značilna tudi njegova trajnost; gre torej za kraj, kjer oseba po navadi, redno, običajno biva. Izčrpno gl. S. Cigoj, nav. delo (1977), str. 37–41, in nav. delo (1984), str. 96. Prim. tudi M. Geč Korošec, nav. delo (1994), str. 91. Na ta terminološki problem opozarja že A. Polajnar Pavčnik, nav. delo (2008), str. 1369. V skladu z navedenim v celotnem besedilu uporabljam uveljavljen in primernejši izraz »*običajno bivališče*«.

⁴⁹ Gl. npr. obrazložitev v predlogu Uredbe Rim IV, Com (2009) 154 konč., str. 6.

⁵⁰ S. Cigoj, nav. delo (1977), str. 41; M. Geč Korošec, nav. delo (1994), str. 91.

⁵¹ M. P. Weller, ki ga povzemata E. Jayme in C. Zimmer, nav. delo, str. 100.

Kljub tej skupni podlagi so določbe o običajnem bivališču zelo raznolike. Abstrakten odgovor na vprašanje, a) čigavo bivališče⁵² in b) v katerem trenutku⁵³ je relevantno za določitev prava, ni mogoč, s tem pa določbe niso primerne za ureditev v skupni uredbi.⁵⁴

Uredba Rim 0 bi nasprotno lahko vsebovala definicijo običajnega bivališča. Za pravne osebe najdemo primeren zgled v Uredbah Rim I (19. člen) in Rim II (23. člen). Prvi poskus opredelitve običajnega bivališča fizičnih oseb najdemo v 23. in 24. u. izj. Uredbe Rim IV.⁵⁵ Te večinoma sledijo teoriji, njihovo sprejetje v Uredbo Rim 0 pa bi bilo zato smiselno zlasti z vidika completeness ureditve.

3.1.3. Osebe z več državljanstvi in osebe brez državljanstva

Drugače od prej obravnavanih institutov, ki jih evropsko kolizijsko pravo, četudi neenotno in pomanjkljivo, vsaj deloma ureja, osebe z več državljanstvi in osebe brez državljanstva niso predmet normiranja. Klasično kolizijskopravno vprašanje, katero pravo se uporabi v primeru, da je navezna okoliščina državljanstvo, oseba pa ima državljanstev več ali pa državljanstva nima, je prepuščeno nacionalnim kolizijskim pravilom. V Republiki Sloveniji je vprašanje urejeno v 10. in 11. členu Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP).

Nenormiranost je posledica dejstva, da evropsko kolizijsko pravo državljanstvo kot navezno okoliščino redko uporablja. Navezovanje na državljanstvo srečamo zlasti v primerih, ko je osebam omogočena izbira prava, a je ta izbira omejena le na določene pravne rede. V teh primerih je možna izbira domačega prava, tj. prava države, katere državljanstvo oseba ima. Takšne določbe najdemo v Uredbi Rim I pri zavarovalni pogodbi v točki (c) tretjega odstavka 7. člena, v Uredbi Rim III v točki (c) prvega odstavka 5. člena in v Uredbi Rim IV v prvem odstavku 22. člena. Medtem ko Uredba Rim III (22. u. izj.) za rešitev teh vprašanj še odkazuje na nacionalno pravo, Uredba Rim IV v drugem

⁵² To je lahko običajno bivališče prodajalca (točka (a) prvega odstavka 4. člena Uredbe Rim I), zapustnika (prvi odstavek 21. člena Uredbe Rim IV), zakoncev (točka (a) 8. člena Uredbe Rim III) itd.

⁵³ Npr. v trenutku nastanka škode (točka (a) prvega odstavka 5. člena Uredbe Rim II) ali v trenutku zapustnikove smrti (prvi odstavek 21. člena Uredbe Rim IV).

⁵⁴ F. M. Wilke, nav. delo, str. 336.

⁵⁵ 23. u. izj. tako med drugim: »Da bi se določilo običajno prebivališče, bi moral organ, ki obravnava dedovanje, oceniti vse okoliščine življenja zapustnika v letih pred njegovo smrtjo in ob njegovi smrti, pri čemer bi moral upoštevati vsa pomembna dejstva, zlasti kako dolgo in kako pogosto je zapustnik bival v zadevni državi, pa tudi pod kakšnimi pogoji in zakaj je tam bival. Tako določeno običajno prebivališče bi moralo izkazovati posebej tesno in trdno povezavo z zadevno državo, upoštevajoč posebne cilje te uredbe.«

odstavku 22. člena osebam z več državljanstvi izrecno omogoča izbiro prava po kateremkoli od državljanstev.

Ureditev iz Uredbe Rim IV bi nesporno lahko dobila splošno veljavo, saj omejitve iz Uredb Rim I in II niso na mestu. Podobno rešitev, torej upoštevanje vseh državljanstev, bi Uredba Rim 0 lahko določala za primere presoje izpolnjenosti obličnosti v smislu točke (b) prvega odstavka 27. člena Uredbe Rim IV. Prav tako bi lahko, večidel neproblematično, določala, da lahko osebe brez državljanstva v navedenih primerih namesto prava po državljanstvu izberejo pravo običajnega bivališča.⁵⁶ V preteklosti je bilo ponekod določeno, da se za osebe brez državljanstva uporabi pravo bivšega državljanstva, kar pa je neprijemno. Osebe brez državljanstva, zlasti begunci, z bivšim pravom namreč nimajo nobene zveze več.⁵⁷

Za primere, ko se državljanstvo uporabi kot klasična objektivna navezna okoliščina (trenutno le točka (c) 8. člena Uredbe Rim III, ki ga uporablja kot subsidiarno navezno okoliščino za primer, da zakonca prava nista izbrala), bi Uredba Rim 0 prav tako lahko vsebovala enotno določbo. Ta bi se lahko zgledovala po nacionalnih ureditvah.⁵⁸ Pri tem bi seveda morala izločiti nacionalne določbe o prednosti zadevnega nacionalnega prava (v smislu prvega odstavka 10. člena ZMZPP), katerih nesistemskost z vidika načela enakovrednosti pravnih redov (načelo *comitas*!) se v literaturi tako ali tako kritizira.⁵⁹

3.2. Splošni instituti

3.2.1. Zavračanje

Kadar domače kolizijsko pravo napotuje na uporabo tujega prava, se postavi vprašanje, ali se uporabi le tuje materialno pravo (*lex causae*) ali tudi tuje kolizijsko pravo. V slednjem primeru lahko tuje kolizijsko pravo odkaže nazaj na domače pravo (nem. *Rückverweisung*) ali pa naprej, na pravo neke tretje države (nem. *Weiterverweisung*). Takšno odklonitev napotila imenujemo zavračanje (*renvoi*).⁶⁰

V nasprotju z mnogimi nacionalnimi zakoni, ki zavračanje sprejemajo, je zavračanje v evropskem kolizijskem pravu izključeno. Pri napotilu na pravo, ki naj se uporabi, gre vedno za stvarno napotilo, ki uporabo (nacionalnega) ko-

⁵⁶ F. M. Wilke, nav. delo, str. 337.

⁵⁷ S. Cigoj, nav. delo (1984), str. 88.

⁵⁸ Vsebinsko enake določbe vsebujejo npr. 10. in 11. člen ZMZPP, 5. člen nemškega EGBGB in 9. člen avstrijskega IPR-Gesetz.

⁵⁹ B. von Hoffmann in K. Thorn, nav. delo, str. 191.

⁶⁰ Izčrpno o zavračanju v teoriji in praksi S. Cigoj, nav. delo (1955), str. 251–263.

lizijskega prava izključuje. To določajo Uredba Rim I v 20. členu, Rim II v 24. členu, Rim III v 11. členu, predlog Uredbe o premoženjskih razmerjih med zakoncema v 24. členu, predlog Uredbe o premoženjskih razmerjih med registriranimi partnerjema v 19. členu in Haaški protokol iz leta 2007, na katerega napotuje Uredba o preživninskih zadevah, v 12. členu.

Glede na to, da je cilj instituta zavračanja zagotovitev mednarodne skladnosti odločitev (nem. *internationale Entscheidungseinklang*),⁶¹ ki pa je s poenotenjem kolizijskega prava vsaj med članicami EU že dosežena, z izključitvijo zavračanja ne nastane posebna škoda.⁶² Z izključitvijo pa je ogrožena skladnost odločitev z državami nečlanicami EU, kar je zlasti problematično v statusnem pravu, kjer imajo t. i. šepava pravna razmerja (nem. *hinkende Rechtsverhältnisse*) še posebej negativne posledice (negotovost glede osebnega imena, negotovost statusa osebe kot poročene, posvojene, pogrešane ali mrtve itd.).⁶³ Kot možna rešitev se predlagajo različne ureditve zavračanja v odnosu do držav članic in do držav nečlanic EU.⁶⁴ V nasprotju s tem se je evropski uredbodajalec odločil za preprostejšo rešitev. Sledil je t. i. univerzalističnemu načelu, po katerem se vselej uporabi substančno pravo države, na katero napotuje evropska kolizijska norma.⁶⁵ To velja ne glede na to, ali gre za napotitev na pravo države članice ali nečlanice EU. Zdi se, da je bila v odnosu do nečlanic EU mednarodna skladnost odločitev žrtvovana na račun poenostavitve postopka. Evropskim sodnikom je tako prihranjeno pogosto dolgotrajno in zahtevno raziskovanje a) kolizijskega prava držav nečlanic EU in b) prava, na katero bi njihovo kolizijsko pravo napotilo.

Edina izjema od izključitve zavračanja je določba 34. člena Uredbe Rim IV,⁶⁶ ki se zgleduje po Haaški konvenciji o pravu, ki se uporablja v zapuščinskih postopkih, iz leta 1989. Za dopustitev zavračanja v tem primeru govorijo isti argumenti kot v primeru drugih uredb, zlasti primerljive Uredbe Rim III. Z zavračanjem se sledi mednarodni usklajenosti odločitev. Glede na to, da si tudi države nečlanice EU z lastnimi pravili o zavračanju prizadevajo za medna-

⁶¹ S. Cigoj, nav. delo (1984), str. 115–116.

⁶² K. Kroll Ludwigs, nav. delo, str. 38–39. Kritično T. Rauscher, nav. delo, str. 91, ki poudarja, da bi bila dopustitev zavračanja manj intruzivna za nacionalno kolizijsko pravo in zato primernejša z vidika evropskega načela subsidiarnosti.

⁶³ J. Kropholler, nav. delo, str. 241. Prim. tudi T. Nehne, nav. delo, str. 307–318.

⁶⁴ K. F. Kreuzer, nav. delo, str. 24–29.

⁶⁵ Prim. S. Cigoj, nav. delo (1984), str. 119.

⁶⁶ Predlog uredbe, Com (2009), 154 konč. je tako kot druge uredbe vseboval določbo o izključitvi zavračanja. Dopustitev je predlagal in argumentiral šele evropski Ekonomsko-socialni svet v mnenju z dne 14. julija 2010; gl. točko 4.3.10. Pristojni Odbor Parlamenta je predlagano spremembo sprejel, a žal brez obrazložitve; gl. Osnutek poročila Odbora za pravne zadeve z dne 23. februarja 2011.

rodno usklajenost odločitev, bi izključitev zavračanja na tak način doseženo enotnost ponovno ogrozila. Literatura zato zavračanje še vedno večinoma šteje za koristno, pri čemer se procesni ekonomiki ne pripisuje velika teža.⁶⁷

Nepojasnjeno ostaja, zakaj je evropski uredbodajalec navedene argumente za zavračanje pri sprejemanju primerljivih uredb in proti njemu različno tehtal. Skupna določba bi lahko odražala pozitivnopravno realnost in deloma tudi stališče literature⁶⁸ z načelno izključitvijo zavračanja. Ali bi zavračanje iz utemeljenih razlogov, določenih v posebnem delu kolizijskega prava, morala dopustiti, ostaja odprto vprašanje.

3.2.2. Interlokalno in interpersonalno pravo

Mnoge države nimajo enotnega zasebnega prava, temveč poznajo več zasebnopravnih pravil, ki se vsebinsko nanašajo na zadevno vprašanje. V takšnem primeru načeloma posebna kolizijska pravila znotraj države določijo tisto zasebno pravo, ki naj se uporabi.⁶⁹ Ob tem je treba upoštevati, da so zasebnopravne ureditve držav lahko teritorialno⁷⁰ ali personalno razčlenjene.⁷¹ Tovrstna vprašanja so v naši teoriji mednarodnega zasebnega prava prisotna iz časov nekdanje skupne države, v kateri zasebno pravo ni bilo poenoteno.⁷²

Določbe uredb v zvezi s tem so v značilnem pragmatičnem slogu le rudimentarne. Tako Uredbi Rim I (22. člen) in Rim II (25. člen), ki vsebujeta le teritorialne (t. i. objektivne) navezne okoliščine (običajno bivališče, *locus (contr)actus* in *locus delicti commissi*), razumljivo in neproblematično določata uporabo lastnih kolizijskih pravil tudi za določitev teritorialno določenega (»delnega«) pravnega reda. Pri tem uredbi ne odgovorita na vprašanje, katero pravo se uporabi v primeru personalne delitve pravnega reda, niti na vprašanje, ali je pri tem upoštevno interno kolizijsko pravo države, katere pravo naj se uporabi. Tako npr. ni jasno, ali je v primeru uporabe španskega prava na podlagi kraja sklenitve pogodbe treba uporabiti njihovo interlokalno pravo, ki določa, da nekatera prava teritorialnih enot (npr. foralno pravo) veljajo le za tamkajšnje prebivalce.

⁶⁷ Stanje kratko in jedrnato opiše neki avstralski učbenik: »*Renvoi is a subject loved by academics, hated by students and ignored (when noticed) by practising lawyers [...]*«, po D. Henrich, nav. delo, str. 159.

⁶⁸ Prav tam, str. 159–167.

⁶⁹ S. Cigoj, nav. delo (1984), str. 30–32.

⁷⁰ Npr. v ZDA zasebno pravo med zveznimi državami ni poenoteno.

⁷¹ Npr. v Egiptu za pripadnike različnih verskih skupnosti veljata različno dedno in družinsko pravo.

⁷² S. Cigoj, nav. delo (1979), str. 45–58.

Pri reševanju navedenih vprašanj gre izhajati iz ugotovitve teorije, da je *modus operandi* pravil mednarodnega zasebnega prava ter interlokalnega in interpersonalnega prava načeloma enak.⁷³ Problemi v praksi nastajajo zlasti ob uporabi neevropskih prav. Uredba Rim 0 naj bi jih (po zgledu prvega odstavka 36. člena in 37. člena Uredbe Rim IV), primarno reševala z upoštevanjem interlokalnega in interpersonalnega prava države, katere pravo naj se uporabi. Podrejeno, torej ob odsotnosti (nacionalnega) interlokalnega ali interpersonalnega prava, bi se uporabile navezne okoliščine, ki jih vsebujejo uredbe. Glede na to, da so te večidel teritorialne, bi bila s tem urejena že glavnina vprašanj. Za vse drugo bi skrbela generalna klavzula, ki bi, ob odsotnosti drugih pravil, odkazovala na pravo največje koneksnosti.⁷⁴ Takšne korake do rešitve je zagovarjala tudi slovenska teorija iz jugoslovanskih časov.⁷⁵

3.2.3. Kvalifikacija

Teorija kvalifikacijo splošno opredeljuje kot »ugotovitev, da pravno dejstvo kot sestavina življenjskega pojava ustreza nekemu pravnemu pojmu«.⁷⁶ V mednarodnem zasebnem pravu označuje kvalifikacija subsumpcijo življenjskega primera pod zakonski dejanski stan, vsebovan v kolizijski normi. Drugače rečeno, gre za vprašanje, katero od številnih kolizijskih norm uporabiti za določitev prava, ki naj se uporabi v določenem primeru. Pri številnih institutih je kvalifikacija očitna. Tako npr. ni nobenega dvoma, da se za razlago prodajne pogodbe (ob odsotnosti izbire prava) uporabi pravo, na katero odkazuje kolizijska norma točke (a) prvega odstavka 4. člena v zvezi s točko (a) prvega odstavka 12. člena Uredbe Rim I: uporabi se pravo običajnega bivališča prodajalca.

Zaplete se, ko za kvalifikacijo določenega primera pridejo v poštev različne kolizijske norme. Uredbe ta problem sicer kazuistično, a večinoma učinkovito rešujejo z opredelitvami institutov na način, ki odpravlja najbolj sporne primere. Tako se teorija v ponazoritev kvalifikacijskih zapletov ekstenzivno ukvarja z instituti, kot so *trust*, dedna pogodba ter *culpa in contrahendo*. Ta razpravljanja sicer niso izgubila svoje didaktične kvalitete, a so za prakso pretežno brezpredmetna, saj uredbe vse naštetih institute nedvoumno kolizijskopravno kvalificirajo.⁷⁷

⁷³ S. Cigoj, nav. delo (1984), str. 30–32.

⁷⁴ Prim. K. F. Kreuzer, nav. delo, str. 29–35.

⁷⁵ S. Cigoj, nav. delo (1979), str. 56, in nav. delo (1984), str. 83.

⁷⁶ S. Cigoj, nav. delo (1984), str. 121.

⁷⁷ Tako točka (h) drugega odstavka 1. člena Uredbe Rim I *trust* anglo-ameriškega prava izključuje s področja uporabe pogodbenega statuta, s tem pa ga prepušča na ravni EU neurejenemu statutu gospodarskega statusnega prava. Dilema med pogodbenim in dednim statutom za dedne pogodbe je rešena z izključitvijo iz prvega (točka (c) drugega odstavka 1. člena Uredbe Rim I) in s samostojno kolizijskopravno ureditvijo v 25. členu Uredbe

Postopek kvalificiranja je v navedenih primerih omejen na subsumpcijo življenjskih primerov pod navedene pravne pojme.⁷⁸

Takšnemu odpravljanju tipičnih kvalifikacijskih problemov so namenjene številne določbe, kot so uvodne izjave (npr. 42. u. izj. Uredbe Rim IV), definicije (npr. prvi odstavek 1. člena Uredbe Rim I), t. i. negativni (npr. drugi odstavek 1. člena Uredbe Rim I) in pozitivni katalogi (npr. 15. člen Uredbe Rim II) ter sklicevanja na druge predpise (npr. točka (h) prvega odstavka 4. člena Uredbe Rim I).⁷⁹ Pri kvalifikaciji gre nedvomno za problematiko splošnega dela kolizijskega prava in je zato tudi obravnavana na tem mestu. Kljub temu navedene določbe zaradi svoje številnosti in specifične povezanosti s posebnim delom kolizijskega prava ne spadajo v okvir Uredbe Rim 0, saj bi bila njihova ureditev na enem mestu skrajno nepregledna.

Kadar vprašanje kvalifikacije ni urejeno že z jasno kolizijsko normo, se za kvalificiranje v literaturi ob poudarjanju različnih prednosti in slabosti zastopajo različna stališča. Primere lahko avtonomno kvalificiramo po pravu sodišča (*lex fori*), heteronomno po pravu, ki naj se uporabi (*lex causae*), s kombiniranjem obeh prav, tj. po t. i. kvalifikaciji v več stopnjah, itd.⁸⁰ Poskusi uzakonjenja posameznega od pristopov, kot npr. v 9. členu nekdanjega Zakona o ureditvi kolizije zakonov s predpisi drugih držav v določenih razmerjih,⁸¹ so osamljeni.⁸² Literatura zato večinoma ocenjuje, da ureditev v Uredbi Rim 0 ni niti potrebna niti primerna. Nekateri avtorji vendarle poudarjajo, da je institut ravno zaradi svoje abstraktnosti ustrezen za splošni del kolizijskega prava.⁸³ Enopomenskega zaključka bržkone ni mogoče napraviti.

Rim IV. Podobno je *culpa in contrahendo* urejen v 12. členu Uredbe Rim II, s čimer je odpravljena dilema uvrstitve v pogodbeni ali nepogodbeni statut.

⁷⁸ Tako ni več sporno, katero pravo se uporabi za *culpa in contrahendo*, še vedno pa je treba odgovoriti na vprašanje, ali neki življenjski primer lahko subsumiramo pod ta pojem. Uredba Rim II zahteva, da pojem kvalificiramo avtonomno (gl. 30. u. izj.), kar ob odsotnosti evropskega materialnega civilnega prava odpira nadaljnja (primerjalnopravna) vprašanja. Kvalificiranje po nacionalnem pravu pride v poštev le izjemoma (npr. pri definiranju »protestnega delovanja delavcev«; gl. 27. u. izj.), saj bi bilo z njim ogroženo enotno kvalificiranje identičnih primerov, s tem pa tudi cilj poenotenja kolizijskega prava.

⁷⁹ F. M. Wilke, nav. delo, str. 337.

⁸⁰ S. Cigoj, nav. delo (1954), str. 45–49, in nav. delo (1984), str. 123–128.

⁸¹ Ur. l. SFRJ, št. 43/82.

⁸² H. Heiss, ki ga povzemata E. Jayme in C. Zimmer, nav. delo, str. 100. Prim. S. Cigoj, nav. delo (1984), str. 130; R. Knez, nav. delo (2001), str. 8; M. Geč Korošec, nav. delo (1994), str. 129.

⁸³ T. Nehne, nav. delo, str. 194–195.

3.2.4. Univerzalna uporaba

Določba, ki se z identično vsebino ponavlja v vseh uredbah, je določba o njihovi splošni uporabi. Le-ta določa, da se pri napotovanju uporabi vsako pravo, »na katero napotuje [ta] uredba, ne glede na to, ali gre za pravo ene od držav članic« (2. člen Uredbe Rim I). Pod različnimi naslovi členov jo najdemo še v 3. členu Uredbe Rim II, 4. členu Uredbe Rim III in 20. členu Uredbe Rim IV. Proti njeni vsebini ni argumentov⁸⁴ in njena ureditev na enem mestu je neproblematična. Z njo ne bi posegli v vsebino kolizijskega prava, bi pa ureditev nomotehnično napredovala.

3.3. Korekcije pri določanju prava

3.3.1. Izključitvena klavzula

Kot poudarja teorija, je »temeljna funkcija kolizijskih norm [...] najti ustrezni pravni red«⁸⁵ za presojo določenega pravnega razmerja s tujim elementom. »[U]strezni pravni red« je tisti, s katerim je primer najtesneje povezan.⁸⁶ Za doseg tega cilja obravnavane uredbe, razen Uredbe Rim III, vsebujejo t. i. izključitvene klavzule (nem. *Ausweichklausel*). Dogmatično gre pri teh za navezno okoliščino največje koneksnosti.⁸⁷ Ta kot subsidiarna navezna okoliščina sodniku omogoča, da v konkretnem primeru ne uporabi prava, na katero sicer odkazujejo kolizijske norme, kadar je ta očitno tesneje povezan z nekim drugim pravom.

Pri uvajanju izključitvenih klavzul gre za različico v pravni teoriji znanega tehtanja med pravno varnostjo oz. predvidljivostjo na eni in prilagodljivostjo na drugi strani. Proti izključitvenim klavzulam govori argument, da navezovanje postane »preveč odvisn[o] od individualnega gledanja sodnika« in da »stranke vse do sodbe ne vedo, kateremu pravu bodo podvržene«.⁸⁸ Toda kljub ogrožanju pravne varnosti je potrebnost izključitvenih klavzul ob hkratni zagotovitvi njihove restriktivne razlage danes splošno sprejeta.⁸⁹ Argumentira se, da pravna varnost ni pravna vrednota *per se*, temveč je vedno v funkciji pravne pravič-

⁸⁴ Podrobno K. F. Kreuzer, nav. delo, str. 14–20.

⁸⁵ A. Polajnar Pavčnik, nav. delo (1984), str. 149.

⁸⁶ Prav tam.

⁸⁷ S. Cigoj, nav. delo (1984), str. 108–109.

⁸⁸ Prav tam.

⁸⁹ Primer: za pogodbo o prodaji nepremičnine, ki leži v ZDA, se po točki (c) prvega odstavka 4. člena Uredbe Rim I uporabi *lex rei sitae*. Če pa je pogodba sklenjena v Sloveniji med v Sloveniji živečima Slovencema v slovenskem jeziku in se kupnina plača v evrih na slovenski račun, izključitvena klavzula omogoča, da se, zaradi očitno tesnejše vezi s Slovenijo, uporabi slovensko pravo. Prim. T. Rauscher, nav. delo, str. 296.

nosti, ta pa se v mednarodnem zasebnem pravu zasleduje ravno z uresničevanjem načela koneksnosti, med drugim s pomočjo izključitvene klavzule.⁹⁰

V uredbah najdemo t. i. posebne izključitvene klavzule, ki omogočajo odstopanje le od posameznih kolizijskih norm; npr. tretji odstavek 4. člena in drugi odstavek 7. člena Uredbe Rim I, tretji odstavek 4. člena in drugi odstavek 5. člena Uredbe Rim II ter drugi odstavek 21. člena Uredbe Rim IV.

V okviru razpravljanj o Uredbi Rim 0 se postavlja vprašanje, ali bi vanjo spadala t. i. splošna izključitvena klavzula, ki bi na splošno omogočala odstopanje od vsake napotitve v skladu s kolizijskimi pravili posebnega dela. Takšna ureditev je v svetovnem merilu redka, saj jo v nacionalnih kodifikacijah poznajo le Švica, kanadski Québec, Litva, (neizrecno in deloma sporno) Avstrija, (od leta 2012) Nizozemska ter v 2. členu (in nekoliko redundantno še v 20. in 30. členu) ZMZPP tudi Slovenija.⁹¹ Proti njeni ureditvi v splošnem delu govori dejstvo, da gre za izjemo. Uvrstitev v splošni del ne opozarja na nujnost njene restriktivne razlage, temveč lahko ravno nasprotno napeljuje na zmotno idejo, da gre za splošno pravilo. Poleg tega se poudarja, da je pravna varnost na različnih področjih kolizijskega prava različno pomembna in da so zato posebne izključitvene klavzule primernejše.⁹²

Kljub temu nekatera tehtna mnenja v literaturi uvrstitev v splošni del štejejo za primerno, pri čemer so kot nujna protiutež navedena čim bolj jasna kolizijska pravila posebnega dela. Takšna rešitev se sklada s teorijo, ki že dalj časa ugotavlja »težnj[*o*] sproščanja navezovanja«. ⁹³ Z enotno ureditvijo se zagotovi harmonično pojmovanje izključitvene klavzule v celotnem kolizijskem pravu. Diferenciacija po posameznih področjih je mogoča tudi v okviru določbe v splošnem delu. Prav tako v prid take rešitve govorijo zakonodajnotehnični razlogi.⁹⁴ Navedeno kaže, da tako v teoriji kot v normodajni praksi glede splošne izključitvene klavzule ni enotnosti. Vendarle se zdi, da se argumenti nagibajo bolj v prid vključitve splošne klavzule v Uredbo Rim 0.

3.3.2. Prilagajanje in substitucija

S prilagajanjem (nem. *Anpassung*) v mednarodnem zasebnem pravu opisujemo odpravljanje nasprotujočih si rešitev, ki jih da uporaba več pravnih redov

⁹⁰ T. Hirse, nav. delo, str. 184–190.

⁹¹ Prav tam, str. 31–37. Glede Nizozemske gl. 8. člen zakona, na voljo na: <<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2011-272.pdf>>.

⁹² Prim. A. Polajnar Pavčnik, nav. delo (1984), str. 150; F. M. Wilke, nav. delo, str. 334.

⁹³ A. Polajnar Pavčnik, nav. delo (1984), str. 155.

⁹⁴ Prim. T. Hirse, nav. delo, str. 136–138; K. F. Kreuzer, nav. delo, str. 36–39.

v istem primeru.⁹⁵ Temu nasproten institut je substitucija, pri kateri institute tujega prava zaradi njihovega enakega smisla in namena vrednotimo kot enakovredne institutom našega prava.⁹⁶

Ta dva instituta redko najdemo v kodifikacijah kolizijskega prava, redno pa sta obravnavana v literaturi. V evropskem kolizijskem pravu le Uredba Rim IV v razmeroma obrobem 31. členu pod naslovom »*prilagoditev stvarnih pravic*« izrecno normira, v nasprotju z naslovom, substitucijo medsebojno primerljivih stvarnih pravic dednih upravičencev.

Ne zdi se, da bi določbo lahko posplošili in institut normirali v Uredbi Rim 0. Ta zahtevna instituta bi se tudi v primeru, da bi prišlo do njune kodifikacije, lahko smiselno uporabljala le ob upoštevanju ugotovitev teorije. S tega stališča se zdi najprimerneje, da se instituti ne obravnavajo kot kandidati za kodifikacijo splošnega dela.⁹⁷

3.3.3. Norme neposredne uporabe⁹⁸

Norme neposredne uporabe teorija opredeljuje kot substančne norme javno-pravne narave, ki so posebnega pomena za varstvo bistvenih elementov državne organizacije.⁹⁹ Čeprav te vsebujejo elemente javnega reda, z njim niso izenačene. Vendarle naj bi zaradi svojega pomena veljale po teritorialnem načelu ne glede na pravo, ki se sicer uporablja za določeno civilnopravno razmerje.¹⁰⁰ Kot primeri se navajajo davčni in carinski predpisi, pa tudi predpisi o varstvu potrošnikov, okoljevarstveni predpisi itd. Kateri predpisi naj bi se šteli za norme

⁹⁵ B. von Hoffmann in K. Thorn, nav. delo, str. 230–231. Prim tudi S. Cigoj, nav. delo (1984), str. 139–142; M. Geč Korošec, nav. delo (1994), str. 141–142.

⁹⁶ B. von Hoffmann in K. Thorn, nav. delo, str. 234–235.

⁹⁷ Prim. E. Jayme in C. Zimmer, nav. delo, str. 100; F. M. Wilke, nav. delo, str. 337.

⁹⁸ Terminološko pojasnilo: slovenski prevodi uredb uporabljajo izraz »*prevladujoče obvezne določbe*«, čeprav je za obravnavani institut v slovenski pravni terminologiji ustaljen izraz »*norme neposredne uporabe*« oz. mestoma »*pravila neposredne uporabe*« in »*zakon o neposredni uporabi*«. Njihovo poimenovanje je iz teorije izpeljal že Cigoj, ko je ugotavljal, da gre za substančne norme, ki *neposredno urejajo* raznopravne primere, in to ne glede na pravo, na katero odkazuje kolizijsko pravilo. Izraz je povzel po francoskem »*loi d'application immédiate*«, ki ga je prvi uporabil Francescakis. Izčrpno o tem S. Cigoj, nav. delo (1988), str. 11–12, 18. Prim. tudi S. Cigoj, nav. delo (1984), str. 156–160, 276. Na ta terminološki problem opozarja že A. Polajnar Pavčnik, nav. delo (2008), str. 1370. Gl. uporabo pri npr. A. Polajnar Pavčnik, nav. delo (1991), str. 688; M. Ilešič, A. Polajnar Pavčnik in D. Wedam Lukić, nav. delo, str. 21; R. Knez, nav. delo (2008), str. 1385. Iz navedenih razlogov v celotnem besedilu uporabljam ustaljeni in primernejši izraz »*norme neposredne uporabe*«.

⁹⁹ S. Cigoj, nav. delo (1984), str. 156.

¹⁰⁰ S. Cigoj, nav. delo (1984), str. 156–160; M. Geč Korošec, nav. delo (1994), str. 148.

neposredne uporabe, je v teoriji sporno,¹⁰¹ kar se kaže tudi v evropskem kolizijskem pravu. Na problematično ureditev (ne)upoštevnosti takšnih predpisov je bilo uvidoma že opozorjeno (*supra* 2.1). Poskus njihove opredelitve najdemo v prvem odstavku 9. člena Uredbe Rim I, a njihov obseg je v konkretnih primerih še vedno skrajno nejasen.¹⁰² Opredelitev, da je takšna vsaka določba, ki je »po mnenju države bistvenega pomena za zaščito njenih javnih interesov, kot je na primer njena politična, socialna ali gospodarska ureditev«, zaradi medsebojne prepletenosti interesov države in posameznikov v sodobni družbi ni v posebno pomoč pri konkretizaciji.

Upoštevanju norm neposredne uporabe prava sodišča (*lex fori*; drugi odstavek 9. člena Uredbe Rim I in 16. člen Uredbe Rim II) se načeloma ne nasprotuje. Nasprotno se veliko razpravlja o tem, koliko naj bi sodišča neke države prek svojih odločitev implementirala norme neposredne uporabe drugih držav. Države (zlasti Velika Britanija) z velikim zaupanjem v svoj (ekonomsko liberalni, »neomejujoči«) pravni red se temu upirajo z navajanjem ekonomskih argumentov.¹⁰³ Ob upoštevanju slednjih Uredba Rim I v tretjem odstavku 9. člena v nasprotju z bolj ambicioznimi začetnimi predlogi Evropske komisije sprejema kompromisno različico. Norme neposredne uporabe tujega prava mora domače sodišče upoštevati, kadar te »izpolnitev pogodbe opredeljujejo kot nezakonito«. O upoštevanju prava kraja, kjer se nahajajo predmeti, ki so predmet dedovanja, govori tudi 30. člen Uredbe Rim IV; tudi tu je opozorjeno na podobne probleme.

Predstavljeno kaže na to, da smo glede norm neposredne uporabe še daleč od a) njihove jasne opredelitve in b) jasne ideje o tem, kdo in pod katerimi pogoji naj bi jih udejanjal. Iz teh razlogov je v literaturi uveljavljeno stališče, da čas še ni zrel za njihovo ureditev v Uredbi Rim 0.¹⁰⁴

3.3.4. Pridržek javnega reda

Pridržek javnega reda omogoča sodniku, da tujega prava ne uporabi, kadar bi bila rešitev primera po tujem pravu neskladna z domačim javnim redom. Gre za v teoriji enega najbolj intenzivno obravnavanih institutov mednarodnega zasebnega prava.¹⁰⁵ S stališča te razprave pa je institut neproblematičen. Podobno kot že obravnavani institut univerzalne uporabe je tudi pridržek jav-

¹⁰¹ Prav tam. Gl. tudi S. Cigoj, nav. delo (1988), str. 12–18.

¹⁰² C. Schönbohm, nav. delo, r. št. 3–12; J. Cziupka in drugi, nav. delo, r. št. 7–20.

¹⁰³ Npr. R. Freitag, nav. delo, str. 109–116.

¹⁰⁴ Prim. K. F. Kreuzer, nav. delo, str. 39–43.

¹⁰⁵ S. Cigoj, nav. delo (1984), str. 147–162, z obsežno navedbo literature. M. Geč Korošec, nav. delo (1994), str. 143–149; B. von Hoffmann in K. Thorn, nav. delo, str. 267–276.

nega reda, sicer z minimalnimi razlikami v dikciji, v vseh uredbah vsebinsko identično urejen.¹⁰⁶ Pridržek urejajo Uredba Rim I v 21. členu, Rim II v 26. členu, Rim III v 12. členu in Rim IV v 35. členu. Z združevanjem ne bi posegli v vsebino kolizijskega prava, bi pa ureditev pomembno nomotehnično napredovala.¹⁰⁷

3.4. Drugo

3.4.1. Zakonodajnotehnična vprašanja

Glede nomotehnične izdelave Uredbe Rim 0 se obravnava več problemov, od katerih omenjam tri.¹⁰⁸ Najprej je potrebna odločitev o tem, ali naj novi predpis velja kot splošni del le evropskega kolizijskega prava ali tudi kot splošni del še nepoenotenega nacionalnega kolizijskega prava. Pri nekaterih institutih, npr. pri ureditvi naveznih okoliščin, ki so tesno povezane s posebnim delom, se veljavnost Uredbe Rim 0 za nacionalna kolizijska pravila ne zdi primerna. Po drugi strani se skupna ureditev nekaterih institutov, npr. pridržka javnega reda, ne zdi problematična, a vendarle skozi prizmo evropskopравnih načel subsidiarnosti in sorazmernosti¹⁰⁹ tudi ne posebej ustrezna.

Drugo vprašanje je, na kakšen način bi bila Uredba Rim 0 povezana z uredbami posebnega dela. V poštev prideta dve možnosti: bodisi se Uredba Rim 0 sklicuje na druge uredbe bodisi se te sklicujejo na Uredbo Rim 0. V prvem primeru bi Uredba Rim 0 urejala tudi trenutno in prihodnje družinsko kolizijsko pravo, kar bi v skladu s tretjim odstavkom 81. člena Pogodbe o delovanju EU (PDEU) pomenilo, da je uredbo treba sprejeti s soglasjem v Svetu EU. V nasprotnem primeru bi se Uredba Rim 0 sprejela po rednem zakonodajnem postopku, bi pa bila potrebna dopolnitev vseh že veljavnih uredb na tak način, da bi se te sklicevale na Uredbo Rim 0.

In končno, v zadnjem navedenem primeru bi bilo treba odgovoriti na vprašanje, ali se bodo uredbe posebnega dela na Uredbo Rim 0 sklicevale statično kot na konkreten normodajni akt ali dinamično kot na uredbo o splošnem delu kolizijskega prava. Dinamični pristop je bolj praktičen, saj ne predpostav-

¹⁰⁶ Primeroma 21. člen Uredbe Rim I: »Uporaba posamezne določbe prava katerekoli države po tej uredbi se lahko zavrne le, če je takšna uporaba očitno nezdružljiva z javnim redom države sodišča, pred katerim poteka postopek.« Tu v izogib nejasnostim poudarjam: od poenotenja določbe, ki omogoča uporabo pridržka javnega reda, je treba ločevati proces harmonizacije (same vsebine) javnega reda držav EU. Na nastajanje slednjega literatura že dlje časa opozarja. Gl. npr. M. Stürner, nav. delo, str. 463–482.

¹⁰⁷ Prim. K. F. Kreuzer, nav. delo, str. 43–47.

¹⁰⁸ Gl. F. M. Wilke, nav. delo, str. 339.

¹⁰⁹ 5. člen Pogodbe o EU in njen Protokol št. 2.

lja spremembe vseh uredb posebnega dela ob vsakokratni spremembi Uredbe Rim 0. Vendar pa je dinamično sklicevanje družinskopravnih uredb na Uredbo Rim 0 lahko sporno z vidika omenjenih različnih zakonodajnih postopkov za sprejemanje teh normodajnih aktov. Spremembe Uredbe Rim 0, sprejete po rednem zakonodajnem postopku, bi lahko nasprotovale volji držav, ki so (s soglasjem v Svetu EU) sprejele uredbe o družinskem kolizijskem pravu.

3.4.2. Pravnopolitične ovire

V zgornjih izvajanjih so obravnavane pravne možnosti za razvoj splošnega dela evropskega kolizijskega prava. Vprašanje obstoja politične volje za sprejetje Uredbe Rim 0 je predmet neke druge razprave, zato stanje na tem področju tukaj predstavljam le v obrisih.

Zavedati se je treba, da so nacionalne ureditve kolizijskega in civilnega prava držav članic EU različne, s tem pa so povezani različni nacionalni interesi. Kot ugotavlja študija na to temo, ki jo je naročil Evropski parlament, na ravni EU ni niti konsenza o tem, da so prizadevanja v smeri splošne kodifikacije kolizijskega prava zaželena, kaj šele, da bi glede tega vladal takšen entuziazem kot v akademski sferi.¹¹⁰

Enotnost evropskega kolizijskega prava v državah članicah je deloma že v *statusu quo* žrtev političnih kompromisov. Danske (Protokol št. 22) ne zavezujejo Uredbe Rim I, Rim II in Rim IV, zadnja pa tudi ne zavezuje Združenega kraljestva in Irske (Protokol št. 21). Uredba Rim III je sklenjena v okviru okrepljenega sodelovanja (329. člen in nasl. PDEU) in trenutno zavezuje 14 držav članic (gl. 6. u. izj.). Navedeno kaže, da je doseganje potrebnega soglasja skrajno težavno, že ko gre za usklajevanje posameznih področij kolizijskega prava. Glede na to, da bi sprejemanje Uredbe Rim 0 zahtevalo usklajevanje mnogo številnejših interesov, navedena študija idejo o enotni kodifikaciji celotnega kolizijskega prava ocenjuje za neizvedljivo.¹¹¹ Mehanizem okrepljenega sodelovanja za sprejem Uredbe Rim 0 ne bi imel smisla, saj bi se s tem izjalovila ideja o resničnem vseevropskem poenotenju splošnih institutov kolizijskega prava.

Ob upoštevanju orisane političnopravne realnosti se ideja o celoviti kodifikaciji evropskega kolizijskega prava na ravni institucij EU obravnava kvečjemu kot dolgoročni projekt. Na kratki in srednji rok si bo EU, kot se kaže v omenjenih aktualnih predlogih kolizijskopравnih uredb, še naprej prizadevala le za zapolnitev najakutnejših vrzeli v evropskem kolizijskem pravu. Te so zlasti v gospodarskem statusnem pravu (vključujoč *truste*), arbitražnem pravu, stvarnem pra-

¹¹⁰ European Parliament, nav. delo, str. 89–90.

¹¹¹ Prav tam.

vu in zastopanju, pa tudi na preostalih področjih družinskega prava (sklenitev zakonske zveze in registriranih partnerstev, osebno ime, posvojitev, starševstvo, varstvo odraslih oseb itd.).¹¹² Seveda naj bi si pri tem EU kar najbolj prizadevala za medsebojno usklajenost sprejetih predpisov. Na potrebo po usklajenosti opozarja tudi Evropski svet v Stockholmskem programu (2010), ko nekoliko enigmatično pravi, da *»si je treba začeti prizadevati za konsolidacijo obstoječih instrumentov na področju pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah.«*¹¹³

Znanstvene razprave o splošnem delu evropskega kolizijskega prava so navedenemu navkljub potrebne in koristne že danes, saj pomagajo pravilno tolmačiti obstoječe kolizijsko pravo, spodbujajo razvoj v pravo smer in prispevajo k medsebojni skladnosti obstoječih in bodočih kolizijskopравnih uredb.

4. IZGLEDI ZA NADALJNJE RAZISKOVANJE

Za nadaljnje raziskovanje je še veliko prostora. Pri obravnavanih institutih se je bil ta prispevek primoran omejiti na njihovo osnovno umestitev v kontekst evropskega kolizijskega prava in na predstavitev najpomembnejših argumentov, ki govorijo za njihovo ureditev na enem mestu in proti njej. Vsak institut si zasluži posamično in poglobljeno obravnavo. Nekateri instituti, ki so prav tako vredni obravnave, so iz pregleda izpuščeni, npr. predhodno vprašanje, zastopanje, zastaranje, ugotavljanje tujega prava itd. Končno se lahko raziskovanje nadaljuje v smeri izdelave konkretnih členov in nadalje celotne kodifikacije (splošnega dela) evropskega kolizijskega prava.

Raziskovanja vredno je tudi razmerje med procesom poenotenja evropskega civilnega materialnega prava in procesom poenotenja kolizijskega prava. Glede na to, da s poenotenjem materialnega prava poenotenje kolizijskega prava vsaj v razmerjih med državami članicami EU izgubi pomen, si procesa deloma nasprotujeta.¹¹⁴ Namenjanje povečane pozornosti izdelavi celovitega, koherentnega in delujočega kolizijskega prava vsaj na prvi pogled odstranjuje iniciativo za investiranje truda v napredek materialnega prava. V istem kontekstu svojevrstne dileme sproža tudi razmerje med evropskim kolizijskim in evropskim t. i. fakultativnim zasebnim pravom (v smislu »modrega gumba«).¹¹⁵

¹¹² Prav tam, str. 48–52.

¹¹³ In nadaljuje: *»Predvsem bi bilo treba z njihovo racionalizacijo povečati usklajenost zakonodaje Unije. Cilj bi moral biti zagotovitev skladnosti instrumentov in njihove prijaznosti do uporabnika, njihova uporaba pa bi tako postala učinkovitejša in enotnejša.«*

¹¹⁴ Že prof. Štempihar unificirano zasebno pravo šteje za *»smrtn[ega] sovražnik[a] kolizijskih pravil«*. Ob tem poudarja, da poenotenje materialnega zasebnega prava predpostavlja družbenoekonomsko in politično ujemanje. J. Štempihar, nav. delo, str. 11.

¹¹⁵ Gl. J. Basedow, nav. delo (2011a), str. 50–62.

5. SKLEP

Aktualna podoba institutov splošnega dela evropskega kolizijskega prava po eni strani kaže, da je evropski normodajalec pri sprejemanju posameznih uredb premalo pozornosti namenjal njihovi medsebojni usklajenosti. Kolizijskoppravne uredbe v nezanemarljivem obsegu ne delujejo kot deli usklajene celote, temveč kot nepovezani pravni akti. Takšno stanje je kontinentalni pravni miselnosti tuje, saj ne zagotavlja preglednosti, sistematičnosti in celovitosti, na katere je navajena. Ta ugotovitev pravno znanost upravičeno spodbuja k raziskovanju možnosti za izboljšanje stanja.

Po drugi strani lahko iz izvajanj z zadovoljstvom ugotovimo, da je poenotenje splošnega dela evropskega kolizijskega prava vendarle pri številnih institutih mogoče. Kot je bilo prikazano, je to mogoče trditi vsaj za definicijo običajnega bivališča, ureditev izbire prava oseb z več državljanstvi in oseb brez državljanstva, interpersonalno in interlokalno pravo, univerzalno uporabo, splošno izključitveno klavzulo in pridržek javnega reda. Z eventualno dopustitvijo odstopanj v posebnem delu je možna tudi enotna ureditev avtonomije strank in zavračanja. Manj primerni za ureditev na enem mestu se zdijo kvalifikacija, prilagajanje, substitucija in norme neposredne uporabe. V tem prispevku neobravnavani instituti še naprej ostajajo znotraj razprave. Združitev vseh teoretično za združitev primernih določb bi lahko že danes, torej brez bistvenega poseganja v posebni del kolizijskega prava in brez razrešitve vseh spornih vprašanj, tvorila nacionalnim kodifikacijam po obsegu primerljiv splošni del kolizijskega prava.

Splošni del bi dopolnil posebni del kolizijskega prava in s tem napravil korak v smeri kontinentalne kodifikacijske tradicije. To bi olajšalo in pospešilo enotno razlago in uporabo institutov v (zlasti sodni) praksi. Z akademskega vidika bi takšen razvoj omogočil strnjeno komentiranje, kar bi povratno pozitivno učinkovalo na prakso. Vse to dogajanje bi s seboj prineslo zavedanje, da evropsko kolizijsko pravo ni le dodatek k nacionalnemu kolizijskemu pravu, kot se danes še vedno prepogosto pojmuje, temveč primarni vir kolizijskega prava evropskih držav. Odgovor na naslovno vprašanje je torej gotovo pritrdilen.

Sklenemo lahko, da kodifikacija splošnega dela ne bo niti preprosto niti kratkotrajno delo, temveč bo zahtevala veliko akademskega in političnega truda. A večji ko bo vloženi trud, večja bo tudi dodana vrednost, ki se bo v medsebojno prepletenem svetu obrestovala. Le s skupnim in modrim urejanjem civilno-pravnih razmerij bodo evropske države v vse bolj globalni prihodnosti lahko omogočile konkurenčnost svojemu gospodarstvu in kakovost življenja svojim prebivalcem.

Literatura

- Stojan Bajič: Navezna pogodba, v: Zbornik znanstvenih razprav, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, 19 (1942/1943), str. 43–73.
- Jürgen Basedow: Das fakultative Unionsprivatrecht und das internationale Privatrecht, v: Herbert Kronke, Karsten Thorn: Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag. Verlag Ernst und Werner Gieseke GmbH, Bielefeld 2011, str. 50–62. (Citirano kot 2011a.)
- Jürgen Basedow: Kodifizierung des europäischen internationalen Privatrechts, v: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Bd. 75 (2011), str. 671–672. (Citirano kot 2011b.)
- Stojan Cigoj: Vprašanje kvalifikacije v mednarodnem zasebnem pravu (Primerjalnopravna študija), v: Pravnik, (1954) 1–3, str. 38–60.
- Stojan Cigoj: Zavračanje v teoriji in praksi, v: Pravnik, (1955) 7–9, str. 251–263.
- Stojan Cigoj: Mednarodno zasebno pravo (pravna razmerja z inozemskimi elementi) – Prva knjiga – Splošni nauki. ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1977.
- Stojan Cigoj: Medrepubliško kolizijsko pravo (Medrepubliška pristojnost in splošna načela), v: Pravnik, (1979) 1–3, str. 45–58.
- Stojan Cigoj: Mednarodno pravo osebnih in premoženjskih razmerij: mednarodno zasebno pravo: pravo razmerij z inozemskimi sestavinami – Prva knjiga – Splošni nauki. Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1984.
- Stojan Cigoj: Delovna razmerja z inozemskimi elementi – Moderne teorije o normah neposredne uporabe v okviru mednarodnega zasebnega prava, v: Pravnik, (1988) 1–2, str. 11–22.
- Marcin Czeplak: Would We Like to Have a European Code of Private International Law?, v: European Review of Private Law, (2010) 4, str. 705–728.
- Johannes Cziupka in drugi: Kommentar Art 9 Rom I-VO, v: Thomas Rauscher (ur.): Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. Sellier European Law Publishers, München 2011, r. št. 7–20.
- European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs: A European Framework for private international law: current gaps and future perspectives (2012), na voljo na <www.europarl.europa.eu/committees/fr/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=79510> (5. 9. 2013).
- Marc Fallon, Patrick Kinsch in Christian Kohler (ur.): Le droit international privé européen en construction / Building European Private International Law. Intersentia, Cambridge 2011.

- Marc Fallon, Paul Lagarde in Sylvaine Poillot Peruzzetto (ur.): Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?. P.I.E. Peter Lang, Bruselj, Bern, Berlin, Frankfurt na Majni, New York, Oxford, Dunaj 2011.
- Robert Freitag: Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO, v: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, (2009) 2, str. 109–116.
- Miroslava Geč Korošec: Mednarodno zasebno pravo – Prva knjiga – Splošni del. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1994.
- Dieter Henrich: Der Renvoi: Zeit für einen Abgesang?, v: Herbert Kronke in Karsten Thorn: Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag. Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, Bielefeld 2011, str. 159–167.
- Thomas Hirse: Die Ausweichklausel im Internationalen Privatrecht – Methodentheoretische und -kritische Gedanken zur Konkretisierung einer besonderen kollisionsrechtlichen Generalklausel. Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
- Marko Ilešič, Ada Polajnar Pavčnik in Dragica Wedam Lukić: Mednarodno zasebno pravo – zakon s komentarjem. Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1983.
- Erik Jayme: Kodifikation und Allgemeiner Teil im IPR, v: Stefan Leible in Hannes Unberath (ur.): Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? – Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR. Jeaner Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Bayreuth 2013, str. 33–50.
- Erik Jayme in Reiner Hausmann: Internationales Privat- und Verfahrensrecht – Textausgabe. 16., neubearbeitete und erweiterte Auflage. Verlag C. H. Beck, München 2012.
- Erik Jayme in Carl Zimmer: Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?, v: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, (2013) 1, str. 99–101.
- Eva-Maria Kieninger: Das Europäische IPR vor der Kodifikation?, v: Herbert Kronke in Karsten Thorn: Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag. Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, Bielefeld 2011, str. 184–197.
- Rajko Knez: Mednarodno zasebno pravo: Umik kvalifikacije iz ZMZPP, v: Pravna praksa, (2001) 30, str. 8.
- Rajko Knez: Burnost pravnih in dejanskih vprašanj mednarodnih zasebnopravnih razmerij, v: Podjetje in delo, (2008) 6-7, str. 1377–1390.
- Gerhard Köbler: Juristisches Wörterbuch – Für Studium und Ausbildung. 14., neubearbeitete Auflage. Verlag Franz Vahlen, München 2007.

- Karl F. Kreuzer: Was gehört in den Allgemeinen Teil eines Europäischen Kollisionsrechtes?, v: Brigitta Jud, Walther H. Rechberger in Gerte Reichelt (ur.): Kollisionsrecht in der Europäischen Union – Neue Fragen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechtes. Jan Sramek Verlag, Dunaj 2008, str. 1–62.
- Kathrin Kroll Ludwigs: Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht. Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
- Jan Kropholler: Internationales Privatrecht. 6., neubearbeitete Auflage. Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
- Paul Lagarde: Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé, v: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Bd. 75 (2011), str. 673–676.
- Stanko Lapajne: Občni del k mednarodnemu zasebnemu pravu, v: Zbornik znanstvenih razprav, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, 4 (1924/1925), str. 133–173.
- Stefan Leible in Hannes Unberath (ur.): Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? – Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR. Jeaner Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Bayreuth 2013.
- Bernd Mertens: Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen – Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht. Mohr Siebeck, Tübingen 2004.
- Timo Nehne: Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts. Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- Ada Polajnar Pavčnik: Načelo najožje koneksnosti v mednarodnem zasebnem pravu, v: Pravnik, (1984) 3-4, str. 149–156.
- Ada Polajnar Pavčnik: Pravna načela v mednarodnem zasebnem pravu, v: Podjetje in delo, (1991) 6, str. 687–693.
- Ada Polajnar Pavčnik: Avtonomija strank v mednarodnem zasebnem pravu Slovenije, v: Pravnik, (1993) 9-10, str. 429–435.
- Ada Polajnar Pavčnik: Novejši razvoj evropskega kolizijskega prava, v: Podjetje in delo, (2008) 6-7, str. 1368–1376.
- Thomas Rauscher: Internationales Privatrecht – Mit internationalem Verfahrensrecht. 4., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2012.
- Gerte Reichelt (ur.): Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR – ein Beitrag zur Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts. Manz Verlag, Dunaj 2007.

- Christiane Schönbohm: Kommentar VO (EG) 593/2008 Art. 9, v: Christian Rolfs in drugi (ur.): Beck'scher Online-Kommentar. Stand: 1. 12. 2012, Edition: 26, na voljo v bazi na <www.beck.de>.
- Kurt Siehr: Die Kodifikation des Europäischen IPR – Hindernisse, Aufgaben und Lösungen, v: Brigitta Jud, Walther H. Rechberger in Gerte Reichelt (ur.): Kollisionsrecht in der Europäischen Union – Neue Fragen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechtes. Jan Sramek Verlag, Dunaj 2008, str. 77–95.
- Michael Stürner: Europäisierung des (Kollisions-)Rechts und nationaler ordre public, v: Herbert Kronke in Karsten Thorn: Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag. Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, Bielefeld 2011, str. 463–482.
- Jurij Štampihar: Uvod v mednarodno zasebno pravo. Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 1953.
- Felix M. Wilke: Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? – Eine Skizze anlässlich einer Bayreuther Tagung, v: Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht, (2012) 6, str. 334–341.
- Bernd von Hoffmann, Karsten Thorn: Internationales Privatrecht einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechtes. 9., neu bearbeitete Auflage des von Karl Firsching begründeten Werkes. Verlag C. H. Beck, München 2007.
- Konrad Zweigert, Ulrich Drobnič: Einheitliches Kaufgesetz und Internationales Privatrecht, v: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Bd. 29 (1965), str. 146–165.

OSIROTELA DELA V PRIMERJALNEM IN EVROPSKEM PRAVU*

Eneja Drobež,

*univerzitetna diplomirana pravnica, magistrica pravnih znanosti
(LL. M., Heidelberg), sodniška pripravnica na Višjem sodišču v Ljubljani,
asistentka na Fakulteti za poslovne vede v Ljubljani in na Evropski pravni
fakulteti v Novi Gorici*

1. OPREDELITEV IN IZHODIŠČNI PROBLEM

1.1. Pomen posebne obravnave osirotelih del za digitalizacijo kulturne dediščine

Osirotela dela so avtorskopravno varovana dela, pri katerih imetnikov pravic kljub skrbnemu iskanju ni mogoče najti.¹ Največkrat se v kategoriji osirotelih del znajdejo tista pisna in avdiovizualna dela, katerih gospodarsko izkoriščanje ne bi prineslo velikega dobička. Običajno so to torej dela z nizko tržno vrednostjo.² Po drugi strani pa gre kljub manjšemu tržnemu pomenu tudi za dela z vsebinami, ki so dragocene za kulturno dediščino, kar pomeni, da je dostop do teh del upravičeno v interesu javnosti.³ Ker so ta dela v kletih in arhivih, dostop do njih ni omogočen širši javnosti, hkrati pa obstaja nevarnost, da se uničijo.

* Članek je napisan na podlagi avtoričinega razširjenega članka Sirote Jerice v avtorskem pravu, objavljenega v *Pravni praksi*, 31 (2013) 7-8.

¹ Prvi odstavek 2. člena Direktive 2012/28/EU z dne 25. oktobra 2012 o nekaterih dovoljenih uporabah osirotelih del, UL L 299, 27. oktober 2012. Širša opredelitev vključuje tudi dela, glede katerih je imetnik pravic znan, vendar ne želi izvajati izključnih pravic oziroma za to ni zainteresiran. Ta kategorija spada tudi med t. i. nedostopna dela – dela, glede katerih je imetnik pravic znan, vendar jih ni več mogoče dobiti v prosti prodaji; D. W. K. Khong, nav. delo, str. 2.

² A. Katz, nav. delo, str. 13.

³ K. N. Peifer, nav. delo, str. 1.

Število osirotelih del ni zanemarljivo. Po raziskavah Bodlejske knjižnice na Univerzi v Oxfordu naj bi bilo v Združenem kraljestvu 600.000 različnih izdanih knjig osirotelih, kar je 13 odstotkov vseh knjižnih izdaj.⁴ Po oceni iz obrazložitve nemškega zakonodajnega predloga o obravnavanju osirotelih del z dne 8. februarja 2011, ki ga je postavila frakcija Leve stranke, naj bi bil delež osirotelih del celo večji, in sicer od 30 do 50 odstotkov. Pri tem je delež osirotelih del različen glede na vrsto avtorskih del.⁵ Razlog za tako veliko število osirotelih del je predvsem v podaljševanju avtorskoppravnega varstva in opustitvi obveznosti registriranja avtorskih del.⁶

Za ohranitev kulturne dediščine, ki je shranjena v knjižnicah in arhivih, in omogočanje dostopa javnosti do nje bi bilo treba omogočiti, da se osirotela dela pretvorijo v digitalno obliko in dajo na voljo javnosti prek digitalnih knjižnic in podatkovnih baz. Ker pa so osirotela dela avtorskoppravno varovana, se za takšno ravnanje zahteva predhodno dovoljenje pogrešanega imetnika pravic. Če knjižnice digitalizirajo dela brez predhodnega dovoljenja, tvegajo, da se bo po digitalizaciji dela našel imetnik pravic in zahteval previsoko plačilo za uporabo dela oziroma prepovedal njegovo uporabo. Steinhauer navaja, da predpostavka ni zgolj hipotetična, saj se z objavo dela na internetu povečajo možnosti, da se najdejo imetniki pravic na delu. Spletno objavo osirotelih del zato Steinhauer označi za iskanje s pomočjo objave.⁷ Pri tem je treba upoštevati, da so za digitalizacijo del potrebna precejšnja finančna sredstva. Predstavniki francoske nacionalne knjižnice (Bibliothèque Nationale de France) so na primer ocenili, da bi za digitalizacijo vseh knjig, ki jih ima knjižnica v arhivih, potrebovali milijardo evrov.⁸ Vložena sredstva pa se investitorju ne morejo povrniti, če pozneje najdeni imetnik digitalizacijo prepove.⁹

1.2. Problematika uvedbe posebnega režima osirotelih del s stališča imetnikov pravic

Uvedba posebnega sistema, ki bi omogočal uporabo osirotelih del, ima lahko za imetnike pravic negativne posledice. Prvič, izpostavljeni so tveganju, da bodo uporabniki – prenačljeno in brez prizadevanja, da bi jih našli – razglasili

⁴ A. Vuopala, nav. delo, str. 3.

⁵ Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes – Digitalisierung vergriffener und verwaister Werke, BT-Drs. 17/4661, <www.bundestag.de> (2. 2. 2013).

⁶ D. W. K. Khong, nav. delo, str. 4.

⁷ »Recherche durch Publikation.« E. W. Steinhauer, nav. delo, str. 289.

⁸ S. Sayare, nav. delo.

⁹ K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 780.

njihova dela za osiretela. Najodmevnejši je primer Googla, ki je leta 2004 začel sistematično skenirati in digitalizirati knjižna dela, ne da bi pridobil dovoljenje vseh imetnikov pravic na teh delih.¹⁰

Poleg tega so osiretela dela konkurenca delom znanih imetnikov pravic. Ta problem je še posebej pereč na področju fotografije. Ocenjuje se, da naj bi bilo neznanega izvora 90 odstotkov vseh fotografij, ki jih hranijo muzeji v Veliki Britaniji.¹¹ Prav tako je velikokrat težko najti avtorja fotografij, ki so dostopne na svetovnem spletu in ki so bile večkrat posnete v sferi zasebnosti. Brezplačna uporaba teh fotografij je zelo privlačna za panoge, ki fotografije komercialno izkoriščajo, kot so oglaševanje ali tiskani mediji, saj se s tem izognejo plačilu honorarja za profesionalnega fotografa. Če se dovoli uporaba osiretelih fotografij, bi bila eksistenca profesionalnih fotografov lahko ogrožena.¹²

1.3. Skladnost posebnega obravnavanja osiretelih del z mednarodnimi konvencijami

V primeru, da država dovoli uporabo osiretelih del, s tem omeji pravice pogršanih imetnikov pravic. Tako kot pri oblikovanju vsake izjeme ali omejitve izključnih avtorskih pravic morajo tudi tu države upoštevati t. i. tristopenjski test, opredeljen v drugem odstavku 9. člena Bernske konvencije za varstvo književnih in umetniških del (v nadaljevanju: BK).¹³ Čeprav se tristopenjski test po besedilu te konvencije nanaša le na pravico reproduciranja, ga morajo države Unije v skladu s Sporazumom TRIPS¹⁴ in pogodbama SOIL¹⁵ upoštevati pri oblikovanju vseh izjem in omejitev avtorske pravice.

¹⁰ Ravnanje Googla je še zmeraj predmet sodne presoje v Združenih državah Amerike, potem ko je bila poravnava med Googlom in avtorskimi organizacijami, ki upravljajo pravice na knjižnih delih, razglašena za nično. Poravnava je predvidevala uvedbo sistema *opt-out*, v okviru katerega bi se domnevalo, da ima Google pravico digitalizirati vsa knjižna dela, ki so bila izdana v katerikoli državi sveta, če avtorji temu izrecno ne ugovarjajo. J. Kaltner, nav. delo, str. 702.

¹¹ K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 780.

¹² Zaradi navedenih pomislekov, ki so jih navedla združenja fotografov v Veliki Britaniji v spletni akciji (www.stop43.org.uk/pages/our_history.html (2. 3. 2013)), se ni uveljavil 43. člen angleškega predloga Zakona o digitalni ekonomiji 2010 (Digital Economy Bill 2010). Ta je predvideval možnost komercialnega izkoriščanja osiretelih del za plačilo licence. Besedilo predloga zakona je dostopno na <www.publications.parliament.uk> (3. 3. 2013).

¹³ Ur. l. SFRJ, MP, št. 14/75, 4/86; Ur. l. RS, št. 24/92, Ur. l. RS, MP, št. 3/07.

¹⁴ Sporazum o trgovinskih vidikih pravic intelektualne lastnine Svetovne trgovinske organizacije; Ur. l. RS, MP, št. 10/95.

¹⁵ Pogodba Svetovne organizacije za intelektualno lastnino o avtorski pravici ter Pogodba Svetovne organizacije za intelektualno lastnino o izvedbah in fonogramih, Ur. l. RS, MP, št. 25/99.

Države Unije smejo z zakonom uvesti omejitve in izjeme le, če so izpolnjeni pogoji: (1) da gre za določene posebne primere, (2) da to ni v škodo redni uporabi del ter (3) da se s tem ne prizadene neupravičena škoda zakonitim interesom avtorja.¹⁶ Tristopenjski test je treba upoštevati tudi pri določanju nadomestila za uporabo osirotelih del – verjetno je, da tega testa ne bi prestala ureditev, ki bi dovoljevala brezplačno uporabo del tudi v primeru, da se imetnik pravic pozneje najde.

2. DIREKTIVA 2012/28/EU KOT EVROPSKI ODGOVOR NA PROBLEMATIKO OBRAVNAVANJA OSIROTELIH DEL

2.1. Dosedanje aktivnosti in sprejetje Direktive 2012/28/EU o nekaterih dovoljenih uporabah osirotelih del

Na evropski ravni so se po letu 2005 začele aktivnosti za omogočanje uporabe osirotelih del in s tem za ohranitev evropske kulturne dediščine prek digitalizacije gradiv, ki jih hranijo evropske knjižnice in javni arhivi. Leta 2006 je Evropska komisija izdala Priporočilo 2006/585/ES o digitalizaciji, spletni dostopnosti kulturnega gradiva in digitalnem arhiviranju. V njem je državam priporočila, da ustvarijo mehanizme za omogočanje uporabe osirotelih del.¹⁷ To priporočilo ni bilo učinkovito, saj takrat razen Madžarske nobena država ni uzakonila posebnega režima za osirotela dela.

Pomemben projekt na evropski ravni je leta 2008 začeti projekt oblikovanja enotne evropske digitalne knjižnice, muzeja in arhiva Europeana, kamor naj bi posamezne države članice prispevale svojo kulturno dediščino v digitalni obliki.¹⁸ Projekti, kakršen je Europeana, pa bi bili brez vzpostavitve enotnega pravnega režima obravnavanja osirotelih del v EU obsojeni na propad.¹⁹

Leta 2008 je Komisija EU začela pripravljati direktivo kot zavezujoč pravni vir. Oktobra 2012 je bila tako sprejeta Direktiva 2012/28/EU o nekaterih do-

¹⁶ Tudi Direktiva 2012/28/EU o nekaterih dovoljenih uporabah osirotelih del povzema test sorazmernosti v 20. uvodni izjavi (UL L 299, 27. oktober 2012). Pri tem je slovenski prevod nekoliko ponesrečen, ker določa, da poseg v avtorske pravice ne sme biti »nesmiseln«.

¹⁷ UL L 236, 31. avgust 2006, str. 28–30, točka 6a.

¹⁸ Resolucija Evropskega parlamenta z dne 5. maja 2010 o Europeani – »naslednji koraki« (2009/2158(INI)), UL C 81 E/04, 15. marec 2011.

¹⁹ K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 787.

voljenih uporabah osirotelih del.²⁰ Ta direktiva države članice zavezuje, da do 29. oktobra 2014 uvedejo sisteme za uporabo osirotelih del.²¹

2.2. Ključne značilnosti Direktive 2012/28/EU

2.2.1. Področje uporabe direktive

Namen direktive je omogočiti vzpostavitev evropskih digitalnih knjižnic.²² Direktiva upošteva občutljivost problematike osirotelih del, zaradi česar je področje njene uporabe v skladu z njenimi členi ozko. Hkrati pa državam več manevrskega prostora dajejo uvodne izjave.

Za osirotela dela se po prvem odstavku 2. člena Direktive 2012/28/EU štejejo dela, če nihče izmed imetnikov pravic teh del ali fonogramov ni opredeljen oziroma najden kljub opravljenemu in zabeleženemu skrbnemu iskanju. Direktiva tako ne vzpostavlja posebnega režima za nedostopna dela – dela, ki jih ni več mogoče dobiti v prosti prodaji. V 4. uvodni izjavi izrecno določa, da ne posega v specifične rešitve držav članic, s katerimi bi te prek posebne obravnave nedostopnih del omogočile množično digitalizacijo avtorskopравnih vsebin. Prav tako je iz te uvodne izjave razvidno, da direktiva ne posega v Sporazum o razumevanju glede ključnih načel v zvezi z digitalizacijo in zagotavljanjem razpoložljivosti nedostopnih del, ki so ga 20. septembra 2011 podpisali predstavniki evropskih knjižnic, avtorjev, založnikov in kolektivnih organizacij.²³ Iz sporazuma je mogoče razbrati, da so podpisniki želeli, da države članice omogočijo digitalizacijo nedostopnih del prek uvedbe razširjenih kolektivnih licenc oziroma s pravnim varstvom dogovorov, ki bi po vzoru propadle poravnave v projektu Google Books vključevali vsa dela, ob tem pa bi avtorji imeli pravico, da izključijo svoje delo iz dogovora.²⁴ Tak sporazum seveda za države članice ni zavezujoč, zato je odločitev o tem, ali se bo vzpostavil režim posebne obravnave nedostopnih del ter kakšne značilnosti bo imel, tudi po sprejetju direktive v pristojnosti držav članic. Pri tem pa morajo države članice upoštevati tudi drugi odstavek 5. člena Direktive 2001/26/ES, ki taksativno določa dovoljene vsebinske omejitve pravice do reproduciranja. Ker ta člen posebej ne

²⁰ UL L 299, 27. oktober 2012.

²¹ Prvi odstavek 9. člena.

²² Uvodni izjavi 1 in 3.

²³ Memorandum of Understanding – Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works, <ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20110920-mou_en.pdf> (14. 5. 2013).

²⁴ Prav tam, Principle No. 2 – Practical Implementation of Collective Agreements, točki 4 in 5.

predvideva izjeme za nedostopna dela, režim posebne obravnave nedostopnih del ne more določati vsebinske omejitve pravice do reproduciranja.²⁵

Direktiva se v nadaljevanju nanaša le na uporabo osirotelih del v nekaterih javnih neprofitnih organizacijah, kot so knjižnice, arhivi in javne radiotelevizijske organizacije,²⁶ ter za nepridobitne namene.²⁷ Pri tem mora biti uporaba osirotelih del v javno korist – v namene ohranjanja in obnove del in fonogramov ter zagotavljanja kulturnega in izobraževalnega dostopa do njih.²⁸ Vendar direktiva hkrati spodbuja javno-zasebno partnerstvo.²⁹ Podobna javno-zasebna partnerstva glede digitalizacije del, ki niso več avtorskopravno varovana, je Google že sklenil s francosko nacionalno knjižnico in bavarsko deželno knjižnico. V obeh primerih je javnost izrazito nasprotovala temu, da bi tuje (ameriško) monopolno podjetje komercializiralo kulturno dediščino.³⁰

Direktiva se ne uporablja za fotografije, temveč le za besedila, kinematografska ali avdiovizualna dela in fonograme. Ker sledi namenu digitalizacije knjižničnih in arhivskih gradiv, se direktiva omeji na dela v zbirkah javno dostopnih knjižnic, izobraževalnih ustanov ali muzejev ter v zbirkah arhivov ali ustanov filmske ali avdiodediščine.³¹ Ob sklicevanju na mednarodno pravno kurtoazijo direktiva s področja svoje uporabe izključi avtorska dela, ki ne izvirajo iz Evropske unije, torej tista, ki niso bila prvič objavljena oziroma predvajana znotraj evropskih meja.³² S tem se poskuša izogniti očitkom, ki jim je bil izpostavljen 43. člen novele Zakona o digitalni ekonomiji v Veliki Britaniji, in sicer, da bo licenciranje osirotelih del odprlo vrata Googlu, da dela s celotnega sveta legalno digitalizira v eni državi, nato pa ponudi na svetovnem spletu.³³

2.2.2. Uvedba izjeme oziroma omejitve avtorske pravice na osirotelem delu

Države članice morajo v skladu s prvim odstavkom 6. člena urediti izjemo ali omejitev pravice reprodukcije in pravice do dajanja na voljo javnosti tako, da

²⁵ K. de la Durantaye, nav. delo (Die Nutzung ...), str. 442.

²⁶ Prvi odstavek 1. člena; naslovniki so javno dostopne knjižnice, izobraževalne ustanove in muzeji ter tudi arhivi, ustanove filmske ali avdiodediščine in javne radiotelevizijske organizacije.

²⁷ Drugi odstavek 6. člena.

²⁸ Drugi odstavek 6. člena.

²⁹ Uvodna izjava 21; četrti odstavek 6. člena.

³⁰ K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 779.

³¹ Drugi odstavek 1. člena.

³² Uvodna izjava 12; drugi odstavek 1. člena.

³³ <www.theregister.co.uk/2012/11/12/uk_theft_firestorm_photographers_artists> (4. 4. 2013).

navedenim neprofitnim organizacijam omogočijo, da osiretela dela reproducirajo v digitalni obliki in jih dajejo na voljo javnosti. Direktiva pa ne določa, na kakšen način naj države članice oblikujejo izjemo ali omejitev avtorskih pravic. Tako kot pri oblikovanju vsake izjeme ali omejitve izključnih avtorskih pravic morajo države tudi tu upoštevati tristopenjski test, opredeljen v drugem odstavku 9. člena BK.³⁴ Direktiva zakonodajalcu določa zgolj obveznosti, da zagotovi:

1. da pozneje najdeni imetnik pravic lahko prepove nadaljnjo uporabo dela in
2. da pozneje najdeni imetnik pravic dobi pošteno nadomestilo za dotedanjo uporabo dela.³⁵

Pri višini nadomestila za dotedanjo uporabo dela se upoštevata nepridobitnost namena uporabe in dejstvo, da je digitalizacija del v javnem interesu. Določitev okoliščin, v katerih se sme organizirati plačilo takšnega nadomestila, vključno z rokom zapadlosti plačila, pa je prav tako prepuščena državam članicam.³⁶

2.2.3. Uskladitev standardov skrbnega iskanja imetnikov pravic in vzpostavitev registrov avtorskih del

Direktiva 2012/28/EU v 3. členu določa, da se mora za vsako delo izvesti skrbno iskanje v dobri veri s pregledom ustreznih virov. Skrbno iskanje se mora opraviti pred uporabo dela ali fonograma.³⁷ V prilogi direktive je naveden seznam virov in podatkovnih baz, ki jih mora uporabnik preveriti, da zadosti standardu skrbnega iskanja – od katalogov knjižnic, registrov kolektivnih in avtorskih organizacij do povezav več podatkovnih zbirk in registrov (na primer v okviru projekta ARROW).

Na podlagi tega lahko pričakujemo, da se bo povečal pomen katalogov in registrov avtorskoppravno varovanih del. Avtorska dela, ki v kataloge in registre ne bodo vključena, bodo uporabniki lahko legitimno digitalizirali brez soglasja avtorjev, saj se bo o njih domnevalo, da so osiretela. Zato bodo izključne pravice uživali le avtorji registriranih del, avtorjem neregistriranih del pa bo v skladu s 6. členom direktive ostala le pravica do nadomestila za uporabo teh del. S tem se približamo prvotnim sistemom varstva avtorske pravice, v katerih je bila registracija dela predpostavka za avtorskoppravno varstvo.

³⁴ Uvodna izjava 20 Direktive 2012/28/EU. Tristopenjski test povzema tudi Direktiva 2001/29/ES v petem odstavku 5. člena.

³⁵ Peti odstavek 6. člena direktive.

³⁶ Uvodna izjava 18; peti odstavek 6. člena.

³⁷ Glej tudi 13. in 14. uvodno izjavo.

Tak sistem je lahko v nasprotju z drugim odstavkom 5. člena BK, ki v povezavi s prvim odstavkom 5. člena BK določa, da za uživanje in izvrševanje pravic po konvenciji, razen uživanja in izvrševanja pravic v državi izvora dela, ne velja nobena formalnost in sta neodvisni od varstva v državi izvora dela. Zato država članica Bernske unije, ki od svojih državljanov zahteva formalnosti kot deponiranje kopij avtorskega dela ali registracijo, ne more postavljati enakih zahtev tudi za druge avtorje Bernske unije, razen če njihovo delo izvira iz te države.³⁸ Posamezna država članica EU pa bo od avtorjev, katerih dela izvirajo iz držav članic EU, pričakovala, da poskrbijo za uvrstitev svojih del v register avtorskih del ali knjižnični katalog v državi izvora – v nasprotnem primeru bodo ta dela veljala za osirotela.

Menim, da je direktiva v skladu z Bernsko konvencijo ravno iz razloga, ker s področja svoje uporabe izključi dela, ki izvirajo iz držav, ki niso članice EU.³⁹ Zato ne vpliva na zavezo posamezne države članice, da bo spoštovala pravice avtorjev tretjih držav, ki izhajajo iz Bernske konvencije, kar je tudi v skladu s prvim odstavkom 351. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije (v nadaljevanju PDEU).⁴⁰ S tem se ohranijo zaveze po prepovedi formalizmov, ki jih imajo države članice EU v razmerju do avtorjev iz držav Bernske unije, ki niso države članice EU.

Z registracijo avtorskega dela v državi izvora se stroški iskanja imetnikov pravic zmanjšajo na minimum, imetniki pravic pa niso obremenjeni pretirano. Avtor je namreč tisti, ki s preprostim dejanjem evidentiranja dela v registru najlažje zmanjša stroške svojega iskanja.⁴¹ Zaradi tega bi bilo upravičeno tudi drugačno pravno obravnavanje tistih, ki se ne potrudijo vključiti svojih del v registre, saj je »sedeti in delati nič redko zakon«.⁴² Zato menim, da se s povečanjem pomena registracije del oziroma različnim obravnavanjem registriranih in neregistriranih del lahko učinkovito uredi problematika digitalizacije avtorskih del.

2.2.4. Vzpostavitev evropskega registra osirotelih del

Direktiva predvideva ustanovitev evropskega registra osirotelih del, ki ga bo vodil Urad za usklajevanje na notranjem trgu (znamke in modeli). Postopek vpisa dela v register osirotelih del bo potekal takole: uporabnik, ki je javna ozi-

³⁸ W. Nordermann in drugi, nav. delo, str. 72.

³⁹ Uvodna izjava 12; drugi odstavek 1. člena.

⁴⁰ Sodba Sodišča z dne 9. februarja 2012 v zadevi C-277/10 (*Martin Luksan proti Petrus van der Let*), še neobjavljena v ZOdl, točka 61, s tam navedeno nadaljnjo sodno prakso.

⁴¹ Vnos v register je lahko zelo preprost in učinkovit, če se lahko opravi na spletu.

⁴² »*Sitting back and doing nothing is rarely the law*«, citat po A. Katz, nav. delo, str. 19.

roma nepridobitna institucija, najprej izvede skrbno iskanje v državi članici izvora dela. Če imetnika pravic ne najde, obvesti o tem pristojni organ v državi članici ter mu posreduje tudi informacije v zvezi s postopkom iskanja imetnika pravic in s tem, kako bo organizacija uporabljala osirotelo delo. Pristojni nacionalni organ vse podatke posreduje Uradu za usklajevanje na notranjem trgu (znamke in modeli), ta pa jih nato zabeleži v javno dostopnem registru osirotelih del.⁴³

Nejasno pa je, ali naj se dovoli uporaba registriranih osirotelih del, ne da bi se od novega uporabnika že registriranega dela zahtevalo, da tudi sam izvede skrbno iskanje. S tem se sicer zmanjšajo stroški uporabnikov. Po drugi strani pa obstaja možnost, da bi se v postopku iskanja, ki bi ga uporabnik izvedel pozneje od prvotnega, pogrešani imetnik pravic vendarle našel. Za varstvo pogrešanih imetnikov bi bilo zato smiselno od uporabnika, ki želi uporabljati že registrirano delo, zahtevati, da v primeru, da je od prvotnega iskanja minilo več kot na primer eno leto, iskanje imetnika pravic ponovi.⁴⁴

2.2.5. Iskanje imetnikov pravic v državi izvora dela in vzajemno priznavanje statusa osirotelega dela

Uporabniku načeloma ni treba izvesti skrbnega iskanja v celotni Evropski uniji, temveč le v državi izvora dela – torej v državi, kjer je bilo delo prvič objavljeno. Če delo ni bilo objavljeno, se kot država izvora dela šteje država, v kateri je bilo delo prvič predvajano.⁴⁵ Drugače pa velja, če obstajajo dokazi, iz katerih se sklepa, da bi se lahko pomembne informacije o imetnikih pravic našle v drugih državah – v tem primeru se mora opraviti tudi pregled virov informacij, ki so na voljo v teh drugih državah.⁴⁶

Če se ugotovi, da imetnika pravic v državi izvora dela ni mogoče najti, pridobi avtorsko delo status osirotelega dela v celotni EU in se kot osirotelo delo lahko uporablja v vseh državah članicah.⁴⁷ V primeru, da se imetnik pravic pozneje najde, pa lahko uveljavlja svojo pravico do nadomestila po pravilih države članice, v kateri ima sedež uporabnik.⁴⁸

⁴³ Peti in šesti odstavek 3. člena.

⁴⁴ Podobno bo s podzakonskimi akti, ko bodo sprejeti v Veliki Britaniji; glej Orphan Works – Impact Assessment, 15. junij 2012; <www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1063-20120702.pdf> (3. 3. 2013), str. 5–6.

⁴⁵ Tretji odstavek 3. člena direktive.

⁴⁶ Četrty odstavek 3. člena direktive.

⁴⁷ Uvodne izjave 8, 9 in 15, 4. člen.

⁴⁸ Peti odstavek 6. člena.

2.3. Vmesni sklep

Direktiva 2012/28/EU državam članicam nalaga, da do konca oktobra 2014 uvedejo poseben režim obravnavanja osirotelih del. Ne določa vseh temeljnih značilnosti tega režima, temveč samo:

1. kakšna je opredelitev osirotelih del;
2. katere vrste del spadajo v režim osirotelih del;
3. kdo je upravičen uporabnik;
4. za katere namene se smejo osirotela dela uporabiti;
5. kdaj je zadoščeno standardu skrbnega iskanja in kdaj se mora iskanje opraviti;
6. pravilo o vzajemnem priznavanju statusa osirotelega dela.

Država članica se mora tako zaradi pomanjkljivih določb direktive v zvezi s tem sama odločiti, na kakšen način bo uredila vprašanja:

1. kdo in kdaj preverja, da je uporabnik iskal imetnike pravic z zadostno skrbnostjo,
2. ali morajo uporabniki za izkoriščanje osirotelih del pridobiti licenco,
3. ali je za to licenco treba plačati, kdaj in komu.

Tudi Slovenija bo morala najti pot za oblikovanje svojega sistema obravnavanja osirotelih del. Pri tem pa se lahko zgledujemo po obstoječih režimih obravnavanja osirotelih del, kot jih poznajo v Kanadi, na Madžarskem, v skandinavskih državah ali v Veliki Britaniji, in po zakonodajnih iniciativah iz Nemčije, ZDA ali Avstralije. Na nekatera vprašanja lahko podamo tudi svoj odgovor, ki bi upošteval posebnosti slovenske tradicije avtorskega prava in slovenskega kulturnega okolja. V nadaljevanju navajam ključne značilnosti obstoječih in predlaganih sistemov obravnavanja osirotelih del, njihove prednosti in slabosti.

3. OBSTOJEČI NACIONALNI SISTEMI OBRAVNAVANJA OSIROTELIH DEL

3.1. Kanada

Kanadski Zakon o avtorski pravici ima že od leta 1988 uveljavljen poseben režim za osirotela dela.⁴⁹ Prvi odstavek 77. člena določa, da lahko uporabnik pri Svetu za avtorsko pravo (Copyright Board – v nadaljevanju Svet) pridobi licenco za uporabo avtorskopravno varovanega dela, če izkaže, da se je potrudil, da bi našel imetnika pravic na tem delu, vendar iskanje ni bilo uspešno. Licenca

⁴⁹ Člen 77 Canadian Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, besedilo zakona je dostopno na <laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/FullText.html> (5. 5. 2013).

je neizključne narave in se podeli pod pogoji, kot jih določi Svet. Pri določanju pogojev ima Svet široko diskrecijsko pravico, pogoji pa so odvisni od namena uporabe osirotelega dela.⁵⁰

Zakon predvideva, da uporabniku, če gre za dobroverno uporabo, ni treba plačati licence za uporabo osirotelih del, razen če to zahteva pozneje najdeni imetnik pravic v obdobju pet let po poteku licence.⁵¹ Kljub takšni zakonski ureditvi je Svet izdajo licence v 70 odstotkih pogojeval z vnaprejšnjim plačilom kolektivni organizaciji, ki upravlja enake vrste pravic, v višini, kot velja za uporabo del iz repertoarja kolektivne organizacije.⁵² Svet svojo prakso utemljuje na doktrini *cy-près*, ki se je razvila v pravu trusta.⁵³ V skladu s to doktrino sodišče v primeru, da premoženja ni mogoče uporabiti v prvotni namen, določi namen uporabe premoženja, ki je blizu prvotnemu. Svet tako meni, da bi povprečni imetnik pravic raje videl, da bi uporabniki za uporabo njegovega dela plačali nadomestilo v korist drugih avtorjev, kot pa da bi uporabniki delo lahko uporabljali brezplačno.⁵⁴

3.2. Madžarska

Madžarska je uzakonila posebno obravnavo osirotelih del v 57.A do 57.D členu Zakona o avtorski pravici.⁵⁵ Njen sistem je podoben kanadskemu sistemu v tem, da licence za uporabo osirotelih del podeljuje državni organ – Svet za avtorsko pravo. Licenca se lahko podeli za obdobje največ pet let ter velja na teritoriju Madžarske. Licenca je neizključna in neprenosljiva, poleg tega ni mogoče pridobiti licence, ki bi omogočala bodisi predelavo bodisi podeljevanje nadaljnjih licenc.⁵⁶

Znesek plačila za licenco določi Svet za avtorsko pravo ob upoštevanju namena in obsega uporabe dela.⁵⁷ Pri tem madžarski Zakon o avtorski pravici razlikuje med uporabo za pridobitne in nepridobitne namene. Če uporabnik na podlagi izkoriščanja osirotelega dela ne pridobi dohodka niti posredno, uporabnik plača nadomestilo šele, če in ko se najde imetnik pravic. Pred pridobitvijo li-

⁵⁰ Drugi odstavek 77. člena kanadskega Zakona o avtorski pravici.

⁵¹ Tretji odstavek 77. člena kanadskega Zakona o avtorski pravici.

⁵² J. de Beer in M. Bouchard, nav. delo, str. 252.

⁵³ Več o doktrini *cy-près* R. P. Mulheron, nav. delo, str. 15.

⁵⁴ J. de Beer in M. Bouchard, nav. delo, str. 237.

⁵⁵ Act LXXVI of 1999 on Copyright – angleški prevod prečiščenega besedila je dostopen na <www.hipo.gov.hu> (2. 2. 2013).

⁵⁶ Drugi stavek prvega odstavka 57.A člena madžarskega Zakona o avtorski pravici.

⁵⁷ Prvi stavek prvega odstavka 57.A člena madžarskega Zakona o avtorski pravici.

cence za pridobitno uporabo dela pa mora uporabnik plačati nadomestilo, ki se deponira pri Svetu za avtorsko pravo.⁵⁸ Če se imetnik pravic v petih letih po izteku trajanja licence ne javi, Svet finančna sredstva prenese na kolektivno organizacijo, ki je pristojna za licenciranje drugih vrst uporabe avtorskega dela. Če takšna kolektivna organizacija ne obstaja, se sredstva prenesejo na nacionalni sklad za kulturo.⁵⁹

Ker na Madžarskem velja sistem razširjenega kolektivnega upravljanja avtorskih pravic, se v primeru, da obstaja kolektivna organizacija za upravljanje določenih pravic, repertoar te kolektivne organizacije razširi na vsa dela enake vrste, razen na tista, katerih avtorji izrecno izjavijo, da želijo pravice upravljati individualno. Ker avtorji osirotelih del svoje volje ne morejo izjaviti, njihova dela postanejo predmet kolektivnega upravljanja. Zato se na Madžarskem uporabljajo zakonske določbe o posebni obravnavi osirotelih del le, če ne obstaja kolektivna organizacija za upravljanje pravic na vrsti del, kamor spada delo, katerega imetnik pravic ni znan.⁶⁰ Zaradi dveh različnih načinov licenciranja osirotelih del – prek Sveta za avtorsko pravo ali prek kolektivnih organizacij – madžarski sistem obravnavanja osirotelih del velja za »dvotirnega«.⁶¹

3.3. Velika Britanija

Letos je tudi Velika Britanija sprejela zakonodajo, ki bo omogočila ustvariti poseben režim za osirotela dela.⁶² Člen 77 Zakona o reformiranju podjetništva in regulative 2013 določa, da se v Zakon o avtorski pravici, modelih in patentih 1988 vnesejo nove določbe 116.A do 116.C člena.⁶³ Prvi odstavek 116.A člena pooblašča državno tajništvo (*Secretary of State*), da s podzakonskimi predpisi določi sistem podeljevanja licenc za uporabo osirotelih del. Zakon omogoča uporabo osirotelih del v pridobitne in nepridobitne namene.⁶⁴ V obeh primerih pa mora uporabnik za uporabo plačati neposredno ob podelitvi licence.⁶⁵ Po mnenju organov, ki so zakon pripravljali, naj bi bilo

⁵⁸ Drugi odstavek 57.A člena madžarskega Zakona o avtorski pravici.

⁵⁹ Peti odstavek 57.A člena madžarskega Zakona o avtorski pravici.

⁶⁰ Sedmi odstavek 57.A člena madžarskega Zakona o avtorski pravici.

⁶¹ D. R. Hansen, G. A. Hinze, J. M. Urban, nav. delo, str. 21.

⁶² Podoben zakonodajni predlog je bil dan že leta 2010, vendar ni bil sprejet; D. W. K. Khong, nav. delo, str. 3.

⁶³ Besedilo je dostopno na <www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/part/6/crossheading/copyright-and-rights-in-performances/enacted> (5. 5. 2013).

⁶⁴ Četrty odstavek 116.A člena.

⁶⁵ Četrty odstavek 116.C člena.

omogočanje brezplačne uporabe osirotelih del v nasprotju z mednarodnimi pogodbami, imelo pa bi tudi negativne učinke na vrednost avtorskih del znanih avtorjev.⁶⁶

V Veliki Britaniji je do zdaj veljal sistem prostovoljnega kolektivnega upravljanja avtorskih pravic. Člen 77 Zakona o reformiranju podjetništva in regulative 2013 v tem pogledu prinaša pomembno spremembo, saj predvideva, da lahko kolektivne organizacije zaprosijo za pooblastilo za podeljevanje razširjenih kolektivnih licenc.⁶⁷ V tem primeru mora kolektivna organizacija zadostiti strožjim pogojem transparentnosti delovanja in vzpostaviti sistem iskanja imetnikov pravic.⁶⁸ V skladu z oceno vpliva zakona sicer razširjene kolektivne licence niso mišljene kot posebna rešitev za osirotela dela, vendar se glede na njihovo naravo pričakuje, da bodo obsegala tudi osirotela dela.⁶⁹

3.4. Skandinavske države

V nordijskih državah se je najprej razvil sistem razširjenih kolektivnih licenc, v tem okviru pa rešujejo tudi problematiko osirotelih del. Sistem je bil uveden na začetku šestdesetih let 20. stoletja v povezavi s pravicami primarnega oddajanja glasbenih del. Vse nordijske države uporabljajo sisteme razširjenih kolektivnih licenc za primarno oddajanje, kabelsko retransmisijo in priobčitve javnosti že predvajanih televizijskih del. Danska pa je edina med njimi, ki je uveljavila razširjeno kolektivno upravljanje kot splošno določbo.⁷⁰ Da lahko kolektivna organizacija podeljuje razširjene kolektivne licence, mora biti reprezentativna, kar pomeni, da mora v okviru pogodb z imetniki pravic zastopati pomemben del (večino oziroma velik del) repertoarja določene vrste avtorskih del oziroma večino avtorjev. V večini nordijskih dežel potrebuje kolektivna organizacija tudi dovoljenje pristojnega ministrstva.⁷¹

Statuti kolektivnih organizacij, ki podeljujejo razširjene kolektivne licence, vsebujejo več klavzul za varstvo nečlanov: (1) pravica do izjave, da ne želijo biti vključeni v sistem; (2) pravica, da so obravnavani enako kot člani; (3) enako obravnavanje v zvezi z udeležbo v socialnih in kulturnih skladih; ter (4)

⁶⁶ Orphan Works – Impact Assessment, 15. junij 2012; <www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1063-20120702.pdf> (5. 5. 2013), str. 3.

⁶⁷ Prvi odstavek 116.B člena.

⁶⁸ Extended Collective Licencing (ECL) – Impact Assessment, 18. maj 2012, str. 3; <www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1054-20120702.pdf> (5. 5. 2013).

⁶⁹ Prav tam, str. 3.

⁷⁰ J. Axhamn in L. Guibault, nav. delo, str. 25–26.

⁷¹ Prav tam, str. 26.

pravica do postavitve zahtevka za individualen honorar.⁷² Od kolektivne organizacije se pričakuje, da poišče tistega, v čigar imenu je prejela honorar, vendar lahko to stori tudi pozneje, potem ko je bilo delo že uporabljeno.⁷³ Raziskava švedske vlade pa naj bi pokazala, da kolektivne organizacije tudi dejansko iščejo nečlane, da bi jih obvestile o upravljanju njihovih del v sistemu razširjenih kolektivnih licenc.⁷⁴

3.5. Japonska, Indija in Južna Koreja

Posebne sisteme obravnavanja osirotelih del poznajo še na Japonskem,⁷⁵ v Indiji⁷⁶ in v Južni Koreji.⁷⁷ Skupno jim je to, da po kanadskem vzoru predvidevajo licenciranje osirotelih del, ki ga opravlja centralni državni organ.⁷⁸

3.6. Opredelitev do obstoječih sistemov obravnavanja osirotelih del

3.6.1. Razvrstitev obstoječih sistemov

Obstoječe režime obravnavanja osirotelih del lahko razvrstimo v tri glavne skupine:

1. sistem licenciranja osirotelih del, ki ga opravlja poseben državni organ (primer: Kanada);
2. sistem, v katerem se problematika osirotelih del ureja prek razširjenih kolektivnih licenc (primer: nordijske države);
3. dvotirni sistem, v katerem licence za uporabo del podeljuje bodisi poseben državni organ bodisi kolektivna organizacija v okviru razširjenih kolektivnih licenc (primera: Madžarska in Velika Britanija). Ker ima dvotirni sistem značilnosti obeh oblik, ga ne bom posebej preučila.

⁷² Prav tam, str. 28.

⁷³ D. R. Hansen, G. A. Hinze, J. M. Urban, nav. delo, str. 9.

⁷⁴ J. Axhamn in L. Guibault, nav. delo, str. 35.

⁷⁵ Člen 67 japonskega Zakona o avtorski pravici (Copyright Act 1970, Law No. 48, 1970), neuradni prevod zakona v angleščino je dostopen na <www.cric.or.jp/cric_e/clj/clj.html> (3. 3. 2013).

⁷⁶ Člena 17 in 18 indijskega Zakona o avtorski pravici (Copyright Act 1957, nazadnje spremenjen s Copyright Amendment Act of 2012), zakon je dostopen na <copyright.gov.in/Documents/CRACT_AMNDMNT_2012.pdf> (3. 3. 2013).

⁷⁷ Člen 50 južnokorejskega Zakona o avtorski pravici (Copyright Act 1957, Law No. 432) <www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7182> (3. 3. 2013).

⁷⁸ D. R. Hansen, G. A. Hinze, J. M. Urban, nav. delo, str. 21.

3.6.2. Sistem licenciranja osirotelih del s strani posebnega državnega organa

Kanadski sistem, v katerem uporabo osirotelih del dovoljuje in nadzoruje poseben državni organ, je bil zgled tudi drugim državam, ki so želele omogočiti njihovo izkoriščanje, kot so Madžarska, Japonska, in Južna Koreja. V literaturi pa je razširjeno stališče, da tak sistem ni učinkovit, ker ni omogočil širše uporabe osirotelih del.⁷⁹ Število uporabnikov tako v Kanadi kot na Madžarskem, ki zaprosijo za podelitev licence za uporabo osirotelih del, je namreč zelo majhno. Kanadski Svet za avtorsko pravo je od leta 1988 do leta 2008 prejel 441 prošenj za uporabo osirotelih del. Od tega je podelil približno 230 licenc, v preostalih primerih pa so se našli imetniki pravic ali pa je bila vloga umaknjena ali zavrnjena. Ko je Svet leta 2007 prenehal podeljevati licence za arhitekturne načrte, je število prošenj močno upadlo.⁸⁰ Leta 2010 je tako podelil le šest licenc za uporabo osirotelih del, pri tem so se nekatere nanašale na uporabo več sto del.⁸¹ Tudi na Madžarskem je Svet za avtorsko pravo od uveljavitve sistema licenciranja osirotelih del s strani državnega organa leta 2009 obravnaval zgolj 22 prošenj za izdajo licence.⁸²

Čeprav je število prošenj in podeljenih licenc majhno, je avtorskih del, ki so bila predmet obravnave kanadskega Sveta za avtorsko pravo, razmeroma veliko. Do leta 2008 prejete prošnje so obsegale uporabo 12.640 različnih del.⁸³ Tudi na Madžarskem se prošnje za licenco večkrat navezujejo na uporabo večjega števila del. Nacionalni arhiv avdiovizualnih gradiv je na primer zaprosil za licenco za uporabo 370 osirotelih del, knjižnica madžarskega parlamenta pa za uporabo približno 1000 del.⁸⁴ Zato menim, da se ta sistem za potrebe digitalizacije del in njihovega dajanja na voljo javnosti ni izkazal za neučinkovitega. Lahko predvidevamo, da bodo tudi slovenske knjižnice in arhivi, ki bodo digitalizirali knjižnična in arhivska dela, zaprosili za uporabo več osirotelih del hkrati, pri čemer število vlog zaradi omejenega števila uporabnikov tudi ne bo tako veliko.

Vendar bodo le redki uporabniki zaprosili za licenco za uporabo osirotelih del, če bodo s tem imeli prevelike stroške. Uporabnikovi stroški v sistemu podeljevanja licenc s strani državnega organa obsegajo predvsem stroške iskanja imetnikov pravic, ki se mora opraviti pred podelitvijo licence. Če mora upo-

⁷⁹ K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 783; A. Katz, nav. delo, str. 30.

⁸⁰ J. de Beer in M. Bouchard, nav. delo, str. 242.

⁸¹ K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 783.

⁸² D. R. Hansen, G. A. Hinze, J. M. Urban, nav. delo, str. 21.

⁸³ J. de Beer in M. Bouchard, nav. delo, str. 242.

⁸⁴ D. R. Hansen, G. A. Hinze, J. M. Urban, nav. delo, str. 22.

rabnik za licenco tudi vnaprej plačati, skupni stroški hitro presežejo koristi, ki jih ima uporabnik od osirotelih del kot komercialno manj zanimivih del. V tem primeru se uporabniki ne bodo odločili za digitalizacijo del, ki bi bila sicer kulturno pomembna, vendar zanimiva zgolj manjšemu delu javnosti.⁸⁵ Zato bi bilo smiselno vezati plačilo licence na pogoj, da se imetnik pravic najde.

Menim, da ni pravilno predvidevanje kanadskega Sveta, da bi avtorji osirotelih del raje videli, da se plačilo za uporabo njihovih del posreduje drugim avtorjem, kot pa da bi se njihova dela uporabljala brezplačno. Avtorji namreč niso solidarnostna skupnost, ki bi sledila skupnemu namenu, temveč so avtorji med seboj v konkurenčnem razmerju, saj si vsak želi pridobiti čim večji del publike.⁸⁶ Poleg tega so osirotela dela po navadi manj tržno zanimiva. Zato bi bili avtorji teh del morebiti še veseli, če bi kdo pokazal zanimanje za njihovo uporabo, in bi tako uporabo brezplačno dovolili.⁸⁷

Mednarodne konvencije zahtevajo spoštovanje avtorjeve pravice do pravičnega plačila za uporabo njegovih del.⁸⁸ Vendar to ne pomeni, da bi bila oprostitev uporabnikov plačila v primeru, da se imetnik pravic ne najde, v nasprotju s pravico do pravičnega plačila. Avtor, ki se ne najde, ne more dobiti plačila. S stališča tega konkretnega avtorja je vseeno, ali je uporabnik delo uporabil brezplačno ali pa je plačal licenco tretji osebi, ki jo je zakonodajalec postavil na njegovo mesto. Zato okoliščina, da se za uporabo osirotelega dela zahteva vnaprejšnje plačilo kolektivni organizaciji, ne vpliva na morebitno neskladnost dovoljevanja uporabe osirotelih del z vidika mednarodnih konvencij.

Prav tako s pravnega vidika ni sprejemljivo, da bi se obveznost plačila za uporabo osirotelih del utemeljevala z bojaznijo, da bi prosta uporaba osirotelih del znižala dohodke drugih avtorjev. Avtor namreč nima pravice do maksimalnega monopolnega dohodka iz uporabe svojih del, temveč le do primerne nagrade, ki mu omogoča nadaljnje ustvarjalno in umetniško delo.⁸⁹

3.6.3. Razširjene kolektivne licence

Nedavna uvedba razširjenih kolektivnih licenc v Veliki Britaniji in sprejetje Sporazuma o razumevanju na evropski ravni⁹⁰ kažeta, da je tak sistem zaradi

⁸⁵ E. Lichtenberger, nav. delo, str. 115.

⁸⁶ U. Müller, v: T. Hoeren, U. Sieber in B. Holznagel: Multimedia-Recht, 32. Ergänzungslieferung 2012, Teil 7.5 Verwertungsgesellschaften im digitalen Umfeld, točka 6 <beck-online.beck.de> (5. 4. 2013).

⁸⁷ K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 780.

⁸⁸ Glej primeroma drugi odstavek 11. bis člena BK.

⁸⁹ Uvodna izjava 10 Direktive 2001/29/ES.

⁹⁰ Glej podnaslov 2.2.1.

preprostosti zelo privlačen. Prednost razširjenih kolektivnih licenc je v tem, da uporabnikom ni treba iskati imetnikov pravic na posameznih delih, temveč lahko ta dela legitimno uporabljajo na podlagi licence.⁹¹ Če se imetniki pravic pozneje najdejo, lahko uveljavljajo svoje zahteve le nasproti kolektivni organizaciji oziroma je kolektivna organizacija zavezana razbremeniti uporabnike odgovornosti nasproti imetnikom pravic. Tako se olajša interakcija med uporabniki in imetniki pravic,⁹² uporabniki pa prihranijo stroške in čas za oblikovanje in ponujanje večjih baz avtorskih del.⁹³

Vendar zgolj uvedba razširjenih kolektivnih licenc problema osirotelih del dejansko ne odpravi, temveč se le dolžnost iskanja imetnikov in s tem povezani stroški prenesejo na kolektivno organizacijo.⁹⁴ V tem primeru bi morala zakonska rešitev predvidevati tudi, kako naj kolektivne organizacije iščejo imetnike pravic, ki niso njeni člani oziroma člani sestrskih organizacij. Vendar tega ni storila nobena izmed obravnavanih držav, v katerih poznajo razširjeno kolektivno upravljanje.

Kolektivne organizacije iz skandinavskih držav veljajo za zelo učinkovite tudi pri iskanju imetnikov pravic. V literaturi se vendarle poudarja, da takšnega sistema ni mogoče učinkovito vzpostaviti v drugih pravnih okoljih, kjer ni primerljive tradicije.⁹⁵ Tudi v nordijskih državah sistem razširjenih kolektivnih licenc daje prednost domačim avtorjem, tako članom kot nečlanom; tujih avtorjev kolektivne organizacije ne iščejo.⁹⁶

Menim, da kolektivne organizacije niso primerne za iskanje imetnikov pravic, ki niso njihovi člani. Stroški iskanja se namreč v tem primeru porazdelijo na vse uporabnike, ne glede na to, ali uporabljajo dela članov ali osirotela dela, zaradi česar se zvišajo licenčnine. Če pa kolektivna organizacija ne zviša licenčin, breme iskanja imetnikov osirotelih del nosijo njeni člani, kar je v na-

⁹¹ Gervais je ta tip kolektivnega upravljanja opredelil za učinkovito rešitev problema osirotelih del. D. Gervais, nav. delo, str. 27.

⁹² I. Hargreaves, nav. delo, str. 37.

⁹³ Kot primer je v oceni učinkov angleškega reformnega zakona predstavljen BBC-jev spletni program iPlayer, kjer je posebna ekipa potrebovala pet let za to, da je razčistila pravice na delih, ki jih program ponuja, pri čemer mora BBC baze redno preverjati; Extended Collective Licencing (ECL) – Impact Assessment, 18. maj 2012, str. 4; <www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1054-20120702.pdf> (4. 4. 2013).

⁹⁴ A. Katz, nav. delo, str. 37.

⁹⁵ J. Axhamn in L. Guibault, nav. delo, str. 41.

⁹⁶ Tudi drugače imajo nordijske kolektivne organizacije zgolj z nekaterimi kolektivnimi organizacijami sklenjen t. i. sporazum A, ki omogoča izplačilo tujim avtorjem glede na dejansko uporabo njihovih del. Z drugimi imajo sklenjen sporazum B, ki obema kolektivnima organizacijama preprosto dovoljujejo, da obdržita sredstva, zbrana v domači državi. T. Riis in J. Schovsbo, nav. delo, str. 20.

sprotju z vlogo kolektivne organizacije kot prvenstveno zasebne organizacije, ki je skrbnik pravic *svojih članov*. Če kolektivna organizacija ne vложи dovolj truda v iskanje imetnikov pravic, ki niso njeni člani, pa se s sredstvi, zbranimi na račun uporabe osirotelih del, obogatijo njeni člani prek socialnih in kulturnih skladov.⁹⁷

4. PREDLAGANI SISTEMI OBRAVNAVANJA OSIROTELIH DEL

4.1. Nemčija

V Nemčiji so bili doslej objavljeni trije zakonodajni predlogi: prvi osnutek zakona je 30. novembra 2010 predlagala socialdemokratska frakcija (SPD),⁹⁸ drugi z dne 8. februarja 2011 je bil podan na pobudo frakcije Leve stranke (die Linke),⁹⁹ tretjega pa je 10. aprila 2013 dala zvezna vlada.¹⁰⁰ Skupno vsem trem zakonodajnim predlogom je, da so drugače kot v kanadski, madžarski ali britanski ureditvi predvideli vzpostavitev posebnega režima zgolj za nepridobitne namene, v namen digitalizacije arhivskih knjižnih del.

4.1.1. Predlog SPD z dne 30. novembra 2010

Zakonodajni predlog SPD z dne 30. novembra 2010 je predvideval uvedbo posebnega režima za osirotela in nedostopna dela. Nedostopna dela bi urejal novi § 13d nemškega Zakona o upravljanju avtorske in sorodnih pravic (Urheberrechtswahrnehmungsgesetz – UrhWahrnG).¹⁰¹ Ta paragraf bi uveljavil zakonsko domnevo, da je kolektivna organizacija, ki upravlja pravice za elektronsko reproduciranje in dajanje del na voljo javnosti, upravičena za upravljanje pravic

⁹⁷ Primeroma nemška kolektivna organizacija GEMA prihodke, ki jih pridobi v imenu nezastopanih avtorjev (*Pas Membre*), kadar so ti soavtorji uporabljenega dela skupaj z zastopanim avtorjem, v največ primerih nameni v socialne in kulturne sklade; S. Müller, nav. delo, str. 421–423.

⁹⁸ Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, BT-Drs.17/3991, <www.bundestag.de> (3. 3. 2013).

⁹⁹ Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes – Digitalisierung vergriffener und verwaister Werke, BT-Drs. 17/4661, <www.bundestag.de> (3. 3. 2013).

¹⁰⁰ Besedilo je dostopno na <www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_Gesetzes_zu_Nutzung_verwaister_Werke_und_zu_weiteren_Aenderungen_des_Urheberrechtsgesetzes_und_des_Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes.pdf?__blob=publicationFile> (30. 8. 2013).

¹⁰¹ Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, z dne 9. septembra 1965, BGBl. I, str. 1294 in nasl.

na vseh delih, ki so bila izdana pred letom 1966. Če bi kolektivna organizacija pridobila plačilo od uporabnika za uporabo nedostopnega dela, bi uporabnika morala razbremeniti odgovornosti nasproti imetniku pravic.

Predlagani § 13e UrhWahrnG pa je obravnaval osirotela dela. Po prvem odstavku § 13e UrhWahrnG bi v primeru, da uporabnik s skrbnim iskanjem ni mogel najti imetnika pravic, veljalo, da je kolektivna organizacija, ki je pristojna za upravljanje pravic na določeni vrsti del, pristojna licencirati elektronsko reproduciranje in dajanje teh del na voljo javnosti. Uporabnik bi za digitalizacijo osirotelih del kolektivni organizaciji plačal primerno nadomestilo. Po drugem odstavku § 13e UrhWahrnG bi pozneje najdeni imetnik pravic imel v razmerju do kolektivne organizacije enake pravice in dolžnosti kot njen član. Imetnik pravic pa bi lahko dal izjavo, da bo sam upravljal svoje pravice, pri čemer bi ta izjava veljala samo za naprej. S tem je zakonodajni predlog SPD dejansko predvidel uvedbo razširjenega kolektivnega upravljanja pravic do elektronskega reproduciranja in dajanja na voljo javnosti.¹⁰²

4.1.2. Predlog frakcije Leve stranke z dne 8. februarja 2011

Zakonodajni predlog z dne 8. februarja 2011 je predvideval uveljavitev nove vsebinske omejitve avtorske pravice (nem. *Schrankenregelung*) v § 52c nemškega Zakona o avtorski in sorodnih pravicah (Urheberrechtsgesetz – UrhG).¹⁰³ Prvi odstavek predlaganega § 52c UrhG je omogočal dajanje na voljo javnosti knjižničnih, muzejskih ali arhivskih del v nepridobitne namene, če s pomočjo standardiziranega iskanja ni mogoče najti imetnikov pravic. Predlog je predvidel obvezno plačilo primerne nadomestila za uporabo osirotelega dela ob upoštevanju nepridobitnega namena uporabe. Pozneje najdeni imetnik pravic bi lahko uveljavljal pravico do nadomestila samo prek kolektivne organizacije, uporabe dela za vnaprej ne bi mogel prepovedati.¹⁰⁴ Predlog Leve stranke tako vsebuje elemente obveznega kolektivnega upravljanja osirotelih del.

4.1.3. Predlog zvezne vlade z dne 10. aprila 2013

Najnovejši zakonodajni predlog se neposredno nanaša na implementacijo Direktive 2012/28/EU in ureja osirotela dela v §§ 61 do 61c UrhG. V skladu s § 61 je dovoljeno reproduciranje in dajanje osirotelih del na voljo javnosti. Zakon v drugem odstavku omeji osirotela dela na tiste kategorije del, ki so določene v direktivi. Pri tem lahko osirotela dela uporabljajo samo javno dostop-

¹⁰² K.-N. Peifer, nav. delo, str. 1.

¹⁰³ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, z dne 9. septembra 1965, BGBl. I, str. 1273 in nasl.

¹⁰⁴ Drugi in tretji odstavek predloga § 52 c UrhG.

ne institucije, kot so knjižnice ali muzeji, kadar je to potrebno za izpolnitev njihovih nalog v interesu javnosti, kot na primer za ohranitev, restavracijo in omogočanje dostopa javnosti do njihovih zbirk.¹⁰⁵ Predlagani § 61a predvideva postopek skrbnega iskanja, pri čemer povzema določbe direktive. Uporabnik mora v skladu s četrtem odstavkom § 61a postopek iskanja dokumentirati in informacije o njem posredovati Nemškemu uradu za patente in znamke (Deutsches Patent- und Markenamt – DPMA). Predlagani § 61b pa določa, da mora uporabnik prenehati z uporabo dela takoj, ko je seznanjen, da se je našel imetnik pravic na delu. Pozneje najdeni imetnik pravic ima pravico od uporabnika zahtevati plačilo primerne nadomestila za dotedanjo uporabo dela.

Zakonodajni predlog z dne 10. aprila 2013 omogoča tudi uporabo nedostopnih del in v ta namen predvideva uveljavitev novih §§ 13d in 13e UrhWahrnG. V skladu s § 13d bi se vzpostavila domneva, da je kolektivna organizacija, ki je pristojna upravljati pravice do reproduciranja in dajanja nedostopnih del na voljo javnosti, v teh primerih upravičena upravljati tudi pravice avtorjev, ki niso njeni člani:

1. če gre za dela, ki so bila objavljena pred 1. januarjem 1966 ali pa se hranijo v javno dostopnih ustanovah,
2. če gre za uporabo v nepridobitne namene,
3. če so dela vpisana v register nedostopnih del pri DPMA in imetnik pravic temu ne ugovarja v roku šestih tednov od objave vpisa.

4.2. ZDA

V ZDA so problematiko osirotelih del urejali trije zakonski predlogi: predlog iz leta 2006¹⁰⁶ ter dva predloga iz leta 2008.¹⁰⁷ Vsi predlogi so temeljili na poročilu Zveznega urada za avtorsko pravo iz januarja 2006.¹⁰⁸ Avtorji poročila so predlagali omejitev pravnih sredstev imetnika avtorske pravice, če je uporabnik izvedel in dokumentiral kvalificirano iskanje (angl. *a qualifying search*) imetnika pravic na delu, vendar tega v dobri veri ni mogel najti ali identificirati.¹⁰⁹ Uporabnik bi moral na reprodukciji dela ustrezno označiti, da gre za

¹⁰⁵ Peti odstavek predloga § 61 UrhG.

¹⁰⁶ Orphan Works Act of 2006, H.R. 5439, 109th Cong. (2006); <www.govtrack.us/congress/bills> (5. 2. 2013).

¹⁰⁷ Orphan Works Act of 2008, H.R. 5589, 110th Cong. (2008); Shawn-Bentley Orphan Works Act of 2008 S. 2193 (2008) <www.govtrack.us/congress/bills> (5. 2. 2013).

¹⁰⁸ U.S. Copyright Office, Report on Orphan Works, <www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf> (4. 3. 2013).

¹⁰⁹ Prav tam, str. 8.

osirotelo delo.¹¹⁰ Ničesar mu ne bi bilo treba plačati vnaprej, prav tako mu ne bi bilo treba vnaprej dokazovati, da je opravil dokumentirano iskanje. V primeru, da bi se pozneje našel imetnik pravic na osirotelem delu, bi ta imel nasproti uporabniku na voljo samo pravno sredstvo za uveljavljanje razumnega nadomestila za uporabo dela (angl. *reasonable compensation*), ne pa tudi drugih pravnih sredstev iz naslova kršitve avtorske pravice.¹¹¹ Neprofitne izobraževalne institucije, muzeji, knjižnice, arhivi ali javne radiotelevizijske hiše bi lahko brezplačno uporabljali osirotela dela, če bi bila uporaba dobrodelne, izobraževalne ali religiozne narave in bi z njo sledili nepridobitnim namenom.¹¹²

Drugače kot v vseh do zdaj veljavnih sistemih obravnavanja osirotelih del, kjer skrbnost pri iskanju vnaprej preverja poseben državni organ oziroma iskanje opravi kolektivna organizacija, je ameriški predlog nadzor nad skrbnostjo iskanja imetnika pravic poveril sodiščem. Sodišča bi namreč v konkretnem sporu med imetnikom pravic in uporabnikom morala ugotavljati, ali je imetnik pravic pred uporabo dela opravil skrbno iskanje.¹¹³

4.3. Avstralija

V Avstraliji sta poseben sistem obravnavanja osirotelih del predlagala profesorja Brennan in Fraser.¹¹⁴ Navedeni predlog predvideva tri stopnje, v katerih bi imele pomembno vlogo tudi kolektivne organizacije, čeprav ne bi bile pristojne zahtevati nadomestil za vsakršno uporabo osirotelih del.

Na prvi stopnji bi moral uporabnik iskati imetnika pravic. Če ga ne bi našel, bi poslal kolektivni organizaciji, ki bi bila pristojna za izvedbo režima osirotelih del, obvestilo o iskanju in vrsti nameravane uporabe dela. Ta bi na podlagi obvestila delo vnesla v register osirotelih del, za kar bi moral uporabnik plačati takso.¹¹⁵ Če bi se imetnik pravic našel v treh mesecih od vpisa osirotelega dela v register, uporabnik ne bi pridobil pravice do uporabe osirotelega dela. Imetnik pravice pa bi lahko svoje delo iz registra osirotelih del prenesel v prostovoljni register avtorskopravno varovanih del.¹¹⁶

¹¹⁰ Prav tam, str. 10.

¹¹¹ Prav tam, str. 12.

¹¹² Prav tam, stran 13.

¹¹³ T. Armin, nav. delo, str. 21.

¹¹⁴ D. Brennan in M. Fraser, *The Use of Subject Matter with Missing Owners – Australian Copyright Policy Options* (avgust 2011), <www.law.uts.edu.au/comslaw/Researchreports/MissingOwnersDiscussionPaperAugust11.pdf> (5. 5. 2013).

¹¹⁵ Prav tam, str. 8.

¹¹⁶ Prav tam, str. 9.

Druga stopnja bi obsegala čas od treh mesecev do treh let po objavi dela v registru osirotelih del. Če bi se v tem času pojavil imetnik pravic na delu, bi bila njegova pravna sredstva nasproti uporabniku omejena na zahtevek za plačilo primerne licenčnine (angl. *a reasonable licence fee*), kadar bi bila narava uporabe dela pridobitna. V primeru uporabe dela za nepridobitne namene imetnik pravic ne bi bil upravičen do plačila.¹¹⁷

Na tretji stopnji, ki bi se začela po izteku treh let od objave dela v registru osirotelih del, pa bi pristojna kolektivna organizacija podelila uporabniku brezplačno prisilno licenco za konkretno uporabo osirotelega dela. V primeru, da se v tretji fazi imetnik pravic najde, lahko zahteva plačilo nadomestila za uporabo dela samo za vnaprej in samo prek kolektivne organizacije. Reševanje sporov med uporabniki, imetniki pravic in kolektivno organizacijo na vseh treh stopnjah bi bilo v pristojnosti avstralskega Tribunala za avtorsko pravo (Copyright Tribunal of Australia).¹¹⁸

4.4. Opredelitev do predlaganih sistemov obravnavanja osirotelih del

Nemška zakonodajna predloga z dne 30. novembra 2010 in 11. februarja 2011 dejansko predvidevata uvedbo razširjenega oziroma obveznega kolektivnega upravljanja osirotelih del z obveznostjo vnaprejšnjega plačila za licenco. Zato zanju veljajo enake prednosti in slabosti, kot so bile že obrazložene v točki 3.6.3 in deloma 3.6.2. Najnovejši predlog z dne 10. aprila 2013 pa omogoča prosto uporabo osirotelih del ob obveznosti plačila neposredno avtorju, če se ta pozneje najde. Slabost za uporabnika so morebitni visoki stroški iskanja imetnikov pravic, ki se mora opraviti pred uporabo dela. Zato de la Durantaye predvideva, da se bodo uporabniki v primeru osirotelih del, ki so hkrati tudi nedostopna, raje odločili za plačilo licence kolektivni organizaciji.¹¹⁹

Prednost ameriškega sistema je v tem, da uporabniku ni treba zaprositi za licenco pred uporabo osirotelega dela. Tako se uporabnik lahko izogne dolgotrajnemu in zapletenemu postopku licenciranja, kakršnega poznajo v Kanadi. Po drugi strani pa je uporabnik soočen s pravno negotovostjo, saj ne ve, kako bo sodišče v sporu presojalo njegovo iskanje. Zato bi morali uporabniki, ki bi nameravali množično digitalizirati knjižnična in arhivska dela, oblikovati visoke rezerve za vodenje poznejših sodnih postopkov.¹²⁰ Menim tudi, da dovo-

¹¹⁷ Prav tam, str. 10.

¹¹⁸ Prav tam, str. 11.

¹¹⁹ K. de la Durantaye, nav. delo (Die Nutzung ...), str. 442.

¹²⁰ T. Armin, nav. delo, str. 20.

litev brezplačne uporabe osirotelih del v nepridobitne namene preveč posega v pravico imetnikov pravic do pravičnega plačila za uporabo varovanega dela.

Avstralski predlog uporabniku ponuja veliko prednosti, saj omogoča brezplačno uporabo osirotelega dela, kadar se imetnik pravic pozneje ne najde. Predlog predvideva tudi krajši in bolj preprost postopek pridobivanja licence, kot je primeroma uveljavljen v kanadskem sistemu. S stališča kolektivne organizacije, ki bi bila pristojna za vzpostavitev režima osirotelih del, pa ni posebej privlačen, saj bi morala podeljevati brezplačne licence. Zato bi morali stroške v zvezi z vzpostavitvijo in vodenjem registra osirotelih del ter stroške vodenja sodnih postopkov v sporih z imetniki pravic nositi člani kolektivne organizacije, če teh stroškov ne bi bilo mogoče pokriti iz taks uporabnikov. Z vidika načela pravičnega plačila za uporabo varovanega dela sta sporni okoliščini: (1) uporabnik ni dolžan plačati nadomestila v primeru uporabe dela za nepridobitne namene; (2) rok, v katerem lahko imetnik pravic uveljavlja pravico do nadomestila za nazaj (tri leta od objave dela v registru osirotelih del), je zelo kratek. Tudi pogoj, da se pravice na osirotelih delih po treh letih od vpisa del v register obvezno kolektivno upravljajo, pozneje najdenega imetnika pravic preveč omejuje.

4.5. Zavarovanje pred pravnimi zahtevki imetnikov pravic kot alternativa

V primeru, da država ne uvede posebnega sistema obravnavanja osirotelih del, je prenos tveganja, da se imetnik pravic po uporabi dela pojavi in zahteva plačilo, mogoč v okviru sklenitve zavarovanja med uporabnikom in zavarovalnico.¹²¹ Vendar do zdaj niti v državi, kakršna je Velika Britanija, ki ima tradicionalno zelo razvito panogo zavarovalništva, ni bilo zavarovalnice, ki bi ponujala tako storitev. Razloge je mogoče najti predvsem v negotovosti, ali bi bilo ponujanje zavarovanja pred pravnimi zahtevki imetnikov pravic sploh pravno dopustno.¹²²

¹²¹ Takšni predlogi so bili podani v Veliki Britaniji, glej Orphan Works Impact Assessment z dne 15. junija 2012, <www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1063-20120702.pdf> (3. 3. 2013).

¹²² Prav tam, str. 6.

5. KLJUČNA IZHODIŠČA ZA OBLIKOVANJE IZJEME ALI OMEJITVE PRAVIC NA OSIROTELIH DELIH V SLOVENSKEM PRAVU

5.1. Veljavne izjeme ali omejitve avtorske pravice

Slovenski Zakon o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP)¹²³ določa več oblik vsebinskih omejitev avtorske pravice: v 47. in 47.a členu določa zakonite licence, v okviru katerih se avtorska dela lahko brez dovoljenja imetnika pravic, vendar za plačilo primerne nadomestila, uporabljajo za namene pouka, periodike in v korist invalidnih oseb. V 48. do 57. členu ZASP pa so naštet primeri, v katerih se lahko avtorska dela prosto uporabljajo, ne da bi se zahtevalo dovoljenje avtorja ali plačilo nadomestila.¹²⁴ Nadaljnjo vsebinsko omejitev avtorske pravice pomenijo tudi prisilne licence, v okviru katerih se za uporabo dela zahteva dovoljenje imetnikov pravic, vendar ga ti morajo podeliti. Prisilno licenco v korist delodajalca določa drugi odstavek 101. člena ZASP.¹²⁵ V slovenski sodni praksi in literaturi je zavzeto stališče, da obliko prisilne licence pomenijo tudi primeri, v katerih je kolektivno upravljanje avtorske in sorodnih pravic v skladu s 147. členom ZASP obvezno.¹²⁶ V te zakonske okvire je smiselno umestiti tudi posebno določbo o obravnavanju osirotelih del.

5.2. Obvezno kolektivno upravljanje pravic do reproduciranja v digitalni obliki in dajanja knjižničnih in arhivskih del na voljo javnosti

Slovenski zakonodajalec bi lahko za rešitev problema osirotelih del v 147. člen ZASP dodal novo, 5. točko, v kateri bi za pravice do reproduciranja knjižničnih in arhivskih del v digitalni obliki in dajanja teh del na voljo javnosti določil obvezno kolektivno upravljanje. S tem bi slovenski arhivi in knjižnice lahko pridobili licenco za digitalizacijo vseh del, ki jih hranijo.

Sistem obveznega kolektivnega upravljanja pravic do reproduciranja v digitalni obliki in dajanja del na voljo javnosti bi bil lahko v skladu z Direktivo 2012/28/EU. Ta namreč v 24. uvodni izjavi ter petem odstavku 1. člena izrecno

¹²³ Ur. l. RS, št. 21/95 in nasl.

¹²⁴ O omejitvah avtorske pravice v slovenskem pravu M. Bogataj Jančič, nav. delo, str. 76–78.

¹²⁵ M. Trampuž, B. Oman in A. Zupančič, nav. delo, str. 232.

¹²⁶ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani z dne 24. oktobra 2012, II Cp 1356/2012, točka 13; Sodba Višjega sodišča v Ljubljani z dne 30. oktobra 2012, II Cp 65/2012, točka 8; obe sodbi tu citirata M. Trampuž, B. Oman in A. Zupančič, nav. delo, str. 363, 366.

določa, da ne posega v ureditve držav članic v zvezi z upravljanjem avtorskih pravic. Vendar se s tem, ko je državam članicam prepuščeno, da se same odločijo med kolektivnim upravljanjem ali posebnim obravnavanjem osirotelih del, onemogoči poenotenje digitalizacije varovanih del na evropski ravni. Poleg tega bi bil tak sistem v nasprotju z zahtevo 5. člena Direktive 2012/28/EU, po kateri mora imetnik pravic imeti možnost prepovedati nadaljnjo uporabo dela, saj v sistemu obveznega kolektivnega upravljanja imetnik pravic te pravice nima. Tak sistem bi tudi preveč posegal v pravice znanih imetnikov pravic, saj ti lahko sami učinkovito nadzorujejo, ali je kakšna knjižnica digitalizirala njihovo delo in ga v tej obliki ponudila na voljo javnosti npr. po spletu.

5.3. Razširjeno kolektivno upravljanje pravice do reproduciranja del v digitalni obliki in dajanja del na voljo javnosti

Slovenski zakonodajalec bi lahko uvedel razširjeno kolektivno upravljanje pravice do reproduciranja v digitalni obliki in pravice do dajanja del na voljo javnosti. To bi bilo v skladu s predlogom novele ZASP z dne 8. oktobra 2012, po kateri bi se za primere, v katerih zdaj velja obvezno kolektivno upravljanje avtorskih pravic, uvedel sistem razširjenega kolektivnega upravljanja.¹²⁷

Sistem razširjenega kolektivnega upravljanja pravic do reproduciranja v digitalni obliki in dajanja del na voljo javnosti bi uporabnikom omogočil, da legitimno digitalizirajo vsebine iz svojih arhivov, brez dodatnih stroškov iskanja imetnikov pravic. Hkrati bi bil ta sistem v skladu s 5. členom Direktive 2012/28/EU, saj imetnikom pravic omogoča, da izstopijo iz sistema kolektivnega upravljanja in te pravice upravljaajo sami.

Vendar Direktiva 2012/28/EU predvideva, da je treba imetnike pravic na delu iskati pred njegovo uporabo.¹²⁸ Z uvedbo razširjenega kolektivnega upravljanja pa bi se zavrl razvoj novih tehnologij, ki bi uporabnikom olajšale iskanje imetnikov pravic in sklepanje individualnih pogodb.¹²⁹ Verjetno je tudi, da slovenske kolektivne organizacije ne bi bile pripravljene vložiti sredstev za iskanje pogrešanih imetnikov pravic, sredstva, ki bi se zbrala iz naslova osirotelih del, pa bi šla članom kolektivne organizacije.¹³⁰ Zato menim, da sistem razširjenega kolektivnega upravljanja za učinkovito rešitev problematike osirotelih del ne bi bil primeren.

¹²⁷ E. Drobež, nav. delo, str. 15.

¹²⁸ Uvodna izjava 13; drugi odstavek 2. člena.

¹²⁹ O tem tudi K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 786.

¹³⁰ Glej točko 3.6.3; o kritiki slovenskih kolektivnih organizacij tudi J. Žurej, nav. delo, str. II.

5.4. Sistem podeljevanja licenc s strani centralnega organa

Problematiko osirotelih del bi slovenski zakonodajalec lahko uredil s tem, da bi za preverjanje skrbnosti iskanja imetnikov pravic in podeljevanje licenc za uporabo osirotelih del pooblastil poseben organ. Te pristojnosti bi lahko prevzel Svet za avtorsko pravo, ki že zdaj igra pomembno vlogo pri določanju tarif kolektivnih organizacij.¹³¹ S tem povezani stroški bi se lahko pokrivali iz taks, ki bi jih uporabnik moral plačati ob vložitvi vloge za podelitev licence, deloma pa tudi iz proračuna, upoštevaje okoliščino, da so uporabniki neprofitne organizacije in da je digitalizacija slovenske kulturne dediščine v javnem interesu.

Menim, da bi bil to najboljši način za omogočanje digitalizacije in dajanja na voljo javnosti del, ki jih hranijo slovenske knjižnice, muzeji in arhivi. Tako bi se zagotovilo, da se imetniki pravic iščejo pred uporabo dela. Ker je iskanje imetnikov pravic po Direktivi 2012/28/EU standardizirano, uporabniki s tem ne bi imeli veliko stroškov. S podelitvijo licence bi bili uporabniki tudi pravno zaščiteni.

Menim tudi, da bi slovenski zakonodajalec moral omogočiti prosto uporabo osirotelih del v nepridobitne namene, ob obveznosti plačila nadomestila za nazaj in neposredno imetniku pravic, če pozneje najdeni imetnik pravic to zahteva v določenem roku. Rok za uveljavljanje nadomestila za imetnika pravic tudi ne bi smel biti prekratek – v skladu s splošnimi zastaralnimi roki bi lahko obsegal tri do pet let od poteka licence.

Alternativa, torej plačilo nadomestila kolektivnim organizacijam oziroma državnemu organu, lahko privede do položaja, ko so drugi avtorji oziroma država obogateni zaradi uporabe del, ki jih niso ustvarili.¹³² Pri tem je treba upoštevati tudi okoliščino, da gre pri uporabnikih v skladu z direktivo za javne knjižnice, muzeje in arhive. Ker so kontaktne informacije teh uporabnikov javno znane, jih lahko pozneje najdeni imetniki pravic sami brez težav poiščejo in od njih neposredno zahtevajo plačilo. Smiselno bi bilo zahtevati, da uporabniki na delu jasno označijo, da gre za osirotelo delo – s tem se povečajo možnosti, da se imetniki pravic pozneje najdejo.

Druga možnost bi bila, da bi uporabniki morali položiti varščino v višini primernega nadomestila pri Svetu za avtorsko delo, pri čemer bi to varščino dobili nazaj, če se imetnik pravic ne bi oglasil v roku treh do pet let po izteku licence. Vendar bi bilo to povezano z nadaljnjimi stroški hrambe sredstev. Takšno

¹³¹ Glej Poslovnik Sveta za avtorsko pravo, Ur. l. RS, št. 87/12.

¹³² Tako tudi K. de la Durantaye, nav. delo (Ein Heim ...), str. 785.

prakso je poskusil vzpostaviti tudi kanadski Svet za avtorsko pravo, vendar se ni izkazalo niti za ekonomično niti za učinkovito.¹³³

6. SKLEP

Temeljno načelo avtorskega prava je, da je za uporabo avtorskopravno varovanega dela treba vedno pridobiti predhodno dovoljenje imetnikov pravic. Zaradi čedalje daljšega trajanja avtorskopravnega varstva in opustitve obveznosti registracije avtorskih del se večkrat zgodi, da imetnikov pravic ni mogoče najti. K temu pripomore tudi ravnanje imetnikov pravic, ki ne poskrbijo za to, da bi bila povezava med njimi in varovanimi deli jasno razvidna. V tem primeru obstaja nevarnost, da bodo dela, ki so pomembna z vidika kulturne dediščine, odšla v pozabo.

Na evropski ravni problematiko osirotelih del ureja Direktiva 2012/28/EU. Vsebuje samo podrobnejša pravila v zvezi z nekaterimi vidiki obravnave osirotelih del, kot sta standard skrbnega iskanja in pravilo o vzajemnem priznavanju osirotelih del. Državam članicam pa je prepuščeno, da same odločijo, kdo bo podeljeval licence za uporabo osirotelih del ter komu in kdaj bo uporabnik moral plačati za njihovo uporabo.

Ob upoštevanju prednosti in slabosti veljavnih in predlaganih režimov za obravnavanje osirotelih del ter tudi značilnosti slovenske ureditve avtorskega prava menim, da bi bilo smiselno, da slovenski zakonodajalec dovoljenje težko izsledljivega imetnika pravic nadomesti z dovoljenjem organa, kakršen je Svet za avtorsko pravo. Svet bi pred podelitvijo licence preveril, ali je uporabnik imetnike pravic iskal z zadostno skrbnostjo. Ne bi pa opravljal funkcije skrbnika del pogrešanih imetnikov pravic, saj v njihovem imenu ne bi zahteval vnaprejšnjega plačila za licenco. Uporabnik bi plačal za digitalizacijo in dajanje osirotelih del na voljo javnosti samo, če in ko bi se našel imetnik pravic. Stroški uporabnikov, ki so po direktivi lahko le določene neprofitne organizacije, bi se s tem znižali, zaradi česar bi lahko uporabniki digitalizirali tudi dela, ki bi bila zanimiva le manjšemu delu javnosti. S tem bi se vzpostavilo pravično ravnotežje med interesi pogrešanih imetnikov pravic, da za uporabo dela dobijo plačilo, ter interesi javnosti za ohranitev slovenske kulturne dediščine in s tem tudi kulturne identitete.

¹³³ J. de Beer in M. Bouchard, nav. delo, str. 236.

Literatura

- Jens Adolphsen in Marina Mutz: Das Google Book Settlement, v: GRUR Int 2009, str. 789–799.
- Talke Armin: Verwaiste Werke: Regelungsmöglichkeiten auf europäischer Ebene und Umsetzung im Deutschen Recht. Epubli, Berlin 2012.
- Johan Axhamn in Lucie Guibault: Cross-Border Extended Collective Licensing: a Solution to Online Dissemination of Europe's Cultural Heritage? University of Amsterdam, Amsterdam 2011; <www.ivir.nl/publicaties/gu-ibault/ECL_Europeana_final_report092011.pdf> (5. 5. 2013).
- Jeremy F. de Beer in Mario Bouchard: Canada's »Orphan Works« Regime: Unlocatable Owners and the Copyright Board, v: Oxford University Commonwealth Law Journal, 10 (2010) 2, str. 215–254; <ssrn.com/abstract=1916840> (4. 5. 2013).
- Maja Bogataj Jančič in drugi: Upravljanje avtorskih in sorodnih pravic na internetu – vidik javnih institucij. Mirovni inštitut, Ljubljana 2010; <www.arhiv.mvzt.gov.si> (29. 1. 2013).
- Maja Bogataj Jančič: Avtorsko pravo v digitalni dobi. Pasadena, Ljubljana 2008.
- Eneja Drobež: Nekateri pomisleki v zvezi s predlogom novele ZASP, v: Pravna praksa, 30 (2012) 43, str. 13.
- Katharina de la Durantaye: Wofür wir Google dankbar sein müssen, v: ZUM 2011, str. 538–542.
- Katharina de la Durantaye: Ein Heim für Waisenkinder – Die Regelungsvorschläge zu verwaisten Werken in Deutschland und der EU aus rechtsvergleichender Sicht, v: ZUM 2011, str. 777–788.
- Katharina de la Durantaye: Der Kampf um die Public Domain, v: GRUR Int. 2012, str. 989–994.
- Katharina de la Durantaye: How to Build an Orphanage, and Why, v: JIPITEC, (2011) 2-3, str. 226–234; <www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-3-2011/3177> (2. 2. 2013).
- Katharina de la Durantaye: Die Nutzung verwaister und vergriffener Werke – Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, v: ZUM 2012, str. 437–445.
- Mihaly Ficsor: Collective management of copyright and related rights from the Viewpoint of International Norms and the *acquis communautaire*, v: David Gervais (ur.): Collective management of copyright and related rights. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010.
- David Gervais: Collective management of copyright: theory and practice in the digital age, v: David Gervais (ur.): Collective management of copyright and related rights. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010.

- David R. Hansen, Gwen A. Hinze in Jennifer M. Urban: Orphan Works and the Search for Rightsholders: Who Participates in a 'Diligent Search' under Present and Proposed Regimes?, 28. januar 2013, Berkeley Digital Library Copyright Project, White Paper No. 4; <ssrn.com/abstract=2208163> (6. 5. 2013).
- Ian Hargreaves: Digital Opportunity – A Review of Intellectual Property and Growth, v: IPO, maj 2011; <www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf> (7. 5. 2013).
- Thomas Hoeren, Ulrich Sieber in Bernd Holznagel (ur.): Handbuch Multimedia-Recht, 32. dopolnilna izdaja. Beck München 2012; dostopna na spletni bazi <beck-online.beck.de> (5. 4. 2013).
- Ariel Katz: The Orphans, The Market, and the Copyright Dogma: A Modest Solution to a Grand Problem (27. julij 2012), v: Berkeley Technology Law Journal, 27 (2012) 3; <ssrn.com/abstract=2118886> (12. 2. 2013).
- Jonathan A. Kaltner: USA – U.S. Book Authors Win Class Certification in Google Books Copyright Dispute, v: GRURInt 2012, str. 702.
- Dennis W. K. Khong: The (Abandoned) Orphan Works Provision of the Digital Economy Bill (1. avgust 2010); <ssrn.com/abstract=1671785> (30. 1. 2013).
- Reinhold Kreile, Jürgen Becker in Karl Riesenhuber (ur.): Recht und Praxis der Gema. 2. izdaja. de Gruyter, Berlin 2008.
- Eva Lichtenberger: Kollektives Rechtemanagement in Europa – verwaiste Werke und der Zugang zu digitalem content, v: Stern, Klaus in drugi, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube – Urheberrechtliche Lösungen für die audiovisuelle Medienwelt. Beck, München 2011.
- Stefan Müller: Der Verteilungsplan für das Aufführungs- und Senderecht (Verteilungsplan A), v: Reinhold Kreile, Jürgen Becker in Karl Riesenhuber (ur.): Recht und Praxis der Gema, 2. izdaja. de Gruyter, Berlin 2008, str. 401–577.
- Rachael P. Mulheron: The Modern Cy-près Doctrine. UCL Press, London 2006.
- Wilhelm Nordermann in drugi: International Copyright and Neighbouring Rights Law – Commentary with the special emphasis on the European Community. VCH Verlagsgesellschaft, Weinheim 1990.
- Karl-Nikolaus Peifer: Vergriffene und verwaiste Werke: Gesetzliche Lösung in Sicht?, v: GRUR Prax 2011, str. 1–3.

- Scott Sayare: France to Digitize Its Own Literary Works, v: New York Times, 14. december 2009; <www.nytimes.com/2009/12/15/world/europe/15france.html?_r=1> (3. 3. 2013).
- Thomas Riis in Jens Schovsbo: Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is it a VOLVO or a Lemon?, v: Columbia Journal of Law and the Arts, 33 (2010) IV; <ssrn.com/abstract=1535230> (1. 3. 2013).
- Eric Wilhelm Steinhauer: EU-Kommission will Digitalisierung verwaister Werke ermöglichen – Auswirkungen der geplanten Richtlinie auf Recht und Gesetzgebung in Deutschland, v: GRUR-Prax 2011, str. 288–290.
- Miha Trampuž, Branko Oman in Andrej Zupančič: ZASP s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 1997.
- Anna Vuopala: Assessment of the Orphan Works Issue and Costs for Rights Clearance. Evropska komisija, maj 2010; <ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/anna_report.pdf> (30. 1. 2013).
- Jurij Žurej: Avtorsko pravo – odprta vprašanja in pomisleki, v: Pravna praksa, 30 (2012) 43, priloga.

VERWAISTE WERKE IN DER RECHTSVERGLEICHUNG UND IM UNIONSRECHT

Eneja Drobež,

*universitätsdiplomierte Juristin, LL. M. (Heidelberg), Rechtsreferendarin
am Höheren Gericht in Ljubljana, wissenschaftliche Assistentin an der
Fakultät für Wirtschaftswissenschaften in Ljubljana und an der Europäischen
Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Nova Gorica*

1. BEGRIFFSBESTIMMUNG UND AUSGANGSPROBLEM

Ein Werk oder Tonträger gilt als verwaist, wenn keiner der Rechteinhaber ermittelt oder ausfindig gemacht worden ist, trotz Durchführung einer sorgfältigen Suche nach den Rechteinhabern.¹ Die meisten dieser Fälle finden sich in der Kategorie Werke, deren wirtschaftlicher Ausnutzung nur eine geringfügige Bedeutung zukommt.² Auf der anderen Seite geht es bei vielen verwaisten Werken, insbesondere bei Werken mit wertvollen Inhalten um das kulturelle Erbe einer Nation. Deswegen besteht ein berechtigtes Interesse der Allgemeinheit am Zugang zu denselben.³ Da sich die Werke jedoch in Archiven befinden, ist einem breiten Publikum kein leichter Zugang möglich. Gleichzeitig besteht auch die Gefahr, dass die Werke durch Zerstörung oder Verschleiß verloren gehen.

Durch Digitalisierung und öffentliche Zugänglichmachung im Internet kann technisch ermöglicht werden, wertvolle Inhalte aus Bibliotheksarchiven einem breiteren interessierten Publikum anzubieten. Den technischen Möglichkeiten steht allerdings eine rechtliche Hürde im Wege, nämlich diejenige der beiden

¹ Art. 2. Abs. 1 Richtlinie 2012/28/EU vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, Abl. L 299, 27. Oktober 2012.

² A. Katz, a.a.O., S. 13.

³ K. N. Peifer, a.a.O., S. 1.

Nutzungsarten (Digitalisierung, Angebot im Internet) und für diese wird eine vorherige Zustimmung des Rechteinhabers benötigt. Dieser ist jedoch, was auch durch die Begriffsbestimmung eines verwaisten Werkes erläutert wird, nicht auffindbar. Bibliotheken, die die Digitalisierung eines Werkes unternehmen, übernehmen somit das Risiko, dass sich der Rechteinhaber nachträglich meldet und die Nutzung seines Werkes verbietet, bzw. hierfür ein hohes Entgelt verlangt. Diese Möglichkeit bestehe nach Steinhauer nicht nur theoretisch, da die Zugänglichmachung eines Werkes im Internet die Chancen, den Rechteinhaber ausfindig zu machen, erheblich erhöht, so dass diese Nutzungsweise auch als »*Recherche durch Publikation*« bezeichnet werden könne.⁴ Für einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Benutzern der urheberrechtlich geschützten Werke und den Rechteinhabern ist eine besondere urheberrechtliche Regelung unvermeidlich.

2. RICHTLINIE 2012/28/EU ÜBER BESTIMMTE ZULÄSSIGE FORMEN DER NUTZUNG VERWAISTER WERKE

Auf europäischer Ebene wurde der Problematik der verwaisten Werke besondere Aufmerksamkeit geschenkt, was auf den Erlass eines verbindlichen Rechtaktes hinauslief. Am 24.8.2006 erließ die Europäische Kommission eine Empfehlung zur Digitalisierung und Online-Zugänglichkeit kulturellen Materials und dessen digitaler Bewahrung.⁵ Am 24.5.2011 hat die Europäische Kommission eine Richtlinie über die zulässige Benutzung verwaister Werke vorgeschlagen.⁶ Am 25.10.2012 erließ die EU die Richtlinie 2012/28/EU über bestimmte Formen der Nutzung verwaister Werke. Die Mitgliedstaaten müssen die Richtlinie bis zum 29.10.2014 in ihren nationalen Rechten umsetzen und somit eine Schrankenregelung zur Ermöglichung der Nutzung verwaister Werke einführen.⁷

Die Richtlinie regelt den Zugang zu verwaisten, nicht hingegen zu vergriffenen Werken als solchen, die nicht mehr in Büchereien und anderen Verkaufsstellen erhältlich sind. Die Mitgliedstaaten sollen jedoch spezifische Regelungen für vergriffene Werke grundsätzlich treffen können.⁸ Darüber hinaus lässt die Richtlinie jegliche Regelungen über die Verwaltung von Rechten auf natio-

⁴ E. W. Steinhauer, a.a.O., S. 289.

⁵ ABl. L 236 vom 31.8.2006, S. 28–30.

⁶ KOM (2011) 289 endg.

⁷ Art. 9 Abs. 1 Richtlinie 2012/28/EU.

⁸ Erwägungsgrund 4 der Richtlinie.

nalor Ebene unberührt.⁹ Gegenstand der Richtlinie sind Urheberrechte sowie Leistungsschutzrechte an Schriftwerken, Filmen, audiovisuellen Werken und Tonaufnahmen, nicht aber an den Schriftwerken, Filmen oder audiovisuellen Werken enthaltenen Fotografien.¹⁰ Darüber hinaus regelt die Richtlinie nur den Zugang zu Werken, die innerhalb der EWR zuerst veröffentlicht oder mit Zustimmung des Rechteinhabers öffentlich zugänglich gemacht worden sind.¹¹ So ist der privilegierte Nutzerkreis begrenzt – und zwar auf öffentlich zugängliche Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Archive und öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten.¹² Die Nutzer dürfen verwaiste Werke nur für unentgeltliche kulturelle und bildungspolitische Zwecke benutzen, wobei mit einer Vergütung nur die Kosten der Digitalisierung und Zugänglichmachung der Werke gedeckt werden dürfen.¹³ Der Abschluss öffentlich-privater Partnerschaftsübereinkommen ist aber nicht ausgeschlossen.¹⁴

Ob ein Werk verwaist ist, muss durch sorgfältige Suche grundsätzlich im jeweiligen Mitgliedstaat festgestellt werden, also wo das Werk erstmals an die Öffentlichkeit gelangte oder wo der Hersteller eines Films oder eines audiovisuellen Werkes seine Hauptniederlassung hat.¹⁵ Die Richtlinie enthält ausführliche Angaben zu den Standards der sorgfältigen Suche, sowie einen Anhang mit Benennung von Datenbanken, in denen die Recherche durchgeführt werden muss. Wenn das Verwaisten eines Werkes in einem Mitgliedstaat festgestellt wird, gilt dieses als verwaist in allen Mitgliedstaaten.¹⁶ Dies gilt, bis sich der Rechteinhaber meldet und der Waisenstatus des Werkes beendet wird.¹⁷ Der Rechteinhaber hat ein Recht auf einen gerechten Ausgleich für die vorangegangene Nutzung.¹⁸

3. DER UMSETZUNGSSPIELRAUM DES SLOWENISCHEN GESETZGEBERS

Der slowenische Gesetzgeber ist verpflichtet, bis Ende Oktober 2012 eine spezielle Regelung für den Umgang mit verwaisten Werken zu schaffen. Dabei

⁹ Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie.

¹⁰ Art. 10 der Richtlinie.

¹¹ Art. 1 Abs. 2 und 3 der Richtlinie.

¹² Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie.

¹³ Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie.

¹⁴ Erwägungsbegründung 21.

¹⁵ Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie.

¹⁶ Art. 4 der Richtlinie.

¹⁷ Art. 5 der Richtlinie.

¹⁸ Art. 6 Abs. 5 der Richtlinie.

enthält die Richtlinie nur teilweise genauere Bestimmungen über die Merkmale der geplanten Regelung:

1. die Begriffsbestimmung, was unter einem „verwaisten Werk“ zu verstehen ist;
2. welche Werkarten unter die spezielle Regelung fallen und welchen Ursprungs die Werke sein sollen;
3. wer berechtigt ist, die verwaisten Werke zu benutzen;
4. welchen Zweck die Benutzung der verwaisten Werke verfolgen soll;
5. wann die Suche nach einem Rechteinhaber durchgeführt werden muss und wann dem Standard einer sorgfältigen Suche genügt wird, und
6. das Gebot der gegenseitigen Anerkennung von verwaisten Werken.

Da die Richtlinie einige Aspekte der Regelung nicht oder nur in geringem Maße regelt, hat der Mitgliedstaat einen größeren Entscheidungsspielraum bei der Gestaltung der Regeln darüber:

1. wer nachprüfen soll, ob der Benutzer nach den Rechteinhabern mit ausreichender Sorgfalt gesucht hat und wann;
2. die Benutzer für die Benutzung verwaister Werke eine Lizenz erwerben sollen und von wem;
3. die Lizenz entgeltlich oder unentgeltlich sein soll.

Slowenien kann sich bei der Gestaltung der Regelung für verwaiste Werke die geltenden Regelungen Kanadas, Ungarns, Großbritanniens oder skandinavischer Länder sowie die gesetzlichen Initiativen aus Deutschland und den Vereinigten Staaten zum Vorbild nehmen. Es kann aber auf einige Fragen auch eigene Antworten finden, die den Besonderheiten des slowenischen Urheberrechtssystems und kulturellen Umfelds entsprechen würden.

4. GELTENDE UND VORGESCHLAGENE REGELUNGEN ÜBER VERWAISTE WERKE

In den skandinavischen Ländern sind die Verwertungsgesellschaften seit den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts befugt, erweiterte, kollektive Lizenzen zu erteilen. Demzufolge erstreckt sich die erteilte Lizenz auch auf die Nutzung der Werke, deren Rechteinhaber keinen Wahrnehmungsvertrag mit der Verwertungsgesellschaft geschlossen haben. Das gilt nur dann nicht, wenn die Rechteinhaber der Verwertungsgesellschaft die Wahrnehmung ihrer Rechte verbieten.¹⁹ Da die Rechteinhaber, die nicht auffindbar sind, keine solche Erklärung

¹⁹ J. Axhamn und L. Guibault, a.a.O., S. 25–26.

gegenüber Verwertungsgesellschaften abgeben können, befinden sich ihre Werke stets in den Repertoires der Verwertungsgesellschaften. Somit können die Benutzer bei der Verwertungsgesellschaft eine Pauschallizenz erwerben, unter der auch die Benutzung verwaister Werke erlaubt ist. Grundsätzlich soll die Verwertungsgesellschaft nach den Rechteinhabern suchen, dies kann aber durchaus erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.

Das kanadische Gesetz über die Urheberrechte war weltweit das erste, das eine besondere Regelung für verwaiste Werke einführt. Das Gesetz misst dem Ausschuss für das Urheberrecht (Copyright Board) die wichtigste Rolle bei. Bei ihm kann ein Benutzer eine Lizenz erwerben, nachdem er bewiesen hat, dass er eine sorgfältige Suche nach den Rechteinhabern durchgeführt hat. Für die Erteilung der Lizenz ist jedoch regelmäßig eine Geldsumme an die Verwertungsgesellschaft abzugeben, die die Rechte gleicher Art verwaltet. Es wird vermutet, dass die vermissten Rechteinhaber besser aufzufinden sind, wenn ihre Werke entgeltlich benutzt und mit dieser Summe andere Urheber unterstützt werden.²⁰

Neuere gesetzliche Regelungen, die sich mit verwaisten Werken befassen, sind dadurch gekennzeichnet, dass sie beide geltenden Systeme miteinander kombinieren. Wegen der zwei verschiedenen Arten der Lizenzierung verwaister Werke gelten sie als „dualistisch“.²¹ Ungarn hat sich für die Gestaltung seiner Regelung die in Kanada geltende Regelung zum Vorbild genommen und die Lizenzierung der verwaisten Werke dem Ausschuss für Urheberrecht anvertraut. Da aber die ungarischen Verwertungsgesellschaften dafür zuständig sind, erweiterte kollektive Lizenzen zu erteilen, wird in der Praxis die besondere Regelung nur dann benutzt, wenn keine Verwertungsgesellschaft für die Verwaltung bestimmter Werkarten existiert. Großbritannien hat in diesem Jahr eine Rahmenregelung für verwaiste Werke unter Berücksichtigung der Richtlinie 2012/28/EU geschaffen. Die Regelung erlaubt aber, anders als die Richtlinie, die Benutzung verwaister Werke nicht nur für gemeinnützige, sondern auch für gewerbliche Zwecke. In beiden Fällen ist die Lizenz gegen ein Entgelt zu erhalten. Die Novelle sieht auch vor, dass die Verwertungsgesellschaften erweiterte kollektive Lizenzen erteilen können. Es bleibt daher zu erwarten, dass die erweiterten kollektiven Lizenzen wegen ihrer Eigenschaften auch einige verwaiste Werke erfassen würden.²²

²⁰ J. de Beer und M. Bouchard, a.a.O., S. 252.

²¹ D. R. Hansen, G. A. Hinze und J. M. Urban, a.a.O., S. 21.

²² Extended Collective Licencing (ECL) – Impact Assessment, 18. Mai 2012, S. 3; <www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1054-20120702.pdf> (5. 5. 2013).

In Deutschland und den Vereinigten Staaten wurden bisher verschiedene Regelungsvorschläge über verwaiste Werke veröffentlicht. Der Vorschlag aus den Vereinigten Staaten orientiert sich mehr an einer Begrenzung der Rechtsmittel der Rechteinhaber gegen redliche Benutzer, als an der Gestaltung einer materiellen Schrankenregelung zugunsten der Benutzer.²³ Der letzte Vorschlag der Bundesregierung sieht besondere Regelungen sowohl für verwaiste als auch für vergriffene Werke vor. Danach dürften die verwaisten Werke erst nach der Dokumentation und Übergabe der Dokumente über die sorgfältige Suche an das Deutsche Patent- und Markenamt benutzt werden. Für die vergriffenen Werke legt der Regierungsvorschlag jedoch die Vermutung nahe, dass die Verwertungsgesellschaft, die Rechte an vergriffenen Werken wahrnimmt, berechtigt sei, unter Umständen Dritten diese Rechte, auch an Werken anderer Rechteinhaber einzuräumen, mit denen sie keinen Wahrnehmungsvertrag geschlossen hat.²⁴

5. VORSCHLAG FÜR DIE UMSETZUNG DER RICHTLINIE 2012/28/EU IM SLOWENISCHEN RECHT

Die Richtlinie 2012/28/EU soll im Einklang mit dem geltenden Urheberrecht umgesetzt werden. Das slowenische Gesetz über das Urheberrecht und die verwandten Rechte (ZASP) erfassen die Schranken des Urheberrechts: Artt. 47 und 47a enthalten gesetzliche Lizenzen, die eine Nutzung der geschützten Werke erlauben, unter der Voraussetzung der Zahlung einer angemessenen Vergütung. In den Artt. 48 bis 57 sind die Fälle der freien Nutzungen der geschützten Werke angeführt. Weiter kennt ZASP auch Zwangslizenzen, wo für die Nutzung eine Zustimmung der Rechteinhaber verlangt wird, die aber der Rechteinhaber einem berechtigten Benutzer geben muss. Als eine Form von Zwangslizenz wird in der Literatur und Praxis auch die obligatorische kollektive Rechtswahrnehmung nach Art. 147 ZASP angesehen.²⁵ Nach Art. 147 i.V.m. Art. 151 Abs. 2 und 3 geht nämlich die Wahrnehmungsbefugnis von bestimmten Urheberrechten von Gesetzes wegen auf die zuständige Verwertungsgesellschaft über, auch gegen den Willen des Rechteinhabers.

²³ U.S. Copyright Office, Report on Orphan Works, <www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf> (4. 3. 2013).

²⁴ <www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_Gesetzes_zu_Nutzung_verwaister_Werke_und_zu_weiteren_Aenderungen_des_Urheberrechtsgesetzes_und_des_Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes.pdf?__blob=publicationFile> (30. 8. 2013).

²⁵ Urteile des Höheren Gerichts in Ljubljana vom 24. Oktober 2012 (II Cp 1356/2012) und vom 30. Oktober 2012 (II Cp 65/2012), M. Trampuž, B. Oman und A. Zupančič, a.a.O., S. 363, 366.

Meiner Meinung nach wäre die beste Lösung für verwaiste Werke, wenn ihre Nutzung unter Erteilung einer Lizenz seitens einer öffentlichen Stelle erlaubt würde. Die Stelle würde ebenfalls die Sorgfalt der Suche nach dem Rechteinhaber überprüfen. Die Kosten dafür könnten auch aus dem Staatshaushalt gedeckt werden, angesichts dessen, dass die Benutzer gemeinnützige Einrichtungen wären und dass die Digitalisierung des slowenischen Kulturerbes im allgemeinen Interesse läge. Die Benutzung verwaister Werke soll entgeltlich sein, aber nur wenn sich der wahre Rechteinhaber nachträglich meldet. Die Alternative – vorherige Bezahlung des Entgelts an die Verwertungsgesellschaft – kann zur Folge haben, dass sich andere Rechteinhaber bereichern könnten, obwohl sie bei der Schaffung der benutzten Werke nicht mitgewirkt haben.

Da die Richtlinie jegliche Regelungen über die Verwaltung von Rechten auf nationaler Ebene unberührt lässt, könnte Slowenien auch obligatorische oder erweiterte kollektive Wahrnehmung von Rechten zur Vervielfältigung oder öffentlicher Zugänglichmachung bestimmter Werke einführen.²⁶ Diese Regelung könnte zwar seitens der Benutzer möglicherweise erwünscht sein, da sie nicht verpflichtet sind, die Rechteinhaber zu suchen. Aber dabei würden die Interessen der bekannten Rechteinhaber, die ihre Rechte individuell wahrnehmen wollen und können, erheblich beeinträchtigt. Darüber hinaus würden sich die Chancen auf eine einheitliche Behandlung verwaister Werke auf europäischer Ebene und auf die erfolgreiche Einsetzung eines europäischen Registers mit verwaisten Werken verkleinern. Deswegen ist es nicht ratsam, nur wegen verwaister Werke die Befugnisse der Verwertungsgesellschaften zu erweitern, sondern eher die Entwicklung neuer Technologien zu fördern, die eine erfolgreiche und kostensparende Suche nach Rechteinhabern ermöglichen.

²⁶ Unter dem geltenden Recht ist das bereits der Fall für die öffentliche Zugänglichmachung von Fonogrammen (Art. 147 ZASP).



DOLOČITEV MEJE NA MORJU MED REPUBLIKO HRVAŠKO TER REPUBLIKO BOSNO IN HERCEGOVINO*

Mitja Grbec,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor mednarodnega pomorskega prava,
predsednik Društva za pomorsko pravo Slovenije*

1. UVOD

Geografski položaj obale Bosne in Hercegovine in pravni status njenih morskih vodâ nista zanimiva samo v kontekstu Jadranskega in Sredozemskega morja. Razlog je v dejstvu, da Republika Bosna in Hercegovina izvršuje suverenost nad ozkim pasom obale (koridor Neum-Klek), ki je zaprt med dvema deloma hrvaške obale,¹ in v (mednarodno)pravnem dejstvu, da je celotno morsko območje Republike Bosne in Hercegovine (notranje morske vode/teritorialno morje), tako na podlagi Pomorskega zakonika Republike Hrvaške iz leta 1994² kot z novejšim pomorskim zakonikom iz leta 2004,³ zaprto v sistemu hrvaških ravnih temeljnih črt (hrvaške notranje morske vode).⁴

* Prispevek je razširjena različica 5. točke 4. poglavja doktorske naloge *Extension of Coastal State Jurisdiction in Enclosed or Semi-Enclosed Sea: An Adriatic Sea Perspective*, ki jo je avtor zagovarjal na IMO Mednarodnem inštitutu za pomorsko pravo na Malti (IMO IMLI). Doktorska naloga je bila pripravljena pod mentorstvom profesorja Robina Churchilla, Pravna fakulteta Univerze Dundee (Velika Britanija). Stališča, izražena v prispevku, so izključno stališča avtorja.

¹ Za obširnejši zgodovinski pregled glej Duško Topalović in Gerard H. Blake: *The Maritime Boundaries of the Adriatic Sea*, v: *Maritime Briefing*, letnik 8, International Boundaries Research Unit, Univerza v Durhamu, 1996, str. 36–41, in Vladimir Ibler: *Mednarodno pravo mora i Hrvatska*. Barbat, Zagreb 2001, str. 188–191.

² Narodne novine, Republika Hrvaška, št. 17/1994.

³ Narodne novine, Republika Hrvaška, št. 181/2004.

⁴ Glej 19. člen Pomorskega zakonika RH iz leta 1994 in 18. člen Pomorskega zakonika RH iz leta 2004.

Obala Bosne in Hercegovine je ena najkrajših na svetu.⁵ Njena dolžina znaša 21 km, vendar je to zgolj zato, ker je oblikovana v obliki črke Z (polotok Klek). Dejansko »izhod« Bosne in Hercegovine na Jadransko morje ne presega desetih kilometrov,⁶ širina voda med obalo Bosne in Hercegovine (polotok Klek) in hrvaškim polotokom Pelješcem pa znaša manj kot dve morski milj. Obala Bosne in Hercegovine ne leži zgolj za hrvaškim polotokom Pelješac, temveč tudi za verigo nekaterih drugih hrvaških otokov.⁷



Zemljevid 1: Razmerje med obalama Hrvaške ter Bosne in Hercegovine⁸

Upoštevaajoč zemljepisne značilnosti obale Republike Bosne in Hercegovine in okoliških hrvaških otokov bi bilo mogoče zavzeti stališče, da Bosna in Hercegovina nima lastnega epikontinentalnega pasu⁹ niti nima možnosti razglasitve

⁵ Mirjam Škrk: Pomorski zakonik RS v luči mednarodnega prava, v: Zbornik prispevkov, X. dnevi javnega prava, 14.–16. junij 2004, Portorož, str. 497.

⁶ G. Blake in D. Topalović, nav. delo, str. 34.

⁷ Glej zemljevide 1–3.

⁸ Oblikovano po zemljevidu, objavljenem v G. Blake in D. Topalović, nav. delo, str. 9.

⁹ »Epikontinentalni pas obalne države obsega morsko dno in podzemlje v podmorskih prostorih, ki se raztezajo zunaj njenega teritorialnega morja prek celotnega naravnega podaljška njenega kopenskega območja do zunanega roba kontinentalnega obrobja ali do oddaljenosti 200 morskih milj, računajoč od temeljnih črt, od katerih se meri širina terito-

izključne ekonomske cone (v nadaljevanju IEC)¹⁰ ali drugih pasov jurisdikcije, temelječih na IEC, kot npr. ribiška in/ali zaščitno ekološka cona.¹¹ Bosno in Hercegovino lahko tako na podlagi 70. člena Konvencije Združenih narodov o pomorskem mednarodnem pravu (v nadaljevanju: UNCLOS)¹² uvrstimo med t. i. geografsko prikrajšane države.¹³

Pred obravnavo različnih pravnih vprašanj, ki se postavljajo pri razmejitvi in dostopu Republike Bosne in Hercegovine na Jadransko morje, se zdi smiselno preleteti zgodovinske okoliščine, ki so pripeljale do razmejitve na kopnem (in morju) med državama, kot jo poznamo danes. V nadaljevanju bomo skušali ugotoviti, kakšna je bila *de facto* pomorska meja med Hrvaško in Bosno ob razpadu SFRJ ter kakšen je morebitni pomen načela *uti possidetis* v dosedanjih dogovorih oziroma pogajanjih o določitvi meje na morju med Hrvaško in Bosno in Hercegovino.

rialnega morja, kjer zunanji rob kontinentalnega obrobja ne seže do te oddaljenosti. [...]» Glej prvi odstavek 76. člena UNCLOS, Uradni list SFRJ, Mednarodne pogodbe, št. 1/1986, str. 100. V angleškem jeziku United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), v slovenski literaturi včasih navedena kot Jamajška konvencija.

¹⁰ »Izključna ekonomska cona je območje zunaj teritorialnega morja in ob njem, za katero velja poseben pravni režim, določen v tem delu [V. del UNCLOS] [...] (55. člen UNCLOS). V izključni ekonomski coni ima država: (a) suverene pravice, da raziskuje in izkorišča, ohranja ter gospodari z živimi in neživimi naravnimi bogastvi voda nad morskim dnem in tistimi z morskega dna in morskega podzemlja ter glede drugih dejavnosti za ekonomsko raziskovanje in izkoriščanje cone, kot je pridobivanje energije z izkoriščanjem vode, tokov in vetrov; (b) jurisdikcijo na podlagi ustreznih določb te konvencije [UNCLOS] za (i) postavitev in uporabo umetnih otokov, postrojev in naprav; (ii) znanstveno raziskovanje morja; (iii) varstvo in ohranitev morskega okolja; (c) druge pravice in dolžnosti, predvidene v tej konvenciji. [...] (člen 56-1 UNCLOS). Izključna ekonomska cona se ne sme raztezati prek 200 morskih milj od temeljnih črt, od katerih se meri širina teritorialnega morja (57. člen UNCLOS).« Za celovito razpravo glej David J. Attard: *Exclusive Economic Zone in International Law*. Clarendon Press, Oxford 1987.

¹¹ O problematiki razglaševanja *sui generis* con jurisdikcije v Sredozemskem morju in Jadranskem morju glej tudi Mitja Grbec: *Extension of Coastal State Jurisdiction in the Mediterranean: Quasi EEZs or real sui generis zones?*, v: Norman A. Martínez Gutiérrez (ur.): *Serving the Rule of International Maritime Law, Essays in Honour of Professor David Joseph Attard*. Routledge, London in New York 2010, str. 181, in Mitja Grbec: *Problematika morskih pasov v (severnem) Jadranu*, v: *Podjetje in delo*, 33 (2007) 6-7, str. 1439.

¹² Glej opombo 9.

¹³ »V tem delu [V. del UNCLOS] pomenijo države z geografsko neugodnim položajem obalne države, v številni obalne države ob zaprtih ali polzaprtih morjih, ki so zaradi svoje geografske lege pri ustreznih preskrbi z ribami za prehrano lastnega prebivalstva odvisne od izkoriščanja živih bogastev izključnih ekonomskih con drugih držav v subregiji ali regiji, in obalne države, ki ne morejo razglasiti lastne izključne ekonomske cone« (člen 70(2), poudarek M. G.). Glej tudi M. Škrk, nav. delo, str. 496–502. Za celovito razpravo glej Stephen C. Vasciannie: *Land-Locked and Geographically Disadvantaged States in the International Law of the Sea*. Clarendon Press, Oxford 1990.

2. ZGODOVINA MEJNEGA OBMOČJA

Zanimivo je, da specifična oblika obale Bosne in Hercegovine in njen današnji dostop na Jadransko morje (Neum-Klek) nista posledica politične ozemeljske geometrije v času nekdanje SFRJ, temveč izhajata iz zgodovine regije in temeljita na dveh večstranskih mednarodnih pogodbah, sklenjenih v 18. stoletju med *inter alia* Otomanskim cesarstvom, Beneško republiko in Dubrovniško republiko. Gre za Sporazum iz Karlowitza (Sremski Karlovci) iz leta 1699, katerega vsebina je bila potrjena leta 1718 še v Sporazumu iz Požarevca.¹⁴ Z omenjenima pogodbama je Dubrovniška republika prenesla na Otomansko cesarstvo Neumski koridor (Neum-Klek), ki še danes deli hrvaško ozemlje na dva dela, in podoben pas ozemlja na vhodu v zaliv Boka Kotorska pri Sutorini (današnja Črna gora). Razlog za tako koncesijo je zanimiv in priča o diplomatskih sposobnostih Dubrovniške republike. Prav diplomatske veščine so nedvomno pripomogle, da je Dubrovniška republika obdržala status neodvisne države od 13. stoletja pa vse do Napoleonovih vojn leta 1808.

Iz razpoložljivih virov izhaja, da je bil namen »cesije« ozemlja vzpostavitev dveh t. i. tamponskih območij (angl. *buffer zones*) na severni in južni meji Dubrovniške republike, ki bi ozemeljsko slednjo ločila od ozemelj takratne jadranske velesile, Beneške republike. S stališča pomorskega mednarodnega prava (v nadaljevanju: pravo morja) je zanimivo zlasti dejstvo, da se je suverenost Otomanskega imperija pri Sutorini in Neumu končala na obali. Suverenost na morju pred omenjenima kopenskima »koridorjema« pa je izvajala Beneška republika.¹⁵ V praksi je to pomenilo, da brez beneškega dovoljenja ladjam ni bilo dovoljeno niti vpluti niti izpluti s kopnega, nad katerim je druga država (Otomansko cesarstvo) izvajala suverenost in jurisdikcijo.¹⁶ S stališča današnjega prava morja bi lahko dejali, da se je suverenost Otomanskega imperija končala na črtah nizke vode vzdolž polotoka Klek ter na (teoretični) ravni črti, ki zapira vhod v zaliv Klek-Neum.¹⁷

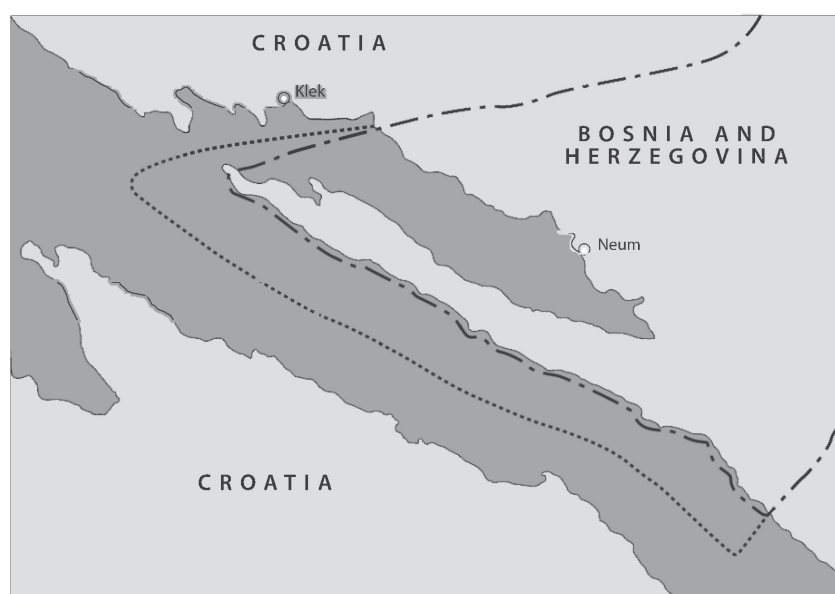
¹⁴ G. Blake in D. Topalović, nav. delo, str. 36.

¹⁵ Po Iblerjevem mnenju je bil namen sporazumov urediti mejo na kopnem med Beneško in Dubrovniško republiko ter Otomanskim cesarstvom. Namen je bil doseči razmejitev na kopnem med takratnima (jadranskima) pomorskima silama (Beneško in Dubrovniško republiko), in ne dostop Otomanskega cesarstva na Jadransko morje. Glej V. Ibler, nav. delo, str. 188–191.

¹⁶ Blake in Topalović navajata, da Otomansko cesarstvo ni imelo interesa, da bi se (pomorska) trgovina izvajala iz Neuma in Sutorine, saj so njihove glavne trgovske poti potekale drugje. Glej G. Blake in D. Topalović, nav. delo, str. 36.

¹⁷ O moči Beneške republike v 17. in 18. stoletju priča tudi dejstvo, da se je Jadransko morje v tisti dobi večkrat omenjalo kot »beneško morje«. V zvezi s tem glej npr. Guido Acquaviva in Tullio Scovazzi: *Il Dominio di Venezia sul Mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*. Univerza v Milanu – Biccoca, Giuffrè Editore, Milano 2007. Rešitev,

Da bi bil sporazum izvedljiv tudi v praksi, je na podlagi slednjega Beneška republika pridobila majhen kos ozemlja s svetilnikom in majhnim pristaniščem na konici polotoka Klek, ki je »Serenissimi«¹⁸ omogočil učinkovit nadzor nad trgovino in navigacijo v oba koridorja in iz njiju (Neum, Sutorina) ter vodom v zaliv Neum-Klek. Strinjati se je mogoče s Sombraliom, da je omenjeni sporazum izredno zanimiv in inovativen primer morske razmejitve, pri kateri država izvršuje suverenost nad obalo, ne pa tudi na morju pred njo.¹⁹



Zemljevid 2: Razmejitev na morju med Otomanskim cesarstvom in Beneško republiko (do leta 1815) oz. Avstro-Ogrsko (1815–1918) in »neuradna« meja na morju v času SFRJ²⁰

ki sta jo glede Neuma in Sutorine predvidevala sporazuma iz Požarevca in Sremskih Karlovcev, je zelo zanimiva tudi z današnjega gledišča. Priča namreč o zapletenih geopolitičnih in geostrateških razmerah na obali Jadranskega morja ter o kompromisih in inovativnih rešitvah, ki so bile in so še potrebne za ohranitev ravnovesja interesov, med drugim glede dostopa in uporabe posameznih delov Jadranskega morja.

¹⁸ Uradni naziv Beneške republike je bil Serenissima Republica di Venezia. Glej G. Acquaviva in T. Scovazzi, nav. delo, str. 53.

¹⁹ Citirano v G. Blake in D. Topalović, nav. delo, str. 41. Glej tudi zemljevid 2.

²⁰ Oblikovan po zemljevidu, objavljenem v Mladen Klemenčič: The Border Agreement Between Croatia and Bosnia-Herzegovina: The first, but not the last, v: IBRU Boundary and Security Bulletin, Winter 1999-2000, str. 99. Objavljeno tudi na <www.dur.ac.uk/resources/ibru/publications/full/bsb7-4_klemencic.pdf> (15. 1. 2012).

Zanimivo je, da sta oba »koridorja« s svojima *sui generis* režimoma prežive-la tudi konec Dubrovniške in Beneške republike (1808) in obstajala še vse do uradne priključitve Bosne in Hercegovine avstro-ogrski monarhiji leta 1908.²¹ S sklepi Dunajskega kongresa iz leta 1815 so bila nekdanja ozemlja Dubrovniške in Beneške republike v Dalmaciji prepuščena Avstriji (kasneje Avstro-Ogrska) ter vse do leta 1918 združena v enotni administrativni enoti, Dalmaciji. Evropske velesile so po drugi strani na Dunajskem kongresu leta 1815 potrdile suverenost Otomanskega cesarstva nad »koridorjema« Neum in Sutorina. Avstrija je kot naslednica Beneške republike vse do leta 1908 iz-vajala suverenost na repom Kleka (svetilnik, pristanišče) ter na morju pred Neumom in Sutorino.

Po ustanovitvi druge Jugoslavije in ponovne vzpostavitve Bosne in Hercego-vine kot federalne enote znotraj zgodovinskih meja je Bosna in Hercegovina obdržala le izhod na morje pri Neumu, medtem ko je bilo ozemlje pri Sutorini priključeno Črni gori. Kljub vključitvi ozemlja (Neum-Klek) v Bosno in Her-cegovino je prišlo do nekaterih pomembnih sprememb, predvsem v primerjavi s *sui generis* režimom, ki je obstajal v letih 1700–1908. Prvič: polotok Klek, vključno z repom Kleka, je bil vključen v občino Neum (Bosna in Hercego-vina). Drugič: iz *de facto* izvrševanja jurisdikcije (npr. pristojnost republiških organov) bi izhajalo, da neuradna razmejitev na morju med Hrvaško in Bosno in Hercegovino ni sledila črti nizkih voda vzdolž polotoka Klek, temveč sre-dinski črti med polotokom Klekom in hrvaškim polotokom Pelješcem.²² Fede-ralna enota Bosna in Hercegovina je v času nekdanje SFRJ izvajala jurisdikcijo tudi nad morjem pred lastno obalo in tako je bilo tudi stanje na dan razpada nekdanje SFRJ.²³

Eden pomembnejših dogodkov, za katerega se zdi, da je po koncu vojne v Bos-ni in Hercegovini vplival na »pomorske« odnose in pogajanja o (morski) meji med Hrvaško in Bosno in Hercegovino, je podpis dvostranskega sporazuma leta 1998 o dostopu Bosne in Hercegovine na Jadransko morje prek hrvaškega pristanišča Ploče in neoviranem tranzitu Hrvaške čez ozemlje Bosne in Her-cegovine pri Neumu (v nadaljevanju: Sporazum iz leta 1998). Kot izhaja že iz

²¹ Izjema je obdobje Ilirskih provinc med letoma 1805 in 1815, ki so pod francosko nadvlado zajemale tudi navedene province. Glej G. Blake in D. Topalović, nav. delo, str. 35.

²² Glej zemljevid 2.

²³ SR Bosna in Hercegovina se kljub temu ni odločila za gradnjo lastnega (tovornega) pristanišča, temveč je za svoje potrebe uporabljala večinoma hrvaško pristanišče Ploče. Slednje je od Neuma oddaljeno približno 20 km in je s cestnimi in železniškimi povezava-mi povezano z večjimi gospodarskimi centri v Bosni in Hercegovini. Hrvaško pristanišče Ploče je bilo tako v času nekdanje SFRJ in je *de facto* še danes najpomembnejše (tovorno) pristanišče za Bosno in Hercegovino.

naslova, sta bila bistvena elementa omenjenega sporazuma neoviran tranzit Bosne in Hercegovine do hrvaškega pristanišča Ploče in celo najem dela slednjega (prosta carinska cona za obdobje 99 let) ter po drugi strani neoviran prehod (tranzit) Hrvaške prek ozemlja Bosne in Hercegovine pri Neumu.²⁴ V istem obdobju sta se državi začeli pogajati o določitvi meje na kopnem in morju. Navedeni proces je 30. julija 1999 privedel do podpisa pogodbe o državni meji med Republiko Hrvaško ter Republiko Bosno in Hercegovino (v nadaljevanju: Sporazum o meji iz leta 1999). Slednja določa tako mejo na kopnem in (plovnih) rekah kakor tudi na morju.

Pri tem se zdi, da sta pri sklenitvi Sporazuma o meji iz leta 1999, vsaj v delu, ki se nanaša na razmejitev na morju, državi upoštevali rešitve iz Sporazuma iz leta 1998, čeprav slednjega takrat kot tudi še danes Hrvaška še ni ratificirala. Žal je podobna usoda doletela tudi Sporazum o meji iz leta 1999, čeprav se slednji začasno uporablja od dneva podpisa obeh držav. Mednarodnopravni status obeh sporazumov je zelo pomemben. Zdi se, da le oba skupaj rešujeta večino, ne pa vseh vprašanj v zvezi z določitvijo meje in načina dostopa Bosne in Hercegovine na Jadransko morje. Tudi v primeru veljavnosti obeh dvostranskih sporazumov bi sicer ostalo nerešeno eno najbolj zanimivih vprašanj s stališča prava morja, za katero se zdi, da je vsaj dolgoročno za Bosno in Hercegovino ključno. Gre za pravico oziroma pravno naravo pravice plovbe Bosne in Hercegovine skozi (notranje) morske vode Republike Hrvaške.

Iz navedenega izhaja, da poleg analize Pogodbe o meji iz leta 1999 obstajajo vsaj še trije vidiki spora, ki si s stališča mednarodnega prava zaslužijo pozornost. Prvo vprašanje se nanaša na pravni status voda Bosne in Hercegovine (notranje morske vode/teritorialno morje), drugo na mednarodnopravno dopustnost zaprtja voda Bosne in Hercegovine v hrvaški sistem ravnih temeljnih črt (hrvaške notranje morske vode) in tretje na pravno naravo pravice plovbe Bosne in Hercegovine skozi hrvaške (notranje) vode v smeri odprtega morja in/ali con jurisdikcije v Jadranskem morju (IEC, ekološke in/ali ribiško zaščitne cone ...).

²⁴ Prej je Washingtonski sporazum iz leta 1994, ki je sicer v Bosni in Hercegovini predvideval ustanovitev treh entitet (bosanske, hrvaške in srbske), določal, da bo Hrvaška Bosni in Hercegovini omogočila neoviran tranzit do pristanišča Ploče (in na Jadransko morje) brez hrvaškega carinskega in policijskega nadzora in da bo vodstvo pristanišča Ploče sestavljeno tudi iz predstavnikov Bosne in Hercegovine. Glej Željko Rogošić: *Bosnia forbids passage of Dubrovnik motorway through its territory*, v: Nacional-online, 5. maj 2008, <www.nacional.hr/en/clanak/45241/bosnia-forbids-passage-of-dubrovnik-motorway-through-its-territory> (15. 9. 2011).

3. PRAVNI STATUS MORSKIH VODA BOSNE IN HERCEGOVINE: NOTRANJE MORSKE VODE IN/ALI TERITORIALNO MORJE?

Na podlagi *Zakona o obalnem morju in epikontinentalnem pasu Socialistične federativne republike Jugoslavije*²⁵ (kakor tudi prejšnjih zakonov, ki so urejali določitev ravnih temeljnih črt ob jugoslovanski obali) so bile današnje morske vode Bosne in Hercegovine zaprte v sistem jugoslovanskih ravnih črt. Po razpadu SFRJ pa Bosna in Hercegovina ni posredovala nikakršnega uradnega stališča glede statusa svojih vodā (ali gre za notranje morske vode ali teritorialne vode) niti ni najti določbe o tem v Sporazumu o meji iz leta 1999.²⁶

Čeprav je vprašanje, ali imajo morske vode Bosne in Hercegovine pravni status notranjih morskih vodā ali teritorialnega morja, bržkone omejene praktične vrednosti, je zanimivo predvsem s stališča pomorskega mednarodnega prava (prava morja). Razprava o tem lahko namreč pripomore k razumevanju nekaterih drugih podobnih primerov v zaprtem ali polzaprtem Jadranskem in/ali širšem Sredozemskem morju. Vprašanja, ki se pojavljajo v zvezi z Bosno in Hercegovino, so namreč do neke mere podobna vprašanjem v zvezi s Piranskim zalivom ter razmejitvijo v zalivu Boka Kotorska med Hrvaško in Črno goro. Primarno gre za vprašanje, ali je ob razpadu SFRJ avtomatično prišlo do spremembe nekdanjih notranjih morskih vodā²⁷ v teritorialno morje.²⁸ To vprašanje je aktualno tako v obeh omenjenih mejnih zalivih (*border bays*) kakor tudi v kontekstu današnjih morskih vodā Bosne in Hercegovine.

Navedenega vprašanja se je treba lotiti s precejšnjo previdnostjo, saj kljub podobnostim med navedenimi primeri obstajajo pomembne razlike. Medtem ko sta bila Piranski zaliv in Boka Kotorska v času nekdanje SFRJ v skladu z 10. členom UNCLOS zaprta z »razmejitveno [temeljno] črto«,²⁹ so bile današnje morske vode Bosne in Hercegovine kot notranje morske vode vključene v bi-

²⁵ Zakon o obalnem morju in epikontinentalnem pasu Socialistične federativne republike Jugoslavije – ZOMEJ, Ur. l. SFRJ, št. 49/87.

²⁶ Glej razpravo v točki 4.

²⁷ Člen 8 UNCLOS v prvem odstavku določa, da so »vode od temeljne črte teritorialnega morja v smeri proti kopnemu del notranjih morskih vodā države«. Glej tudi razpravo v točki 3.

²⁸ Za nadaljnjo razpravo glej Mitja Grbec: *Extension of Coastal State Jurisdiction in Enclosed or Semi-Enclosed Seas: A Mediterranean and Adriatic Perspective*, Routledge, London, New York, (november) 2013, predvsem četrto poglavje z naslovom 'Delimitation of Maritime Boundaries in the (Eastern) Adriatic Sea: Border Bays, *Uti Possidetis* and an Enclosed or Semi-Enclosed Sea', str. 134–189.

²⁹ »(1) Ta člen [10. člen UNCLOS] se nanaša samo na zalive, katerih obale pripadajo eni državi. [...]

stveno širši sistem ravnih temeljnih črt nekdanje SFRJ (7. člen UNCLOS). Tudi če bi vode v omenjenih zalivih ohranile status notranjih in/ali zgodovinskih morskih voda,³⁰ bi zunaj obeh zalivov še vedno ostal pas teritorialnih voda in/ali odprtega morja oziroma t. i. con. Pri tem je nujno poudariti, da trenutno ni izrecnega pravila mednarodnega prava (bodisi pogodbenega ali običajnega), ki bi določalo avtomatsko spremembo notranjih morskih voda v teritorialne vode (npr. znotraj mejnega zaliva) v trenutku, ko neka federalna enota doseže neodvisnost. Nadalje je treba upoštevati 2. člen UNCLOS, katere pogodbenica je Bosna in Hercegovina.³¹ Ta v prvem odstavku določa:

»[s]uverenost obalne države se prek njenega kopnega in notranjih morskih voda [...] razteza na morski pas ob obali, imenovan teritorialno morje«.

Na podlagi prvega odstavka 2. člena UNCLOS bi bilo mogoče zavzeti stališče, da slednji ne omogoča situacije, v kateri bi bilo celotno morsko območje obalne države sestavljeno le iz notranjih morskih voda. V primeru Bosne in Hercegovine to pomeni, da mora vsaj del njenih voda imeti status teritorialnih voda. V konkretnem primeru je torej do pravne konverzije notranjih morskih voda v teritorialno morje dejansko prišlo ob razpadu nekdanje SFRJ.³²

Vukas je bil sicer pri tem mnenja, da »[n]i nobenega razloga, ki bi preprečeval, da bi se vode zaliva Neum obravnavale kot notranje morske vode Bosne in Hercegovine, vode vzdolž polotoka Klek pa kot teritorialno morje te države [...]«. ³³ Čeprav je mogoče pritrditi dejstvu, da bi bile vode (geografskega) zaliva Klek-Neum lahko zaprte z ravno temeljno črto (čeprav ne kot »pravni« zaliv, temveč na podlagi instituta »ravnih temeljnih črt«), je treba upoštevati dej-

(4) Če razdalja med črtama nizke vode v naravnih vhodnih točkah zaliva presega 24 morskih milj, se lahko potegne razmejitvena črta med tema dvema črtama nizke vode ter se vode, ki jih zajame, štejejo za notranje morske vode. [...]« [poudarek M. G.] Vode znotraj Piranskega zaliva in Boke Kotorske so imele v času nekdanje SFRJ status notranjih morskih voda.

³⁰ »Država lahko uveljavlja zgodovinski naslov nad zalivom, če lahko dokaže, da je vode zaliva skozi daljše obdobje štela za notranje vode ter da je skozi daljše obdobje javno, učinkovito in nepretrgoma izvajala svojo oblast nad zalivom ter da je bilo izvrševanje te suverenosti sprejeto s strani drugih držav (*acquiescence*).« Glej Sekretariat Združenih narodov, Study of the Juridical Regime of the Historic Waters, including Historic Bays, 16, U.N. Doc. A/CN. 4/143, 9. marec 1962.

³¹ UNCLOS je za Bosno in Hercegovino začel veljati 12. januarja 1994.

³² Zdi se, da je tako tudi stališče Klemenčiča, ki v svojem prispevku omenja »teritorialno morje« Bosne in Hercegovine. Glej M. Klemenčič, nav. delo, str. 100.

³³ Glej Budislav Vukas: Sea Boundary Delimitation and Internal Waters, v: Tafsie Mallick Ndiaye in Rüdiger Wolfrum: Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston 2007, str. 561.

stvo, da drugače od Piranskega zaliva in zaliva Boka Kotorska taka črta nikoli ni obstajala, niti v času nekdanje SFRJ. Ob upoštevanju 5. člena UNCLOS, ki navaja, da »[č]e s to konvencijo [UNCLOS] ni določeno drugače, je normalna temeljna črta za merjenje širine teritorialnega morja črta nizke vode vzdolž obale [...]«, bi bilo mogoče skleniti, da ob odsotnosti izrecnega akta Bosne in Hercegovine glede določitve ravnih temeljnih črt temeljna črta, od katere se meri širina teritorialnega morja, sledi črti nizkih voda vzdolž obale slednje. Na podlagi navedenega bi bilo mogoče zavzeti stališče, da je pravni status morskih voda Bosne in Hercegovine od (temeljne) črte nizkih voda vzdolž obale teritorialno morje, in ne notranje morske vode.

4. MEDNARODNOPRAVNA DOPUSTNOST »ZAPRTJA« VODA BOSNE IN HERCEGOVINE V SISTEM RAVNIH TEMELJNIH ČRT REPUBLIKE HRVAŠKE

Medtem ko ni nobenega dvoma, da je bila določitev ravnih temeljnih črt na način, ki je vključeval polotok Pelješac in obale takratne SR Bosne in Hercegovine v sistem ravnih temeljnih črt nekdanje SFRJ, v skladu z Konvencijo o teritorialnem morju in zunanjem pasu iz leta 1958,³⁴ UNCLOS in/ali običajnim mednarodnim pravom,³⁵ je vprašanje, ali je Hrvaška ravnala v skladu z določbami UNCLOS glede določitve ravnih temeljnih črt (za katere je mogoče trditi, da so postale del običajnega mednarodnega prava), ko je v letih 1994 in 2004 v svoj pomorski zakonik prenesla koordinate nekdanjega jugoslovanskega sistema ravnih temeljnih črt, ne da bi pustila Bosni in Hercegovini »izhod« oziroma »koridor« teritorialnega morja, ki bi slednji omogočil izvrševanje mednarodnopravnih priznanih pravic plovbe skozi hrvaške vode do odprtega morja oziroma con.³⁶ Z mednarodnopravnega vidika je sprejetje hrvaškega pomorskega zakonika leta 1994 (in nato novega pomorskega zakonika leta 2004)

³⁴ Glej Ur. l. SFRJ – MP, št. 4/65. V Ženevske konvencije o pomorskem mednarodnem pravu, ki so bile sprejete leta 1958, spadajo še: Konvencija o odprtem morju, Konvencija o epikontinentalnem pasu, Konvencija o ribolovu in ohranitvi živih naravnih bogastev odprtega morja. Glej M. Škrk, nav. delo, str. 494.

³⁵ Churchill in Lowe sta bila mnenja, da so določbe Konvencije o teritorialnem morju in zunanjem pasu iz leta 1958 in UNCLOS v delu, ki se nanašajo na določitev ravnih temeljnih črt, postale del običajnega mednarodnega prava. Med razlogi navajata, da so bile določbe o ravnih temeljnih črtah iz konvencije iz leta 1958 brez sprememb (in nasprotovanja) prenesene v UNCLOS. Glej Robin Churchill in Vaughan Lowe: *The Law of the Sea*, tretja izdaja. Manchester University Press, Manchester 1999, str. 54.

³⁶ Glej 19. člen Pomorskega zakonika Republike Hrvaške iz leta 1994 in 18. člen Pomorskega zakonika Republike Hrvaške iz leta 2004. Angleški prevod zakonika iz leta 1994 je objavljen tudi na povezavi: <www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/HRV_1994_Code.pdf> (15. 1. 2012).

nova določitev ravnih temeljnih črt, in ne neka vrsta sukcesije nekdanjega jugoslovanskega sistema.³⁷

Pri tem se zdi, da bi Hrvaška ob določitvi ravnih temeljnih črt vzdolž svoje obale morala upoštevati bistveno mednarodnopravno spremembo na nekdanji jugoslovanski obali, to je nastanek nove neodvisne države Bosne in Hercegovine, ki ji gredo vse pravice in dolžnosti, ki jih za obalne države določata konvencija UNCLOS in običajno mednarodno pravo. Pri določanju lastnega sistema ravnih temeljnih črt bi Hrvaška morala upoštevati šesti odstavek 7. člena UNCLOS,³⁸ ki jasno določa, da »[d]ržava ne more uporabiti sistema ravnih temeljnih črt tako, da bi s tem ločila teritorialno morje druge države od odprtega morja ali izključne ekonomske cone«. Pri tem ni nepomembno, da nekateri ugledni mednarodnopravni strokovnjaki navajajo, da je bila omenjena določba vključena v Konvencijo o teritorialnem morju in zunanjem pasu iz leta 1958 (in kasneje prenesena v UNCLOS) prav z namenom ureditve podobnih geografskih in mednarodnopravnih situacij kot v Bosni in Hercegovini. Churchill in Lowe sta bila mnenja, da omenjena določba ureja situacije, v katerih je manjši del obale ene države obkrožen z ozemljem druge države (npr. Kneževina Monako/Francija), ali situacijo, v kateri manjši otoki, nad katerimi suverenost izvršuje ena država, ležijo blizu obale druge države (npr. grški otoki pred turško obalo).³⁹ Bosna in Hercegovina izpolnjuje oba pogoja. Njena obala je na kopnem obkrožena s hrvaškim ozemljem, medtem ko v neposredni bližini njene obale leži hrvaški polotok Pelješac.

Tudi Prescott in Schofield sta bila v interpretaciji šestega odstavka 7. člena UNCLOS zelo jasna. Navajata, da »[z]adnji odstavek 7. člena [UNCLOS] ne dopušča dvomov. Državam prepoveduje določanje ravnih temeljnih črt na način, ki bi teritorialno morje druge države ločil od odprtega morja ali izključne ekonomske cone.«⁴⁰

Prescott in Schofield sta se pri tem sklicevala na dva (nerešena) primera v Sredozemlju, kjer bi bilo mogoče zavzeti stališče, da sta obalni državi kršili določila šestega odstavka 7. člena UNCLOS (prej peti odstavek 4. člena Konvencije o teritorialnem morju in zunanjem pasu). V prvem primeru gre za Maroko, ki je leta 1975 določil sistem ravnih temeljnih črt tako, da je »zaprl« španski enklavi Ceuta in Melila na maroški obali (ter bližnje španske otočke) v sistem

³⁷ Victor Prescott in Clive Schofield: *The Maritime Political Boundaries of the World*, druga izdaja. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston 2005, str. 161.

³⁸ Glej peti odstavek 4. člena Konvencije o teritorialnem morju in zunanjem pasu.

³⁹ Glej R. Churchill in V. Lowe, nav. delo, str. 37.

⁴⁰ Glej V. Prescott in C. Schofield, nav. delo, str. 160–161.

maroških ravnih temeljnih črt.⁴¹ Drugi primer je Ciper, ki je leta 1993 »zaprl« v sistem ravnih temeljnih črt britanski suvereni bazi Akhrotiri in Dhakelio⁴² na otoku, za kateri je nesporno, da imata tudi lastno teritorialno morje. Strokovnjaka nadalje omenjata primer Francije, ki je leta 1967 določila svoj sistem ravnih temeljnih črt v Sredozemlju tako, da Kneževini Monako omogoča neomejen dostop na odprto morje.

V zvezi s tem bi bilo mogoče zavzeti tako stališče. Če obalna država nima pravice določiti ravnih temeljnih črt tako, da bi ločile teritorialno morje ene države od odprtega morja ali njene izključne ekonomske cone (kar jasno izhaja iz 7. člena UNCLOS), je slednja še manj upravičena zapreti notranje morske vode in/ali teritorialno morje druge države znotraj lastnega sistema ravnih temeljnih črt. Pri tem se zdi, da bi pravilna uporaba 7. člena UNCLOS (4. in 5. člen Konvencije o teritorialnem morju in zunanjem pasu) terjala prekinitev hrvaškega sistema ravnih temeljnih črt tako, da bi omogočil stik teritorialnih voda Bosne in Hercegovine s teritorialnimi vodami Republike Hrvaške in ne bi dopuščal nobenega dvoma glede pravice plovbe Bosne in Hercegovine (pravica neškodljivega prehoda) skozi hrvaške vode.⁴³ S tem se strinja tudi Vukas, ki med drugim navaja:

[...] bez obzira na činjenicu da pomorske veze Bosne i Hercegovine bitno ovise o korištenju hrvatske luke Ploče, Hrvatska bi morala povući nove polazne crte, koje bi omogućile da teritorijalno more Bosne i Hercegovine, preko našeg teritorijalnog mora, bude spojeno s jadranskim vodama izvan našeg teritorijalnog mora.⁴⁴

Tudi iz sodbe Meddržavnega sodišča v Haagu v zadevi *Fisheries Jurisdiction Case*⁴⁵ bi bilo mogoče po analogiji sklepati, da ravna oziroma ravne temeljne črte, ki zapirajo morska območja Bosne in Hercegovine znotraj hrvaškega sistema ravnih temeljnih črt (hrvaške notranje vode), niso mednarodnopravno zavezujoče za Bosno in Hercegovino niti za tretje države, ki bi proti njim uradno protestirale. Pri tem je zanimivo, da vsaj iz podatkov, ki so na voljo, izhaja,

⁴¹ Glej Faraj Abulallah Ahnish: *The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean Sea*. Clarendon Press, Oxford 1993, str. 190.

⁴² F. A. Ahnish, nav. delo, str. 190. Glej tudi Tullio Scovazzi: *Maritime Boundaries in the Eastern Mediterranean Sea*, Policy Brief. The German Marshal Fund of the United States, Mediterranean Policy Program, Washington 2012, str. 2–3.

⁴³ Glej razpravo v točki 6.

⁴⁴ Budislav Vukas: *Pomorski zakonik Republike Hrvatske i međunarodno pravo mora*, v: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, št. 1-2, Zagreb 2008, str. 188.

⁴⁵ »[T]he delimitation of sea areas has always an international aspect; it cannot be dependent merely upon the will of the coastal state as expressed in municipal law [...].« *Fisheries Case*, sodba, 18. december 1951, I.C.J. Reports 1951, str. 116, točka 132.

da niti Bosna in Hercegovina niti katera druga država ni uradno protestirala proti načinu hrvaške določitve ravnih temeljnih črt.⁴⁶ Slednje bi bilo sicer mogoče pripisati pomanjkanju (trgovskih) pristanišč za mednarodni promet na obalah Bosne in Hercegovine in posledično bistveno zmanjšanemu interesu tretjih držav za plovbo v tem delu morja.

5. SPORAZUM O MEJI MED HRVAŠKO TER BOSNO IN HERCEGOVINO (1999)

Čeprav podpisani, vendar še ne ratificirani Sporazum o meji med Republiko Hrvaško in Republiko Bosno in Hercegovino⁴⁷ ureja tako mejo na kopnem kot mejo na morju, o prioritetah držav ni dvoma. Od 24 členov, kolikor jih vsebuje sporazum, se samo 4. člen ukvarja z mejo na morju⁴⁸ kot tudi z mejo na rekah, ki se uporabljajo za mednarodno plovbo.⁴⁹ Upoštevajoč neugodno zemljepisno lego obale Bosne in Hercegovine in vzpostavljeni sistem ravnih temeljnih črt Republike Hrvaške je to presenetljivo.⁵⁰

Iz preambule Sporazuma o meji jasno izhaja, da ta temelji na določbah Daytonskega sporazuma iz leta 1995 ter na mnenju št. 3 Badinterjeve komisije o nekdanji SFRJ.⁵¹ Mnenje št. 3 namreč izrecno določa uporabo načela *uti possidetis* pri določitvi meja med republikami nekdanje SFRJ.⁵² Pri tem je zelo

⁴⁶ »[...] where a baseline is clearly contrary to international law, it will not be valid, certainly in respect of States which have objected it, although a State which has accepted the baseline (for example in a boundary treaty) might be estopped from latter denying its validity [...]« Glej R. Churchill in V. Lowe, nav. delo, str. 57.

⁴⁷ Angleško besedilo sporazuma je objavljeno na <www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/HRV-BIH1999SB.PDF> (15. 1. 2012).

⁴⁸ Glej tretji odstavek 4. člena Sporazuma.

⁴⁹ Glej drugi odstavek 4. člena Sporazuma.

⁵⁰ Glej tudi razpravo o podpisani pogodbi med državama iz leta 1998 (uporaba pristanišča Ploče in tranzit pri Neumu) v točki 2 in G. Blake in D. Topalović, nav. delo, str. 39–40.

⁵¹ Conference on Yugoslavia Arbitration Committee, Opinion No. 3, 31 ILM 1499, 11. januar 1992.

⁵² »[...] Except where otherwise agreed, the former boundaries [between former SFRY's Republics] become frontiers protected by international law. This conclusion follows from the principle of respect for the territorial status quo and, in particular, from the principle of *uti possidetis*. *Uti possidetis*, though initially applied in settling decolonization issues in America and Africa, is today recognized as a general principle as stated by the International Court of Justice in the case between Burkina Faso and Mali [...] Nevertheless, the principle is not a special rule which pertains to one specific system of international law. It is a general principle, which is logically connected with the phenomenon of the obtaining of independence, wherever it occurs. Its obvious purpose is to prevent the independence and stability by new states being endangered by fratricidal struggles [...]« Za razpravo o uporabi načela

pomembno, da Hrvaška ter Bosna in Hercegovina v sporazumu nista razlikovali med razmejitvijo na kopnem in razmejitvijo na morju, kar kaže na to, da je bilo načelo *uti possidetis* (oziroma načelo *effectivitiés* – *uti possidetis de facto*) uporabljeno tudi pri določitvi meje na morju. Čeprav načelo *uti possidetis*⁵³ v mednarodni pogodbi ni izrecno omenjeno, je njegova uporaba razvidna iz neposrednega sklicevanja na mnenje št. 3 Badinterjeve komisije ter iz prvega odstavka 2. člena Sporazuma o meji iz leta 1999. Sporazum v tem členu namreč določa, »da se državna meja med Republiko Hrvaško in Bosno in Hercegovino določi na podlagi stanja meja ob razpadu nekdanje SFRJ in vzajemnega priznanja Republike Hrvaške in Republike Bosne in Hercegovine leta 1992, upoštevajoč črto pristojnosti med organi SR Hrvaške in SR Bosne in Hercegovine«.⁵⁴ Pri tem je zanimivo, da Sporazum o meji iz leta 1999 ne uporablja izrazov kot »določitev ali razmejitev meje na morju«, temveč »identifikacija, označevanje, vzdrževanje in zagotavljanje vidnosti skupne državne meje«.⁵⁵

Določitev meje na morju ureja tretji odstavek 4. člena Sporazuma, ki določa, da »meja na morju med obema državama [Hrvaško in Bosno in Hercegovino] sledi sredinski črti med ozemljema obeh držav, v skladu s Konvencijo iz leta 1982 [UNCLOS]«.⁵⁶

Čeprav določba odseva tako uporabo načela *uti possidetis* (*effectivitiés*) kot tudi splošno pravilo glede razmejitve teritorialnega morja, vsebovano v 15. členu UNCLOS (sredinska črta),⁵⁷ bi bilo koristno, če bi Sporazum o meji in/ali ločena (dvostranska) mednarodna pogodba obravnavala še nekatera vprašanja, ki se nanašajo na režim mejnega morskega območja. To velja zlasti za režim plovbe iz morskih pasov Bosne in Hercegovine skozi hrvaške (notranje) vode, v katerem razen izjemoma⁵⁸ druge države nimajo pravice do neškodljivega

uti possidetis v kontekstu določitve meje na morju med državami naslednicami nekdanje SFRJ glej tudi M. Grbec, nav. delo, str. 134–147, in Nataša Šebenik: Načelo *uti possidetis*, v: *Pravnik*, 62 (2007) 11–12, str. 823–848.

⁵³ Glede uporabe načela *uti possidetis* (*de facto*) pri določitvi meje na morju med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško glej tudi odločbo Ustavnega sodišča Republike Slovenije, Rm-1/09-26, 18. marec 2010, Ur. l. RS, št. 25/10.

⁵⁴ Prevod in poudarek M. G.

⁵⁵ Glej četrti odstavek preambule.

⁵⁶ »The State border on the sea stretches along the *median line* of the sea between the territories of the Republic of Croatia and Bosnia and Hercegovina in accordance with the 1982 Convention on Sea rights [UNCLOS].« Poudarek M. G. Glej tudi zemljevid 3.

⁵⁷ »[...] Ta določba [sredinska črta] pa se ne uporablja tam, kjer je zaradi zgodovinskega naslova ali drugih posebnih okoliščin treba razmejiti teritorialno morje obeh držav drugače, kot predpisujejo te določbe« (15. člen UNCLOS).

⁵⁸ Glej razpravo v točki 6.

prehoda, ki velja v teritorialnem morju.⁵⁹ Pri tem je zanimivo, da je bila plovba odločilno merilo pri določitvi meje na »mednarodnih plovnih rekah z urejenim plovnim kanalom«, pri čemer Sporazum iz leta 1999 določa, da meja poteka po sredini plovnega kanala (*kinet* oziroma *thalweg*).⁶⁰



Zemljevid 3: Razmejitev na morju med Hrvaško in Bosno in Hercegovino
(Sporazum iz leta 1999)⁶¹

Preden začnemo razpravo o vprašanjih, povezanih s pravno naravo pravice plovbe Bosne in Hercegovine skozi hrvaške (notranje) morske vode do odprtega morja in/ali con jurisdikcije, je smiselno opozoriti na še dve določbi Sporazuma, ki sta zanimivi tudi s stališča načela stabilnosti in nedotakljivosti meja (angl. *intangibility and stability of frontiers*). Prvi odstavek 22. člena določa, da se »[s]porazum od dneva podpisa uporablja le začasno«. Dejstvo, da Pogodbe iz leta 1999 Hrvaška še ni ratificirala⁶² in torej mednarodno pravno še ni začela veljati, kaže na to, da so določbe Sporazuma o meji od 30. julija 1999 za državi le začasen režim.

Pri tem ni nepomembno, da tretji odstavek 22. člena navaja, da »[v]saka pogodbenica lahko odpove Sporazum s pisno noto, poslano po diplomatski

⁵⁹ Slednje smiselno izhaja tudi iz 8. člena UNCLOS.

⁶⁰ Glej drugi odstavek 4. člena Sporazuma.

⁶¹ Oblikovano po zemljevidu, objavljenem v Jonathan Charney in Robert Smith (ur.): *International Maritime Boundaries*, 3. del. American Society of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Haag, Boston, London 2002, str. 2890.

⁶² Stanje 3. novembra 2013.

poti«. V navedenem primeru pogodba preneha veljati v šestih mesecih od prejetja pisne odpovedi pogodbe s strani druge pogodbene stranke.⁶³ Čeprav je besedilo Sporazuma s tega stališča dvoumno, se zdi, da je pravilna razlaga določbe, da je taka odpoved mogoča le do začetka mednarodnopravne veljavnosti Sporazuma.⁶⁴ Upoštevajoč dejstvo, da ni veliko možnosti, da bi Hrvaška pogodbo ratificirala, se zdi, da začasen režim, združen z možnostjo odpovedi Sporazuma s strani ene od strank, vnaša dodatno nestabilnost na zahodnem Balkanu. Mogoče pa se je strinjati s Klemenčičem, da je bil »[s]porazum iz leta 1999 prvi sporazum o državni meji po razpadu nekdanje SFRJ in da bodo vsi sporazumi, ki bodo prej ali slej sledili, najverjetneje upoštevali vsebino in načela, ki so bili uporabljeni«.⁶⁵

6. DOSTOP BOSNE IN HERCEGOVINE DO ODPRTEGA MORJA/CON V JADRANSKEM MORJU

Ena od pomanjkljivosti Sporazuma o meji iz leta 1999 je brez dvoma ta, da ne ureja (niti ni to urejeno v prejšnji ali poznejši mednarodni pogodbi) režima plovbe skozi hrvaške (notranje) morske vode, ki velja za ladje, ki so namenjene v teritorialno morje/notranje morske vode Bosne in Hercegovine oziroma ga zapuščajo. Glede na to, da tega vprašanja mednarodnopravna stroka ni obširneje obravnavala, bi bilo zanimivo ugotoviti, na katere določbe UNCLOS oziroma pravila običajnega mednarodnega prava bi se lahko oprla Bosna in Hercegovina pri uveljavljanju svoje pravice do (neškodljivega) prehoda skozi hrvaške (notranje) morske vode. Na podlagi običajnega mednarodnega prava, ki se zrcali v določbah Konvencije o teritorialnem morju in zunanjem pasu iz leta 1958 kakor tudi v UNCLOS, pravica do neškodljivega prehoda skozi notranje morske vode druge države ne obstaja. Kot večina splošnih pravil tudi to pozna izjeme. Najpomembnejša je v drugem odstavku 8. člena UNCLOS, ki določa način uporabe ravnih temeljnih črt in navaja, da:

Če se pri določanju ravne temeljne črte po metodi iz 7. člena zajamejo kot notranje morske vode deli morja, ki se pred tem niso šteli kot taki, velja v takih vodah pravica neškodljivega prehoda, kot je določena v tej konvenciji [UNCLOS].⁶⁶

⁶³ Prevod M. G.

⁶⁴ V prid tej tezi govori tudi dejstvo, da je naslov poglavja Sporazuma, v katerem je 22. člen, Začasna uporaba oziroma v angleščini *Temporary implementation*.

⁶⁵ Prevod M. G. M. Klemenčič, nav. delo, str. 100.

⁶⁶ Churchill in Lowe navajata, da medtem ko navedeno stališče drži za obe konvenciji (UNCLOS, Konvencija o teritorialnem morju in zunanjem pasu), je manj gotovo, ali je slednje postalo tudi del običajnega mednarodnega prava. Avtorja se pri tem sklicujeta na

Pri tem bi se bilo mogoče postaviti na stališče, podobno kot profesor Charney na teoretičnem primeru neodvisnega Quebeca, da je v trenutku razpada nekdanje SFRJ sistem ravnih temeljnih črt postal neveljaven, vsaj v delu, kjer se Bosni in Hercegovini onemogoča dostop do odprtega morja/con.⁶⁷ Mogoče je zavzeti tudi stališče, da je Hrvaška s sprejetjem Pomorskega zakonika leta 1994 kot notranje morske vode zajela dele morja, ki se pred tem niso šteli za take,⁶⁸ in da zato tako na podlagi 5. člena Konvencije o teritorialnem morju in zunanjem pasu kot tudi 8. člena UNCLOS »velja v takih vodah pravica do neškodljivega prehoda«.

S stališča prava morja se zdi prepričljivejša razlaga, v skladu s katero hrvaški sistem ravnih temeljnih črt v delu, ki zapira obalo Bosne in Hercegovine, ni »izvršljiv« zoper Bosno in Hercegovino niti zoper druge države, ki bi slednjemu nasprotovale.⁶⁹ V zvezi s tem je mogoče zavzeti stališče, da ima del hrvaških voda med obalo Bosne in Hercegovine in obalo polotoka Pelješac v smeri odprtega morja (in/ali con) pravni status »ožine, ki se uporablja za mednarodno plovbo«. Ker pa slednja povezuje »del odprtega morja ali izključne ekonomske cone in teritorialno morje tuje države«, je režim plovbe urejen s 45. členom UNCLOS, ki določa:

1. Režim neškodljivega prehoda se v skladu s 3. poglavjem II. dela uporablja v ožinah, ki se uporabljajo za mednarodno plovbo: [...]
 - (b) med enim delom odprtega morja ali izključne ekonomske cone in teritorialnim morjem tuje države.
2. V takih ožinah se ne sme ustaviti neškodljivi prehod.

Na podlagi navedenega se zdi, da mednarodno pravo (pravo morja) zagotavlja Bosni in Hercegovini skozi tako ožino pravico do »neškodljivega prehoda«. Drugače od neškodljivega prehoda, ki velja v teritorialnem morju, ne sme biti prekinjen. Navedena plovna pot, ki večinoma poteka med dvema deloma hrvaškega ozemlja, pomeni najbližjo oziroma najugodnejšo povezavo med obalo Bosne in Hercegovine in odprtim morjem oziroma conami v Jadranskem morju. Trenutni neobstoje tovrstnih pristanišč, odprtih za mednarodni promet

sodbo ICJ v *Fisheries Jurisdiction Case*, ki v takih primerih ne omenja pravice do neškodljivega prehoda. Glej R. Churchill in V. Lowe, nav. delo, str. 61.

⁶⁷ Jonathan Charney: *The Maritime Boundaries of Quebec*, poročilo z dne 9. marca 1992 in dopolnitev poročila 2001 *Update of the Maritime Boundaries of Québec (Updated and Complementary Texts of 2001 14 November 2001)*. Dopolnitev poročila je objavljena na povezavi: <www.saic.gouv.qc.ca/publications/documents_inst_const/15-JonathanICharney.pdf>. Glej tudi M. Grbec, nav. delo, str. 144–148.

⁶⁸ Glej razpravo v točki 3.

⁶⁹ Glej opombo 46.

na obali Bosne in Hercegovine, in/ali mednarodnega ladijskega prometa ne more in ne sme biti odločujoča okoliščina.⁷⁰ Na podlagi navedenega bi bilo mogoče skleniti, da je Bosna in Hercegovina skozi (notranje) morske vode Republike Hrvaške upravičena uveljavljati vsaj pravico do (neprekinjenega) neškodljivega prehoda.⁷¹

7. SVOBODA PLOVBE V. PRAVICA OBALNE DRŽAVE ZGRADITI VISEČI MOST ČEZ OŽINO, KI SE UPORABLJA ZA MEDNARODNO PLOVBO

Ne glede na mednarodnopravno naravo pravice plovbe Bosne in Hercegovine skozi hrvaške (notranje) vode se zdi, da bo na kakovost izvrševanja slednje v ne tako oddaljeni prihodnosti vplivala predvidena gradnja visečega mostu, s katerim Hrvaška načrtuje povezati hrvaško obalo blizu Neuma in polotok Pelješac. Namen načrtovane gradnje je povezati dva dela hrvaškega ozemlja v Dalmaciji, s čimer bi se bilo mogoče izogniti prečkanju ozemlja Bosne in Hercegovine (Neum). Težava je, da bi bil viseči most predvidoma zgrajen čez del morja, ki je edina povezava med morskimi območji Bosne in Hercegovine in odprtim morjem (oz. conami) na Jadranu, in to v neposredni bližini (mednarodnopravno) še nedoločene morske meje med Hrvaško ter Bosno in Hercegovino.

Po hrvaških načrtih naj bi bil most v središču visok 55 metrov z 200-metrskim odprtjem, ki bi (tehnično) omogočil plovbo tudi ladjam, namenjenim v in/ali iz morskih pasov Bosne in Hercegovine. Čeprav bi predvidena struktura mostu omogočala plovbo tudi največjim trgovskim ladjam, kot jih poznamo danes, bi bila plovba najverjetneje onemogočena nekaterim drugim plovilom, višjim od 55 metrov.⁷² Čeprav je Bosna in Hercegovina nasprotovala nameravani gradnji, je Hrvaška že leta 2008 začela pripravljala dela, ki so bila pozneje predvsem zaradi recesije začasno ustavljena.⁷³

Omenjeni primer je v precejšnji meri podoben sporu v začetku devetdesetih let prejšnjega stoletja med Dansko in Finsko, ker je Danska nameravala graditi

⁷⁰ Michael C. Stelakatos-Loverdos: The Contribution of Channels to the Definition of Straits Used for International navigation, v: International Journal of Marine and Commercial Law (IJMCL), 13 (1998) 1, str. 76–80.

⁷¹ Pri tem ni nepomembno, da je bil četrti odstavek 16. člena UNCLOS, predhodnik 45. člena UNCLOS, vključen v Konvencijo o teritorialnem morju in zunanjem pasu predvsem z namenom, da se Izraelu zagotovi »prehod« do pristanišča Eliat skozi Tiransko ožino in Aqabski zaliv. Glej R. Churchill in V. Lowe, nav. delo, str. 110–111.

⁷² Npr. naftne ploščadi.

⁷³ Glej Ž. Rogošić, nav. delo. Dela naj bi se predvidoma nadaljevala v letih 2013 in 2014.

cestni in železniški most čez morsko ožino Great Belt. Finska je v zvezi s tem leta 1991 začela postopek zoper Dansko pred ICJ.⁷⁴ Primer se je nanašal na namero Danske zgraditi 65 metrov visok viseči most, ki bi po mnenju Finske trajno zaprl Baltsko morje za plavajoče strukture nad 65 metrov. Vprašanje, naslovljeno na ICJ, je bilo, ali platforme, višje od 65 metrov, uživajo enako svobodo plovbe kot druge ladje. V primeru pozitivnega odgovora pa: ali tako svobodo plovbe lahko obalne države enostransko omejijo z gradnjo visečih mostov in podobnih gradenj čez ožine, ki se uporabljajo za mednarodno plovbo.⁷⁵

Tudi v kontekstu spora med Hrvaško in Bosno in Hercegovino je zato škoda, da je bil primer s seznama ICJ umaknjen še pred končno odločitvijo. Finska in Danska sta namreč pred izdajo sodbe sklenili kompromis, po katerem je Finska tožbo umaknila.⁷⁶ Natančnejši obseg pravice plovbe v podobnih primerih je tako ostal nepojasnen. Iz razpoložljivih materialov pa je mogoče ugotoviti, da Finska kljub tožbi načeloma ni oporekala pravici Danske, da zgradi viseči most čez ožino, ki se uporablja za mednarodno plovbo, niti ni Danska oporekala Finski pravico plovbe skozi Great Belt. Predmet spora se je tako bolj nanašal na način in pravno naravo pravice plovbe (tranzitni prehod, neprekinjeni neškodljivi prehod ...), zahtevane značilnosti takih visečih mostov in na vprašanje, ali obstoječe pravice plovbe veljajo v enakem obsegu tudi za plavajoče strukture (npr. naftne ploščadi) večjih razsežnosti. Pri tem ni nepomembno, da je Danska pozneje res zgradila viseči most čez Great Belt, vendar je Finski za umik zahtevkov pred ICJ plačala denarno odškodnino.⁷⁷

Tudi na podlagi navedenega bi bilo mogoče zagovarjati stališče, da gradnja visečega mostu čez ožino, ki se uporablja za mednarodno plovbo, ni v nasprotju z mednarodnim pravom. Gradnja pa mora biti izvedena tako, da ne ovira oziroma zmanjšuje pravice plovbe obalnih in tretjih držav na zadevnem območju.

⁷⁴ ICJ: Passage through the Great Belt (Finska/Danska), 17. maj 1991. Dokument je vložila Finska in je bil objavljen na spletu <www.icj-cij.org/docket/files/86/6861.pdf>.

⁷⁵ Finska vlada je ICJ zaprosila, naj razsodi in izjavi: »(a) da obstaja pravica prehoda skozi Great Belt za vse ladje, ki vstopajo ali zapuščajo finska pristanišča in ladjedelnice (b) da ta pravica velja tudi za t. i. vrtalne ladje (*drill ships*), naftne ploščadi in podobne strukture – ladje; (c) da bi bila gradnja visečega mostu na način, kot ga načrtuje Danska, v nasprotju s pravico prehoda, kot je opredeljena v točkah (a) in (b), (d), *da Danska in Finska morata začeti pogajanja v dobri veri o tem, kako zagotoviti pravico prehoda, določeno v odstavkih od (a) do (c).*« (Prevod in poudarek M. G.) Prav tam.

⁷⁶ Glej R. Churchil in V. Lowe, nav. delo, str. 110.

⁷⁷ Glej Oude Elferink: The Regime of Passage of Ships through the Danish Straits, NI-LOS Papers Online št. 3, Univerza v Utrechtu, Nizozemska, objavljeno na <www.uu.nl/uupublish/content/straits.pdf>.

8. SKLEP

Iz razprave sklepamo, da sta Hrvaška ter Bosna in Hercegovina v devetdesetih letih prejšnjega stoletja vložili veliko truda v pogajanja o meji na morju in na način *sui generis* skušali zagotoviti *de facto* dostop Bosne in Hercegovine do Jadranskega morja (npr. dogovori glede posebnega statusa pristanišča Ploče). Hrvaška si je vse od osamosvojitve prizadevala rešiti dejanske in morebitne težave, ki bi lahko nastale zaradi razdelitve Dalmacije na dva dela. V zadnjih letih se je to kazalo predvsem v načrtovanju gradnje visečega mostu, ki bi povezoval hrvaško ozemlje pri Neumu in polotok Pelješac. Kljub vloženemu trudu je treba poudariti, da Hrvaška po podpisu ni ratificirala Sporazuma iz leta 1998. Ta bi sicer urejal dostop Bosne in Hercegovine do hrvaškega pristanišča Ploče in njegovo uporabo ter neoviran tranzit Hrvaške skozi Neumski koridor. Ratificirala pa ni niti Sporazuma o meji iz leta 1999.

Zdi se, da bi bila poleg ratifikacije Sporazuma iz leta 1999 za obe državi koristna še sklenitev posebnega sporazuma, ki bi urejal režim tako na morju kot na kopnem (Neum) in ki bi dokončno rešil tudi vprašanje plovbe za Bosno in Hercegovino skozi hrvaške (notranje) morske vode ter tranzit Hrvaške pri Neumu. Omenjeni sporazum bi lahko tudi rešil vsa vprašanja glede uporabe hrvaškega pristanišča Ploče s strani Bosne in Hercegovine. V primeru ustreznega dogovora pa bi se lahko skliceval tudi na status in/ali pravice, do katerih je Bosna in Hercegovina kot »geografsko prikrajšana država« upravičena na podlagi 70. člena UNCLOS.⁷⁸

Če se državi v primernem času ne bi mogli dogovoriti o modalitetah, ki bi omogočile začetek veljave Sporazuma iz leta 1999, bi bil po mnenju avtorja smiseln premislek o predložitvi spora glede meje na morju in morebitnih spornih odsekov na kopnem v končno razsodbo mednarodnemu sodišču – tribunalu. Slednji bi lahko, podobno kot to določa arbitražni sporazum, sklenjen med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško, odločil ne samo o razmejitvi, temveč tudi o »režimu uporabe« nekaterih morskih območij, vključno z vprašanjem plovbe Bosne in Hercegovine do odprtega morja oziroma con v Jadranskem morju.

⁷⁸ »Države z geografsko neugodnim položajem imajo pravico, da so na pravični podlagi udeležene pri izkoriščanju ustreznega dela presežka živih bogastev izključnih ekonomskih con obalnih držav iz iste subregije ali regije, upoštevajoč pomembne ekonomske in geografske okoliščine vseh zainteresiranih držav in v skladu z določbami tega člena ter 61. in 62. člena. [70(1) člen UNCLOS].« (Poudarek M. G.) Glej tudi razpravo v točki 1 in opombo 13. Glede na vstop Hrvaške v Evropsko unijo (Skupna evropska ribiška politika) ter dejstvo, da naj v »potencialni« hrvaški IEC (današnja Ekološka in ribiško zaščitna cona) ne bi bilo več »presežka živih bogastev«, je navedeno malo verjetno.

V zvezi z arbitražnim postopkom med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško je zanimivo sklicevanje na načelo *uti possidetis* v Sporazumu o meji iz leta 1999. Iz besedila sporazuma bi namreč izhajalo, da sta pri določitvi meje na morju Hrvaška ter Bosna in Hercegovina uporabili tudi načelo *uti possidetis* (*de facto* oz. *načelo effectivitiès*), in to kljub večkrat izraženemu stališču Hrvaške, da omenjenega načela pri določitvi meja na morju med državami naslednicami nekdanje SFRJ ni mogoče uporabiti.

ZBORNİK V POČASTITEV ALENKE ŠELIH

Matjaž Ambrož, Katja Filipčič in Aleš Završnik (ur.):

Zbornik za Alenko Šelih (Essays in Honour of Alenka Šelih).

Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2013, 509 strani.

I.

Osemdesetletnico akademikinje, zaslužne profesorice Univerze v Ljubljani in univerzitetne učiteljice generacij slovenskih pravnikov, tudi moje, so tri institucije, ki so najbolj zaznamovale njeno delovno, pedagoško in znanstveno kariero ter družbeni angažma, počastile z izdajo imenitnega in obsežnega zbornika. Pravega »festschrifta« v najboljši tradiciji, ki jo poznamo iz nekaterih drugih držav, pri nas pa vsaj v pravni stroki ni tako pogosta, kot bi si jubilanti, ki so celotno življenje posvetili trdemu delu v stroki, zaslužili, a ga večinoma ne dočakajo. Včasih, ker smo preveč nerodni, drugič, ker smo ozki in ozkosrčni, pa neradi priznamo, da si nekateri preprosto zaslužijo takšno počastitev, in še kaj bi se našlo.

V zborniku je zbranih enaintrideset strokovnih in znanstvenih prispevkov, ki so jih napisali avtorji iz ducata držav. Razdeljeni so skoraj natančno na polovico, pol je tujih, pol pa domačih. Večina jih je objavljena v slovenščini, precej tudi v angleščini in opremljena s kratkimi avtorskimi povzetki v angleščini, vendar ne vsi. Več avtorjev je v svoje tekste vključilo vsaj po nekaj stavkov, posvečenih neposredno jubilantki: včasih pristrčno osebnih, drugič stvarnih, skoraj suhoparnih prikazov pomena, ki ga ima Alenka Šelih na različnih področjih, ali njenih zaslug.

Uredniki so razprave razporedili v enajst bolj ali manj zaokroženih sklopov, ki dobro in dovolj celovito sledijo delovnim področjem in specialnostim, s katerimi se je jubilantka ukvarjala v svojem profesionalnem življenju. Ta se sicer pretežno vrtijo okrog kazenskega prava in kriminologije, vendar sežejo tudi širše, čez njune meje, vse do problemov otrok s posebnimi potrebami. Mor-

da ostaneta še najbolj zunaj dosega zbornika jubilantkin siceršnji širok in pomemben družbeni angažma ter delovanje v organizacijah civilne družbe, kar je v znanstvenem zborniku težko prikazati. Diskretno in zagotovo preskromno ga omenja Petrovec v uvodnem prispevku, zato naj mi bo dovoljeno, da ga vsaj z omembo poudarim tudi sam. Skratka, zbornik, ki nikakor ni zbirka razprav s področja kazenskega prava, temveč skozi prispevke drugih kaže na zares širok spekter jubilantkinih znanstvenih interesov.

II.

Zbornik se začne s kratkim, poetično navdahnjenim prispevkom k portretu Alenke Šelih, ki ga je pripravil **Dragan Petrovec** z Inštituta za kriminologijo (IK), in se nadaljuje s prvim sklopom, ki sega na področje teorije prava in ustavnosti. Svoja prispevka sta pripravila jubilantkin dolgoletni najtesnejši sodelavec na pravni fakulteti, prof. **Ljubo Bavcon**, in prav tako profesor ter akademik **Marijan Pavčnik**. S Šelihovo sta v tem trenutku edina redna člana Slovenske akademije znanosti in umetnosti s področja prava. Bavcon je v svojem **Razmišljanju o usodi človekovih pravic po osamosvojitvi Slovenije in o prispevku profesorice Alenke Šelih k njihovi promociji** zlasti poudaril, da je neprecenljiv njen prispevek pri uveljavljanju človekovih pravic in temeljnih svoboščin v naši državi, še posebej pa tudi otrokovih pravic. Pravnoteoretično in filozofsko obarvana je pomembna Pavčnikova razprava z naslovom **Zakon-sko (ne)pravo**, ki se ukvarja z Gustavom Radbruchom in njegovo znamenito formulo, pravnim pozitivizmom ter odzivi nanj med Slovenci. Radbruchova formula ima simbolno vrednost, ki presega razmere, v katerih je nastala in na katere se je odzivala, pravi Pavčnik (Zbornik, 2013: 55).

Drugi sklop razprav spada na področje kriminalitetne politike. Sestavljajo ga trije prispevki samih tujih avtorjev: **Frieder Düinkel** iz Nemčije v najdaljšem prispevku v zborniku, obogatenem s številnimi grafi (besedilo je v nemščini, s povzetkom v angleščini), z naslovom **Slovenska edinstvenost? Gibanje števila zaprtih oseb v mednarodni primerjavi** obravnava gibanja kriminalitetnega števila v državah v Evropi, ki v zadnjih desetletjih doživlja precejšnje spremembe. Slovenci smo se z njim dolgo ponašali, tako nizko je bilo (in je upati, da bo vsaj približno tako tudi ostalo). Druga je **Ana Kossowska**, ki v prispevku z naslovom **Socialna izključenost in kriminaliteta – izbrana vprašanja** iz poljske perspektive opozarja na družbene in gospodarske spremembe v državi v tranziciji, ki vodijo v socialno izključenost in ki je, po njenem, eden pomembnih vzrokov za kriminaliteto v tej državi. Tretjega pa je prispevala **Sonja Snacken** iz Belgije z mlajšimi sodelavci, z naslovom, ki je že sam po sebi izzivalen – »Človeško dostojanstvo« v zaporih in domovih za starejše. Raz-

lični ljudje – različna dostojanstva? Vsebina ne razočara, saj avtorji raziskave, ki je bila podlaga za prispevek, opozarjajo, da je na normativni ravni jasno, da gre za različne kategorije ljudi. V praksi pa se zastavljajo številna vprašanja, ki jih lepo prikaže že razločevanje med družbenim in osebnim dostojanstvom teh dveh skupin ljudi.

Prispevki iz sklopov o kazenskem pravosodju, o kriminaliteti in ideologiji ter o splošnem delu kazenskega prava so vsi izpod peres domačih avtorjev. **Gorazd Meško, Katja Eman in Maja Jere** s Fakultete za varnostne vede (FVV) Univerze v Mariboru se sprašujejo o **legitimnosti policijske dejavnosti in kazenskega pravosodja v Sloveniji ter o izzivih za razmislek v času družbeno-ekonomske krize**. Izhajajo iz številnih empiričnih študij o legitimnosti institucij družbenega nadzorstva in se v prvi vrsti ukvarjajo z aktivnostmi policije, medtem ko je kazensko pravosodje obravnavano skupaj z drugimi institucijami formalnega družbenega nadzorstva. V povsem drugačne – morda bi lahko rekli individualno psihološke – dimenzije delovanja kazenskega pravosodja sta posegla **Matjaž Jager in Katja Šugman Stubbs**, ki se sprašujeta o **čustvenih sodnikih** (pri čemer ne gre prezreti, da sta na konec naslova postavila vprašaj). Prav v tem je njuna poglobljena misel, namreč ali sploh zdrži tradicionalni pristop, po katerem so čustva pri sojenju ovira in jih je treba izključevati. V resnici so čustva sestavni del osebnosti in sodnikovega odločanja, ker imajo svojo notranjo logiko in lahko v pozitivni smeri prispevajo k zrelim in racionalnim odločitvam.

Renata Salecl in Zoran Kanduč, oba dolgoletna sodelavca z IK pri PF v Ljubljani, ki ga je prof. Šelihova vodila dobro desetletje na prehodu v novo tisočletje, pišeta, prva o **Nasilju in ideologiji izbire**, drugi pa, radikalno kot ponavadi, o **kriminalu, (ne)sankcioniranju in razrednem boju**. Ideologija izbire vsiljuje idejo, da se je mogoče s pravimi izbirami v pravem trenutku izogniti težavam, v resnici pa ljudi potiska proč od aktivnosti in prizadevanj za družbene spremembe. Kanduč pa se ukvarja s protesti, ki so »presenetljivo« izbruhnili v Sloveniji v lanskem letu. Razumeti jih je mogoče tudi kot reakcijo na zakonite oblike pljenja, varanja, odiranja in izsiljevanja. Pravi problem družbe pa ni vprašanje, kako kaznovati kriminalce, ki imajo velik vpliv v družbi, temveč kako se bojevati z institucionalnim nasiljem kapitalističnega sistema.

Prispevki s področja splošnega dela kazenskega prava so kar štirje, kar po svoje potrjuje centralnost tega področja v delu jubilentke. Avtorji so, kot rečeno, domači: prvi trije z ljubljanske PF, zadnja pa s FVV, čeprav izhaja z iste matične fakultete, in predstavljajo generacije univerzitetnih učiteljev kazenskega prava, ki so jubilantko nasledili. Prispevki segajo na skrajne različna področja kazenskega prava. **Matjaž Ambrož** v razpravi **Presoja poskusa, kadar pri kaznivem dejanju sodeluje več oseb** na sebi lasten način, ki bralca zelo pri-

tegne, razkriva, da se tudi pri tako klasičnih kazenskopравnih institutih, kot je poskus, stvari lahko zelo zapletejo, če pri tem sodeluje več oseb (poskus pri sotorilstvu, poskus posrednega storilca, poskus neuspelega napeljevanja ter poskus pomoči). **Damijan Korošec** tehtno in poglobljeno, pa tudi avtoritativno, kot profesor kazenskega prava in član komisije za medicinsko etiko RS, razpravlja o vprašanju, za katero je jasno, da smo ga pri nas dolgo potiskali v ozadje (**O pravici drugemu ritualno odrezati del spolnega uda: kako v Sloveniji vidimo otrokove pravice v primeru versko motiviranega obrezovanja?**), ter nas poziva k odprti razpravi o njem. **Vid Jakulin** v prispevku z naslovom **Odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja v državah, nastalih iz nekdanje Jugoslavije** piše o tem, kako so države, ki so nastale na območju nekdanje Jugoslavije, po razpadu skupne države (različno) uredile vprašanje, ki se zastavlja vsem popolnoma enako. Sklop zaključuje najmlajša v četverici, **Sabina Zgaga**, s prispevkom s področja mednarodnega kazenskega prava z naslovom **Mednarodnopravne omejitve sklicevanja na skrajno silo**, in na ta način nadaljuje tehtno serijo prispevkov s področja, s katerim se v zadnjem času intenzivno ukvarja.

Posebni del kazenskega materialnega prava je zastopan z dvema prispevkoma iz tujine. **Velinka Grozdanić** z Reke piše o **kazenskopравnem preprečevanju nasilja v družini**. Tudi hrvaška javnost je v zadnjem času postala bolj pozorna na primere nasilja v družini, vendar strokovnjaki vemo, da kazensko pravo ni čudežna paličica za vzpostavljanje razdrtih družin: je gasilec, ki pogasi ogenj, toda za njim ostaneta pepel in brezup (Zbornik, 2013: 252). **Krzysztof Krajewski** v prispevku z naslovom **Problem »pravno dopustnih omam« na Poljskem: Alternativni pristop k nadzoru novih sintetičnih drog ali le stara prohibicijska rutina?** piše o vsepovsod prisotnem problemu legalnih drog in odzivanju nanj s perspektive pravne ureditve v omenjeni državi. Poljski odziv je bil spočetka standarden, zdaj pa se spreminja, vendar avtor ni povsem prepričan, ali gre v resnici za korak v pravo smer.

Naslednji obsežnejši sklop razprav prav tako nakazuje na področje, ki je bilo naši jubilancki pri znanstvenem proučevanju v preteklosti izrazito ljubo, to so kazenske sankcije. **Raimo Lahti** piše o **razvojnih težnjah kriminalitetne politike in sistemu kazenskih sankcij glede na finske izkušnje**. Prispevek je kratak pregled finske kriminalitetne politike po letu 1960, s posebnim poudarkom na zadnjih desetletjih, vse do današnjih dni, ko se sprašuje o vplivu dokumentov Evropske unije na skandinavsko kriminalitetno politiko. **Hajrija Sijerčić-Čolić** iz Sarajeva piše o **posebnostih novih alternativnih sankcij v kazenski zakonodaji Bosne in Hercegovine**. Tudi ta država je v svojo kazensko zakonodajo vpeljala delo v korist skupnosti in hišni zapor z elektronskim nadzorom, v praksi pa so nastale precejšnje razlike pri njihovem izvrševanju in uporabi.

Svojo ožjo specialnost – kazensko procesno pravo – je za trenutek potisnil na stran in posegel v zgodovino **Momčilo Grubač**, ki je opisal **odpravo telesne kazni v Srbiji** in nadvse zanimivo dogajanje ob tem v drugi polovici 19. stoletja. Kazenske sankcije iz preteklosti lahko razumemo le, ko jih povežemo z družbenimi razmerami v skupnosti, v kateri so se uporabljale. Tako je zanimivo, da so odpravi takšne kazni takoj sledila prizadevanja za njeno ponovno uvedbo. Naravnost v aktualnost pa je skočila **Mojca Mihelj Plesničar** z IK z nekoliko predelanim poglavjem iz svoje doktorske disertacije, ki se ukvarja z vprašanji odmere kazni v različnih kazenskoopravnih sistemih (**Odločanje o sankcijah v kontinentalnih pravnih ureditvah**). Zadnji prispevek v tem sklopu je delo madžarskega strokovnjaka **Miklósa Léwaya** z naslovom **Dosmrtni zapor brez možnosti pogojnega odpusta, človekove pravice in ustavnost**. Je že res, da si države same izbirajo svoje sisteme kaznovanja, vendar morajo pri tem upoštevati ustavne omejitve in človekove pravice. Pri dosmrtnem zaporu je treba še posebej upoštevati prepoved nehumanega kaznovanja in pravico do dostojanstva obsojenega.

Osmi sklop prispevkov se nanaša na obnavljalno pravičnost. Začne se s prispevkom **Katalin Gönczöl** iz Madžarske, ki piše o **vključitvi restorativne pravičnosti v kriminalitetno politiko**. Obnavljalna pravičnost razširja spekter reagiranja na kazniva dejanja in v končni posledici krepi zaupanje v pravosodje. Ne sme nas biti strah, da bi se z njeno uporabo zmanjšala garantna funkcija kazenskega prava. Zbornik se nadaljuje z razpravo **Christe Pelikan** iz Avstrije z naslovom **Preludij: Poklon Alenki Šelih – glasu iz Slovenije, ki je bil slišan v evropski kriminalitetni politiki**, ki, kot se vidi že iz naslova, poudari jubilantkin vpliv pri uveljavljanju kriminalitetne politike tudi onkraj naših meja. Obravnava pomen, ki ga je za uvedbo poravnavanja v kazenskih zadevah imelo priporočilo Sveta Evrope iz leta 1996, in razvoj poravnavanja v nekaterih državah Srednje Evrope. Zadnji prispevek v tem sklopu prihaja iz Prage: **Miroslav Scheinost** piše o **javnosti in mediaciji**. Za uspeh poravnavanja v kazenskem postopku na Češkem je bil odločilen način njegovega obravnavanja v medijih, prav tako kot je medijska predstavitev vplivala na njegovo sprejemljivost pri ljudeh na splošno in pri žrtvah.

Sledi sklop prispevkov o žrtvah kaznivih dejanj, ki ga začne razprava **Vesne Nikolič-Ristanovič** iz Beograda z naslovom **Različna razumevanja pojma žrtve in njihov vpliv na družbeni odnos do viktimizacije**. Prispevek obravnava različno razumevanje pojma žrtve, njihovo kategorizacijo in različne oblike viktimizacije. Zavzema se za široko pojmovanje kategorije žrtve, ki ne bi zajemalo le žrtve kaznivih dejanj, temveč tudi žrtve kršitev človekovih pravic nasploh, pa tudi vojn in naravnih nesreč. V drugem prispevku **Helena Valková** iz Češke piše o **pomoči žrtvam kaznivih dejanj v novem češkem pravu**. Gre

za popolnoma novo ureditev (2012/13), ki izboljšuje položaj žrtev kaznivih dejanj ne samo v kazenski zakonodaji, temveč tudi v drugih predpisih.

Prof. Šelihova se je med našimi penalisti najbolj sistematično posvečala mladoletniškem kazenskemu pravu, zato je razumljivo, da je del zbornika namenjen razpravam s tega področja. Prispevali so jih **Hanns von Hofer**, ki piše o **ozadjih in vzrokih mladoletniške kriminalitete na Švedskem**. Avtor analizira podatke o mladoletniški kriminaliteti na Švedskem – državi blaginje po definiciji in opozarja na razlike med podatki, ki jih kaže uradna (sodna) statistika, in drugačnimi zaznavami, ki so običajno slabše. Povsem drugače se mladoletniške delinkvence loteva prispevek **Aleša Završnika** z IK z naslovom **Kibernetsko nadlegovanje: pojem, metode in pojavnost po svetu in v Sloveniji**. Poglobljeno se namreč ukvarja z nadlegovanjem (in še posebej kibernetskim), to je z moderno obliko prestopniškega obnašanja, ki jo razmeroma pogosto zagrešijo tudi (vse mlajši) mladoletniki. Podobno kot Završnik se tudi zadnja avtorica iz tega sklopa **Katja Filipčič** posveti zares pomembni vlogi, ki jo je prof. Šelihova imela pri oblikovanju mladoletniškega kazenskega prava pri nas in na splošno pri obravnavanju mladoletnih prestopnikov. Za njeno razpravo (**Razvoj mladoletniškega sodstva v Evropi in Sloveniji**) že naslov sam pove, da je pregled dosežkov s tega področja v širšem prostoru in njihova primerjava s položajem v naši državi.

Zadnji sklop razprav je posvečen otrokom s posebnimi potrebami. Začne ga prispevek **Barbare Novak** s Pravne fakultete v Ljubljani o **dolžnosti enakopravnega obravnavanja otrok s posebnimi potrebami pri izobraževanju**. Moderna država ima pravno dolžnost, da ustvari pogoje za izobraževanje otrok s posebnimi potrebami. Le na ta način bodo takšni otroci vstopili v življenje v skladu z njihovimi pričakovanji ali s pričakovanji njihovih staršev. Zbornik se konča z dvema razpravama s področja specialne pedagogike. **Branka D. Jurrišić** se v prispevku z naslovom **Specialna pedagogika in inkluzija – zgodba ali velika zamisel?** sprašuje o celi vrsti temeljnih vprašanj, ki se nanašajo na inkluzivno vzgojo na splošno in v naši državi. Ugotavlja, da se naš šolski sistem počasneje kot drugi seznanja in spopada z inkluzijo kot novim vzgojnim konceptom. **Marija Kavkler** s Pedagoške fakultete UL v prispevku z naslovom **Pravica otrok s posebnimi potrebami do inkluzivne vzgoje in izobraževanja** piše, da mora biti inkluzivna vzgoja vodilni vzgojni koncept za vse otroke, še posebej pa tudi za otroke s posebnimi potrebami. V nadaljevanju prikaže še praktične težave, do katerih je prišlo v Sloveniji pri uveljavljanju inkluzije pri otrocih z downovim sindromom.

Zvonko Fišer,
univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
generalni državni tožilec

AVTORSKI SINOPSIS

*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 342.573(497.4)

SOVDAT, Jadranka: Sodno varstvo referendumu**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 9-10**

Zakonodajni referendum je institut neposrednega izvrševanja oblasti. V slovenski ustavni ureditvi je urejen kot naknadni potrditveni oziroma zavrnitveni referendum, torej kot korekcija in oblika nadzora parlamentarnega odločanja. Da bi se referendum o posameznem zakonu lahko izvedel, imamo tri vrste pravic, katerih uresničevanje si sledi v določenem časovnem zaporedju. Predvsem sta pomembni pravica zahtevati razpis referendumu, ki jo Ustava po zadnji spremembi daje samo določenemu številu volivcev, in pravica glasovati na referendumu, ki jo imajo vsi volivci. Za zagotovitev učinkovitosti teh pravic jim je treba zagotoviti sodno varstvo, ki se razlikuje glede na naravo posameznih pravic. Ureditvi sodnega varstva referendumskih pravic bi moral zakonodajalec nameniti ustrezno in celovito pozornost. Zakonske določbe o ustavnosodnem varstvu pravice zahtevati zakonodajni referendum mora Državni zbor v roku enega leta spremeniti že zaradi zadnje ustavne spremembe. Zaželeno bi bilo, da bi vzpostavil enotno pravno sredstvo za varstvo te pravice v rokah predlagatelja referendumu, na podlagi katerega bi odločalo Ustavno sodišče o dopustnosti referendumu. Poleg spremembe zakonske ureditve varstva pravice zahtevati referendum pa bi zakonodajalec moral prenoviti tudi sodno varstvo pravice glasovanja na referendumu. Te prenove ne zahteva ustavna sprememba, zahteva pa jo neustreznost veljavne ureditve. Zakonodajalec bi moral uveljaviti referendumski spor, ki bi bil podobno kot volilni spor namenjen zagotavljanju verodostojnosti na referendumu izražene volje glasovalcev in s tem zagotavljanju legitimnosti referendumske odločitve.

Original Scientific Article

UDC: 342.573(497.4)

SOVDAT, Jadranka: Judicial Protection of a Referendum**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 9-10**

The legislative referendum is an institution entailing the direct execution of democratic power. In the Slovenian constitutional order it has the form of a subsequent referendum by which a particular proposed law is accepted or rejected, thus it is a correction and a form of supervision over parliamentary decision-making. In order to conduct a referendum on a particular law, there are three types of rights that are exercised according to a certain chronological order. The following two rights are especially important: the right to require that a referendum be called, which is only granted to a certain number of voters, in accordance with the latest amendment to the Constitution, and the right to vote in a referendum, which is granted to all voters. In order to ensure the effectiveness of these rights, judicial protection must be ensured, which differs according to the nature of the individual rights. The legislature should devote appropriate and comprehensive attention to the regulation of the judicial protection of referendum rights. Due to the latest constitutional amendment, within one year the National Assembly must amend the statutory provisions on the constitutional protection of the right to require that a legislative referendum be called. The National Assembly should establish a uniform legal remedy for the protection of this right granted to the proposer of a referendum, on the basis of which the Constitutional Court would decide on the admissibility of the referendum. In addition to the amendment of the statutory regulation of the protection of the right to require that a referendum be called, the legislature should also amend the judicial protection of the right to vote in a referendum. Such amendment is not required by the constitutional amendment, but by the inappropriate regulation in force. The legislature should introduce a referendum dispute that would be, similarly as electoral disputes, intended to ensure the legitimacy of the voters' will expressed in a referendum and consequently to ensure the legitimacy of the referendum decision.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.72.028

PODGORELEC, Peter: Pravna narava ustanovitvenih aktov kapitalskih družb in kategorizacija njihovih sestavin**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130) št. 9-10**

Avtor v prispevku obravnava pravno naravo družbene pogodbe oziroma statuta kapitalske družbe ter njune sestavine. Tako prvi kot drugi akt sta pogodbi *sui generis*, v teoriji pogosto poimenovani kot organizacijski pogodbi. Opredelitev pravne narave je pomembna z vidika njune razlage in tudi zaradi razumevanja pomena kategorizacije posameznih sestavin. Vse sestavine družbene pogodbe oziroma statuta namreč nimajo enakega pravnega pomena – razlikovati je treba med materialnimi, formalnimi in indiferentnimi. V d. o. o. pripada družbenikom široko polje avtonomije pri urejanju notranjih razmerij, v d. d. pa je ta avtonomija močno zožena. To vpliva tudi na obseg t. i. indiferentnih sestavin, to je sestavin, ki so lahko bodisi materialne bodisi formalne, odvisno od volje družbenikov.

Original Scientific Article

UDC: 347.72.028

PODGORELEC, Peter: Legal Nature of Articles of Association and Categorization of their Elements**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 9-10**

The author discusses the legal nature and elements of the articles of association (hereinafter articles) of a company. The articles of a private limited company, as well as the articles of a stock corporation, are a contract *sui generis* – most often referred to in theory as an organizational contract. Determination of its legal nature is important for the interpretation of its provisions, and it also helps to understand why the categorization of its elements is necessary. There are differences among the elements with regard to their legal meaning, which may be categorized as corporative, non-corporative, or indifferent. The shareholders of a private limited company have very broad autonomy in the regulation of the company's internal affairs, whilst such autonomy of the stock corporation shareholders is much more restricted. This, in turn, has an effect on the extent of the so-called indifferent elements, i.e., elements which may be qualified either as corporative or as non-corporative, depending on the preference of shareholders.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 341.9:061.1EU

TERTNIK, Simon: Potrebuje evropsko kolizijsko pravo Uredbo Rim 0?**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130) št. 9-10**

Večina področij kolizijskega prava evropskih držav je danes urejena z uredbami Evropske unije. Te ne naslavlajo več le posameznih, najbolj perečih vprašanj kolizijskega prava, temveč skušajo oblikovati čim bolj delujoč sistem celotnega kolizijskega prava. Prispevek se v tem okviru ukvarja z vprašanjem, na kakšen način bi se evropsko kolizijsko pravo lahko in tudi moralo v prihodnosti razvijati, da bi postopoma postalo bolj sistematično in harmonično ter da bi doseglo višjo stopnjo abstrakcije. V prispevku avtor raziskuje, kateri pravni instituti iz evropskih kolizijskih uredb so skupni celotnemu kolizijskemu pravu in tvorijo t. i. splošni del kolizijskega prava. Pri posameznih od teh institutov raziskuje, koliko bi bila mogoča in koristna njihova normativna ureditev na enem mestu, v t. i. Uredbi Rim 0. Avtor ugotavlja, da je pri mnogih izmed obravnavanih institutov poenotenje možno ter da bi ob premišljeni izvedbi lahko pomembno pripomoglo k prepoznavnejši, preglednejši in nasploh bolj kakovostni pravni ureditvi.

Original Scientific Article

UDC: 341.9:061.1EU

TERTNIK, Simon: Does the European Private International Law Need a Rome 0 Regulation?**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 9-10**

The majority of European states' private international law is nowadays regulated under European Union's regulations. The latter no longer address solely the single most burning issues of private international law, but are rather trying to shape a functioning system of the entire private international law. Within this frame, the paper at hand addresses the question of how the European private international law could and should develop in the future in order to become more systematic and harmonic, and to achieve a higher level of abstractness as well. The author explores which legal issues – included in the European regulations – are common to the entire private international law and form the so-called general part of private international law. By analysing individual issues the author tries to determine to what extent their unification in one regulation – Rome 0 Regulation – would be possible and useful. The author concludes that many of the analysed issues are suitable for unification. If carried out wisely, such unification could greatly contribute to the distinctiveness, transparency, and quality in general of the legal system.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.78.05

DROBEŽ, Eneja: Osirotela dela v primerjalnem in evropskem pravu**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130) št. 9-10**

Temeljno načelo avtorskega prava je, da mora tisti, ki želi uporabiti avtorsko-pravno varovano delo, pred tem vedno pridobiti dovoljenje imetnikov pravic. Uporabnik pa tega ne more pridobiti za osirotela dela – torej v primeru, kadar je povezava med imetniki pravic in delom že tako zbledela, da imetnikov pravic na delu ni mogoče najti. Da osirotela dela ne bi šla v pozabo, bi bilo smiselno omogočiti njihovo uporabo brez dovoljenja pogrešanega imetnika pravic. To zahteva tudi Direktiva 2012/28/EU o nekaterih dovoljenih uporabah osirotelih del. Vendar direktiva pušča državam članicam razmeroma proste roke pri oblikovanju režima osirotelih del. V članku ob upoštevanju prednosti in slabosti veljavnih in predlaganih režimov obravnavanja osirotelih del ter tudi značilnosti slovenske pravne ureditve podajam predlog, kako naj se direktiva prenese v slovenski pravni red. Predlog sledi namenu vzpostavitve pravičnega ravnotežja med interesi pogrešanih imetnikov pravic, da za uporabo dela dobijo plačilo, ter interesi javnosti za ohranitev slovenske kulturne dediščine in s tem tudi kulturne identitete.

Original Scientific Article

UDC: 347.78.05

DROBEŽ, Eneja: Orphan Works in Comparative and European Law**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 9-10**

The fundamental principle of copyright law predicts that for the use of a work protected by copyright one must always obtain the prior approval of the rights holder. However, rights holder can often not be traced. This may also happen due to the fact that right holders do not take steps necessary to ensure a visible link between them and the protected parts, and therefore even those interested in the possible use of the work are not able to obtain their contact details. Consequently, there is a danger that the works important in terms of cultural heritage may not be restored via lasting mediums and would therein be forgotten. At the European level the problem of orphan works is being resolved by the Directive 2012/28/EU on certain permitted uses of orphan works, but its implementation remains largely in the discretion of the Member States. In the article, taking into account the strengths and weaknesses of current and proposed regimes for treatment of orphan works as well as the characteristics of Slovenian copyright law regime, a proposal is made on how to properly transpose the aforementioned directive into the Slovenian legislation. This proposal pursues to establish a fair balance between the interests of rights holders of missing works for their remuneration, and the public interest to preserve Slovenian cultural heritage and its cultural identity.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 341.221.2(497.5:497.6)

GRBEC, Mitja: Določitev meje na morju med Republiko Hrvaško ter Republiko Bosno in Hercegovino

Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130) št. 9-10

Geografski položaj obale Bosne in Hercegovine in pravni status njenih morskih vodâ sta zanimiva ne samo v kontekstu Jadranskega in Sredozemskega morja, temveč tudi globalno. Razlog za to je, da Republika Bosna in Hercegovina izvršuje suverenost nad ozkim pasom obale (koridor Neum-Klek), ki je zaprt med dvema deloma hrvaške obale, in v (mednarodno)pravnem dejstvu, da je celotno morsko območje Republike Bosne in Hercegovine (notranje morske vode/teritorialno morje), tako na podlagi Pomorskega zakonika Republike Hrvaške iz leta 1994 kot z novejšim pomorskim zakonikom iz leta 2004, zaprto znotraj sistema hrvaških ravnih temeljnih črt (hrvaške notranje morske vode). Prispevek obravnava nekatera žgoča mednarodnopravna vprašanja v zvezi s specifičnim pomorskim položajem Bosne in Hercegovine. Prvo se nanaša na pravni status vodâ Bosne in Hercegovine (notranje morske vode/teritorialno morje), drugo na mednarodnopravno dopustnost zaprtja vodâ Bosne in Hercegovine v hrvaški sistem ravnih temeljnih črt in tretje na pravno naravo pravice plovbe Bosne in Hercegovine skozi hrvaške (notranje) vode v smeri odprtega morja in/ali con v Jadranskem morju. S stališča arbitražnega postopka med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško je zanimiva razprava o uporabi načela *uti possidetis* pri pogajanjih in v Sporazumu o meji iz leta 1999 (Hrvaška/Bosna in Hercegovina), ki določa tako mejo na kopnem kot tudi na morju. Iz besedila sporazuma bi namreč izhajalo, da sta pri določitvi meje na morju Hrvaška ter Bosna in Hercegovina uporabili tudi načelo *uti possidetis* (*de facto* oz. *načelo effectivitiès*), in to kljub večkrat izraženemu stališču Hrvaške, da omenjenega načela pri določitvi meja na morju med državami naslednicami nekdanje SFRJ ni mogoče uporabiti.

Original Scientific Article

UDC: 341.221.2(497.5:497.6)

GRBEC, Mitja: Delimitation of the Maritime Boundary between the Republic of Croatia and the Republic of Bosnia and Herzegovina*Pravnik*, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 9-10

The particular position of the coastline of Bosnia Herzegovina and its waters is interesting not only in the context of the Adriatic and Mediterranean Sea, but worldwide. The reason lies in the (geographical) fact that Bosnia and Herzegovina exercises sovereignty over a narrow strip of territory called the »Klek-Neum Corridor« enclosed between two parts of the Croatian coastline and in the (legal) fact that the maritime areas of Bosnia Herzegovina were both on the basis of the 1994 and 2004 Croatian Maritime Code »closed« within the Croatian system of straight baselines. This paper tries to discuss some legal issues which have arisen in relation to the specific maritime status of Bosnia and Herzegovina. In addition to the sole (maritime) delimitation (e.g. the in 1999 signed Border Treaty between Croatia and Bosnia and Herzegovina), there are at least three other aspects which are interesting from the standpoint of the contemporary law of the sea. The first is the legal status of the waters of Bosnia and Herzegovina, the second is the legality of the Croatian enclosure of the maritime zones of Bosnia and Herzegovina into its system of straight baselines while the third is the right of navigation of Bosnia and Herzegovina through Croatian (internal) waters to the high seas (potential EEZs). In the light of the ongoing arbitration proceeding between the Republic of Slovenia and the Republic of Croatia (land & maritime boundary), it seems important that the border treaty signed in 1999 between Croatia and Bosnia and Herzegovina makes reference to the application of the principle of *uti possidetis* without differentiating between its application on land and/or sea.

Prikaz

UDK: 343.9:343(082)(049.3)

FIŠER, Gorazd: Zbornik v počastitev Alenke Šelih**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130) št. 9-10**

Zbornik ob osemdesetletnici akademikinje in zaslužne profesorice Univerze v Ljubljani vsebuje 31 znanstvenih razprav s področja kazenskega prava, kriminologije, kazenskega pravosodja, človekovih pravic, kriminalitetne politike, obnavljalne pravičnosti, viktimologije, mladletniškega sodstva in otrok s posebnimi potrebami. Tako sega skoraj na vsa področja, s katerimi se je jubilatka ukvarjala v svoji dolgoletni znanstveni, raziskovalni in pedagoški karieri. Polovico prispevkov so napisali njeni sodelavci pretežno s Pravne fakultete v Ljubljani in z Inštituta za kriminologijo pri PF v Ljubljani, drugo polovico pa so prispevali strokovnjaki iz 12 evropskih držav, ki jubilantkino delo dobro poznajo in so z njo sodelovali pri znanstvenih projektih ter pri delu v različnih institucijah.

Book Review

UDC: 343.9:343(082)(049.3)

FIŠER, Gorazd: Collection of Essays in Honour of Alenka Šelih**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 9-10**

Book of essays in honour of Alenka Šelih, member of the Slovenian Academy of Sciences and Arts and professor emeritus of Ljubljana University, contains 31 scientific contributions from the fields of criminal law, criminology, criminal justice, crime policy, human rights, juvenile justice, victimology, restorative justice and children with special needs. The papers cover practically all the fields that the jubilee treated in her long scientific, pedagogical and research career. The essays were written half by her Slovenian collaborators, coming predominantly from the Faculty of Law Ljubljana and the Institute of Criminology; the second half of the articles has been written by experts from 12 European countries who collaborated with Alenka Šelih during her career.

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 katerem od elektronskih medijev ali e-pošti (Pravnik@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 zasnovo 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 sprotih 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 Anglišta, 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: Darja Kovač, Luka Kocmut, in Mitja Golob: 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: Pravnik, 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.

Prispevke za objavo v reviji pošljite na naslov:

GV Založba, Likožarjeva ulica 3, 1000 Ljubljana ali

pravnik@revija-pravnik.si

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: pravnik@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.

Manuscripts should be **sent in paper version accompanied by an electronic source**, such as DVD or USB key, at:

GV Založba, Ltd.
Likožarjeva ulica 3
SI-1000 Ljubljana
Slovenia

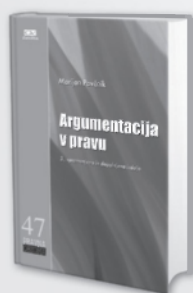
or electronically to: **pravnik@revija-pravnik.si**

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

Argumentacija v pravu

3., spremenjena in dopolnjena izdaja

Avtor: **dr. Marijan Pavčnik**



Teorija argumentacije v pravu se ukvarja s pravnim odločanjem v konkretnih primerih.

Monografija ima splošni in posebni del. Predmet splošnega dela so narava in prvine normativne konkretizacije zakona, razlaga kot (re)konstrukcija pravnega pravila, nadaljnje razvijanje zakona in prava, gibanje med normativnim in dejanskim, pravni silogizem, utemeljitev pravne odločitve in smeri teorije argumentacije. V posebnem delu so razprave Jezik in pravo, Krhkost človekovega dostojanstva, Pravičnost in uporabljajanje prava, Razlaga (razumevanje) ustave, (Ne)etičnost, prava, pravnikov in pravoznanstva ter Odziv na Antigonin izziv.

Število strani: 542 / Leto izdaje: 2013 / Cena: 68,00 EUR

(Ustavno)sodno odločanje

Urednika: **dr. Marijan Pavčnik, dr. Aleš Novak**

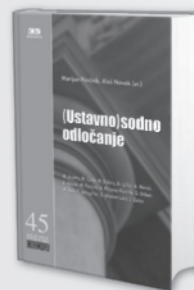
Avtorji: **dr. Matej Accetto, dr. Miro Cerar, dr. Mile Dolenc, dr. Albin Igličar, dr. Aleš Novak, dr. Barbara Novak, dr. Marijan Pavčnik, dr. Ada Polajnar Pavčnik, dr. Grega Strban, dr. Mirjam Škrk, dr. Tilen Štajnpihler, dr. Dragica Wedam Lukič, Jan Zobec**

Imensko in stvarno kazalo: **Mojca Zadravec**

Knjiga je sad raziskave, ki so jo v letih od 2010 do 2013 opravili raziskovalci Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.

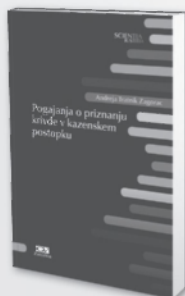
Prvi del zajema prispevke o družbenem dojemanju (ustavno)sodnega odločanja, o ustavnoskladni razlagi (zakona), o načelu sorazmernosti, o sodni praksi in o etičnih temeljih sodniškega poklica. Drugi del se spoprijema z odprtimi vprašanji na področju civilnega, družinskega in socialnega prava. Tretji del združuje prispevek, ki je postopkovne narave, in prispevke, ki nas popeljejo k naddržavnemu pravu Evropske unije, k pravu Sveta Evrope in h klasičnemu mednarodnemu pravu.

Število strani: 578 / Leto izdaje: 2013 / Cena: 68,00 EUR



Pogajanja o priznanju krivde v kazenskem postopku

Avtorica: **dr. Andreja Tratnik Zagorac**



Pogajanja o priznanju krivde so pomembna novost v slovenskem kazenskem procesnem pravu. Postajajo vse bolj razširjen, priljubljen in morda celo nepogrešljiv procesni institut, kar potrjuje dobro leto izkušenj z njegovo uporabo v praksi. Čeprav rešuje mnogo težav sodobnih kazenskih postopkov, pa odpira prav toliko ali še več vprašanj, zlasti o (ne)primernosti, (ne)pravičnosti, (ne)dopustnosti in (ne)legitimnosti pogajalskega načina reševanja kazenskih zadev. Knjiga ima obsežno stvarno in imensko kazalo.

Število strani: 314 / Leto izdaje: 2013 / Cena: 48,00 EUR

Svetovna trgovinska organizacija in državna suverenost

Avtorica: **dr. Irena Peterlin**

Knjiga obravnava državno suverenost kot osrednjo kategorijo mednarodnega prava v kontekstu obveznosti, ki so jih države prevzele z včlanitvijo v WTO.

Predstavlja razvojne značilnosti koncepta suverenosti in mednarodnega prava ter omogoča vpogled v pravno strukturo WTO. Razlaga zgodovinske okoliščine, ki so vplivale na razvoj pravnega koncepta, na katerem je bil vzpostavljen sistem suverenih evropskih držav, in ga postavi v okoliščine svetovne trgovine na prehodu v 21. stoletje. Knjiga ima obširno stvarno kazalo.

Število strani: 348 / Leto izdaje: 2013 / Cena: 48,00 EUR



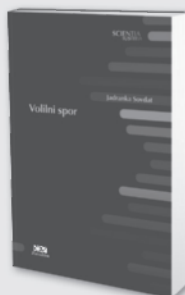
Volilni spor

Avtorica: **dr. Jadranka Sovdat**

Knjiga obravnava volilni spor v vseh fazah volilnega postopka, pri državnih, lokalnih in evropskih volitvah.

Predstavljeni so teoretični in primerjalnopravni pogledi na volilni spor, analizirana je domača pravna ureditev, obravnavane so odločitve domačih sodišč (ustavnega, vrhovnega in upravnega), odločitve tujih sodišč ter Evropskega sodišča za človekove pravice in Sodišča EU o volilni pravici.

Število strani: 374 / Leto izdaje: 2013 / Cena: 38,00 EUR





Pravni rokovnik 2014

Pravni rokovnik 2014 je tak, kot ga pričakujete
– s preglednim koledarskim delom in zbirko skrbno
preverjenih podatkov, ki jih pogosto potrebujete pri delu.

Cena: 38,00 EUR

Da ne boste iskali:

- ▶ kratice zakonov in drugih aktov
- ▶ pravosodni organi, poslovanje sodišč, telefonske številke najbolj pogosto klicanih oddelkov višjih sodišč
- ▶ povrnitev stroškov v postopkih, tarife, nagrade
- ▶ sodni tolmači, izvedenci, cenilci, ocenjevalci in člani poravnalnega odbora
- ▶ sodni izvršitelji, pooblaščenči vročitelji in detektivi
- ▶ sodne takse, upravne takse
- ▶ odvetniška in notarska tarifa ter imenik odvetnikov in notarjev
- ▶ davčni svetovalci z licenco
- ▶ mediacija, pravilniki, mediatorji
- ▶ določbe različnih aktov, ki določajo štetje rokov
- ▶ overitev listin v mednarodnem prometu
- ▶ ponudniki pravnih informacij
- ▶ brezplačna pravna pomoč
- ▶ državni organi RS
- ▶ upravne enote
- ▶ naslovi agencij, borz, zbornic, zavodov, skladov, zvez, društev in drugih pomembnih organizacij
- ▶ koledarčki za leta od 2011 do 2018, prazniki in dela prosti dnevi, šolske počitnice
- ▶ poštne številke in seznam Petrolovih servisov, kjer je mogoče oddati poštno pošiljko ...

*lepo in praktično
darilo*

NE PREZRITE MOŽNOSTI INDIVIDUALIZACIJE!

- za dodatnih 8 evrov + DDV na vaš rokovnik natisnemo vaše ime ali ime institucije
- za dodatnih 5 evrov + DDV pa natisnemo ime institucije, vaše ime in druge podatke na prvo notranjo stran

Za dogovor o individualizaciji vašega rokovnika pokličite po telefonu: 01 30 91 820.

GV Založba, d. o. o., Likozarjeva ulica 3, Ljubljana
Prodaja, telefon: 01 30 91 820, faks: 01 30 91 815
e-pošta: prodaja@gvzalozba.si

www.gvzalozba.si



Pravnik

Pravnik letnik 68 (130)

Številka 9-10/2013