

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik 71 (133)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka 11-12/2016

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

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

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

Uredniški odbor:

dr. Matej Accetto, dr. Mitja Deisinger, Hinko Jenull, dr. Miha Juhart, dr. Erik Kerševan, Boštjan Koritnik, dr. Janez Kranjc, dr. Marijan Pavčnik, dr. Konrad Plauštajner, dr. Saša Prelič, Mojca Seliškar Toš, dr. Darja Senčur Peček, dr. Alenka Šelih, dr. Mirjam Škrk, 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. Davor Krapac, dr. Slobodan Perović

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Tehnični urednik:

Dean Zagorac

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

Naslov: Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana

Tisk: Litteralis, d.o.o.

Naklada: 520 izvodov

Izide 12 števil na leto, v šestih zvezkih.

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

Naročila

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

Letna naročnina (cene z DDV):

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

IBAN: SI56 6100 0000 9259 676

VSEBINA

Uvodnik

Marko Bošnjak

25 let Ustave Republike Slovenije: ponos,
zadovoljstvo in spoštovanje – 787

Članki

Miša Vidovic
Damjan Korošec

Kazenskopravno obravnavanje medicinskih
posegov po uveljavitvi 125. člena KZ-1 – 793

Jadranka Sovdat

Le rôle de la Cour constitutionnelle dans la
résolution des conflits entre la Constitution et
les normes internationales – 815
Vloga Ustavnega sodišča pri razreševanju
nasprotij med Ustavo in mednarodnim
pravom
(*daljši povzetek v slovenskem jeziku*) – 837

Alenka Tisaj

Evropsko državljanstvo v zadevi *Dereci in
drugi proti Avstriji* (C-256/2011) – 841

Poročilo

Jakob Ahačič

Nekateri temeljni koncepti pravnega sistema:
Ob simpoziju za pravno in socialno
filozofijo – 869

Prikaz

Andrej Razdrih

Revija *Odvetnik* v letu 2016 – 881

In memoriam

Jadranka Sovdat

Marta Klampfer (1953–2016) – 889

Avtorski sinopsisi

(*v slovenskem in angleškem jeziku*) – 891

Imensko kazalo 2016 – 903

Navodila za avtorje

(*v slovenskem, angleškem in hrvaškem
jeziku*) – 907

CONTENTS

Editorial

- Marko Bošnjak 25 Years of the Constitution of the Republic of Slovenia: Pride, Satisfaction, and Respect – 787

Articles

- Miša Vidovic Criminal Treatment of Medical Intervention after the Adoption of Article 125 of the Slovenian Penal Code (KZ-1) – 793
- Damjan Korošec
- Jadranka Sovdat Le rôle de la Cour constitutionnelle dans la résolution des conflits entre la Constitution et les normes internationales – 815
(longer summary in Slovenian) – 837
- Alenka Tisaj European Citizenship in the Case of *Dereci and Others v. Austria* (C-256/2011) – 841

Report

- Jakob Ahačič Certain Key Concepts of the Legal System: Symposium on Legal and Social Philosophy – 869

Review

- Andrej Razdrih Magazine *Odvetnik* in the Year 2016 – 881

In memoriam

- Jadranka Sovdat Marta Klampfer (1953–2016) – 889

Authors' Synopses

- (in Slovenian and English Language) – 891

Index of Authors 2016 – 903

Guidelines for Authors

- (in Slovenian, English and Croatian Language) – 907

25 LET USTAVE REPUBLIKE SLOVENIJE: PONOS, ZADOVOLJSTVO IN SPOŠTOVANJE

V veliko čast mi je spregovoriti pred tem visokim zborom na dan, ko obeležujemo 25. obletnico sprejetja slovenske Ustave. Ko se ozremo na ta temeljni pravni dokument slovenske države ter na ustavno zgodovino, ki je nastala na njegovi podlagi, lahko to storimo z odkritim ponosom. Tedaj in danes se nam kaže kot trden in prepričljiv temelj demokratične pravne države, zavezane človekovim pravicam in drugim temeljnim pravnim in občečloveškim vrednotam. Mirno se lahko postavi ob bok najpomembnejšim in najboljšim primerljivim tujim in mednarodnim dokumentom. Le težko bi opazili, da je morala nastati dokaj hitro in vzporedno z drugim velikim projektom, vzpostavitev samostojne države, saj ne vsebuje pomembnejših praznin, notranjih neskladij, nesmiselnih rešitev ali podobnih hib, značilnih za pravne akte, sprejete v naglici. Spomniti se tudi kaže, da je slovenska Ustava izraz kompromisa med različnimi političnimi in idejnimi silami slovenske družbe, kar je že samo po sebi pomemben dosežek. Kar je še več, pri tem kompromisu ne gre za najmanjši skupni imenovalc ali pa zbirni koš, v katerega so brez reda nametani interesi vsakogar. Četrto stoletje po sprejetju lahko Ustavo z zadovoljstvom in spoštovanjem zre vsak pravnik in vsak državljan, ki, kot pravi Prešeren, »dobro v srcu misli«.

Slovenska Ustava je tudi poudarjeno procesni instrument. S tem ne mislim le, da vsebuje številne določbe o procesnih pravicah posameznikov ali pravila, ki urejajo različne postopke, od izvolitve in delovanja najvišjih državnih organov do ustavnorevidijskega. Njeni avtorji so namreč poskrbeli, da lahko zaživi v resničnih, otipljivih družbenih procesih, pojavih in celo posameznih primerih, in to ne le prek zakonske in podzakonske konkretizacije. Skladno s 125. členom Ustave so sodniki vezani na, prvič, Ustavo in, drugič, zakon. To pomeni, da je Ustava primarni, neposredni pravni vir sodniškega odločanja. Ta generativni moment je še posebej poudarjen v zvezi s človekovimi pravica-

* Besedilo je govor, ki ga je imel avtor na slovesnosti ob 25-letnici Ustave Republike Slovenije, 15. decembra 2016 na Ustavnem sodišču Republike Slovenije.

mi in temeljnimi svoboščinami, ki se, skladno s prvim odstavkom 15. člena, uresničujejo neposredno na podlagi Ustave. Ker pa ta seveda večinoma ostaja na ravni večje ali manjše abstraktnosti, se morda marsikateri sodnik (ali sodnica, izraz v moški obliki uporabljam za oba spola enakovredno) sprašuje, kako neki naj v konkretni zadevi odloči kar na podlagi ustavnega pravila. Zdi se, da bo zanj bistveno bolj priročno zakonsko pravilo, posebej ustvarjeno za tipske situacije pravnih razmerij, ustavne določbe pa večinoma niso take. Od tu ni daleč misel, da je Ustava razmeroma neuporaben dokument, ki hkrati ustvarja zunanjo prisilo ali pritisk v smislu, da bi lahko katera od strank sodnega spora na kakšnih višjih hierarhičnih stopnjah odločanja s sklicevanjem na Ustavo zrušila tisto, kar je prvostopenjski sodnik uspel zgraditi z minuciozno uporabo zakonskih pravil.

Tako razumevanje je seveda nepotrebno in napačno. Ustavne določbe, še zlasti tiste o človekovih pravicah, so in morajo biti pomemben vir navdiha pri vsakem reševanju pravnega spora. Zgrešena je sicer dobrohotna Montesquieujeva misel, da so sodniki le usta zakona (fr. *la bouche de la loi*), v katerem je skrita pravna rešitev za vsak posamezni primer. Kot je prepričljivo pojasnil znani ameriški sodnik Cardozo, ki je zaznamoval tamkajšnje vrhovno sodišče v tridesetih letih prejšnjega stoletja, pravna razlaga ni iskanje pomena, ki je zdaj nekako skrit, je pa nekoč obstajal realno in z gotovostjo pri zakonodajalcu. Sodnik ustvarja pravo za konkretni primer, seveda ne brez navezave na zakon. Če pa gre za količikaj zapleteno in ne povsem rutinsko zadevo, je verjetno, da bo njegovo stališče uporabljeno za druge situacije, v katerih bo nekdo drug uzrl pomembno podobnost in, kot sodniki radi učeno rečemo, nosilno stališče uporabil *mutatis mutandis*. Skratka, gre za izjemno odgovorno početje.

Kako lahko Ustava, predvsem pa njene določbe o človekovih pravicah, vstopa v sodno ustvarjanje prava ob konkretnem sporu? Kadar gre za spor med državo in posameznikom, se kaže vedno vprašati, ali je morda država posegla v kakšen posameznikov interes, ki je pravno zavarovan kot človekova pravica oziroma temeljna svoboščina. Če je do takega posega prišlo, je največkrat treba ugotoviti, ali je bil tak poseg utemeljen na zakonu, kakšen cilj je zasledoval, ali je bil ta cilj legitimen, in pa, kot v Strasbourgu presojamo, ali je bil nujen v demokratični družbi. Ta test je povsem komplementaren testu sorazmernosti, ki ga je v svoji presoji razvilo Ustavno sodišče. Pri oceni legitimnosti ter pri predstavi o tem, kaj je nujno v demokratični družbi, je sodniku Ustava v pomembno pomoč, saj jasno in koherentno zarisuje pravno podobo take družbe. Kadar pa gre za spor med posamezniki, je vanj država pritegnjena vsaj toliko, da vsaj ena od strank prosi za in pričakuje njen poseg. V takem primeru je pozitivna obveznost države, da opravi ustrezno tehtanje med vpletenimi zasebnimi inte-

resi. Pri tem tehtanju more sodnika voditi Ustava, ki lahko daje tem interesom specifično težo in pomen.

Procesna razsežnost Ustave in posebej njenih določb o človekovih pravicah se nam nadalje kaže skozi institucijo Ustavnega sodišča, ki je med drugim pristojno presoјati ustavnost zakonskih in podzakonskih aktov ter odločati o ustavnih pritožbah, v katerih pritožniki zatrjujejo kršitve človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Posebej pri slednji pristojnosti je Ustavno sodišče podobno Evropskemu sodišču za človekove pravice (ESČP). To se, bistveno bolj kot Ustavno sodišče, sooča z nespoštovanjem njegovih odločitev. V takem položaju je naravno spraševanje o legitimnosti njegovega delovanja. V formalnem smislu ESČP svojo legitimnost črpa iz Konvencije Sveta Evrope o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter dodatnih protokolov k njej. V vsebinskem smislu pa je legitimnost odvisna od prepričljivosti njegovih odločitev v razmerju do ključnih deležnikov, to je do pritožnikov, visokih pogodbenih strank in strokovne javnosti, ki opazuje njegovo delovanje. Pomemben vir te legitimnosti sta eksteriornost in raznorodnost strasbourškega odločanja. V smislu eksteriornosti ESČP ponuja pogled od zunaj v delovanje posameznega pravnega sistema. Ta vpogled je hkrati raznorodn, saj posamezno sodno formacijo, ki odloča o posamezni pritožbi (odbor treh sodnikov, senat, veliki senat), sestavljajo sodniki, ki prihajajo ne le iz različnih držav, pravnih tradicij in sistemov, temveč imajo tudi raznolike karijerne poti in izkušnje. Kakor je po eni strani to pisanost težko koordinirati, pa zagotavlja imunost pred disfunkcijami, ki se pojavijo v vsakem posameznem pravnem sistemu in ki so toliko bolj neizogibne, kolikor bolj je ta sistem zaprt.

Menim, da nekaj podobnega velja tudi za Ustavno sodišče. To ni organ na vrhu piramide pravosodnega sistema – Ustava v 127. členu celo izrecno določa, da je najvišje sodišče v državi Vrhovno sodišče. Njegov poseben položaj se izkaže prav pri odločanju o ustavnih pritožbah, ki pomenijo spor med posameznikom, ki jo je vložil, in sodnim sistemom, ki je izdal izpodbijane odločbe. Naloga Ustavnega sodišča je pogledati na pritožbo »od zunaj«, brez sistemskih omejitev, hipertrofij in izgorelostnih prilagoditev, značilnih za siceršnji pravni sistem nasploh in pravosodni sistem posebej. Ustavno sodišče ni četrta stopnja sodnega odločanja, in to ne le zato, ker, vsaj načeloma, ne presoja pravilnosti ugotovitev dejanskega stanja ter uporabe materialnega in procesnega prava, temveč tudi zato, ker stvari ne more in ne sme presoјati na enak način, kot je bilo to pred tem storjeno že trikrat na različnih instancah. Odveč je najbrž poudariti, da je zaželeno, če tak neobremenjen odnos Ustavnega sodišča do ustavnih pritožb omogoča tudi njegova sestava. Odnos do ustavnosodnega odločanja ni toliko stvar formalnih pravil, ki tako odločanje uokvirjajo, temveč predvsem posameznikovega razumevanja lastne funkcije. Znano je, da opazo-

valci najvišjih tujih sodišč ugotavljajo, kako pomembno je personalna zasedba vplivala na odločanje v posameznem obdobju. V Sloveniji ne more biti nič drugače.

Opisani zunanji pogled, osvobojen notranjih sistemskih spon, pa sam po sebi še ne zagotavlja kakovosti sodnega odločanja in njegove vsebinske legitimnosti. Vsako sodišče, tudi ESČP in Ustavno sodišče, morata biti zavarovana pred zunanjimi pritiski. ESČP se srečuje z neprikritimi pričakovanji nekaterih držav pogodbenic, naj ustrezno prilagodi svojo presojo, sicer bodo selektivno presojale, katero sodbo bodo izvršile, ali pa bodo kar izstopile iz konvencijskega sistema. Ustavno sodišče je bilo deležno kritik o domnevni politični motiviranosti nekaterih odločitev, predlogov, da je treba zato ustrezno vplivati na njegovo sestavo, tako da bo bolj »naša« in manj »njihova«, ali pa, da je treba omejiti njegove pristojnosti. Tem pritiskom je mogoče kljubovati s sistemskimi rešitvami, ki se nanašajo na način izbire sodnikov, z ustreznim materialnim in siceršnjim statusom v času izvrševanja mandata in s primernimi oblikami varstva po njegovem prenehanju. Tako glede ESČP kot tudi glede Ustavnega sodišča je mogoče ugotoviti, da je na tem področju še veliko prostora za izboljšave. Seveda pa še tako dodelane pravne norme, namenjene varstvu neodvisnosti sodišč, ne morejo preprečiti poskusov vplivanja na njihove odločitve, niti tega, da se nekateri ljudje hitro uklonijo pričakovanjem, ki prihajajo od zunaj: ko nekdo kihne, se takoj prehladijo. Edini učinkovit protistrup zoper te težave je pogum, skupaj z notranjo zavezanostjo k svobodi. Dovolim si reči, da je imelo Ustavno sodišče v sicer dokaj kratki ustavni zgodovini tega poguma dovolj, da je brez oklevanja razveljavilo posamezne odločitve ali predpise ali pa vsaj ugotovilo njihovo neustavnost, čeprav je bilo to v očitnem nasprotju s pričakovanji aktualne Vlade, državnozborske večine ali večinske javnosti. Povedano še drugače, ne spominjam se, da bi kateri od kvalificiranih opazovalcev za katerokoli ustavnosodno odločitev argumentirano ugotavljal, da je bila sprejeta zato, da bi bila všečna nosilcem drugih dveh vej oblasti ali javnemu mnenju. Ta okoliščina sama po sebi je izjemen dosežek.

Varstvo pred pritiski pa seveda ne sme biti pretveza za posamezno sodišče, da se zapre pred zunanjim svetom in z njim komunicira le prek svojih odločitev, za katere nato pričakuje, da bodo primerno izvršene. Vsak nosilec moči mora znati slišati odzive na lastna ravnanja. Če je dovolj moder, bo znal med njimi razbrati tiste, ki pomenijo upravičeno kritiko ali vsaj ugotovitev pomanjkljivosti, ki jih je treba odpraviti. Dober sistem ni tisti, ki je brez napak, temveč tisti, ki jih je sposoben priznati in odpraviti. V slovenskem prostoru in tudi drugje nekateri menijo, da sodnih odločitev ni dopustno komentirati, kaj šele jih kritizirati. Sam ne delim tega prepričanja. Gotovo je treba biti pazljiv, ko to počnejo predstavniki drugih dveh vej oblasti, ker bi lahko ustvarjali videz, da

se štejejo poklicane razpravljati in odločati o stvareh, ki ne spadajo v njihovo pristojnost. Prestopanje meja pa v sistemu delitve oblasti, ki je bolj ali manj predpogoj demokratične pravne države, ni dopustno. Da bi bilo ocenjevanje in kritiziranje sprejemljivo, mora temeljiti na odličnem poznavanju obravnavanega vprašanja, ne sme biti žaljivo, čeprav je morda ostro, primerno pa je tudi, če za identificirani problem ponudi rešitve. Zato je za vsako sodišče posebej pomemben pogled kvalificirane strokovne javnosti na njegovo odločanje. Strokovno razpravo kaže spodbujati z različnimi strokovnimi srečanji, organiziranimi razpravami ipd. K pripravi odločitev v zahtevnejših zadevah je smiselno pritegniti zunanje strokovnjake ali pa dopustiti intervencijo tretjih kvalificiranih subjektov. Mestoma je Ustavno sodišče uporabilo institut t. i. *amicus curiae*, kar priča o proaktivni odprtosti, ki jo kaže negovati.

Pogumen neodvisen sodnik, zavezan človekovim pravicam in drugim temeljnim pravnim vrednotam, neobremenjen z neizogibnimi disfunkcijami pravosodnega sistema, ki je sposoben slišati kritike na svoj račun in se iz njih učiti, je gotovo tisto, kar bi si želela vsaka demokratična pravna država. To je seveda zgolj idealen tip, kot sta o njem govorila Weber v sociologiji in Linne v biologiji, ki pa v resničnosti ne obstaja, srečamo lahko le njegove bolj ali manj navdahnjene približke. Tem lastnostim želim dodati še eno, za katero menim, da je ključna pri sodnem odločanju, to je zavedanje o pravi meri. Vemo, da je slednjo Aristotel štel za ključno pri zagotavljanju pravičnosti in jo je razumel kot nekakšno ravnotežje med preveč in premalo. Med sodniki, tako kot med ljudmi nasploh, srečamo različne skrajnosti pri opravljanju njihove funkcije. Nekateri so izraziti aktivisti v smislu, da želijo v sodnih odločbah uveljaviti svoje vrednote in cilje. Vsak interes, ki je skladen s temi vrednotami in cilji, so hitro pripravljeni razglasiti za človekovo pravico ali temeljno svoboščino, vsako krivico pa za njihovo kršitev. Na drugi strani so nekateri izrazito konservativni v smislu, da so nenaklonjeni evolutivni, kaj šele revolutivni razlagi pravil, življenjske razsežnosti primera pa ne štejejo za posebej pomembne pri odločanju. Spet druga delitev je tista na procesualiste in materialiste, pri čemer prvi strogo preverjajo postopkovne predpostavke za odločanje v zadevi; če pa so te izpolnjene, so pripravljeni o stvari odločiti le na podlagi navedb in zahtevkov strank ter pravil o porazdelitvi dokaznih bremen in standardov, materialisti pa menijo, da postopkovni vidiki odločanja niso pomembni oziroma so povsem ancilarni, če gre za pomembno pravno vprašanje. Lahko bi našteali še nekaj podobnih dihotomij. Pravi občutek za iskanje prave mere med temi skrajnostmi v posameznem primeru je predpogoj pravičnega sodnika.

Ob koncu tega nagovora naj se vrnem k njegovemu začetku. V zvezi z Ustavo sem omenil tri občutja, ki jih z njo lahko povežemo: ponos, zadovoljstvo in spoštovanje. Mnogi se bodo strinjali, da so to občutja, ki jih redko povezujemo

s slovenskim nacionalnim značajem, še manj z družbenim ozračjem, ki trenutno prevladuje na Slovenskem. Kar je škoda. Ustava, ki so jo sprejeli pred četrto stoletja, je gotovo lahko navdih v tej smeri. Skupaj z dobro mislijo v srcu, ki je predpogoj vsakega prijetnega človeškega sobivanja. Naj živi ustavna demokracija, naj živi pravna država, naj živi Republika Slovenija!

Marko Bošnjak,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, sodnik na
Evropskem sodišču za človekove pravice*

KAZENSKOPRAVNO OBRAVNAVANJE MEDICINSKIH POSEGOV PO UVELJAVITVI 125. ČLENA KZ-1

Miša Vidovič,

študentka 5. letnika Pravne fakultete Univerze v Ljubljani

Damjan Korošec,

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

1. UVOD

Leto 2008 je močno zaznamovalo področje kazenskega prava. Sprejet in uveljavljen je bil nov Kazenski zakonik (KZ-1),¹ ki je prinesel veliko sprememb. Ena od teh je tudi določba 125. člena KZ-1, s katero je zakonodajalec jasno in prvič na zakonski ravni podal razlog za nekaznivost medicinskih posegov posebej v zvezi s strokovnimi napakami glede varovanja avtonomije pacienta in s tem temeljito pretresel dotedanje kazenskopravno obravnavanje medicinskih posegov. Kljub svojemu pomenu pa je določba na področju pravne literature ostala razmeroma slabo pokrita, komentirana in analizirana. Podrobnejše analize ni bila deležna niti v uvodnih pojasnilih Kazenskega zakonika² in morda je tudi to pripomoglo k številnim neposrečenim razlagam, predvsem pravnih laikov, ki v razumevanje vsebine 125. člena KZ-1 vnašajo predvsem zmedo. Ta prispevek je zato namenjen predstavitvi celovitega pomena 125. člena KZ-1 ter njegovi podrobni sistemski in tehnični analizi.

¹ Uradni list RS, št. 55/08, 66/08, 39/09, 91/11, 50/12, 54/15 in 6/16.

² Glej M. Ambrož, H. Jenull, nav. delo, str. 125; I. Bele, M. Deisinger, V. Jakulin, nav. delo, str. 86.

2. STANJE PRED LETOM 2008

Večinska jugoslovanska kot tudi starejša slovenska kazenska teorija³ je splošno sprejemala načelno nekaznivost zdravniških posegov, če so le bili izvedeni z namenom zdravljenja in po tehničnih pravilih stroke. Nekaznivost so teoretiki utemeljevali s posebnim, medicinski dejavnosti imanentnim razlogom družbene koristnosti, ki je izključeval najmanj protipravnost (če ne celo bit kaznivega dejanja)⁴ vsaj vseh kaznivih dejanj zoper telo. Pri tem je bila volja pacienta v okviru instituta privolitve potencialnega oškodovanca izrecno označena kot nebitvena.⁵ Disponibilnost telesne celovitosti, čeprav danes prepoznane kot nedvoumno osebne dobrine, je bila tako pomembno omejena. Na drugi strani je sodobna kazenskopravna teorija že takrat zagovarjala naturalistično koncepcijo biti kot prvega elementa kaznivega dejanja, v skladu s takim naturalističnim razumevanjem pa je večina posegov, ki jih na dnevni ravni izvršujejo zdravstveni delavci, izpolnjevalo bit inkriminacije telesne poškodbe. S splošnim razvojem in krepitvijo človekovih pravic⁶ se okrepi tudi nujna potreba po spoštovanju in upoštevanju samoodločbe in avtonomije posameznika, ki se na področju kazenskega prava primarno uresničuje prek instituta privolitve potencialnega oškodovanca.⁷ Tektonske premike na področju družbenih vrednot in človekovih pravic je Slovenija doživela v obdobju po osamosvojitvi, kar se nazorno odraža v naboru in vsebini človekovih pravic, ki jih na najvišji ravni zagotavlja Ustava Republike Slovenije (Ustava),⁸ pri čemer je za pričujoči prispevek steber njen 35. člen, ki zagotavlja »nedotakljivost človekove telesne

³ Z izrazom »starejša slovenska kazenska teorija« označujeva slovensko kazensko-pravno teorijo zlasti pred osamosvojitvijo.

⁴ Vedeti je treba, da se v tem obdobju tako jugoslovanska kot tudi starejša slovenska teorija nista sistematično in natančno ukvarjali s splošnim pojmom kaznivega dejanja in ni povsem jasno, na kateri ravni splošnega pojma kaznivega dejanja je bila kaznivost izključena. Glede na dosledno ograževanje medicinske dejavnosti od kazenskopravne presoje pa je videti argument, da je tako imenovana družbena koristnost zdravstva pravzaprav pomenila izključeno bit kaznivega dejanja in s tem je bila kazenskopravna analiza ravnanja takoj končana že na ravni prvega elementa, kar je onemogočalo kakršnokoli kazenskopravno pozornost. Glej D. Korošec, nav. delo (2004), str. 91.

⁵ Tako Bavcon (gre sicer za skupno delo Bavcona in Šelihove) v zvezi z medicinskimi posegi zapiše naslednje: »Tudi tu ni privolitev pacienta v takšne ali drugačne medicinske strokovne ukrepe zaradi njegovega zdravljenja tisto, kar izključuje kaznivost, temveč je to družbena potrebnost in koristnost takšnega ravnanja«. Glej L. Bavcon, A. Šelih, nav. delo, str. 203.

⁶ Zlasti po drugi svetovni vojni, z mejnikom leta 1948, ko Generalna skupščina Združenih narodov sprejme in razglasi Splošno deklaracijo človekovih pravic.

⁷ K temu pomembno pripomore tudi samostojni institut domnevane privolitve oškodovanca.

⁸ Uradni list RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06 in 47/13.

in duševne celovitosti, njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic».⁹ In prav to v kombinaciji z doslednim spoštovanjem trodelne koncepcije splošnega pojma kaznivega dejanja, zlasti bitjo kot izrazito objektivnega elementa, pretrse slovensko tradicionalno dojemanje razmerja med zdravnikom in pacientom: kot glavno merilo upravičenosti posega se ne kaže več njegova družbena koristnost, ampak volja pacienta. Ker je torej z zdravniškim posegom po objektivni naturalistični koncepciji že izpolnjena bit kaznivega dejanja telesne poškodbe, je predvsem veljavna privolitev¹⁰ tista, ki lahko v okviru drugega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja izključi protipravnost in s tem kaznivost.¹¹ Gre za koncept, ki pomeni bistveno celovitejše upoštevanje volje potencialnega oškodovanca v okviru splošnega pojma kaznivega dejanja, konkretno na ravni protipravnosti kot drugega elementa. Neizbežno se s tem zanika v slovenski starejši teoriji kot samoumevno priznan poseben privilegiran status medicinske dejavnosti¹² in kot ključen odraz tega pride do širše dostopnosti medicinske dejavnosti kazenskoppravni presoji.¹³

Slednja koncepcija je pomenila revolucijo na področju kazenskega prava, do katere, logično, ni moglo priti preko noči. Tako so še v začetku devetdesetih let prejšnjega stoletja nekateri slovenski kazenskoppravni strokovnjaki kljub ustavnim liberalnim okvirom vztrajali pri prejšnjih stališčih.¹⁴ V nasprotju s

⁹ Člen 35 Ustave.

¹⁰ Lastnosti, ki jih privolitev potencialnega oškodovanca mora imeti, da je kazenskoppravno veljavna, je na podlagi aktualnega osrednjega slovenskega učbenika kazenskega materialnega prava mogoče posplošeno strniti v naslednje: nujna je privolitvena sposobnost posameznika, razum o pomenu in obsegu odpovedi dobrini (pomembna je zlasti odsotnost kazenskoppravnih relevantnih zmot) ter volja za to, disponibilna narava dobrine, v katero se poseže, in zaznavnost privolitve naslovniku. Glej L. Bavcon in drugi, nav. delo, in posebej za medicinsko kazensko pravo D. Korošec, nav. delo (2004), v celoti.

¹¹ Pomen privolitve je enak ne glede na (ne)uspešnost posega, in to prav zaradi doslednega upoštevanja biti kot izrazito objektivnega elementa. Primerjaj A. Šelih, nav. delo, str. 172.

¹² Medicinska dejavnost je bila sploh edina dejavnost, ki je na področju kazenskega prava bila deležna privilegirano prijazne obravnave. Korošec navaja primer nemškega pravnega teoretika Kraußa, da tudi uboj terorista v policijski akciji še vedno pomeni izpolnjeno bit kaznivega dejanja umora, čeprav se pozneje ugotovi obstoj razlogov, ki izključujejo protipravnost (tipično institut silobrana). Podobno tudi Kraufmann, ki govori o »elementarni enakosti vseh poklicev vsaj na ravni biti kaznivega dejanja«. Glej D. Korošec, nav. delo (2004), zlasti str. 116.

¹³ Ne le v okviru inkriminacij, ki nujno pomenijo izvršeno zdravstveno napako, ampak zdaj tudi vseh njihovih dnevnih posegov, ki izpolnjujejo bit inkriminacij telesnih poškodb.

¹⁴ Primeroma je Dežman še leta 1992 zapisal, da je primarna zdravnikova dolžnost ukreniti vse, da zavaruje zdravje pacienta, kar da ni prepovedano kljub bolnikovi zavrni-tvi. Z. Dežman, nav. delo, str. 313.

tem pa so v slovenski teoriji vznikale nove, prodorne kritike, da tako uveljavljenemu stanju obravnavanja pacientov, ki da ga lahko označimo kot obdobje razosebljanja pacienta in močne paternalistične obravnave, v sodobnem medicinskem kazenskem pravu naj ne bi bilo več mesta.¹⁵ Te kritike so postopoma ustvarjale težnjo po spremembi kazenskega prava, temelječi na jasnem konceptu, zakaj in na kateri ravni notranje zgradbe splošnega pojma kaznivega dejanja je kaznivost zdravstvenih delavcev izključena.¹⁶

3. MOŽNE ALTERNATIVE STANJU PRED LETOM 2008

Če je zakonodajalec želel ponuditi jasna odgovora na zgoraj navedeni vprašanja, je na načelni ravni imel tri strateške možnosti. Mogoče bi bilo, da kazenske zakonodaje v ta namen ne spreminja, ampak vse in v celoti prepusti teoriji. Vendar pa – če si je zakonodajalec želel, da bi sodobno obravnavanje medicinskih posegov zares zaživel, je bila v danem zgodovinskem trenutku ta možnost izrazito slaba in najverjetneje predhodnega obravnavanja v praksi niti ne bi spremenila. Treba se je zavedati trdovratnega večletnega ograjevanja *lege artis* in z namenom zdravljenja izvedenih medicinskih posegov od vsakršne kazenskopravne presoje ter zato razloga spremembe brez posega v kazensko zakonodajo ni bilo realno pričakovati. Ker pa je očitno imel močno politično voljo za ureditev teh vprašanj, se za to možnost ni odločil.

Ostali sta mu še dve možnosti, obe uresničljivi na ravni spremembe kazenske zakonodaje. Prva je pomenila osnivanje posebnega razloga izključevanja biti kot prvega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja posebej za medicinsko dejavnost, druga pa uvedbo pacientove privolitve kot razloga, ki izključuje protipravnost pri medicinskih posegih objektivno (na ravni biti) nastalih telesnih poškodb. Politične teže takih načelnih opredelitev kazenskopravne teorije ni mogoče spregledati in tudi zato je nujna posebna skrbnost pri opredeljevanju za katero od obeh temeljnih nasprotujočih možnih izhodišč o vpetosti pacientove volje v splošni pojem kaznivega dejanja (bit kaznivega dejanja ali protipravnost), saj je ta po zgodovinskem splošnem preseženju nevpetosti volje pacienta v splošni pojem kaznivega dejanja tudi v Sloveniji pomembnejša,

¹⁵ D. Korošec, tudi M. Bošnjak.

¹⁶ S pravnimi vprašanji privolitve pacienta sta se v Sloveniji ukvarjali tudi Polajnar-Pavčnikova (sicer v okviru predpostavk za civilni delikt – glej A. Polajnar-Pavčnik, nav. delo, zlasti str. 95) in Šelihova (glej A. Šelih, nav. delo, zlasti str. 168–172). Pravi kazenskopravni smisel in razlog ukvarjanja pravnikov s privolitvijo pacienta pa je prav zaradi odločnega kategoričnega zavračanja volje pacienta za upravičenost medicinskih posegov (glej osrednji slovenski učbenik kazenskega prava avtorjev Bavcona in Šelihove, skozi številne izdaje) ostajal zelo nejasen in dogmatična narava nevpetosti volje pacienta v klasični splošni pojem kaznivega dejanja preko vsakega dvoma ostaja ves čas zelo meglena.

kot se morda zdi na prvi pogled. Opredelitev za eno od zgornjih nasprotujočih si koncepcij ima velik sistemski pomen v pravni didaktiki in andragogiki, navsezadnje tudi za razumevanje celotnega materialnega (medicinskega) kazenskega prava in celovitega razmerja ne le med zdravnikom in pacientom, ampak kar med državo in posameznikom. Poudarjanje interesa posameznika kot sestavnega dela številnih kazenskopravnih dobrin, poudarjanje funkcionalnosti kazenskopravnih dobrin v smeri potencialnega zanikanja biti posega v telo v luči samoodločbe, avtonomije in svobodnega razvoja osebnosti posameznikov, vse to je pravno-strateško notorično pomembno, kakor je v sodobnem pravu brez najmanjšega dvoma postala pomembna tudi samoodločba posameznika v zvezi s svojim telesom kot element presoje protipravnosti poseganja v to telo.

Očitno je, da bi opredelitev za prvo od navedenih še možnih poti, pomenilo odpoved objektivni naturalistični koncepciji biti kot prvega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja, popolno ignoriranje volje pacienta kot (kazenskopravnega) subjekta, politično gledano pa zdravstvenim delavcem zelo prijazno ohranjanje privilegija medicinske dejavnosti prav na račun avtonomije pacientov in to na zakonodajno primerjalno zelo neobičajen način. Tega se je ob vseh kritikah v teoriji očitno zavedal tudi zakonodajalec. Tako se je odločil za možnost, omenjeno kot zadnjo – za dosledno spoštovanje in upoštevanje splošnega pojma kaznivega dejanja brez izjeme za kakršnokoli še tako humano dejavnost, za objektivno naturalistično koncepcijo biti kaznivega dejanja, za popolno vpetost volje oškodovanca in torej za privolitev pacienta, ki izključuje potencialno kaznivost medicinskih posegov, ki jim je potrjen.¹⁷ Zdi se, da je slovenskega zakonodajalca k slednji rešitvi pripeljala tudi dolgoletna in časovno sovpadajoča priprava Zakona o pacientovih pravicah (ZPacP),¹⁸ ki ga v splošnem prežema spoštovanje samoodločbe posameznika.¹⁹

4. ZAKONODAJNA REVOLUCIJA ALI 125. ČLEN KZ

Slovenski zakonodajalec je z novim Kazenskim zakonikom leta 2008 uveljavil relevantno določbo v okviru 125. člena, ki pa ne pomeni revolucije zgolj na področju medicinske dejavnosti, ampak je njen domet širši. Gre za izjemen premik v okviru splošnega dela kazenskega materialnega prava v smeri

¹⁷ Zakonodajalec je to storil po zgledu nemške, objektivno zelo razvite kazenskopravne teorije. Glej podrobno D. Korošec, nav. delo (2004).

¹⁸ Uradni list RS, št. 15/08.

¹⁹ Konkretno v 3. členu ZPacP našteva načela, ki se upoštevajo – zlasti na primer spoštovanje vsakogar kot človeka in spoštovanje njegovih moralnih, kulturnih, verskih, filozofskih in drugih osebnih prepričanj, spoštovanje telesne in duševne celovitosti ter varnosti in spoštovanje samostojnosti pri odločanju.

varovanja (čeprav posredno prek inkriminacije telesnih poškodb) avtonomije posameznika. Neposredno na zakonski ravni²⁰ v okviru tretjega odstavka 125. člena KZ-1 dobimo želen odgovor zakonodajalca, ki temelji na vpetosti in polni upoštevanosti volje pacienta. Jasno je: zakonodajalec je poudaril, da so v medicinski dejavnosti možne (implicitno pa celo običajne) biti telesnih poškodb, da pa je njihovo protipravnost mogoče izključiti tudi in še zlasti po splošnih teoretskih pravilih privolitve potencialnega oškodovanca in dodatno prek uvoza (potencialno glede na splošna teoretska pravila specialnih) zakonskih meril iz blanketno izpolnitvenega zdravstvenega prava, predvsem po naravi stvari na področju urejanja avtonomije pacienta obsežnega in natančnega ZPacP. S tem pa se tudi kategorično varuje avtonomija in samoodločba pacienta prek inkriminacije telesnih poškodb: brez veljavne privolitve poškodba ostaja protipravna.

S tem zakonodajalec v skladu s sodobno kazenskopravno teorijo poudarja univerzalnost učinkov objektivne in naturalistične koncepcije biti kaznivega dejanja kot elementa splošnega pojma kaznivega dejanja in močno politično sporočilno vrednost ugotovitev, da telo človeka, telesna celovitost in telesna integriteta (v bistvu pa tudi človekovo življenje) niso med dobrinami kazenskega prava pravzaprav nič posebnega in da zanje nujno veljajo enaka splošna pravila kot za vse druge dobrine kazenskega prava, to pa tako zunaj zdravstvene in medicinske dejavnosti kot tudi znotraj njih. Večdelna analiza po vseh stopnjah splošnega pojma kaznivega dejanja se tako nujno začne z objektivno naturalistično ugotovitvijo, ali je z na primer odrezanjem dela fiziološko in funkcionalno normalnega človekovega spolovila človekovo telo poškodovano (kar po objektivni, naturalistični koncepciji biti telesne poškodbe očitno je), potem, v naslednji, samostojni fazi proučevanja pa, ali je taka poškodba subsumabilna pod določeno inkriminacijo iz arzenala telesnih poškodb skladna s pravom, primarno zaradi instituta privolitve oškodovanca, to je pacienta,²¹ ali pa morda katere verske pravice staršev.

²⁰ In prvič na zakonski ravni – vse polemike prej so se dogajale zgolj v teoriji.

²¹ Razlog upravičljivosti pomeni predvsem privolitev potencialnega oškodovanca samega; če te ni mogoče pridobiti, pa si je treba prizadevati za pridobitev nadomestne privolitve. Kadar pa slednje ni, ker taka oseba ne obstaja ali je ni mogoče pridobiti, ker na primer take osebe ni mogoče najti, postane aktualen samostojni kazenskopravni institut privolitve domnevnega oškodovanca, šele v zadnji fazi pa upravičljiva skrajna sila, ki premalo upošteva pomen svojskosti posameznika. Glej J. Balažic in drugi, nav. delo; D. Korošec, nav. delo (2004).

5. ANALIZA IZVEDBE 125. ČLENA KZ-1

Čeprav lahko člen že na tej točki označimo kot dobrodošel, kaže (zlasti v njegovi prvotni obliki pred noveliranjem)²² znake sistemske in tehnične nedovršenosti izvedbe, ki je najbrž posledica naglice v želji po zadovoljitvi splošne politične volje po novi kazenski zakonodaji in hkrati sodobne (slovenske) kazenskoppravne teorije in biomedicinske etike v zvezi z varovanjem avtonomije pacienta. Aktualni 125. člen KZ-1 pod naslovom »Izključitev kaznivega dejanja pri telesnem poškodovanju s privolitvijo poškodovanca« določa naslednje:

»(1) Povzročitev lahke telesne poškodbe (122. člen) ni protipravna, če je poškodovanec privolil vanjo. V tem primeru se pri mladoletni ali slabotni osebi upošteva privolitev, če jo v skladu z zakonom v skrbi za njuno zdravje da tisti, ki zastopa take osebe.

(2) Naklepna povzročitev hude (123. člen) ali posebno hude (124. člen) telesne poškodbe ni protipravna, če je poškodovanec privolil vanjo in pri tem niso bile prizadete koristi koga drugega ali ogrožena kakšna skupna pravna vrednota.

(3) Ne glede na prejšnji odstavek naklepna povzročitev hude ali posebno hude telesne poškodbe pri zdravljenju ali zdravilski dejavnosti ni protipravna, če je bila privolitev dana v obliki in ob pogojih, ki jih določa zakon«.

5.1. Sistemska raven

Domet je, iz že prikazanih razlogov, večinoma usmerjen v splošni del kazenskega prava, predvsem pa domet ni omejen le na področje medicinskega kazenskega prava, ampak na splošni del slovenskega kazenskega prava nasploh.²³ Kljub temu se je zakonodajalec omenjeno normo odločil umestiti v posebni del KZ-1 in to ne kot privilegirano obliko v okviru kaznivih dejanj posameznih vrst telesnih poškodb (zaradi »zdravilnega namena storilca«), ampak kar na splošno kot samostojno pojasnilno določbo. Taka odločitev ni najbolj sistematična in umeščenost dane vsebine v posebni del KZ-1 lahko vidimo tudi kot napako.

Določba 125. člena KZ-1 je v slovensko kazensko pravo tudi na zakonodajni ravni vpeljala institut privolitve oškodovanca, ki se nanaša na razpolaganje z vsemi disponibilnimi dobrinami. Zakonodajalec pa je poslal zmedeno sporočilo, ko je oškodovanca spremenil v poškodovanca, razpolaganje oziroma privolitev pa je omejil zgolj na telesno celovitost kot bi to bila edina disponibilna

²² Leta 2012 z novelo KZ-1B (Uradni list RS, št. 91/11) je bil omenjeni člen nekoliko spremenjen, glej v nadaljevanju.

²³ Glej predhodni razdelek, tj. razdelek 4.

dobrina, kar pa seveda v sodobnem kazenskem pravu ne vzdrži. Nedvomno²⁴ je mogoča privolitev v vse osebne dobrine, ki jih tipično učbeniško primeroma naštevamo²⁵ kot življenje, telesno celovitost, zdravje, osebno varnost, čast, zasebnost, pri čemer za prvi dve naštetici sicer velja omejena disponibilnost. Pravzaprav je s tem ustvaril neko podvrsto privolitve oškodovanca, ki jo je zaradi posledice, to je poškodbe, imenoval privolitev oškodovanca, ki se nanaša zgolj na privolitev v poseg v telesno celovitost. Razlog za tako zakonodajalčevo odločitev ni jasen. Res je, da je privolitev oškodovanca v večini držav uveljavljena kot nadzakonski institut,²⁶ drži tudi to, da taka formulacija člena ne onemogoča konstrukta privolitve oškodovanca v zvezi s preostalimi razpoložljivimi dobrinami. Ni pa jasno, zakaj se je zakonodajalec odločil urejati ta institut na zakonski ravni, uredil pa je zgolj delček instituta privolitve, ki se nanaša zgolj na eno dobroto. V tem smislu sta prva dva odstavka načeloma²⁷ odvečna, saj bi bil namen zakonodajalca uresničljiv tudi z zgolj tretjim odstavkom (ki pa bi mu moral priključiti še ureditev lahkih telesnih poškodb, saj trenutno ureja le hude in posebno hude).

5.2. Tehnična raven

Z novelo KZ-1B je bil člen nekoliko preoblikovan, in sicer v obliko, v kateri ga poznamo danes.²⁸ Do redakcijske spremembe je prišlo v naslovu člena, v katerem se je izraz »soglasje« nadomestil s pojmom pacientove privolitve, ki je dosledno uporabljen v celotnem členu kot tudi v ZPacP, na katerega se člen blanketno sklicuje. Pojem privolitve je drugače kot soglasje tudi sicer v slovenskem kazenskopravnem izrazju in tudi izrazju sodobne biomedicinske etike ustrezno uveljavljen. Zaradi odvečnosti je bil črtan tudi nekdanji četrti odstavek, ki je določal nekaznivost v primeru preklicane privolitve, saj je protipravnost izključena že z instituti splošnega dela in določbo iz tretjega odstavka

²⁴ Izčrpno in sistematično o tem D. Korošec, nav. delo (1997).

²⁵ Tudi osrednji slovenski učbenik kazenskega materialnega prava – glej L. Bavcon in drugi, nav. delo.

²⁶ Korošec v svojem članku npr. opozarja, da je vključitev zakonske določbe o privolitvi oškodovanca načeloma nesmiselna, saj gre za ponavljanje principov ureditve človekovih pravic iz ustave in mednarodnopravne ureditve. Kljub vsemu pravi, da bi bila vključitev lahko koristna v danem zgodovinskem trenutku prav v Sloveniji, zaradi dolgotrajnega zanemarjanja avtonomije in samoodločbe oškodovanca v naši teoriji in praksi. Glej: D. Korošec, nav. delo (1999), str. 179.

²⁷ Zgolj načeloma, razloge glej v nadaljevanju.

²⁸ Glej predhodni razdelek, tj. razdelek 5.

125. člena KZ-1. Poleg tega bi bilo v nasprotju z določbo 31. člena ZPacP,²⁹ če bi učinek umika privolitve veljal za nazaj.

Tehnično gledano se je zakonodajalec odločil za tehniko, s katero je v posameznih odstavkih obravnaval različne vrste telesnih poškodb, ki se včasih nanašajo na kakršnokoli dejavnost, spet drugič na vse z izjemo medicinske dejavnosti ali specialno le na njo. To od uporabnika prava zahteva miselne preskoke med odstavki, poleg tega pa je med njimi in znotraj njih mogoče zaznati nelogičnost.

Prvi odstavek je splošen in ureja katerokoli področje, na katerem nastane lahka telesna poškodba³⁰ (tudi medicino). Ob tem zakonodajalec ni postavil nobene omejitve (kot jo vsebuje drugi odstavek: »[...] in pri tem niso bile prizadete koristi koga drugega ali ogrožena kakšna skupna pravna vrednota«), iz česar lahko sklepamo na spoznanje zakonodajalca, da je tehtanje med avtonomijo posameznika in koristi drugega oziroma splošnimi družbenimi vrednotami brezpredmetno, kajti lahka telesna poškodba (na primer lažje rane, večina zlomov, blažji pretresi možganov), v katero poškodovanec v okviru tega odstavka privoli, ne more ogroziti nasprotni strani tehtnice, ki torej ne more prevladati. Z drugimi besedami to pomeni, da želi dosledno zavarovati avtonomijo in ji dati prednost.

Zanimiv je drugi del tega odstavka, ki omejuje rabo nadomestne privolitve pri »mladoletni ali slabotni osebi«. Očitno gre za osebe, za katere ZPacP kot blanketni izpolnitveni akt določa poseben način uveljavljanja pravic, ker gre za osebe, ki niso sposobne odločanja o sebi.³¹ Očitno kot »slabotne« zakonodajalec šteje osebe z duševnimi težavami³² in tiste z začasno nesposobnostjo odločanja o sebi,³³ čeprav lahko po naravi stvari zajema tudi majhne otroke. Če se z izrazom »slabotne« po obsežni analizi rabe tega pojma v slovenskem zdravstvenem pravu še lahko nekako sprijaznimo, pa to ne velja za otroke,³⁴ ki jih KZ-1 v 125. členu preimenuje z nadpomenko v mladoletne. Izraz »mladoletni« jasno kaže na starostno mejo 18 let, ki pa je niti ZPacP³⁵ niti splošna pravila kazenskega instituta privolitve potencialnega oškodovanca³⁶ ne poznata. Smiselno

²⁹ Člen 31 ZPacP, tudi v povezavi s 26. členom ZPacP. Privolitev mora biti dana vnaprej in torej ne more biti veljavno podana za nazaj. Mutatis mutandis velja tudi za umik privolitve.

³⁰ Opredeljena je v 122. členu KZ-1.

³¹ Glej 35.–38. člen ZPacP.

³² Glej 37. člen ZPacP.

³³ Glej 38. člen ZPacP.

³⁴ Glej 35. člen ZPacP.

³⁵ Glej prvi odstavek 35. člena ZPacP.

³⁶ Posebna pravila o tako imenovani naravni razsodnosti. Glej D. Korošec, nav. delo (1998).

je doslednejše enotno poimenovanje, saj se sicer s tem odpira vsaj potencialna zmeda uporabnikov, to je največkrat prava neveščih oseb, v kateri bi lahko potencialno prišlo do odrekanja možnosti osebne privolitve osebi, ki je sposobna dati pravno veljavno privolitev, s čimer bi prišlo do njene nadomestitve z nadomestno privolitvijo. To bi pomenilo povsem nedopustno odrekanje avtonomije in samoodločbe te osebe (na primer na račun 17-letnika, ki je sicer naravno razsoden in sam sposoben veljavno privoliti v konkreten poseg), kar pa je v nasprotju z idejo 125. člena KZ-1 (in zlasti tudi številnimi določbami ZPacP). S tem se pokaže resnična potreba, da uporabnik zakona pozna tudi blanketno izpolnitveno zakonodajo, v okviru tega prispevka zlasti relevantnega ZPacP, s čimer se ta potencialna nedopustnost prepreči.

Zakonodajalec je torej pri »mladoletni« ali »slabotni« osebi omejil podajanje nadomestne privolitve, saj je uporabil obliko pogojnega odvisnika. Del: »[...] če jo v skladu z zakonom v skrbi za njuno zdravje« omejuje nabor zakonov, v zvezi s katerimi je mogoča nadomestna privolitev – ta mora biti dana v skrbi za zdravje osebe, namesto katere se privoli, da se poseže v njeno telesno celovitost. To potezo je mogoče razumeti kot (povsem utemeljen) strah pred zlorabami in dosledno varstvo telesne nedotakljivosti privolitveno nesposobne osebe. Gre za pomembno omejitev, ki onemogoča veljavno nadomestno privolitev pri tistih posegih, ki objektivno osebi niso v (jasno) zdravstveno korist. Konkretnije to na primer pomeni onemogočanje veljavne nadomestne privolitve pri, pogosto izpostavljenem, obrezovanju dojenčkov³⁷ brez medicinske indikacije. Gre za tako pomembno omejitev, da zaradi nje tudi prvi odstavek (čep rav zgoraj označen kot potencialno odvečen) postane zelo pomemben. Nenavadno pa je, da tako omejitev zasledimo le pri lahki telesni poškodbi, v drugem in tretjem odstavku, ki urejata hudo in posebno hudo telesno poškodbo (na primer skazitev), pa taka omejitev izgine. Ne zdi se smiselno, da tako pomembna in dejansko smotrna omejitev izostane pri invazivnejšem posegu v telo poškodovanca. Razlog take poteze zakonodajalca je neznan, avtorjema tega prispevka pa nerazumljiv.

V drugem odstavku, ki se nanaša na katerokoli področje z izjemo zdravljenja in zdravilske dejavnosti,³⁸ zakonodajalec skupaj obravnava privolitve v naklepno povzročitev hude in posebno hude telesne poškodbe, čemur pa je, v nasprotju s prvim odstavkom člena, dodan dostavek: »[...] in pri tem niso bile prizadete koristi koga drugega ali ogrožena kakšna skupna pravna vrednota«. Zdi se, da se je v okviru tega člena zakonodajalec zavedal možnosti, da dopuščanje popolne svobode razpolaganja s kazenskopravno dobrino telesne celo-

³⁷ Glej D. Korošec, nav. delo (1995).

³⁸ Glej tretji odstavek 125. člena KZ-1.

vitosti, ne glede na njeno osebno in na načelni ravni disponibilno naravo, lahko privede do kontraproduktivnosti. Zato je, da bi slednjo preprečil, postavil omenjeno omejitev. Sama vsebinska postavitev take omejitve ni sporna, ampak prej razumljiva in primerjalnopravno običajna.³⁹ V skoraj vseh razvitih kazenskopravnih sistemih se sicer večja število disponibilnih dobrin in možnost razpolaganja z njimi velja za pravilo, ki pa je vendarle lahko izjemoma omejeno. Skoraj vsi sistemi namreč znotraj disponibilnih dobrin priznavajo omejeno razpoložljivost življenja in elementarne telesne celovitosti, tako omejitev pa opravičujejo z interesom javne morale. Privolitev je po definiciji mogoča le v disponibilne dobrine, izjemoma pa ni mogoča in to v »zelo drastičnih primerih, ko bi avtonomija posameznika močno zmotila večinski občutek za družbeni mir«. ⁴⁰ Tako bi bil na primer v primeru večjih pohabitev s tem porušen javni red oziroma javna morala, ki kljub oškodovančevi privolitvi utemeljmeta kazenskopravni represivni odziv.

Za tako omejitev na ravni kazenske zakonodaje se je odločil tudi nemški zakonodajalec,⁴¹ ki je določil, da »telesna poškodba ostaja protipravna kljub morebitni privolitvi oškodovanca, dokler je poškodovanje kot tako nemoralno«. ⁴² Nekaj podobnega je očitno v okviru tega odstavka želel uvesti tudi slovenski zakonodajalec.⁴³ Vendar pa tako blanketno pravno urejanje, v katerem je vsebina kazenskopravne norme odvisna od pojmovanja javne morale, v kazenskem pravu, kjer je še posebej močan poudarek na načelu zakonitosti, zelo sporno, na kar opozarjajo tudi nemški pravni teoretiki. Javna morala ni enotna, temveč socialno razpršena, je elastična in ni jasno vnaprej določena, večkrat pa tudi iracionalna.⁴⁴ Z vidika načela zakonitosti se zato taka norma kaže kot nevarna, meja pa kot preveč nejasna, sploh ob dejstvu, da nasprotovanje javni morali pomeni neveljavno privolitev, kar (ob predpostavki odsotnosti drugih razlogov upravičljivosti) pomeni podano protipravnost, s tem pa močno odprta vrata h kaznivosti storilca in torej usodne posledice.

Poleg tega je treba poudariti, da gre v primeru omejitve za izjemo, ki po splošnih pravnih razlagalnih pravilih zahteva restriktivno razlago. Taka omejitev, še toliko bolj če se jo razlaga preširoko, namreč nujno pomeni reduciranje pomena samoodločbe in avtonomije posameznika. Vselej je zato treba ugotoviti,

³⁹ Podrobneje D. Korošec, nav. delo (2004), str. 52–76.

⁴⁰ D. Korošec, nav. delo (2004), str. 58.

⁴¹ Nemškemu sistemu z uvedbo 125. člena KZ-1 vsebinsko, kot že rečeno, slovenski zakonodajalec dosledno sledi.

⁴² D. Korošec, nav. delo (2004), str. 63, tudi opomba št. 115.

⁴³ Vendar je to storil nekoliko svojstveno oziroma zmedeno, glej v nadaljevanju.

⁴⁴ O tem M. Pavčnik, nav. delo, str. 256.

ali je javna morala zaradi posameznikovega uresničevanja (načelne) svobode res motena, v naslednji fazi pa s posebno skrbnostjo pretehtati, ali je motena toliko, da je treba posamezniku odreči upoštevnost privolitve. Nasprotovanje posameznih (konservativnih) družbenih skupin kot argument za moteno javno moralo ne sme pomeniti vnaprejšnjega zavračanja veljavnosti privolitve brez predhodno opravljenega tehtanja interesov. Slednje pač ni in ne more biti v skladu z varstvom posameznikove svobode (s tem tudi njegovega odločanja), ki je močna prvina liberalne države.

Slovenski zakonodajalec pa se je te omejitve nomotehnično lotil na svojstven način. Med pravilo (načelna upoštevnost privolitve) in omejitvijo je postavil veznik »in«, ki sicer označuje kumulativnost – »[...] če je poškodovanec privolil vanjo in pri tem niso bile prizadete koristi koga drugega ali ogrožena kakšna skupna pravna vrednota«. Kumulativnost pogojev sama po sebi sicer ni sporna, problematično pa je lahko, ali dana kumulativnostna formulacija sploh omogoča tehtanje, saj je že z minimalno prizadetostjo katerekoli koristi drugega ali minimalnim ogrožanjem skupne pravne vrednote privolitev lahko onemogočena. To močno nasprotuje duhu spoštovanja avtonomije, svobodnega odločanja in svojskosti posameznika. Bolje bi bilo, če bi obveznost tehtanja vsaj nakazal s tem, da bi na primer določil, da ne sme iti za premočno prizadetost koristi oziroma ogrožanja vrednot, pa čeprav v kumulativnostni formulaciji.

Slovenski zakonodajalec se ni odločil omejiti privolitve na način, kot to počnejo na primer Nemci – z javno moralo (kar je sicer, kot že povedano, v teoriji prepoznano kot sporno), ampak primerjalnopravno izvirno omenja »prizadetost koristi drugega ali ogroženost skupne pravne vrednote«. Ob tem spet ni povsem jasno, kaj navedena formulacija vsebinsko zajema. Čeprav je torej morda želel preprečiti nespoštovanje načela zakonitosti z vsebinsko nejasnim in raztegljivim pojmom javne morale, tega problema pravzaprav ni rešil, saj vsebinsko še vedno ni jasno, kaj omejitev zajema. Glede na členitev na nekaj individualnega, kar pripada drugemu (to je »koristi drugega«) in na nekaj splošnega (»skupne pravne vrednote«) se zdi, da je imel v mislih omejitve z individualnimi dobrinami drugega in z dobrinami splošnosti. Če je tako, pa ostaja nejasno, zakaj uporablja pojma »koristi« in »vrednot«, ne pa kar naravnost pojma dobrin. Prav tako ni zanemarljivo dejstvo, da v zvezi s koristmi drugega zahteva »poškodbo« koristi, po drugi strani pa se pri skupnih pravnih vrednotah zadovolji že z »ogroženostjo«. Ni se torej odločil za enako posledico, s čimer je pokazal na to, da je pomen pri tako imenovanih dobrinah splošnosti tako močan, da jih je treba varovati, še preden so poškodovane. To pomeni, da so mu dobrine splošnosti pomembnejše od individualnih, kar ne more biti v skladu z vrednotami liberalne države, kjer je v središču posameznik in čemur je načeloma prvenstveno namenjen 125. člen KZ-1: avtonomiji človeka. V gro-

bem pa se zdi vendarle jasno to, da zakonodajalec želi v družbi vzdrževati mir, zato je smiselno obstoječo formulacijo nadomestiti s frazo »družbeni mir«, ki je pomensko jasnejši, sploh ob razvitih merilih teorije in sodne prakse, hkrati pa ni tako hitro moten, kot je prizadeta vrednota posameznika (kar kaže na izjemnost situacije neupoštevanja dane privolitve). Seveda je družbeni mir za kazensko pravo nov in predvsem širok ter izmuzljiv pojem, toda spet ne bistveno bolj od nemoralnosti v (prej kratko prikazanem) nemškem zakonodajnem poskusu reševanja tega očitno zelo težavnega problemskega vozla.

Kakorkoli – ta omejitev velja le v primeru hudih in posebno hudih telesnih poškodb, ki niso povzročene pri zdravljenju ali zdravilski dejavnosti. Na podlagi česa slovenski zakonodajalec sklepa, da do takih spornih poškodb ne more priti v teh dveh dejavnostih, ni jasno.⁴⁵ Kljub nomotehnični neelegantnosti pa drugi odstavek vsebuje to pomembno omejitev razpolaganja z dobrinami, zato tudi tega odstavka ne moremo označiti kot povsem redundantnega.

Tretji odstavek kot *lex specialis* ureja privolitev v naklepne hude in posebno hude telesne poškodbe pri zdravljenju ali zdravilski dejavnosti. Z besedami »ne glede na prejšnji odstavek« za področje medicine razveljavlja ureditev iz drugega odstavka, hkrati pa se (za področje zdravstvene dejavnosti) blanketno sklicuje na ureditev v ZPacP (»privolitev dana v obliki in ob pogojih, ki jih določa zakon«). Taka zakonska dikcija pomeni neposredno sklicevanje primarno na 26. člen ZPacP, ki ureja privolitev pacienta.

Zmedo pa je zakonodajalec vnesel, ko je v okviru tretjega odstavka 125. člena KZ-1 določil, da mora biti privolitev dana »v obliki in ob pogojih, ki jih določa zakon«. Z razločevanjem oblike od pogojev je povedal, da oblike ne šteje kot pogoj, ki bi ga določal blanketni ZPacP, zato jo omenja posebej in dodatno. Ta besedna zveza, ki jo uporablja KZ-1, uporabnika prava lahko zavede, saj se ZPacP namreč načeloma res zadovolji že s privolitvijo pacienta v ustni in celo konkludentni obliki⁴⁶ in le izjemoma zahteva obličnost pri privolitvi⁴⁷ (pisna oblika na tako imenovanem privolitvenem obrazcu), pa še to pravilo rahlja in je tudi ob sicer zapovedanem izpolnjevanju obrazca veljavna že ustna privolitev.⁴⁸ Ureditev ZPacP daje prednost volji pred obliko, pisna oblika je tam primarno namenjena dokazni funkciji, delno pa tudi varstvu pacienta, ki naj bi bil takrat, ko je pisna oblika predpisana, s tem še bolj opozorjen na resnost

⁴⁵ Evtanazija kot medicinski poseg je trenutno prepovedana prav z utemeljitvijo, da bi lahko njeno izvajanje porušilo družbeni mir (oziroma prizadelo koristi drugega ali ogrožalo skupne pravne vrednote).

⁴⁶ Glej četrti odstavek 26. člena ZPacP.

⁴⁷ Glej peti odstavek 26. člena ZPacP.

⁴⁸ Glej šesti in sedmi odstavek 26. člena ZPacP.

in pomembnost njegove odločitve,⁴⁹ česar pa iz določbe 125. člena KZ-1 ni jasno razpoznavati. Ureditev v 125. členu KZ-1 je celo mogoče razumeti tako, da se za veljavno privolitev zahteva obličnost celo takrat, ko je ZPacP kot pogoj za veljavnost ne zahteva. Razlogi za to ostajajo pravno dogmatično, pa tudi kriminalitetnopolitično, zelo nejasni, zato naj bo tukaj dovoljen sklep, da gre za formulacijski spodrseljaj zakonodajalca.

Najverjetneje je želel sporočiti, da mora biti privolitev dana v tisti obliki in pod tistimi pogoji, ki jih določa ZPacP. Če je to želel, pa pomeni, da mora tudi obliko šteti pod tiste pogoje, ki jih zahteva ZPacP, in predvsem to, da je del »v obliki« odvečen.

Ker je zakonodajalec obravnavano določbo uvedel v želji po razjasnitvi izključevanja kaznivosti na področju medicine, je bolje, da v določbo ne meša telesnih poškodb, ki nastanejo na drugih področjih.⁵⁰ Predlagava, da tretji odstavek postane privilegirana oblika kaznivih dejanj telesnih poškodb, ki pa naj bo dopolnjen s tehtanjem, ki ga vsebuje drugi odstavek, in omejitvijo podajanja nadomestne privolitve, ki jo vsebuje prvi odstavek.⁵¹ S tem bi povsem odpadla potreba po prvih dveh odstavkih sedanjega 125. člena KZ-1.

6. O POMENU OBRAVNAVANEGA ČLENA

6.1. Za kazensko pravo

Z vidika pomena 125. člena KZ-1 je, kot že nakazano, najpomembnejši tretji odstavek. Gre za implicitno jasno potrjevanje objektivne, naturalistične koncepcije biti kaznivega dejanja, in to brez izjem, tudi za medicinsko dejavnost. Zakonodajalec je hkrati polno sprejel moderne poglede tuje in slovenske kazenskopravne teorije o privolitvi pacienta kot razlogu upravičljivosti in torej izključenosti protipravnosti.⁵² Gre za izjemen pomen za splošni del slovenskega kazenskega prava nasploh in prav to je največja dodana vrednost 125. člena KZ-1. Ne glede na sicer nekolikšno nepreglednost in ne nujno optimalno kon-

⁴⁹ Komentar J. Balažic in drugi, nav. delo, str. 142–145.

⁵⁰ Čeprav tudi na drugih področjih velja nadzakonski institut privolitve oškodovanca kot razlog izključevanja protipravnosti.

⁵¹ Na primer v obliki: Povzročitev telesne poškodbe pri zdravljenju ali zdravilski dejavnosti ni protipravna, če je bila privolitev pacienta dana ob pogojih, ki jih določa zakon, če ob tem ni premočno prizadet družbeni mir. Pri osebah, ki niso sposobne odločanja o sebi, se upošteva privolitev, ki jo v skladu z zakonom v skrbi za njeno zdravje da tisti, ki zastopa take osebe.

⁵² V tej luči preseneča stališče Dežmana, da naj bi bila določba 125. člena KZ-1 nepotrebna. Glej: Medicina in pravo: sodobne dileme II, str. 385.

sistentnost tega člena je bil to torej vsaj v novejšem razvoju, ne le slovenskega medicinskega kazenskega prava, ampak splošnega dela slovenskega kazenskega prava v celoti, eden največjih korakov.

Pri analizi teh in takih pravnih opredelitev pogosto pozabljamo, da niso pomembni le tako imenovani absolutni statični statusi v primerjalnem kazenskem pravu, ampak je še kako relevantna tudi relativna velikost korakov in premikov. Slovensko medicinsko kazensko pravo je po osamosvojitvi države, v obdobju pred sprejemanjem ZPacP in KZ-1 v delu, ki konkretizira novo zdravstveno zakonodajo, doživelo pretres vrednot in institutov posebej v zvezi z avtonomijo pacienta. Slovenski zakonodajalec se je po prelomu tisočletja (ob pripravi ZPacP in v relevantnih delih KZ-1) odločil bistveno bolj sistematično kot pred tem zavarovati voljo pacienta, svoboden razvoj njegove osebnosti, njegovo avtonomijo in samoodločbo, resneje in odločnejše kot prej tudi kazenskopravno nedvoumno zavarovati svobodo pacientovega odločanja v zvezi z medicinskimi posegi.⁵³ Ker pa je Slovenija v tem času pravzaprav naredila korak iz načeloma popolnega ignoriranja volje pacienta v splošnem pojmu kaznivega dejanja (tako z neuveljavljanjem deliktov zoper svobodo odločanja kot tudi z neuveljavljanjem deliktov zoper telo, ki oboji, kot smo videli, v primeru medicinsko indiciranega in tehnično korektno izvedenega zdravlilnega medicinskega posega v Sloveniji, kljub pomanjkljivostim privolitve v teoriji in praksi medicinskega kazenskega prava, kategorično niso prihajali v poštev) k radikalnemu varovanju avtonomije pacienta v medicini s popolno vpetostjo volje pacienta v splošni pojem kaznivega dejanja in polno rabo biti kaznivih dejanj zoper telo po zgledu najsodobnejšega nemškega kazenskega prava, je ta kulturni preskok večji celo od tistega, ki ga je na zadevnem področju medicinskega kazenskega prava opravila Nemčija po zatonu Tretjega rajha. Do ta-

⁵³ Ustavna podlaga za tako izhodišče je bila prepoznana v splošni osebnostni pravici (potencialnega oškodovanca kaznivega dejanja), kakor jo – pravzaprav podobno kot garancija svobodnega razvoja osebnosti v Ustavi Zvezne republike Nemčije (*Grundgesetz*) – v določilu 35. člena zagotavlja Ustava Republike Slovenije, ko določa: »Zagotovljena je nedotakljivost človekove [...] duševne celovitosti, njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic«. Povedano drugače: slovenska ustava je po svoji osnovni usmeritvi in katalogu temeljnih človekovih pravic primerljiva z nemško. Osebnostne pravice, duševna celovitost, osebna svoboda, vse to je izrecno varovano tako v besedilu slovenske kot tudi nemške ustave. Posebej iz 35. člena Ustave Republike Slovenije izhaja splošna garancija svobodnega individualnega razvoja osebnosti in njenega varstva, kar (s sklicevanjem na § 2 nemške ustave) sodobno nemško pravo šteje za temeljni argument načelnega priznavanja avtonomije posameznika in z njo načelne kazenskopravne upoštevnosti privolitve oškodovanca. O načelni upoštevnosti privolitve potencialnega oškodovanca v sodobnem materialnem (medicinskem) kazenskem pravu načeloma torej ne bi smelo biti dvomov, če je pravilo o taki upoštevnosti posebej zapisano v kazenski zakonodaji, ali pa če ni.

krat so avtorji (zlasti imenitni kazenskopравни teoretik E. Schmidt⁵⁴ do konca druge svetovne vojne za tedanje čase vladavine zelo mračnih ideologij in politik z vidika avtonomije pacienta vrednostno neobičajno napredno, primerjalnopravno avantgardno!) poudarjali pomen privolitve pacienta in njegovih številnih osti za kazensko pravo, vendar se v primeru neveljavne (a sicer izhodiščno zahtevane) privolitve zavzemali za obstoj biti deliktov zoper svobodo odločanja, ne telesnih poškodb. Uveljavitev biti telesnih poškodb namesto deliktov zoper svobodo odločanja je bila korak, ki ga je Nemčija napravila šele leta po razpadu Tretjega rajha. V vsakem primeru pa je šlo pri tem nemškem koraku le za premik iz načelne upoštevnosti visoko razvite teorije privolitve pacienta k popolni vpetosti volje pacienta v splošni pojem kaznivega dejanja (zaenkrat najbolj radikalnem znanem načinu varovanja avtonomije pacienta v splošnem pojmu kaznivega dejanja), medtem ko je Slovenija leta 2008 stopila v tako odločno kazenskopravno varovanje avtonomije pacienta v splošnem pojmu kaznivega dejanja iz dotlej pacientovi volji odkrito sovražne dogmatike bolj ali manj popolnega ignoriranja privolitve pacienta, torej prispodobno ne s »korakom desetletja« (kot v Nemčiji) ampak z naravnost revolucionarnim premikom, »korakom stoletja«.

Konkretno si lahko zamislimo pacientko, ki bi prišla k zdravniku na diagnostično endoskopsko preiskavo,⁵⁵ med preiskavo pa bi zdravnik opravil⁵⁶ odstranitev polipa, ki ga je zaznal. Po prej uveljavljeni koncepciji bi se ravnanje zdravnika izmaknilo kakršnikoli kazenskopravni obravnavi iz razloga objektivne koristnosti takega posega (izključena že bit ali vsaj protipravnost) in to ne glede na to, da ni izpolnil pojasnilne dolžnosti (pacientki sploh ni povedal za obstoj polipa, je ni seznanil z metodo odstranitve, možnimi zapleti in pričakovanim rezultatom), niti ni poskušal pridobiti privolitve in s tem popolnoma paternalistično poteptal pacientkino avtonomijo. Nasprotno zdaj, v luči doslednega spoštovanja avtonomije, samoodločbe in svojskosti posameznika, velja, da je zdravnik s svojim dejanjem kirurškega odstranjevanja polipa izpolnil bit kaznivega dejanja telesne poškodbe, da je zaradi izostanka pacientkine privolitve podana tudi protipravnost ravnanja, kar, ob predpostavki podane krivde kot tretjega elementa, pomeni obstoj kaznivega dejanja in posledično odgovornost zdravnika. Enako bi na primer veljalo v primeru, ko bi zdravnik med posegom pacientki sicer povedal, da namerava odstraniti polip. Četudi bi se

⁵⁴ Schmidt na primer leta 1939 (torej v času hitre krepiteve nacionalsocializma v Nemčiji, ki kot ideologija sicer, kot je znano, ni bil naklonjen avtonomiji človeka in njegovi samoodločbi), E. Schmidt, nav. delo, zlasti str. 91–117.

⁵⁵ Že za opravljanje slednje je po predpostavki dana njena veljavna privolitev.

⁵⁶ Irelevantna je strokovna kompetenca zdravnika, *lege artis* izvedba, namen zdravljenja in tudi izostanek zapletov, komplikacij.

pacientka s tem strinjala, bi bila njena privolitve neveljavna, ker kot laik ne ve, v kaj privoljuje, s čimer pridemo do izhodiščno enake situacije kot v primeru, ko privolitve sploh ni (le olajševalne okoliščine v zvezi z odmero kazni bi lahko bile izrazitejše). Očitno pa se opisana nova paradigma v praksi še ni uveljavila, saj sodne prakse s tega področja trenutno še ni.⁵⁷

6.2. Za javnost in razmerje zdravnik – pacient

Tako velik kulturni premik, kot smo mu bili priča s spremembo zakonodaje o vlogi volje pacienta v splošnem pojmu kaznivega dejanja ob uveljavitvi ZPacP in v relevantnih delih KZ-1, je v Sloveniji mnoge, zlasti zdravnike doletel nepripravljenost. Bil je vzrok nemalo presenečenj in nesporazumov med medicino in kazenskim pravom. Slovenska pravna teorija je novi zakonodajalčev zasuk k bolj sistemskemu varovanju avtonomije pacienta v glavnem pozdravila,⁵⁸ iz zdravniških krogov pa je bilo kar nekaj kritičnih zavračanj nove ureditve,⁵⁹ v glavnem kot nepošteno oziroma nerazumno prestroge do zdravnikov oziroma medicine z njenim imanentno humanim poslanstvom. Po splošnem novinarskem poročanju v obdobju priprav, ob uveljavitvi in v letih neposredno po uveljavitvi ZPacP in KZ-1 sodeč, se slovensko javno mnenje ni posebej ukvarjalo z vprašanji vpetosti pacientove volje v splošni pojem kaznivega dejanja in upravičenosti ter primernosti sprememb na tem področju v slovenski zakonodaji (ampak kvečjemu z upravno postopkovnimi vidiki tega zakona). Vse kaže, da je bilo materialno, specifično kazenskopravno vprašanje avtonomije pacienta za splošno javnost preveč strokovno in zahtevno ali pa vsaj slovenska splošna javnost avtonomije pacienta in z njo povezane potencialne kaznivosti zdravstvenih delavcev politično ni dojemala kot posebej vredno poglobljanja in razglabljanja.⁶⁰ Po razpoložljivih podatkih te problematike (drugače kot

⁵⁷ Do leta 2008 kršitev avtonomije pacienta v medicinski dejavnosti (brez uporabe sile in grožnje zoper telo) ni bila kazniva zaradi medicinske dejavnosti kot posebnega razloga izključevanja biti telesnih poškodb ali vsaj njihove protipravnosti. Ker volja pacienta torej ni imela nobene vloge, sodna praksa tega vprašanja sploh ni obravnavala. Od spremembe dalje pa po razpoložljivih podatkih objavljene sodne prakse kaže, da ni tožb v dani smeri, najbrž zaradi premajhnega ali pre slabega zavedanja nove paradigme vpetosti volje pacienta v splošni pojem kaznivega dejanja.

⁵⁸ Glej primeroma Balažic J., U. Brulc, B. Ivanc, D. Korošec (ur.) v celoti, pa tudi tam navajano literaturo.

⁵⁹ Zlasti in reprezentativno V. Flis.

⁶⁰ Celo v sicer politično potencialno brizantni javni razpravi o upravičenosti obrezovanja dečkov iz verskega motiva, kot smo jo v Sloveniji po opozorilu Varuha človekovih pravic RS in Komisije za medicinsko etiko RS na večplastno etično in pravno problematičnost te prakse v slovenskem pravnem redu doživeli leta 2012 (glej nadrobneje o obrezovanju dečkov in dodatno na več mestih obravnave problemov splošnega dela medicinskega kazenskega prava), se niso oblikovala jasnejša stališča javnosti posebej o

upravno postopkovne) niso problematizirale niti politične stranke, niti civilnodružbena gibanja.

Taka nepozornost je presenetljiva. Vprašanje, ali pacientova privolitve v zdravstveni poseg znotraj splošnega pojma kaznivega dejanja sploh ne sme imeti posebne vloge (če je le poseg medicinsko indiciran in tehnično pravilno izveden), ali zaradi posameznih funkcionalnosti kazenskopravne dobrine človekove telesne integritete lahko vpliva že kar na obstoj biti kaznivega dejanja telesne poškodbe, objektivno, naturalistično povezane s tem posegom ali pa (prav zaradi objektivne, naturalistične koncepcije biti kaznivega dejanja kot elementa splošnega pojma kaznivega dejanja) šele protipravnosti tega posega, ima veliko težo. Če zdravstveni poseg z veljavno privolitvijo pacienta povsem izpade iz vseh elementov splošnega pojma kaznivega dejanja, vključno z bitjo kaznivega dejanja kot temeljnim izhodiščem kazenskopravne analize dogajanja in torej tako rekoč apriorno iz vsakršne pozornosti kazenskega prava, gre za kazenskopravno bombastično izjemo od razmerij med elementi splošnega pojma kaznivega dejanja in politično zelo vidno obravnavo avtonomije človeka. To še posebej po večdesetletnem ravno obratnem vztrajanju slovenske kazenskopravne teorije in sodne prakse, da privolitev pacienta povsem izpade iz vseh elementov splošnega pojma kaznivega dejanja in torej apriorno iz vsakršne pozornosti kazenskega prava kot za kaznivost medicinskega posega irelevantno!

Zlasti zdravništvu (še posebej vaje nemu kategorične tradicionalne neupoštevnosti privolitve pacienta v medicinskem kazenskem pravu in privilegiranoosti medicinske dejavnosti na tem področju) se zdi, če je Slovenija s splošnim tokom zgodovine že morala zapustiti popolno ignoriranje volje pacienta v splošnem pojmu kaznivega dejanja, stališče o izključeni biti kaznivega dejanja pogosto edino primerno, izključevanje zgolj protipravnosti pa do medicine žaljivo in politično zgrešeno.⁶¹ Predvsem v okviru tradicionalnih srečanj Medicina in pravo⁶² se sicer uresničujejo prizadevanja slovenske pravne in medicinske znanosti za sprotno proučevanje skupnih problemov, vendar vsaj glede opisanega znanosti nista našli skupnega jezika.

Med zdravniki je tako mogoče zaslediti trditve, da je KZ-1 zdravnikom nevarno, da zdravnikom povzroča strah zdraviti, da pacientom celo škodi, da zdravljenje pomeni kaznivo dejanje, da privolitev pomeni sporazum o slednjem.⁶³

vlogi pacientove svobodne volje in svobode njegove osebnosti, tako imenovane odprte prihodnosti ipd. v kazenskem pravu.

⁶¹ Glej zlasti številna opredeljevanja V. Flisa.

⁶² Prav tako istoimenskih publikacij s teh srečanj.

⁶³ S točno takimi besedami Flis v: Medicina in pravo: sodobne dileme II, priloga časnika Večer na <www.bonbon.si/default.asp?kaj=1&id=5524407> (4. 2. 2016).

Ker se zdijo pravniku te trditve zavajajoče že na prvi pogled, je mogoče ugotoviti, da večina teh trditev izhaja iz nepoznavanja ali nerazumevanja kazenskoppravne znanosti. Dogmatika splošnega pojma kaznivega dejanja namreč pomeni, da neizpolnjevanje katerega od elementov splošnega pojma kaznivega dejanja vodi v ugotovitev, da kaznivega dejanja ni. Nemogoče je apriorno neko dogajanje, konkretno na primer zdravljenje, označiti za kaznivo dejanje – ali nekaj kaznivo dejanje je ali ne, se ugotavlja šele skozi omenjeno kazenskoppravno analizo. Trditve o zdravljenju kot kaznivem dejanju delujejo kot politična manipulacija in ne koristijo niti zdravnikom niti pacientom.

Opisane polemike delujejo posebej nenavadne ob dejstvu, da se obveznost zdravnika s 125. členom KZ-1 ne spreminja. Če izključimo vse zakonske akte in se posvetimo aktu, ki ga izdaja Zdravniška zbornica sama, lahko ugotovimo, da 17. člen Kodeksa medicinske deontologije (Kodeks)⁶⁴ zdravniku nalaga enako obveznost kot KZ-1 – pred posegom mora zaradi izrazite informacijske asimetrije opraviti pojasnilno dolžnost in na podlagi pojasnila pridobiti privolitev bolnika.⁶⁵ Če bo torej zdravnik ravnal tako, kot pravila (celo njihova lastna) določajo, se kazenskoppravno represivnega odziva ne more in ne sme bati.

7. SKLEP

Določba 125. člena KZ-1 pomeni dokončno slovo od »razloga družbene koristnosti zdravstva« in dileme, kaj izključuje kaznivost zdravstvenih delavcev za medicinske posege, ki skladno z objektivno naturalistično koncepcijo biti pomenijo izpolnjeno bit določene vrste telesne poškodbe. Ne glede na namen zdravljenja, strokovne kompetence izvršitelja posega, tehnično dovršenost izvedbe ali popoln rezultat, je le veljavna osebna privolitev pacienta (ali njen ustrezen nadomestek – to je nadomestna, domnevana privolitev) tista, ki lahko dokončno izključi protipravnost in s tem kaznivost. Dejstvo, da je pacient tisti, ki se (vsaj primarno) sam odloči, ali določen poseg v svojo telesno celovitost dovoli, pomeni velik preskok na področju kazenskoppravnega obravnavanja medicinskih posegov in predvsem celovitejše varovanje avtonomije in samoodločbe posameznika. Kljub posameznim pomanjkljivostim člena ta pomeni potezo zakonodajalca, ki na tem področju slovensko kazensko pravo približa razvitim tujim kazenskoppravnim sistemom. Zdi pa se problematično, da 125. člen KZ-1 v praksi (še) ni popolnoma in pravilno zaživel. Vse kaže, da so

⁶⁴ Dostopno na: <<http://www.zdravniskazbornica.si/zzs.asp?FolderId=386>> (4. 2. 2016).

⁶⁵ Meniva, da trditve Polajnar-Pavčnikove, da »pravo zagovarja interes osebnostne pravice, medicina pa že na podlagi etičnega kodeksa postavlja v ospredje zdravje«, ne drži. Iz navedenega člena Kodeksa jasno izhaja, da tudi medicina poudarja pomen pravice do samoodločbe. Glej A. Polajnar-Pavčnik, nav. delo, str. 111.

kazenskopравни teoretiki, pa tudi slovenska politika, vložili premalo naporov v pojasnjevanje primerjalnopravnih razmer, v katerih je v Sloveniji prišlo do zadevnih sprememb, in nadrobnosti učinkov, ki so jih te spremembe v kazenski zakonodaji prinesle, posebej pa tudi učinkov, ki jih niso prinesle na pravne položaje pacienta in zdravnika in drugih zdravstvenih delavcev.

Literatura

- Matjaž Ambrož, Hinko Jenull: Uvodna pojasnila, v: Kazenski zakonik z novelama KZ-1A in KZ-1B. GV Založba, Ljubljana 2012, str. 33–240.
- Jože Balažic, Urban Brulc, Blaž Ivanc, Damjan Korošec (ur.), Katarina Kralj, Barbara Novak, Nataša Pirc Musar, Andrej Robida: Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih: Kazensko pravo – splošni del. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1996.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Matjaž Ambrož, Katja Filipčič: Kazensko pravo – splošni del. Šesta izdaja, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2013.
- Ivan Bele, Mitja Deisinger, Vid Jakulin: Uvodna pojasnila, v: Kazenski zakonik – KZ-1 in KZ-UPB1. GV Založba, Ljubljana 2008, str. 49–96.
- Zlatko Dežman: Meje družbeno dopustnega tveganja pri medicinskih posegih, v: Pravnik, 47 (1992) 6-8, str. 311–315.
- Damjan Korošec: Kazenska represija v biomedicini, v: Konferenca kazenskega prava in kriminologije, GV Založba, Ljubljana 2009, str. 121–129.
- Damjan Korošec: Medicinsko kazensko pravo. Cankarjeva založba, Ljubljana 2004.
- Damjan Korošec: Obrezovanje – nepravna banalnost kirurškega posega, v: Pravnik, 50 (1995) 9-10, str. 557–567.
- Damjan Korošec: Privolitev oškodovanca in splošni pojem kaznivega dejanja, v: Zbornik znanstvenih razprav, 59 (1999), str. 163–185.
- Damjan Korošec: Privolitev oškodovanca v kazenskem pravu (primerjava dveh kazenskopravnih sistemov). Doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 1997.
- Damjan Korošec: Razum in volja in privolitvi potencialnega oškodovanca v kazenskem pravu, v: Zbornik znanstvenih razprav, 58 (1998), str. 143–164.
- Medicina in pravo: sodobne dileme II, uredniki Rijavec Vesna in drugi, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru in Zdravniško društvo Maribor, Maribor 2010.

- Barbara Nerat, Damjan Korošec: Opustitev in prekinitev medicinsko (ne)smiselnega zdravljenja, v: *Pravna praksa*, leto 33, št. 48, str. 6–8.
- Marjan Pavčnik: *Teorija prava – prispevek k razumevanju prava*. Četrta pregledana in dopolnjena izdaja, GV Založba, Ljubljana 2011.
- Ada Polajnar-Pavčnik: Obligacijski vidiki razmerja med bolnikom in zdravnikom, v: Ada Polajnar-Pavčnik in Dragica Wedam-Lukić (ur.): *Pravo in medicina*. Cankarjeva založba, Ljubljana 1998, str. 89–118.
- Eberhard Schmidt: *Der Arzt im Strafrecht*. Verlag von Theodor Weicher, Leipzig 1939.
- Alenka Šelih: Pogoji in meje kazenske odgovornosti zdravstvenega delavca, zlasti zdravnika, v: Ada Polajnar-Pavčnik in Dragica Wedam-Lukić (ur.): *Pravo in medicina*. Cankarjeva založba, Ljubljana 1998, str. 165–191.

LE RÔLE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DANS LA RÉOLUTION DES CONFLITS ENTRE LA CONSTITUTION ET LE DROIT INTERNATIONAL

Jadranka Sovdat,

Docteur en sciences juridiques, Présidente de la Cour constitutionnelle de la République de Slovénie

1. INTRODUCTION*

Les États régissent différemment les relations entre leurs ordres constitutionnels et le droit international. Les bases principales de ces relations sont souvent régies par les constitutions elles-mêmes. De ce point de vue, la question suivante se pose : un ordre constitutionnel particulier reconnaît-il la primauté du droit international ? S'il ne la reconnaît pas et si des conflits surgissent entre les deux ordres juridiques, comment ces conflits sont-ils résolus au sein de l'État et quelle est l'institution qui joue le rôle décisif dans leur résolution ? Nous voudrions répondre à ces questions du point de vue de l'ordre constitutionnel de la République de Slovénie.

La République de Slovénie se place parmi les États dans lesquels la démocratie constitutionnelle¹ est établie. Cela signifie que dans un État de droit où le système de la séparation des pouvoirs est assurée, la cour constitutionnelle est appelée à poser des limites constitutionnelles au législateur lorsqu'il régit les relations sociales par une force contraignante. Toutefois, la Cour constitutionnelle slovène (ci-après : CC) ne veille pas uniquement à la constitutionnalité des lois.

* La contribution a été présentée au 7^{ème} Congrès triennal de l'Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français ; le Congrès s'est tenu à Lausanne, Suisse, les 4 et 5 juin 2015.

¹ Cette notion exprime que l'appréciation, si les décisions de la majorité sont correctes, est soumise à une réserve fondamentale : savoir si ces décisions sont conformes à la constitution. W. Hassemer, op. cit., p. 214.

En effet, malgré l'existence du système judiciaire administratif, elle contrôle aussi la constitutionnalité (et la légalité) des règlements du pouvoir exécutif ainsi que la constitutionnalité (et la légalité) des règlements des collectivités locales. Etant donné qu'en Slovénie, le recours constitutionnel est accessible aux particuliers et aux personnes morales, la CC contrôle également les tribunaux, à savoir du point de vue du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : droits de l'homme).² En exerçant toutes ces compétences, la CC joue le rôle de gardien de la Constitution – comme juridiction qui interprète la Constitution avec une force juridiquement contraignante.³

Dans le cadre de l'exercice de ses compétences, la CC joue également un rôle important dans le maintien du rapport défini par la Constitution entre le droit international et la Constitution. Pour présenter ce rôle, nous exposons d'abord la place du droit international dans l'ordre constitutionnel slovène et dans ce cadre, les conflits possibles qui peuvent surgir dans le rapport entre les deux ordres juridiques. Ensuite, nous présenterons brièvement les différents types de compétences confiées à la CC, afin de pouvoir examiner les différents aspects de son rôle dans la détermination du rapport entre le droit constitutionnel et le droit international. L'examen des questions mentionnées, accompagné des prises de position adoptées à ce jour par la CC dans sa jurisprudence, conduira à la conclusion qui montre que la CC assume un rôle important à multiples facettes dans le maintien de la relation constitutionnelle entre le droit constitutionnel et le droit international. Ce faisant, elle protège d'un côté la Constitution, tout en permettant, de l'autre, d'assurer la crédibilité de l'État en tant que sujet de droit international.

2. LA POSITION DU DROIT INTERNATIONAL DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL

Dans ses dispositions générales (article 8), la Constitution exige que les lois et les règlements subordonnés à la loi soient conformes aux principes généralement établis du droit international et aux traités internationaux obligeant la Slovénie, et que les traités internationaux ratifiés et promulgués soient appliqués directement. Dans le chapitre sur la constitutionnalité et la légalité (article 153/II), elle précise que les lois doivent être conformes aux principes

² Les compétences fondamentales de la CC sont déterminées à l'article 160 de la Constitution de la République de Slovénie (JO RS n^{os} 33/91-I, 42/97, 66/2000, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13 et 75/16 – ci-après : la Constitution).

³ Comme la CC l'a déjà indiqué dans sa Décision n^o U-I-163/99 du 23 septembre 1999 (JO RS no 80/99 et OdlUS VIII, 209 ; les décisions importantes de la CC sont disponibles également en anglais et publiées sur le site web de la CC <www.us-rs.si>).

du droit international généralement établis et aux traités internationaux en vigueur ratifiés⁴ par l'Assemblée nationale (le Parlement slovène) ; les règlements subordonnés à la loi⁵ et autres actes généraux doivent aussi être conformes aux autres traités internationaux ratifiés.⁶ Ces deux dispositions constitutionnelles citées déterminent le cadre constitutionnel en vertu duquel il est déjà possible d'indiquer que dans la hiérarchie des actes juridiques, le droit international est supérieur aux lois. En revanche, il ne l'est pas par rapport à la Constitution, parce que cette dernière n'accepte pas la primauté du droit international – la CC s'est expressément prononcée⁷ sur ce point. Ce faisant, la CC n'a pas fait de distinction entre les différentes sources du droit international. Ceci laisse donc penser qu'elle a considéré toutes les sources juridiques internationales comme inférieures à la Constitution. De l'exposé ci-dessous, il apparaîtra qu'en général une telle conclusion est correcte, bien que dans le détail, quelques exceptions existent.

Les traités entrent dans l'ordre juridique interne sur la base de l'entrée en vigueur de la loi de ratification.⁸ Toutefois, en dépit du fait qu'un des articles

⁴ Dans la Constitution, le terme « ratification » est employé dans deux sens différents. D'un côté lorsqu'il fixe les compétences du Président de la République (article 107/I, délivrance des actes de ratification), il s'agit de l'acte de ratification qui est un acte juridique international (dans le sens du point b) de l'article 2/I de la Convention de Vienne sur le droit des traités) par lequel l'État accepte que le traité devienne internationalement contraignant pour lui. De l'autre, les articles 8, 153/II et 160/I concernent la ratification comme acte juridique interne : l'approbation du traité et l'adaptation de la législation permettant au traité de produire ses effets en droit interne – lorsque le parlement autorise la ratification du traité par une loi spéciale qui en Slovénie est appelée loi de ratification (voir l'Avis de la CC n° Rm-1/97 du 5 juin 1997, JO RS no 40/97 et OdlUS VI, 86).

⁵ Cette expression désigne les règlements du pouvoir exécutif (décrets du gouvernement et arrêtés des ministres), les règlements subordonnés à la loi des autres pouvoirs ainsi que les règlements des collectivités locales. Ces derniers règlent les affaires locales qui concernent les habitants de la municipalité et qui relèvent de la compétence de la municipalité. Il s'agit de compétences, dites originaires, de la municipalité qui puise directement de la Constitution (article 140/I) le fondement permettant la réglementation normative de ces affaires.

⁶ La Loi sur les affaires étrangères (JO RS n° 45/01 et suivantes) détermine quels traités sont ratifiés par le gouvernement (par décret) ; ils sont notamment limités à l'exécution de sa compétence dans l'ordre juridique interne, aux traités nécessaires pour l'application des traités déjà signés ou des actes contraignants des organisations internationales, ainsi qu'à la réglementation des relations diplomatiques et consulaires (article 75/IV).

⁷ La CC l'a indiqué dans son Avis n° Rm-1/97. Un argument en faveur de la primauté de la Constitution est aussi la possibilité d'appréciation *a priori* de la constitutionnalité d'un traité avant son incorporation dans l'ordre juridique interne.

⁸ Dans ce contexte, la récente doctrine ne parle plus d'approche moniste ou dualiste concernant le rapport entre le droit international des traités et le droit interne, mais elle parle « d'incorporation *ad hoc* des règles internationales ». En se référant à la différence

de la loi de ratification résume le texte du traité, ce dernier n'obtient pas le statut de la loi.⁹ Le traité continue d'exister en tant que traité international et sa validité dans la hiérarchie des actes juridiques est celle déterminée par la Constitution, c'est-à-dire que (en règle générale) le traité est inférieur à la Constitution et supérieur à la loi. La CC a attribué aux traités ratifiés par décret gouvernemental (ci-après : décret) une position supérieure à celle des autres décrets adoptés par le Gouvernement.¹⁰ En effet, dans la hiérarchie intérieure les décrets doivent être conformes à la loi (article 153/III de la Constitution). En revanche, il semble que pour les traités ratifiés par décret une telle exigence n'existe pas.¹¹ Mais ceci n'entraîne pas en même temps l'exigence que les lois soient conformes à ces traités. Dans ce sens, l'article 153/II de la Constitution concrétise plus en détail la disposition générale de l'article 8 et exige clairement que les lois soient conformes uniquement aux traités ratifiés par l'Assemblée nationale. Étant donné que les traités ratifiés par décret sont le plus souvent signés afin de mettre en œuvre les traités ratifiés par la loi, il ne devrait pas y avoir (au moins en règle générale) de divergences entre ces derniers et les lois.

Toutes les sources du droit international ne sont cependant pas inférieures à la Constitution. Nous pouvons constater cela pour les « principes du droit international généralement établis » ou pour les « principes du droit international » mentionnés dans la Constitution aux articles 8, 153/II et 160/I. Dans la doctrine, ces deux expressions sont le plus souvent considérées comme sy-

d'incorporation législative d'A. Cassese sur l'incorporation *ad hoc* légale et sur l'incorporation *ad hoc* automatique, Mme Škrk, ancienne juge et vice-présidente de la CC, place la procédure slovène dans l'incorporation *ad hoc* automatique. Voir M. Škrk, op. cit. 2007, pp. 279–280.

⁹ Cf. Ordonnance de la CC n° U-I-197/97 du 21 mai 1998 (OdlUS VII, 93).

¹⁰ Ceci peut être déduit de l'Ordonnance n° U-I-376/02 du 24 mars 2005 (JO RS n° 46/05 et OdlUS XIV, 17), dans laquelle la CC a refusé de contrôler la légalité d'un traité ratifié par décret. La CC a expressément admis la possibilité que la loi et le traité ratifié par décret pouvaient présenter une non-conformité mutuelle et elle a spécifiquement indiqué que dans un tel cas, elle ne se prononcerait sur le traité que dans le cas où il s'agirait d'une non-conformité mutuelle qui violerait les principes de l'État de droit de l'article 2 de la Constitution. Même la conformité entre les lois n'est contrôlée par la CC que si des dispositions légales s'opposent à ce point les unes aux autres (sont en antinomie) que cela pourrait porter atteinte aux principes de l'État de droit. Voir, par exemple, la Décision n° U-I-299/96 du 12 décembre 1996 (JO RS n° 5/97 et OdlUS V, 177). La juge Mme Škrk a attribué au traité ratifié par décret une position égale à la loi (voir l'opinion concordante de la juge Mme Škrk dans l'Ordonnance n° U-I-376/02).

¹¹ De cette manière, la CC a modifié sa prise de position de la Décision n° U-I-147/94 du 30 novembre 1995 (JO RS n° 3/96 et OdlUS IV, 118), dans laquelle elle estimait que la position du traité ratifié par le décret en cause était inférieure à la Constitution et la loi.

nonymes et interprétées au sens large.¹² Le point de vue partagé est qu'il faut reconnaître la position supraconstitutionnelle de ces principes généraux du droit international qui protègent les valeurs fondamentales du droit, humanitaires et civilisatrices, et interpréter les principes constitutionnels et les droits fondamentaux en conformité avec ces principes.¹³ Puisque, comme M. Petrič l'écrit,¹⁴ les principes généraux de droit (*general principles of law*) reconnus comme source de droit international sont les principes fondamentaux du droit et des normes les plus générales des ordres juridiques internes que les États appliquent pour régir les relations internationales – nous pouvons partager l'avis selon lequel il est difficile d'imaginer en pratique des cas de collision entre eux et les principes constitutionnels fondamentaux.¹⁵ Compte tenu de cela, nous constatons que dans la hiérarchie des normes, de tels principes peuvent être considérés comme situés au niveau constitutionnel puisqu'ils sont reconnus aussi comme les principes constitutionnels sur lesquels un État de droit, souverain et démocratique, est fondé et existe en tant que membre à part entière de la communauté internationale.

La Constitution ne régit pas spécifiquement les traités portant sur les droits de l'homme. Malgré cela, ces traités occupent une place particulière. L'article 15 de la Constitution régit les principes concernant l'exercice et la limitation des droits de l'homme. Parmi ces principes, le cinquième paragraphe de cet article de la Constitution précise qu'il n'est permis de limiter aucun des droits de l'homme définis dans les actes juridiques en vigueur en Slovénie sous prétexte que la Constitution ne les reconnaît pas ou ne les reconnaît que dans une moindre mesure. Les traités régissant les droits de l'homme sont aussi des actes juridiques en vigueur en Slovénie. Si d'un côté, la Constitution ne

¹² Voir A. Grasel, Commentaire à l'article 8, dans : L. Šturm (éd.), op. cit. 2002, p. 141. Selon Mme Škrk, il faut chercher le sens de ces principes dans le droit international. Parmi eux, elle mentionne les principes généraux du droit international au sens strict du terme (les principes du droit international *strictu sensu* comme, par exemple, le principe d'accomplissement des obligations internationales *in bona fide*), les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées (comme, par exemple, *lex certa, res iudicata*) et les règles du droit international coutumier. M. Škrk, op. cit. 2007, pp. 282–283.

¹³ M. Škrk, op. cit. 2012, p. 1106. En fait, la question de l'éventuelle valeur supraconstitutionnelle des principes généraux de droit n'a pas encore été expressément traitée par la CC, tandis que la Cour suprême de la République de Slovénie a adopté un point de vue directement opposé à celle présentée dans la doctrine. À savoir : la Cour suprême est d'avis que les principes du droit international (et du droit international coutumier) font partie de l'ordre juridique slovène s'ils ne sont pas contraires à la Constitution ; cette opinion a été présentée par la Cour suprême dans le jugement n° II Ips 55/98 du 9 octobre 1998 et aussi dans le jugement no II Ips 449/2007 du 10 janvier 2008.

¹⁴ Voir E. Petrič, op. cit., p. 214.

¹⁵ U. Umek, Commentaire à l'article 8, dans : L. Šturm (éd.), op. cit. 2011, p. 133.

régit pas du tout un certain droit de l'homme, le traité sera donc appliqué automatiquement. Si de l'autre, la régulation d'un droit de l'homme existe dans les deux ordres juridiques mais n'est pas la même, dans le cas d'une collision entre les deux, la norme constitutionnelle doit être écartée à la faveur de la norme du droit international si cette dernière assure un niveau de protection de ce droit de l'homme plus élevé que la Constitution. Le cas échéant, la norme internationale prévaut¹⁶ sur la norme constitutionnelle.¹⁷ Par contre, si la Constitution assure une protection plus élevée du droit de l'homme que le traité, elle prend évidemment la première place. Nous pouvons donc parler du principe de protection maximale des droits de l'homme qui requiert soit la protection basée sur la Constitution, soit la protection basée sur le traité, selon le niveau de protection des droits de l'homme.

Considérant ce qui précède, la question est de savoir si les traités qui assurent un certain droit de l'homme dans une plus large mesure que la Constitution occupent une position supraconstitutionnelle. Jusqu'à présent, la CC ne leur a pas reconnu cette place dans sa jurisprudence, mais elle a décidé que les traités régissant les droits de l'homme relèvent, précisément en vertu de l'article 15/V de la Constitution, du niveau constitutionnel.¹⁸ Nous pouvons soutenir ce point de vue puisque selon la régulation et le niveau de protection du droit de l'homme concerné c'est soit la Constitution soit la norme du droit international qui prévaut et cela sur la base du principe établi par la Constitution elle-même. Le plus important est que la protection constitutionnelle est assurée non seulement pour les droits de l'homme garantis par la Constitution, mais aussi pour les droits de l'homme garantis par les traités.

La Slovénie est un État membre de l'Union européenne (ci-après : UE) qui est une institution supranationale particulière créée sur la base des traités par lesquels des États lui ont transféré l'exercice d'une partie de leurs droits souverains. Bien que la Constitution ait été modifiée précisément à l'entrée du pays dans l'UE, un article dit « européen » n'y a pas été expressément in-

¹⁶ L'ancien juge et vice-président de la CC, M. Ribičič indique que dans le domaine des droits de l'homme on ne devrait pas parler de règles « supérieures » et « inférieures », mais de leur équivalence mutuelle et de leur concurrence ; pour cette raison, la règle qui du point de vue du niveau de protection du droit de l'homme concerné est la plus exigeante devrait être utilisée. C. Ribičič, op. cit., p. 111.

¹⁷ Cela ne se produit qu'exceptionnellement, car la Constitution slovène contient un large catalogue des droits de l'homme et elle assure parfois un niveau de protection des droits de l'homme plus élevé que les instruments internationaux. Par exemple, le droit de recours et de ce fait le droit au contrôle de toutes les questions de fait et de droit devant la juridiction d'instance est assuré par l'article 25 de la Constitution à l'encontre de toute décision d'une autorité d'État ou locale ou d'un détenteur de mandats publics.

¹⁸ La CC dans l'Ordonnance n° Up-43/96 du 30 mai 2000 (OdlUS IX, 141).

clus. En effet, avec le nouvel article 3a de la Constitution, les règles concernant le transfert de l'exercice d'une partie des droits souverains aux organisations internationales sont fixées de manière abstraite sans qu'il soit précisé quelles sont les organisations internationales en question.¹⁹ Un traité relatif au transfert d'exercice des droits souverains doit être ratifié à la majorité des deux tiers des votes de tous les députés, c'est-à-dire à la majorité par laquelle la Constitution peut être modifiée. L'article 3a/I de la Constitution permet le transfert de l'exercice d'une partie de la souveraineté de l'État uniquement aux organisations internationales fondées sur le respect des droits de l'homme, la démocratie et les principes de l'État de droit. Au troisième paragraphe de l'article 3a, elle détermine que les actes juridiques et les décisions adoptés dans le cadre de telles organisations sont appliqués conformément à l'ordre juridique de ces organisations. Sur cette base, certains auteurs ont estimé que c'est précisément cette disposition qui, dans le cas de l'UE, assure l'applicabilité directe du droit européen et reconnaît également la primauté du droit européen sur le droit national.²⁰ En fait, cela signifie que le droit de l'UE prime sur la constitution de l'État, ce qui vaut aussi si la constitution est contraire (seulement) à ce qu'on appelle le droit dérivé de l'UE et même s'il s'agit de dispositions constitutionnelles qui garantissent les droits de l'homme.²¹ La prise de position sur la primauté du droit de l'UE par rapport à la Constitution peut être acceptable pour la plupart des dispositions constitutionnelles parce que les principes fondamentaux qui définissent la relation entre le droit interne et le droit de l'UE (ce sont les principes de primauté, loyauté, applicabilité directe, effet direct, transfert des compétences, subsidiarité et proportionnalité)

¹⁹ Toutefois, la doctrine constitutionnelle parle de l'article dit « européen ». Voir F. Grad, op. cit., p. 197.

²⁰ F. Grad, op. cit., p. 199. Le même avis est émis aussi par M. Cerar qui considère les valeurs de l'article 3a /I de la Constitution comme une sorte de garantie, mais ne leur attribue pas une valeur telle qu'il serait possible de rejeter sur leur base l'application des actes individuels ou des dispositions de la législation primaire ou dérivée de l'UE qui serait contraire à la Constitution. À son avis, tant que l'UE sera basée sur ces valeurs, les autorités de l'État et les autres sujets doivent systématiquement observer l'ordre juridique de l'UE précisément à cause de l'article 3a/III; voir M. Cerar, Commentaire au premier paragraphe de l'article 3a, dans : L. Šturm (éd.), op. cit. 2011, p. 78.

²¹ Il en découle ainsi également des arrêts de la Cour de justice de l'UE ; voir les arrêts de la Cour dans l'affaire *Costa c/ ENEL* du 15 juillet 1964, 6/64, ECR 585, dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970, 11/70, ECR 1125, et dans l'affaire *Tanja Kreil* du 11 janvier 2000, C-285/98, ECR I-69. Voir aussi les arrêts de la Cour de justice de l'UE dans les affaires *Melloni c/ Ministerio Fiscal* du 26 février 2013, C-399/11, et *Åklagaren c/ Åkerberg Fransson* du 26 février 2013, C-617/10. Voir aussi V. Trstenjak, M. Brkan, op. cit., pp. 209–211.

sont, selon l'article 3a/III, en même temps les principes constitutionnels.²² La question se pose toutefois de savoir si nous pouvons vraiment accepter cela inconditionnellement lorsqu'il s'agit des droits de l'homme.²³ Dans la doctrine, nous trouvons aussi des prises de position qui soulignent, en conformité avec la théorie du pluralisme constitutionnel, que la relation entre le droit de l'UE et le droit national n'est pas hiérarchique, mais hétérarchique, puisqu'il s'agit de deux ordres juridiques indépendants au même niveau, et que le droit national n'est pas subordonné au droit européen.²⁴

Le rapport entre l'ordre constitutionnel et le droit de l'UE est né comme conséquence du transfert par un traité de l'exercice d'une partie des droits souverains de l'État à une institution spéciale – l'UE. Il est tellement particulier qu'il faut le mettre à l'écart du cadre général de la réglementation du rapport entre la Constitution et le droit international. En raison de sa complexité et de ses particularités, son examen aurait dépassé la portée de cet exposé, et nous le laisserons de côté dans l'analyse suivante.

3. LES COMPÉTENCES ET LES POUVOIRS DE LA CC

Du point de vue comparatif, nous pouvons classer la CC parmi les cours constitutionnelles ayant de nombreuses compétences : elle statue sur la constitutionnalité des lois, la constitutionnalité et la légalité des règlements subordonnés à la loi, les recours constitutionnels à cause des violations des droits de l'homme lors des procès judiciaires, la procédure de destitution des titulaires de fonctions gouvernementales supérieures (chef de l'État, chef du Gouvernement, ministre), la constitutionnalité des référendums législatifs et locaux, les conflits de compétence entre les institutions aussi bien au niveau de l'État qu'entre l'État et les entités de l'autonomie administrative locale et sur la constitutionnalité des actes et du fonctionnement des partis politiques. En même temps, nous pouvons la classer parmi les cours constitutionnelles auxquelles un accès généralisé est assuré non seulement à certaines institutions spécifiques (comme par exemple, une minorité de députés, les tribunaux, le médiateur et beaucoup

²² S. Nerad, *Recepčija prava Evropske unije v nacionalno ustavno pravo: Ustavno sodišče med pravom Evropske unije in Ustavo (La réception du droit de l'Union européenne dans le droit constitutionnel national : La Cour constitutionnelle entre le droit de l'Union européenne et la Constitution)*, dans : I. Kaučič (éd.), op. cit., p. 383. Voir aussi la Décision de la CC n° U-I-146/12 du 14 novembre 2013 (JO RS n° 107/13).

²³ En rapport à cela, cf. J. Sovdat, op. cit., pp. 902–905 et 916–918, et F. Kirchhof, *The Evolution of the Relationship between German Constitutional Law and European Union Law (L'évolution des relations entre le droit constitutionnel Allemand et le droit de l'Union européenne)*, dans : J. Sovdat (éd.), op. cit., pp. 131–138.

²⁴ M. Avbelj, op. cit., pp. 758–763.

d'autres), mais aussi à des personnes physiques et morales. Celles-ci peuvent, selon les conditions déterminées par la loi, contester directement aussi bien les lois et les règlements subordonnés à la loi (par l'initiative) que les décisions judiciaires par lesquelles une décision a été prise à leur encontre sur leurs droits, obligations ou charges (par le recours constitutionnel).

Parmi les compétences de la CC qui sont liées aussi aux questions de droit international, il convient de mentionner en particulier les compétences de contrôle de la constitutionnalité des lois, de contrôle de la constitutionnalité et légalité des règlements subordonnés à la loi, et les recours constitutionnels (les alinéas de 1 à 5 et l'alinéa 6 du premier paragraphe de l'article 160 de la Constitution). La CC a la compétence d'annuler les lois inconstitutionnelles ; elle peut les annuler avec effet *ex nunc*, aussi avec une période d'ajournement d'un an²⁵ alors que pour la règlements subordonnés à la loi, elle peut les annuler aussi avec effet rétroactif (*ex tunc* – lorsqu'il faut effacer les effets nuisibles dus à l'inconstitutionnalité ou à l'illégalité).²⁶ À part ces techniques de prises de décisions de la CC qui sont les seules à être régies par la Constitution (article 161/II), la CC utilise aussi d'autres techniques établies pour prendre des décisions, par exemple en rendant des décisions dites « déclaratoires »²⁷ ou bien les décisions « interprétatives » (interprétation sous réserve). Dans les cas où les violations des droits de l'homme ont été établies, la CC annule les décisions contestées par un recours constitutionnel et renvoie l'affaire à la juridiction compétente pour qu'elle se prononce à nouveau sur l'affaire,²⁸ où, dans des cas exceptionnels, la CC peut se limiter à la constatation d'une violation d'un droit de l'homme.²⁹ Elle a aussi la compétence, exceptionnelle pour les cours constitutionnelles, qui est de pouvoir, dans certains cas, statuer elle-même sur l'affaire en cause après annulation des décisions judiciaires contestées.³⁰

Lors de l'exercice des compétences citées, la CC touche nécessairement aussi au droit international. D'une manière particulière, elle rencontre ce droit lors du contrôle *a priori* de la constitutionnalité d'un traité dans la procédure de sa ratification (autorisation de la ratification) à l'Assemblée nationale (article 160/II de la Constitution). L'objectif de l'attribution de cette compétence à la CC réside précisément dans le fait qu'à cause de la primauté de la Constitution

²⁵ Voir aussi les articles 43 et 45/III de la Loi sur la Cour constitutionnelle, JO RS n^{os} 64/07 – texte officiel consolidé et 109/12, ci-après : la LCC.

²⁶ Voir aussi l'article 45/II de la LCC.

²⁷ Voir l'article 48 de la LCC.

²⁸ Article 59/I de la LCC.

²⁹ Voir, par exemple, la Décision n^o U-I-50/09, Up-260/09 du 18 mars 2010 (JO RS n^o 29/10 et OdlUS XIX, 2).

³⁰ Article 60/I de la LCC.

sur le droit international, elle permet d'éviter un rapport conflictuel entre les normes constitutionnelles et les traités.

4. LE RÔLE DE LA CC DANS LA RÉOLUTION DES CONFLITS ENTRE LA CONSTITUTION ET LE DROIT INTERNATIONAL

Dans l'introduction, nous avons indiqué que la CC a essentiellement, lors de l'exercice de ses compétences et en ce qui concerne le droit international, deux rôles différents. Tout d'abord, elle assure avec ses décisions l'effectivité du droit international dans l'ordre juridique interne – et cela notamment sous deux aspects différents. D'un côté, elle est compétente pour contrôler la conformité des lois et les règlements subordonnés à la loi non seulement avec la Constitution, mais aussi avec le droit international (les principes généraux du droit international y compris le droit international coutumier³¹ et les traités ; deuxième alinéa de l'article 160/I de la Constitution). De l'autre, elle doit prendre en considération *ex officio* le droit international en vigueur, pour chaque contrôle de la constitutionnalité des lois et autres règlements, c'est-à-dire même si les participants dans la procédure devant la CC ne se réfèrent pas expressément au droit international.³² Nous pouvons donc dire que, dans la procédure devant la CC, la règle *iura novit curia* est applicable également pour le droit international incorporé à l'ordre juridique interne, tout comme pour la Constitution. Quand il s'agit d'instruments internationaux qui régissent les droits de l'homme, cette règle est applicable aussi bien pour l'exercice de la compétence du contrôle de la constitutionnalité des règlements que pour les décisions sur les recours constitutionnels. L'objectif de ces derniers est justement d'assurer que les tribunaux respectent les droits de l'homme lors des procédures judiciaires, y compris ceux régis par le droit international ; la CC est la dernière juridiction de l'État appelée à vérifier si les tribunaux ont effectivement accompli cette tâche.

Son deuxième rôle fondamental concernant le droit international est de résoudre les conflits entre ce dernier et le droit constitutionnel, ce qui est le sujet de la présente analyse détaillée. Par rapport aux compétences et aux pouvoirs de la CC présentés, nous pouvons de ce point de vue parler, en réalité, de trois aspects de ce rôle. Le premier aspect se rapporte au rôle que la CC joue lors du

³¹ C'est dans cette dernière catégorie que la CC place la Déclaration universelle des droits de l'homme ; voir l'Ordonnance n° Up-490/03 du 22 mars 2005.

³² Le deuxième paragraphe de l'article 22 de la LCC détermine que le contrôle de constitutionnalité dans tous les cas comprend aussi un contrôle de conformité avec le droit international.

contrôle *a priori* de la constitutionnalité d'un traité avant son autorisation de ratification. Il est le plus direct et entraîne une résolution permanente du conflit d'une manière ou d'une autre. Son caractère est essentiellement préventif.

Le deuxième aspect de son rôle apparaît lorsque le traité (en vigueur aussi au sens du droit international) prend déjà effet dans l'ordre juridique interne. Son incorporation dans l'ordre juridique interne a déjà été effectuée lors de l'entrée en vigueur de la loi (du décret) de ratification (ou bien lors de son entrée en vigueur internationale si avant l'incorporation il n'a pas encore été en vigueur au niveau international). La CC est compétente pour contrôler la constitutionnalité (selon le premier et le troisième alinéa de l'article 160/I de la Constitution) des deux actes de ratification (la loi et le décret). Elle a aussi le pouvoir de les annuler avec effet immédiat (*ex nunc*), ou de les annuler avec période d'ajournement, ou bien, pour un décret, de l'annuler même avec effet rétroactif (*ex tunc*). À travers le contrôle de la constitutionnalité de ses actes internes la CC peut aussi contrôler la constitutionnalité d'un traité.³³ Elle se trouve ici dans le rôle de l'institution qui résout un rapport conflictuel entre le droit constitutionnel et le droit international en protégeant la primauté de la Constitution.

Enfin, le troisième aspect de son rôle apparaît lorsqu'il s'agit des droits de l'homme, car en interprétant les dispositions de la Constitution et des traités, la CC décide si c'est la norme constitutionnelle ou la norme d'un instrument international régissant un droit de l'homme qui prévaut. La CC est obligée de respecter cela quand elle exerce le contrôle de la constitutionnalité des règlements et aussi quand elle décide en tant que la dernière juridiction de l'État dans des cas individuels. Ce conflit entre le droit constitutionnel et le droit international est toujours résolu en conformité avec le principe de la protection maximale du droit de l'homme en question, qui est établi par la Constitution elle-même (article 15/V).

4. 1. Le contrôle *a priori* de la constitutionnalité d'un traité

Lors de la procédure (de l'autorisation) de ratification d'un traité, la CC donne un avis contraignant sur sa constitutionnalité. Ceci est possible aux termes du deuxième paragraphe de l'article 160 de la Constitution sur proposition des requérants autorisés (le Président de la République, le Gouvernement ou un tiers des députés). L'objectif de ce contrôle *a priori* de constitutionnalité est clairement préventif : éviter qu'à l'entrée en vigueur du traité, des normes internationales inconstitutionnelles directement applicables (*self-executing*) entrent dans le droit intérieur ou que le traité (*non self-executing*) oblige l'État

³³ La CC a statué ainsi déjà dans la Décision n° U-I-147/94 du 30 novembre 1995 (JO RS n° 3/96 et OdlUS IV, 118), et aussi dans l'Avis n° Rm-1/97.

à adopter des actes juridiques internes qui seraient non conformes à la Constitution.³⁴

Le fait que seuls les requérants autorisés peuvent demander le contrôle d'un traité, tout comme le fait qu'ils ne peuvent le demander que lorsque le traité est en procédure (de l'autorisation) de ratification à l'Assemblée nationale, sont les deux exigences procédurales qui doivent être remplies pour que l'avis soit donné. Ainsi, la responsabilité des requérants autorisés est renforcée quand, ayant des doutes sur la constitutionnalité d'un traité, ils saisissent la CC pour le contrôler. La CC a souligné que c'est l'Assemblée nationale qui est responsable des obligations internationales inconstitutionnelles adoptées si aucun requérant autorisé ne demande le contrôle de la constitutionnalité du traité. Par contre, si le contrôle est demandé, c'est la CC qui devient responsable,³⁵ dans le cadre bien sûr du contrôle constitutionnel requis et effectué.

En plus de ce qui précède, l'exigence procédurale touchant le contenu même de la demande présentée par le requérant doit être remplie. Elle doit déterminer expressément pour quelles dispositions du traité le contrôle de la constitutionnalité est demandé, et aussi par quelles dispositions constitutionnelles la CC devrait effectuer le contrôle. En outre, le requérant doit indiquer les raisons de l'inconstitutionnalité alléguée ou au moins présenter ses doutes quant à la constitutionnalité du traité, et ceci même s'il pense que le traité n'est pas inconstitutionnel mais qu'il veut obtenir le contrôle de sa constitutionnalité précisément pour que les doutes soient réfutés.³⁶ Si les exigences procédurales pour que la CC se prononce ne sont pas remplies, celle-ci rejette la demande.³⁷

La LCC ne règle pas dans le détail comment l'avis sur la constitutionnalité d'un traité est donné ; pour cela, en vertu de l'article 49/I de la LCC, sont appliquées *mutatis mutandis* les dispositions de la LCC qui régissent la procédure du contrôle de la constitutionnalité des lois et des autres règlements. Si elle décide sur le fond de l'affaire, elle n'adopte pas une décision, mais un avis.

Jusqu'à présent, la CC a adopté cinq avis sur la constitutionnalité de traités. Dès le premier, en contrôlant la constitutionnalité de l'Accord d'association entre la Slovénie d'un côté et la Communauté européenne et les États membres de l'autre, elle a établi les principes fondamentaux de ce genre de contrôle constitutionnel. Elle a souligné que l'Assemblée nationale ne devait

³⁴ Voir l'Avis n° Rm-1/97.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Le contenu de la demande est déterminée, en conformité avec l'article 24b de la LCC, dans l'annexe au Règlement intérieur de la CC (JO RS n° 86/07 et autres). Voir aussi l'Avis n° Rm-1/09 du 18 mars 2010 (JO RS n° 25/10 et OdlUS XIX, 12).

³⁷ Voir, par exemple, l'Ordonnance n° Rm-1/01 du 14 juin 2001 (OdlUS X, 120).

pas autoriser la ratification d'un traité par lequel l'État s'engagerait à modifier la Constitution. L'avis adopté par la CC n'est pas un avis consultatif, mais bien une décision contraignante qui est, quant à sa valeur contraignante et par ses effets juridiques, mis sur un pied d'égalité avec les décisions.³⁸ Il se distingue de ces dernières par le fait que par un avis, la CC ne peut annuler les dispositions du traité comme elle peut le faire pour les actes juridiques internes.³⁹ Ceci est tout à fait logique, puisque la CC fonctionne en tant qu'autorité interne de l'État, alors que le traité est un acte de droit international.

La CC décide si le traité est ou n'est pas conforme à la Constitution. Si la CC adopte l'avis qu'il est conforme, sa ratification (l'autorisation de la ratification) est laissée à l'appréciation politique de l'Assemblée nationale.⁴⁰ Si, par contre, la CC adopte un avis négatif, c'est-à-dire l'avis que certaines dispositions du traité sont non conformes à la Constitution, le législateur ne peut alors autoriser la ratification du traité que s'il modifie d'abord la Constitution ; sauf si une réserve appropriée au traité est admise, laquelle doit dans ce cas obligatoirement être exprimée.⁴¹

Jusqu'à présent, la CC a constaté l'inconstitutionnalité de dispositions individuelles d'un traité uniquement dans son premier avis sur l'Accord d'association à l'UE. Les dispositions de cet accord qui permettaient aux citoyens des États membres des Communautés européennes (à l'époque) et aux filiales des sociétés l'achat de biens immeubles étaient notamment non conforme avec l'article 68 de la Constitution, qui permettait aux étrangers d'obtenir des biens immobiliers uniquement par voie de succession et sous réserve de réciprocité. Pour cela, avant d'autoriser la ratification de l'Accord d'association, l'Assemblée nationale a modifié la disposition de la Constitution citée. Dans les autres cas, la CC n'a pas constaté d'inconstitutionnalité.⁴²

³⁸ Voir l'Avis n° Rm-1/97.

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² Dans la majorité de cas, il s'agissait des avis sur la constitutionnalité des traités conclus avec la Croatie, l'État voisin. Par l'Avis n° Rm-1/00 du 19 Avril 2001 (JO RS n° 43/01 et OdlUS X, 78), la CC s'est prononcée sur la constitutionnalité des dispositions individuelles de l'accord relatif au trafic frontalier et à la coopération avec cet État ; par l'Avis n° Rm-2/02 du 5 décembre 2002 (JO RS n° 117/02 et OdlUS XI, 246), la CC s'est prononcée sur la constitutionnalité des dispositions individuelles du contrat relatif à la régulation des relations portant sur le statut et autres rapports juridiques liés aux investissements dans la Centrale nucléaire de Krško, à son exploitation et à son démantèlement ; alors que l'Avis n° Rm-1/09 touchait à l'accord d'arbitrage entre les gouvernements des deux États par lequel un mécanisme a été convenu pour résoudre le litige frontalier entre les deux pays.

Outre les techniques fondamentales de prise de décision judiciaire constitutionnelle (constatation de la conformité/non-conformité d'un traité à la Constitution), la CC a, jusqu'à présent, plusieurs fois utilisé la technique de l'avis « interprétatif ». Celui-ci est adopté lorsque le texte du traité peut être interprété d'au moins deux façons différentes dont l'une est conforme à la Constitution et l'autre ne l'est pas (ce qui découle clairement du raisonnement de l'avis). Par son avis, la CC élimine de l'ordre juridique interne l'interprétation non constitutionnelle du traité. La CC s'est déjà servie de cette technique, qui est également une technique constante de la prise de décisions constitutionnelles lors du contrôle des lois, dans l'Avis n° Rm-1/97 relatif aux deux dispositions du traité, ainsi que dans l'Avis n° Rm-1/02⁴³, par lequel elle s'est prononcée sur la constitutionnalité de dispositions particulières de l'accord passé entre la République de Slovénie et le Saint-Siège sur des questions de droit. Comme chaque avis, un avis « interprétatif » produit les effets uniquement en droit interne, mais évidemment, il ne peut pas avoir d'effets au niveau du droit international. La CC l'a expressément souligné : l'avis est contraignant pour toutes les autorités de la République de Slovénie. Cela signifie entre autre que pour l'autorisation de la ratification d'un traité, non seulement l'Assemblée nationale, mais aussi les autres autorités de l'Etat doivent, soit lors de l'exercice de l'accord, soit lors de la conclusion d'accords ultérieurs avec le Saint-Siège, tenir compte de l'interprétation (conforme à la Constitution) de l'accord qui découle de l'Avis de la CC.

De cette manière, la CC joue un rôle primordial dans la procédure du contrôle *a priori* de la constitutionnalité des traités, lequel empêche qu'un conflit ne surgisse entre les normes constitutionnelles et les traités. Assurément, il est préférable de prévenir les conflits que de les guérir.

4. 2. Le contrôle indirect de la constitutionnalité d'un traité

Ainsi, par la voie de l'incorporation et après la publication du traité au journal officiel de l'État, les traités deviennent partie intégrante de l'ordre juridique national et s'appliquent directement, conformément à l'article 8 de la Constitution (naturellement, s'ils sont également en vigueur au niveau international). Leur applicabilité directe est possible en pratique si la nature de leurs dispositions le permet (donc, s'il s'agit de dispositions dites directement applicables – *self-executing*). Il faut alors constater pour chaque cas individuel s'il s'agit de telles dispositions ; cela est une des tâches des tribunaux nationaux.⁴⁴

⁴³ Avis du 19 novembre 2003 (JO RS n° 118/03 et OdlUS XII, 89).

⁴⁴ La CC a statué ainsi dans la Décision n° U-I-312/00 du 23 avril 2003 (JO RS n° 42/03 et OdlUS XII, 39). Cela vaut également pour la CC lorsqu'elle exerce ses compétences.

Aux termes de l'article 125 de la Constitution, les juges des tribunaux sont liés par la Constitution et par la loi. Le fait qu'ils soient liés par la Constitution implique qu'ils sont aussi liés par les traités. Lorsqu'ils interprètent le droit, ils doivent tenir compte du positionnement hiérarchique des traités qui est supérieur à celui des lois. Dans le cas où les discordances entre le traité et la loi ne peuvent être résolues par les méthodes établies d'interprétation de la loi, ils doivent suspendre la procédure et demander à la CC de contrôler la conformité de la loi avec le traité, comme cela est prévu dans l'article 156 de la Constitution. Les tribunaux doivent aussi procéder ainsi lorsqu'ils sont d'avis que le traité qu'ils doivent appliquer lors d'un procès est non conforme à la Constitution ; dans ce cas, ils doivent saisir la CC pour statuer sur la constitutionnalité de la loi de ratification. Il en est ainsi justement parce que la Constitution ne reconnaît pas la primauté du droit international sur l'ordre constitutionnel. La CC peut contrôler la constitutionnalité du traité aussi à travers la loi de ratification (ou à travers le décret de ratification).⁴⁵

Si les traités ne sont pas directement applicables, ils deviennent malgré tout, sur la base de la loi de ratification, partie intégrante du droit intérieur et s'appliquent de la même manière que les autres sources de droit qui nécessitent des règlements pour être applicables dans des cas individuels.⁴⁶ Ceux-ci doivent entrer en vigueur lorsque le traité entre en vigueur au niveau international afin que les obligations fixées par le traité puissent être accomplies. Par conséquent, aussi dans ce cas, une obligation internationale qui s'oppose à la Constitution peut exister, ce qui requiert en principe le même procédé que lorsqu'il s'agit de traités directement applicables.

La CC est compétente pour contrôler la loi (ou le décret) de ratification déjà avant que le traité n'entre en vigueur au niveau international.⁴⁷ Si la CC constatait une inconstitutionnalité du traité, elle pourrait annuler la loi (ou le décret) de ratification.⁴⁸ L'annulation n'aurait certainement des effets qu'en droit in-

⁴⁵ Cela découle déjà de la Décision n° U-I-147/94. Si cet acte (une loi ou un décret) n'existe pas, le traité ne peut pas devenir partie intégrante de l'ordre juridique interne et, dans un tel cas, la CC n'est pas compétente pour le contrôler. Ainsi, dans l'Ordonnance n° U-I-128/98 du 23 septembre 1998 (OdlUS VII, 173), lorsque l'objet de contrôle devant la CC était un traité conclu entre les ministères de la défense des deux États, la CC ne s'est pas estimée compétente pour le contrôler, parce que ledit traité n'avait été ratifié ni par une loi ni par un décret.

⁴⁶ Voir aussi l'Ordonnance de la CC n° U-I-128/98.

⁴⁷ Comme indiqué par la CC dans l'Ordonnance n° U-I-197/97 du 21 mai 1998 (OdlUS VII, 93).

⁴⁸ L'annulation de la loi de ratification avant que le traité entre en vigueur au niveau international aurait empêché son incorporation dans l'ordre juridique interne.

terne,⁴⁹ alors qu'au niveau international, cela signifierait une violation du traité qui serait évaluée selon le droit international.⁵⁰ Jusqu'à présent, la CC a contrôlé deux traités à travers l'acte de ratification,⁵¹ mais elle n'a pas constaté qu'ils étaient inconstitutionnels. Toutefois, la possibilité d'une telle décision existe.

L'annulation des effets du traité en droit interne par l'annulation d'acte de ratification est un outil puissant de la CC au regard des conséquences qu'elle entraîne après que l'obligation a déjà été acceptée au niveau international. L'annulation immédiate d'acte de ratification pourrait ébranler la crédibilité de l'État dans la communauté internationale. Pour cette raison, la CC doit s'en servir de façon extrêmement restrictive. Concernant ce point, la marge de manœuvre est probablement plus large dans le cas de l'annulation avec période d'ajournement. La CC adopte une telle décision lorsqu'elle constate que l'annulation immédiate provoquerait des conséquences inconstitutionnelles encore plus nuisibles que si la loi inconstitutionnelle restait encore en vigueur pendant une certaine période (un an au maximum). Pendant la période d'ajournement, les autorités compétentes ont ainsi assez de temps pour résoudre le conflit entre la Constitution et le traité – soit dans le sens de la révision de la disposition constitutionnelle, soit dans le sens de la dénonciation du traité faite en conformité avec le droit international. Dans ce contexte, il existe naturellement aussi une autre possibilité, à savoir l'interprétation harmonieuse de la Constitution avec le traité – si cela est possible – de façon à ce que le traité ne soit pas considéré comme inconstitutionnel.

4. 3. La résolution du conflit par la décision qui fixe la prévalence soit de la norme constitutionnelle, soit de la norme internationale

En exerçant ses compétences, la CC doit toujours respecter le principe de la protection maximale des droits de l'homme. Elle doit appliquer les traités directement s'ils règlent un droit de l'homme que la Constitution ne règle pas.

⁴⁹ La CC l'a indiqué ainsi déjà dans l'Avis n° Rm-1/97.

⁵⁰ Dans l'Avis n° Rm-1/97, la CC s'est référée au principe du droit international *pacta sunt servanda* et aux dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui requièrent l'accomplissement des traités *in bona fide*.

⁵¹ Dans le premier cas, par la Décision n° U-I-147/94, la CC a contrôlé l'accord relatif aux pensions des retraités militaires passé avec l'État voisin la Croatie, et dans le deuxième cas, par la Décision n° U-I-180/10 du 7 octobre 2010 (JO RS n° 6/11), l'accord d'arbitrage, également avec la Croatie, relatif à la mise en place du mécanisme pour la résolution du litige frontalier entre les deux États. Cet accord a d'abord fait objet de contrôle *a priori* de la constitutionnalité du traité, puis de contrôle à travers la loi de ratification à partir de la demande formulée par un tiers de députés de l'opposition.

Elle est aussi obligée d'assurer la prévalence des traités quand ils garantissent la protection d'un droit de l'homme particulier au niveau plus élevé que la Constitution. Comme il a été déjà souligné, les tribunaux eux aussi doivent assurer la primauté du droit international sur les lois et sous certaines conditions, aussi la primauté du droit international régissant les droits de l'homme sur les dispositions constitutionnelles. S'il existe une disposition de loi qui empêche le tribunal d'employer le principe de la protection maximale des droits de l'homme aux termes de l'article 15/V de la Constitution (aux termes de l'article 125 de la Constitution, le tribunal est lié par la loi), le tribunal doit, sur la base de l'article 156 de la Constitution, saisir la CC. Toutefois, le non-respect des droits de l'homme lors d'un procès peut surgir non pas à cause d'une entrave directe dans la loi elle-même, mais aussi parce que, par la voie de l'interprétation, le tribunal a attribué à une disposition de la loi un contenu qu'il ne devrait pas lui attribuer si les exigences constitutionnelles étaient respectées (aussi les exigences des articles 15/V et 8 de la Constitution qui requièrent l'applicabilité directe du traité régissant un droit de l'homme particulier). Le cas échéant, la CC traite ces questions dans les procédures des recours constitutionnels (sixième alinéa de l'article 160/I de la Constitution).⁵²

Lorsque les requérants se réfèrent tant aux dispositions de la Constitution qu'aux dispositions des traités, le plus souvent aux dispositions de la Convention (européenne) de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après : la Convention), la CC détermine d'abord si les deux, la Constitution ainsi que le traité, régissent le droit de l'homme concerné ; le cas échéant, la CC apprécie lesquelles des dispositions invoquées garantissent une protection du droit de l'homme en question au niveau plus élevé. Si la CC note qu'un droit de l'homme est réglé par le traité, mais que la Constitution ne le comporte pas, elle applique directement les dispositions du traité. Si la CC constate que le niveau de protection est égal (ce qu'elle indique expressément dans les motifs), elle apprécie les violations alléguées selon les dispositions de la Constitution. Dans ce cas-là, la primauté du droit constitutionnel sur le droit international se manifeste, en dépit de l'exigence constitutionnelle de l'applicabilité directe des traités. Ainsi, la CC a déjà apprécié que les dispositions des articles 6, 18 et 13 de la Convention et les articles 14 et 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'assurent pas le droit à la protection judiciaire dans une plus large mesure que l'article 23 de la Consti-

⁵² La CC décide sur les recours constitutionnels après épuisement de toutes les voies de recours judiciaires, de façon qu'elle décide sur les recours constitutionnels à l'encontre des décisions de la Cour suprême de la République de Slovénie lorsque les voies de recours extraordinaires sont admises devant cette Cour, et sinon à l'encontre de décisions des cours d'appel. Voir les articles 50 à 53 de la LCC.

tution ; par conséquent, l'appréciation des violations alléguées du point de vue de la Constitution est suffisante.⁵³ Elle a agi de la même manière lorsque le requérant s'est référé à l'article 5 de la Convention à propos duquel elle a constaté que les garanties par rapport à l'exigence de l'examen judiciaire de la privation de liberté sans délai excessif de l'article 5/III de la Convention étaient les mêmes que celles de l'article 20 de la Constitution ; pour cette raison, elle n'a apprécié la violation alléguée de ces garanties que du point de vue de la Constitution.⁵⁴

Si la Constitution assume un niveau plus élevé d'un droit de l'homme que le traité, la CC applique la Constitution. Dans la Décision n° Up-1116/09⁵⁵, elle a constaté, contrairement à la Cour administrative de la République de Slovénie, que les normes procédurales pour l'appréciation de l'admissibilité des interférences avec le droit à la liberté personnelle inscrites dans la Convention et dans l'article 19 de la Constitution n'étaient pas comparables. Elle a souligné que la Constitution détermine des critères plus stricts pour limiter le droit à la liberté personnelle. Sur cette base, elle a décidé qu'il fallait assurer les droits garantis par l'ordre constitutionnel national (comme prévu par l'article 15/V de la Constitution et aussi par l'article 53 de la Convention qui dispose pareillement) à l'étranger dont les mouvements étaient limités à tel point que cela représentait une limitation du droit à la liberté personnelle (par une décision du Ministère de l'Intérieur et sur la base de la loi sur la protection internationale).

De ce point de vue, il convient encore de mentionner certaines autres décisions de la CC. Dans l'Ordonnance n° Up-1378/06,⁵⁶ la CC a indiqué que la Convention ne soulignait que le droit de l'accusé d'utiliser sa langue dans la procédure pénale (articles 5/II et 6/III de la Convention), alors qu'elle ne conférait pas un tel droit aux parties dans d'autres procédures judiciaires. Pour cette raison, la CC a examiné les griefs du requérant du point de vue de l'article 62 de la Constitution qui donne à chacun le droit, dans la réalisation de ses droits et devoirs et lors des procédures devant les autorités de l'État et les autres autorités remplissant une fonction publique, d'utiliser sa langue et son écriture selon les modalités fixées par la loi. Le cadre constitutionnel de ce droit provient des normes constitutionnelles relatives au procès équitable qui donnent la possibilité à celui qui ne comprend pas la langue du tribunal de suivre la procédure dans la langue qu'il comprend.

⁵³ La CC l'a indiqué ainsi déjà dans la Décision n° Up-3/97 du 15 juillet 1999 (OdlUS VIII, 291).

⁵⁴ Décision n° Up-402/12, U-I-86/12 du 5 juillet 2012 (JO RS n° 55/12).

⁵⁵ Décision du 3 mars 2011 (JO RS n° 22/11).

⁵⁶ Ordonnance du 20 mai 2008 (JO RS n° 59/08 OdlUS XVII, 41).

Concernant les points mentionnés, parfois, les prises de position de la CC évoluent. Au début, dans le cas du droit de l'accusé d'interroger ou de demander l'interrogation des témoins à charge, la CC s'est appuyée sur la disposition de la Convention,⁵⁷ parce qu'elle était d'avis que la Constitution ne régissait pas ce droit. Plus tard, s'appuyant sur la Convention et sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la CEDH), la CC a également interprété la disposition de l'article 29 de la Constitution relative au droit de l'accusé à la défense dans la procédure pénale de manière à ce qu'elle contienne aussi le droit mentionné.⁵⁸ Ensuite, dans la Décision no Up-1293/10,⁵⁹ elle a expressément indiqué que le droit d'interroger les témoins à charge est assuré par le point d) de l'article 6/III de la Convention et par l'article 29 de la Constitution. Ainsi, il est maintenant indubitable que l'article cité de la Constitution assure également le droit d'interroger les témoins à charge dans la procédure pénale, bien qu'il ne le mentionne pas expressément.

Eu égard à ce qui précède, il est également évident qu'à l'aide du contenu expressément inclus dans les dispositions des traités portant sur les droits de l'homme, la CC complète, par la voie de l'interprétation, le contenu des dispositions de la Constitution plus générales portant sur les droits de l'homme. Sur ce fondement, elle exerce ensuite l'appréciation des violations des droits de l'homme alléguées du point de vue de la Constitution et non du point de vue des traités directement applicables.

Une situation particulière apparaît dans ce contexte lorsqu'il s'agit de l'application de la Convention. Ce traité se distingue notamment des autres traités par le fait qu'il établit une institution particulière et un mécanisme destiné à assurer le respect des dispositions de la Convention. Dans les cas où la CC n'est pas l'ultime autorité quant à l'interprétation des dispositions du traité portant sur les droits de l'homme, puisque le dernier mot est alors confié à la CEDH en tant que tribunal spécial international, surgissent inévitablement des rapports particuliers entre les deux cours qui nécessitent le respect mutuel

⁵⁷ Dans la Décision n° Up-207/99 du 4 juillet 2002 (JO RS n° 65/02 et OdlUS XI, 266) elle a indiqué que le droit de l'accusé d'interroger les témoins à charge n'est pas expressément mentionné dans la Constitution, par conséquent il faut appliquer directement le point d) de l'article 6/III de la Convention sur la base de l'article 8 de la Constitution. La CC a statué de la même façon aussi dans la Décision n° Up-518/03 du 19 janvier 2006 (JO RS n° 11/06 et OdlUS XV, 37).

⁵⁸ Dans la Décision n° Up-719/03 du 9 mars 2006 (JO RS n° 30/06 et OdlUS XV, 41), la CC a déjà inclus ledit droit à la violation du droit à la défense inscrit dans l'article 29 de la Constitution et indiqué que la violation dudit droit de la Convention implique également une violation du droit à la défense. La CC a décidé de même aussi dans la Décision n° Up-754/04 du 14 septembre 2006.

⁵⁹ Décision du 21 juin 2012 (JO RS n° 52/12).

de leur jurisprudence. La CC est attentive à ce point. Pour cela, elle n'adopte pratiquement aucune décision importante sans se référer à des arguments découlant des jugements de la CEDH. Ces derniers trouvent leur place dans les décisions de la CC par deux voies différentes.

En premier lieu, la CC complète, par la voie de l'interprétation, les dispositions de la Constitution à l'aide du contenu attribué par la CEDH aux dispositions particulières de la Convention.⁶⁰ En deuxième lieu, la CC utilise souvent les arguments par lesquels la CEDH justifie ses décisions comme des arguments supplémentaires pour renforcer ses prises de positions.⁶¹ Ce faisant, la CC se considère comme liée à la jurisprudence de la CEDH, indépendamment du fait que le jugement en question ait été adopté dans une affaire où la Slovénie était impliquée dans la procédure ou non.⁶² Cela est également un moyen particulier par lequel il est possible d'éviter les conflits entre le droit constitutionnel et le droit international et qui empêche aussi la condamnation de l'État devant la CEDH sur la base du droit international pour violation des droits de l'homme (la Convention).

5. CONCLUSION

En Slovénie, la primauté de la Constitution sur le droit international est établie. Dans la hiérarchie des actes juridiques, ce dernier est pourtant supérieur aux lois (et aux règlements subordonnés à la loi). Il existe trois types d'exceptions au principe de la primauté de la Constitution. Les principes généraux du droit international peuvent être reconnus comme des principes constitutionnels.

⁶⁰ Dans sa Décision n° U-I-425/06 du 2 juillet 2009 (JO RS n° 55/09 et OdlUS XVIII, 29) elle a contrôlé la constitutionnalité des règles concernant l'enregistrement de partenariat d'un couple homosexuel. La CC a indiqué que l'orientation sexuelle, bien qu'elle n'y soit pas expressément citée, est sans aucun doute une des situations émises dans l'article 14/I de la Constitution qui interdit la discrimination. Elle a soutenu son point de vue aussi par le fait que même la CEDH considère l'orientation sexuelle comme une circonstance sur la base de laquelle il est interdit de discriminer, bien qu'elle ne figure pas parmi les circonstances expressément citées dans l'article 14 de la Convention.

⁶¹ En examinant si l'assignation à domicile représente une limitation de la liberté de mouvement ou une limitation du droit à la liberté personnelle, la CC a constaté que ni la Constitution ni la Convention ne contiennent des dispositions particulières à ce sujet. Dans la Décision n° Up-286/01 du 11 décembre 2003 (JO RS n° 2/04 et OdlUS XII, 114) la CC a décidé que par son intensité et son mode d'exécution il s'agit d'une limitation telle des droits de l'homme qu'elle représente une limitation de la liberté personnelle. Afin d'affirmer une telle prise de position, elle s'est référée aux jugements de la CEDH par lesquels cette dernière s'est prononcée sur la délimitation entre la limitation de la liberté personnelle et celle de la liberté de mouvement.

⁶² Décision n° U-I-65/05 du 22 septembre 2005 (JO RS n° 92/05 et OdlUS XIV, 72).

Les traités régissant les droits de l'homme relèvent du niveau constitutionnel, de sorte que leurs dispositions peuvent prévaloir sur les dispositions de la Constitution si elles assurent soit un droit de l'homme que la Constitution n'assure pas, soit un niveau plus élevé de protection du droit de l'homme en question que celui de la Constitution. Une place particulière est aussi occupée par le droit de l'UE, mais une analyse plus approfondie de ce sujet n'est pas l'objet de cet exposé.

L'examen des compétences et des pouvoirs de la CC, ainsi que de la jurisprudence constitutionnelle existante montre que la CC joue un rôle plutôt actif dans la résolution des conflits entre la Constitution et le droit international. Ce rôle est très direct et préventif lorsqu'il s'agit du contrôle *a priori* de la constitutionnalité d'un traité. Toutefois, les possibilités d'interventions de la CC dans ce domaine ne sont pas encore épuisées. La CC peut également indirectement contrôler la constitutionnalité d'un traité qui est déjà en vigueur tant au niveau international qu'en droit interne à travers le contrôle de l'acte de ratification. En annulant l'acte de ratification sur la base de laquelle l'incorporation du traité dans l'ordre juridique interne a été réalisée, la CC assure la primauté de la Constitution sur le droit international. Cependant, elle risque ainsi de provoquer que l'État viole les obligations internationales adoptées, ce qui n'est pas vraiment une manière souhaitable de résoudre les conflits entre la Constitution et le droit international.

Finalement, la CC joue un rôle particulier dans le domaine de la protection des droits de l'homme par l'interprétation des dispositions de la Constitution et des traités portant sur les droits de l'homme où, dans l'intérêt d'assurer la protection la plus élevée possible d'un droit de l'homme, elle décide de la prévalence soit de la norme constitutionnelle, soit de la norme du droit international.

Bibliographie

- Matej Avbelj, Supremacy or Primacy of EU Law – (Why) Does it Matter? (*La suprématie ou la primauté du droit de l'UE – (Pourquoi) Est-ce que c'est important ?*), *European Law Journal*, 17/2011, pp. 818–836.
- Franč Grad, *Evropsko ustavno pravo, prvi del, Ustavno pravo Evropske unije (Droit européen constitutionnel, première partie, Droit constitutionnel de l'Union Européenne)*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2010.
- Winfried Hassemer, *Ustavna demokracija, (Démocratie constitutionnelle)*, *Pravnik*, 4–5/2003, pp. 207–226.
- Igor Kaučič (réd.), *Pomen ustavnosti in ustavna demokracija, Znanstveni zbornik Dvajset let Ustave Republike Slovenije (Importance de la constitutionnalité et démocratie constitutionnelle, Actes scientifiques Vingt ans de*

- la Constitution de la République de Slovénie*), Ustavno sodišče Republike Slovenije, Ljubljana 2012.
- Ernest Petrič, Zunanja politika, osnove teorije in prakse (*Politique étrangère, les bases de la théorie et de la pratique*), Znanstvenoraziskovalni institut Slovenske akademije znanosti in umetnosti, Ljubljana 2010.
- Ciril Ribičič, Evropsko pravo človekovih pravic, Izbrana poglavja (*Droit européen des droits de l'homme, Les chapitres sélectionnés*), Pravna fakulteta v Ljubljani, Ljubljana 2007.
- Jadranka Sovdat, The Constitutional Court of the Republic of Slovenia and European Union Law (*La Cour constitutionnelle de la République de Slovénie et le droit de l'Union européenne*), Hrvatska i komparativna javna uprava, 3/2013, pp. 895–929.
- Jadranka Sovdat (réd.), International Conference Constitutional Court of the Republic of Slovenia – 25 Years, Conference proceedings, (*La conférence internationale, Cour constitutionnelle de la République de la Slovénie – 25 Ans, Cahiers de la conférence*), Constitutional Court of the Republic of Slovenia, Ljubljana 2016.
- Mirjam Škrk, Odnos med mednarodnim pravom in notranjim pravom v praksi Ustavnega sodišča (*La relation entre le droit international et le droit interne dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle*), Pravniki 6–8/2007, pp. 275–311.
- Mirjam Škrk, Skladnost zakonov s splošnimi načeli mednarodnega prava (*La conformité des lois avec les principes généraux du droit international*), Podjetje in delo, 6–7/2012, pp. 1103–1113.
- Lovro Šturm (réd.), Komentar Ustave Republike Slovenije (*Commentaire de la Constitution de la République de Slovénie*), Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.
- Lovro Šturm (réd.), Komentar Ustave Republike Slovenije, Dopolnitev – A (*Commentaire de la Constitution de la République de Slovénie, Supplément – A*), Fakulteta za državne in evropske študije, Ljubljana 2011.
- Verica Trstenjak, Maja Brkan, Pravo EU, Ustavno, procesno in gospodarsko pravo EU (*Droit de l'UE, Droit constitutionnel, procédural et économique de l'UE*), GV Založba, Ljubljana 2012.

VLOGA USTAVNEGA SODIŠČA PRI RAZREŠEVANJU NASPROTIJ MED USTAVO IN MEDNARODNIM PRAVOM

Jadranka Sovdat,

univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, predsednica Ustavnega sodišča Republike Slovenije

Države različno urejajo razmerje med ustavnim redom in mednarodnim pravom. Temeljna načela tega razmerja pogosto urejajo že same ustave. Če ustavni red ne priznava primata mednarodnega prava in se med njima pojavijo nasprotja, se postavi vprašanje, kako se ta nasprotja razrešujejo in katera institucija ima pri tem odločilno vlogo. Članek obravnava ta vprašanja z vidika slovenske ureditve.

V Sloveniji so v hierarhiji pravnih aktov mednarodni instrumenti nad zakoni. Niso pa nad ustavo, ker ta ne sprejema primata mednarodnega prava. Vendar to ne velja za vse vire mednarodnega prava. Splošna načela mednarodnega prava imajo ustavno raven, saj gre za načela, na katerih temelji suverena in demokratična pravna država, ki je hkrati enakovredna članica mednarodne skupnosti. Enako raven imajo mednarodne pogodbe, ki urejajo človekove pravice in temeljne svoboščine (v nadaljevanju: človekove pravice), čeprav tega Ustava RS ne določa izrecno. Tak položaj imajo zato, ker Ustava vsebuje načelo največjega varstva človekove pravice (peti odstavek 15. člena), ki pomeni, da glede na raven tega varstva v posameznem primeru prevlada bodisi norma ustavnega prava bodisi norma mednarodnega prava. Torej tudi človekove pravice, urejene z mednarodnimi pogodbami, uživajo ustavno zaščito.

Mednarodne pogodbe postanejo del notranjega pravnega reda z uveljavitvijo ratifikacijskega zakona. Čeprav je njihovo besedilo sestavni del tega zakona, ohranijo svojo naravo mednarodnega akta. To velja tudi za mednarodne pogodbe, ratificirane z uredbo vlade. Kot izhaja iz odločitve Ustavnega sodišča RS, se zanje ne zahteva skladnost z zakonom, čeprav morajo biti splošno izvršilni predpisi skladni z zakonom (tretji odstavek 153. člena Ustave). Zato Ustavno sodišče ni pristojno za oceno zakonitosti mednarodnih pogodb, ra-

tificiranih z vladno uredbo. Medsebojno neskladnost take uredbe in zakona bi lahko presojalo le, če bi med njima obstajala antinomija, ki bi pomenila neskladje z načeli pravne države (2. člen Ustave). Po mnenju ustavne sodnice in nekdanje podpredsednice Ustavnega sodišča profesorice Škrkove so tako mednarodne pogodbe, ratificirane z vladno uredbo, izenačene z zakoni. Ker se v skladu z zakonodajo sklepajo predvsem za izvrševanje mednarodnih pogodb, ratificiranih z zakoni, v tem pogledu najbrž ni mogoče pričakovati večjih nasprotij.

Slovenija je članica Evropske unije, ki je nastala z mednarodnimi pogodbami, s katerimi so države pogodbenice nanjo prenesle izvrševanje nekaterih svojih suverenih pravic. Glede na uveljavljena načela delovanja Evropske unije, ki temelji na navedenih pogodbah, in tretji odstavek 3.a člena Ustave se nakazuje primat prava Evropske unije nad Ustavo. Vendar je vprašanje, ali lahko to velja tudi za tiste ustavne določbe, ki urejajo človekove pravice. Ker gre za specifične mednarodne pogodbe, jih prispevek ne obravnava podrobneje.

Ustavno sodišče med drugim nadzoruje ustavnost zakonov ter ustavnost in zakonitost izvršilnih predpisov, predpisov lokalnih skupnosti in splošnih aktov, izdanih za izvrševanje javnih pooblastil. Nadzoruje tudi, ali sodišča pri sojenju spoštujejo človekove pravice. V izvrševanju teh vlog je varuh Ustave. Vendar ima pri tem tudi pomembne zadolžitve v zvezi z mednarodnim pravom. Na eni strani zagotavlja učinkovitost mednarodnega prava v Sloveniji, na drugi strani varuje Ustavo z razreševanjem nasprotij med ustavnimi normami in normami mednarodnega prava.

Ustavno sodišče je pristojno presojati ne le skladnost zakonov in drugih predpisov z Ustavo, temveč tudi njihovo skladnost z mednarodnimi pogodbami. Mednarodno pravo, ki zavezuje Slovenijo, mora upoštevati po uradni dolžnosti. Z izvrševanjem svojih pristojnosti tako zagotavlja učinkovitost mednarodnega prava v državi. Pri reševanju nasprotij med ustavnim in mednarodnim pravom pa Ustavo varuje s treh vidikov:

1. z *a priori* oceno ustavnosti mednarodne pogodbe,
2. s posredno kontrolo ustavnosti mednarodne pogodbe in
3. z zagotavljanjem prevlade mednarodnega prava nad ustavnim pravom, da se zagotovi spoštovanje največjega varstva človekovih pravic.

Vloga razreševanja nasprotij med ustavnim in mednarodnim pravom je najbolj neposredna pri predhodni oceni ustavnosti mednarodne pogodbe. Ustavno sodišče daje na zahtevo pooblaščenih predlagateljev v postopku (odobritve) ratifikacije mednarodne pogodbe mnenje o njeni ustavnosti. Namen te kontrole je očitno preventiva: da bi se preprečila uveljavitev protiustavnih določb

mednarodne pogodbe, bodisi njenih neposredno uporabljivih določb bodisi obveznosti, ki jih mora država izpolniti s sprejemom notranjepravnih norm. V dosedanjih takih mnenjih je Ustavno sodišče poudarilo, da Državni zbor ne sme dovoliti ratifikacije mednarodne pogodbe, s katero bi se država obvezala spremeniti Ustavo. Mnenje, ki ga da Ustavno sodišče, ni posvetovalno, temveč ima naravo pravno obvezujoče odločitve, kakršno imajo njegove odločbe. Od njih se razlikuje po tem, da Ustavno sodišče norm mednarodne pogodbe ne more razveljaviti. To je logično, saj gre za norme mednarodnega prava, Ustavno sodišče pa je institucija notranjega prava. Če Ustavno sodišče sprejme negativno mnenje, torej da so določbe mednarodne pogodbe v neskladju z Ustavo, zakonodajalec ne sme odobriti ratifikacije mednarodne pogodbe, če poprej ne spremeni Ustave; razen, če mednarodna pogodba dopušča ustrezni pridržek, ki ga je treba v tem primeru obvezno sprejeti. Doslej je Ustavno sodišče le v enem primeru ugotovilo neskladje med Ustavo in mednarodno pogodbo, v drugih primerih pa bodisi ni ugotovilo neskladja bodisi je izdalo t. i. interpretativno odločbo. Vendar je jasno, da ta obvezuje notranjepravno, na mednarodnopravno raven pa njeni učinki ne sežejo.

Pri posredni oceni ustavnosti mednarodne pogodbe je Ustavno sodišče v popolnoma drugačnem položaju. Pristojno je ocenjevati ustavnost zakona o ratifikaciji, s katerega uveljavitvijo je bila mednarodna pogodba inkorporirana v mednarodno pravo. Prek tega ocenjuje tudi ustavnost mednarodne pogodbe. Doslej Ustavno sodišče še ni razveljavilo zakona o ratifikaciji. Njegova razveljavitev bi imela le notranjepravni učinek, na ravni mednarodnega prava bi pomenila kršitev mednarodne pogodbe. To bi lahko zamajalo verodostojnost države v mednarodni skupnosti. Zato je morda izhod v razlagi Ustave, prijazni mednarodni pogodbi, če je ta mogoča.

Ko gre za mednarodne pogodbe, ki urejajo človekove pravice, je Ustavno sodišče zadolženo za razreševanje nasprotij med njimi in Ustavo na način, ki zagotavlja največje varstvo posamezne človekove pravice. Od tega je odvisno, katera norma prevlada. Če mednarodna pogodba ureja človekovo pravico, ki je Ustava ne ureja, ali zagotavlja višjo raven varstva od Ustave, prevlada mednarodna pogodba. Če je raven varstva enaka ali če Ustava zagotavlja višjo raven varstva, prevlada Ustava.

Poseben položaj nastopi v primeru Evropske konvencije o človekovih pravicah, ki vzpostavlja mednarodno sodišče. To ima zadnjo besedo pri razlagi te mednarodne pogodbe. Ustavno sodišče se šteje vezanega s sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice ne glede na to, ali se sodba tega sodišča nanaša na Slovenijo. Na te sodbe se ves čas sklicuje. Pri tem dopolnjuje vsebino človekovih pravic, urejenih z Ustavo, z vsebinami, ki jih je z razlago dalo sodišče v Strasbourgu evropski konvenciji, in pogosto uporablja razloge

tega sodišča kot dopolnilne razloge pri svoji razlagi ustavnih določb. Tudi to je posebno sredstvo, ki omogoča izognitev nasprotjem med ustavnim in mednarodnim pravom in ki v tem primeru preprečuje obsodbo države zaradi kršitve človekove pravice pred Evropskim sodiščem za človekove pravice.

EVROPSKO DRŽAVLJANSTVO V ZADEVI *DERECI IN DRUGI PROTI AVSTRIJI* (C-256/2011)

Alenka Tisaj,

*univerzitetna diplomirana pravnica, magistrica pravnih znanosti, svetovalka
na Ministrstvu za notranje zadeve Republike Slovenije*

1. UVOD*

Pravni koncept evropskega državljanstva¹ je bil uveden z Maastrichtsko pogodbo leta 1993² (angl. *Citizenship of the Union*). Prve zamisli o enotnem državljanstvu pa so se sicer pojavile že leta 1957, ko je bila sprejeta Pogodba o ustanovitvi Evropske gospodarske skupnosti,³ ki je uvedla pravico do prostega pretoka blaga, delavcev, storitev in kapitala, katere cilj je bil spodbuditi ekonomsko aktivnost v drugih državah članicah gospodarske skupnosti.

Evropsko državljanstvo sestavlja omejen obseg pravic, ki pripadajo državljanom držav članic. Ti jih uresničujejo bodisi v razmerju do drugih držav članic bodisi v razmerju do institucij EU ali pa, redkeje, do svojih držav, katere državljani so. Slednji položaj je obravnavan tudi v zadevi *Dereci in drugi proti Avstriji*, ki pomeni del novega pristopa pri opredeljevanju položaja evropskega državljanstva.

Pravni status evropskega državljanstva izvira iz državljanstva države članice, katere državljan je državljan Unije, vendar ga ne nadomešča, temveč zgolj do-

* Prispevek je bil pripravljen v okviru znanstvenega magistrskega študija mednarodnega prava pri Pravni fakulteti Univerze v Mariboru, pri predmetu *Evropsko državljanstvo*, katerega nosilec je prof. dr. Rajko Knez. Stališča avtorice ne izražajo nujno tudi mnenja oziroma stališča organa, pri katerem je avtorica zaposlena.

¹ V EU je približno 500 milijonov »državljanov EU«.

² T. i. Maastrichtska pogodba ali Pogodba o Evropski uniji je bila podpisana 7. februarja 1992 in je začela veljati 1. novembra 1993, povzeto po Prečiščeni različici Pogodbe o Evropski Uniji, UL C 202/15 z dne 7. junija 2016 (PEU).

³ Oziroma t. i. prva Rimska pogodba, ki so jo 25. marca 1957 v Rimu podpisale Francija, (Zahodna) Nemčija, Italija, Belgija, Nizozemska in Luksemburg.

polnjuje.⁴ Evropsko državljanstvo, ki je opredeljeno v 20. členu Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU)⁵ in 9. členu Pogodbe o Evropski uniji (PEU) je najpomembnejši vzvod oblikovanja evropske identitete.

Po določbah 9. člena PEU in 20. člena PDEU je državljan Unije vsak, ki je državljan katere od držav članic, tako državljanstvo pa izhaja iz predpisov te države članice. Državljanstvo Unije za vsakega državljana Unije po teh določbah pomeni:

- pravico voliti in biti izvoljen na volitvah v Evropski parlament ter na lokalnih volitvah v državi članici, v kateri prebiva, pod enakimi pogoji kakor državljani te države;
- pravico do diplomatske in konzularne zaščite katerekoli države članice na ozemlju tretje države (države nečlanice Evropske unije), v kateri državljanova matična država članica nima predstavništva, in sicer pod enakimi pogoji, kot veljajo za državljane te države;
- pravico naslavljati peticije na Evropski parlament;
- obrniti se na varuha človekovih pravic, ki ga imenuje Evropski parlament, glede nepravilnosti pri delovanju institucij ali organov Skupnosti;
- pravico pisati institucijam ali organom Skupnosti v enem od jezikov držav članic in prejeti odgovor v istem jeziku;
- pravico dostopa do dokumentov Evropskega parlamenta, Sveta in Komisije;
- pravico do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic.

Pomen in vsebina evropskega državljanstva sta se povečala tudi s sprejemom Listine o temeljnih pravicah EU in s sodbami Sodišča EU. V Listini o temeljnih pravicah EU je v preambuli zapisano:

»Unija, ki se zaveda svoje duhovne in moralne dediščine, temelji na nedeljivih in univerzalnih vrednotah človekovega dostojanstva, svobode, enakopravnosti in solidarnosti; temelji na načelu demokracije in na načelu pravne države. Posameznika postavlja v središče svojih dejavnosti z vzpostavitvijo državljanstva Unije in oblikovanjem območja svobode, varnosti in pravice.«⁶

⁴ Več o postopnem uveljavljanju pravic iz evropskega državljanstva v: Paul P. Craig, Gainne De Burca: EU Law: Text, Cases and Materials. Oxford University Press, Oxford 2011, 5. izdaja, stran 858–866.

⁵ Pogodba o delovanju Evropske unije, ki je začela veljati 1. decembra 2009, povzeto po Prečiščenih različici Pogodbe o delovanju Evropske Unije, UL C 202/15 z dne 7. junija 2016 (PDEU).

⁶ Preambula Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju Listina), ki je bila podpisana in razglašena v Nici 7. decembra 2000, UL C 202/391 z dne 7. junija 2016, stran 393, drugi odstavek.

Državljanu Unije zagotavlja v katerikoli državi članici svobodo iskanja zaposlitve, dela, ustanavljanja in opravljanja storitev⁷ in prepoved diskriminacije⁸ ter mu namenja celo poglavje pravic (pravica voliti in biti izvoljen v Evropski parlament in na občinskih volitvah, pravica do dobrega upravljanja, pravica dostopa do dokumentov, pravica, da se obrne na evropskega varuha človekovih pravic, pravica do peticije, svoboda gibanja in prebivanja ter konzularna in diplomatska zaščita).⁹

V tem članku skozi analizo primera *Dereci in drugi proti Avstriji* obravnavam vprašanje, do kod segajo pravice evropskega državljanstva v razmerju do drugih oseb, ki so družinski člani državljana Unije, in kakšne so posledice spremenjene sodne prakse. Skozi vsebino tega primera in analizo primerov, ki so del nove doktrine, bo bralcu prikazana aktivna vloga Sodišča EU pri oblikovanju skupne evropske sodne prakse in širitvi naveznih okoliščin za uporabo prava Unije,¹⁰ katerih posledica je težja predvidljivost odločanja Sodišča EU.¹¹ Članek podrobneje analizira pravice, ki jih zadeva sodba, in vplive sodbe na migracijsko politiko držav članic ter ugotovitve primerja s Slovenijo.

2. PRIMER DERECI IN DRUGI PROTI AVSTRIJI

2.1. Dejansko stanje

Dne 25. maja 2011 je bil na Sodišče EU vložen predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je na podlagi 267. člena PDEU vložilo avstrijsko upravno sodišče (*Verwaltungsgerichtshof*) pod št. zadeve C-256/2011. Predlog je bil vložen v okviru petih sporov med M. Derecijem, V. Heiml, A. Kokollarijem, I. E. Maduikejem in D. Stevic na eni strani ter avstrijskim Ministrstvom za notranje zadeve (*Bundesministerium für Inneres*) na drugi strani.

Vsi spori so se nanašali na zahtevo po razveljavitvi odločb o pritožbi, s katerimi je avstrijsko ministrstvo za notranje zadeve potrdilo zavrnitev dovoljenja za prebivanje (Heimlovi, Maduikeju, Stevicevi), v nekaterih primerih pa izdajo odredbe o izgonu ali odstranitvi iz avstrijskega ozemlja (Dereciju, Kokollariju). Zadevni organ je v obrazložitvi zavrnil uporabo Direktive 2004/38 z obrazložitvijo, da zadevni državljani niso izrabili pravice do prostega gibanja, ter 8.

⁷ Člen 15 Listine.

⁸ Člen 21 Listine.

⁹ Členi 39–46 Listine.

¹⁰ Prim. stališča vlad, ki so podale mnjenja v navedeni zadevi, glej razdelek 2.3 tega članka.

¹¹ Prim. stališče generalnega pravobranilca v razdelku 2.4 tega članka.

člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP),¹² ker je bilo po mnenju tega organa prebivanje državljana tretje države v Avstriji že od vsega začetka negotovo z vidika pravice do družinskega življenja.

V naslovni zadevi je turški državljani Murat Dereci novembra 2001 nezakonito vstopil v Avstrijo in se julija 2003 poročil z avstrijsko državljanko, s katero ima tri mladoletne otroke, rojene leta 2006, 2007 in 2008, ki so prav tako avstrijski državljani. Junija 2004 je vložil prošnjo za podelitev dovoljenja za prebivanje, ki je bila zavrnjena, po tem ko je 1. januarja 2006 začel veljati avstrijski zakon o naselitvi in prebivanju (*Niederlassungs und Aufenthaltsgesetz* – NAG). NAG je na novo določil, da morajo prosilci iz tretjih držav, ki želijo pridobiti dovoljenje za prebivanje v Avstriji, ostati zunaj ozemlja Avstrije do rešitve njihovih prošenj. Glede na to so avstrijski organi menili, da je po 1. januarju 2006 ostal v Avstriji nezakonito, čeprav je čakal na odločitev v zvezi z njegovo prošnjo za podelitev dovoljenja za prebivanje. Zoper njega je bila izdana tudi odredba o izgonu, zoper katero se je pritožil, vendar pritožba ni imela suspenzivnega učinka. Avstrijski organi so menili, da mu dovoljenja za prebivanje ni mogoče podeliti niti na podlagi prava Unije niti na podlagi 8. člena EKČP.

V drugem primeru se je državljanka Šrilanke Vishaka Heiml maja 2006 poročila z avstrijskim državljanom. V Avstrijo je vstopila zakonito februarja 2007, po tem ko je pridobila turistični vizum. Dva meseca pozneje je zaprosila za dovoljenje za prebivanje kot družinska članica avstrijskega državljana. Njena prošnja je bila zavrnjena, ker bi po določbah NAG morala do rešitve prošnje ostati v tujini.

V tretji zadevi je Alban Kokollari s Kosova vstopil v Avstrijo s svojimi starši leta 1984 kot jugoslovanski državljani, star dve leti. Dovoljenje za prebivanje je imel do leta 2006, istega leta pa je zaprosil za podaljšanje. Njegova prošnja je bila zavrnjena, ker ni priložil nekaterih dokumentov. Julija 2007 je znova vložil prošnjo za prebivanje, ob čemer ga je preživljala njegova mati, od tedaj avstrijska državljanka. Njegova prošnja je bila zavrnjena, ker bi moral ob vložitvi prošnje zapustiti Avstrijo in v tujini počakati na odgovor na prošnjo. Avstrijski organi so izdali tudi odredbo o odstranitvi, presodili pa so tudi, da se Alban Kokollari ne more sklicevati na pravo Unije, drugega posebnega razloga za podelitev dovoljenja za prebivanje pa naj niti ne bi navedel.

V četrti zadevi je Izunna Emmanuel Maduike nezakonito vstopil v Avstrijo kot nigerijski državljani leta 2003. Prošnjo za azil je vložil na podlagi lažnih izjav, zato je bila ta leta 2005 zavrnjena. Medtem se je Maduike leta 2005 poročil z avstrijsko državljanko in decembra 2005 zaprosil za podelitev dovoljenja za

¹² Sprejeta leta 1950, glej Zakon o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, spremenjene s protokoli št. 3, 5 in 8 ter dopolnjene s protokolom št. 2, ter njenih protokolov št. 1, 4, 6, 7, 9, 10 in 11, Uradni list RS, št. 33/94 z dne 13. junija 1994.

prebivanje. Njegova prošnja je bila zavrnjena, ker med postopkom odločanja o njegovi prošnji na odločitev ni počakal v tujini, poleg tega pa je po oceni organa zaradi kršitve predpisov o azilu predstavljal nevarnost za javni red.

V peti zadevi je Dragica Stevic kot srbska državljanka leta 2007 zaprosila za dovoljenje za prebivanje v Avstriji zaradi združitve z očetom, ki živi v Avstriji od leta 1972, leta 2007 pa mu je bilo podeljeno avstrijsko državljanstvo. Vsa leta jo je preživljal oče z rednim mesečnim prispevkom (200 evrov), po prihodu v Avstrijo pa bi jo še naprej, čeprav ima sama družino in polnoletne otroke v Srbiji. Avstrijski organi so prošnjo zavrnili zaradi prenizkega mesečnega dohodka, ki glede na določbe NAG ne bi zadoščal za njeno preživljanje. Po njihovem mnenju njeni prošnji ne bi mogli ugoditi niti na podlagi prava Unije niti na podlagi 8. člena EKČP.

Vseh pet primerov se je torej nanašalo na pet državljanov tretjih držav, ki so želeli živeti v Avstriji, skupaj s svojimi družinskimi člani, ki so bili državljani Avstrije (in s tem državljani Unije). Vsem primerom je skupno, da zadevni državljani Unije niso nikoli uresničevali pravice do prostega gibanja znotraj ozemlja držav članic ter da niso bili ekonomsko odvisni od preživljanja državljana tretje države.

Med bistvenimi razlikami primerov pa je treba poudariti, da se primeri razlikujejo glede zakonitega (zadevi *Heiml* in *Kokollari*) oziroma nezakonitega (zadevi *Dereci* in *Maduike*) vstopa tujega državljana na ozemlje Avstrije, kraja stalnega prebivališča (v vseh zadevah nezakonito prebivajo v Avstriji, razen v zadevi *Stevic*), ekonomske odvisnosti od državljana Unije (v vseh zadevah ekonomska odvisnost državljana tretje države od državljana Unije (razen v zadevi *Maduike*) in družinskega razmerja z državljanom Unije (žena in mladoletni otroci v zadevi *Dereci*, samo žena v zadevah *Maduike* in *Heiml*, starš in polnoletni otrok v zadevah *Stevic* in *Kokollari*).

2.2. Pravna podlaga

PEU in PDEU¹³ vsebujeta določbo,¹⁴ ki zavezuje EU, da pristopi k EKČP. Po drugi strani možnost pristopa EU k EKČP predvideva Protokol št. 14 k EKČP. Vse države članice EU so tudi same podpisnice EKČP, ki jih zato zavezuje tudi neposredno.

EKČP v 8. členu določa, da ima vsakdo:

»pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, svoje-
ga doma in dopisovanja. Javna oblast se ne sme vmešavati v izvrševanje te

¹³ T. i. Lizbonska pogodba, ki je bil sprejeta na vrhu EU dne 18. in 19. oktobra 2007 in je začela veljati 1. decembra 2009, UL C 306/01 z dne 17. decembra 2007.

¹⁴ Drugi odstavek 6. člena PEU in šesti odstavek 218. člena PDEU.

pravice, razen če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države, zato da se prepreči nered ali zločin, da se zavaruje zdravje ali morala ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi.«

Pravice migrantov opredeljujeta Protokol št. 4 h EKČP,¹⁵ ki določa, da je prepovedan kolektivni izgon tujcev, in Protokol št. 7, ki določa, da tujec, ki zakonito prebiva na ozemlju kake države, ne sme biti izgnan s tega ozemlja, razen z odločbo, ki temelji na zakonu, pri tem pa mora imeti možnost, da predloži utemeljen ugovor proti izgonu, da zahteva preskus svoje zadeve in da doseže, da ga v zvezi s tem sprejme pristojni organ oblasti. Protokol št. 7¹⁶ tudi določa, da se sme tujca izgnati brez zakonite odločbe, če je tak izgon nujen zaradi javnega reda ali zaradi varnosti države. Pri izvajanju migrantske politike lahko torej država poseže tudi v družinsko in zasebno življenje tujcev. Iz sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) je mogoče izluščiti, da se je izgon dolgoletnih tujih rezidentov štel kot poseg v zasebno življenje, v nekaterih primerih pa tudi kot poseg v družinsko življenje, odvisno od tega, koliko je bil posameznik socialno integriran v novo družbo.¹⁷

Podobno kot 8. člen EKČP pravico do zasebnosti v 7. členu določa tudi Listina EU o temeljnih pravicah.¹⁸ Ta določa, da ima vsakdo pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, stanovanja ter komunikacij.

Poleg konvencijskega prava je pravna podlaga v zadevnem primeru tudi pravo Unije, predvsem 20. člen PDEU (primarno pravo).

¹⁵ Sprejet 16. septembra 1963, glej Zakon o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, spremenjene s protokoli št. 3, 5 in 8 ter dopolnjene s protokolom št. 2, ter njenih protokolov št. 1, 4, 6, 7, 9, 10 in 11.

¹⁶ Sprejet 22. novembra 1984, glej Zakon o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, spremenjene s protokoli št. 3, 5 in 8 ter dopolnjene s protokolom št. 2, ter njenih protokolov št. 1, 4, 6, 7, 9, 10 in 11.

¹⁷ V zadevi *Slivenko proti Latviji* (št. 48321/99, sodba z dne 9. oktobra 2003) je ESČP menilo, da deportacija celotne družine ne pomeni kršitve 8. člena EKČP, če je bila izvedena v skladu z drugim odstavkom tega člena. Če nujnost (v demokratični družbi) tega posega ni bila ugotovljena, pa pomeni kršitev 8. člena EKČP, kar je ESČP ugotovilo v zadevnem primeru. V primerih priseljencev namreč velja, da med starši in odraslimi otroki ni družinskega življenja, razen če poleg običajnih čustvenih vezi lahko dokažejo dodatne elemente odvisnosti. V zadevi *Liu proti Rusiji* (št. 42086/05, sodba z dne 6. decembra 2007) je država zahtevala deportacijo posameznika, ker naj bi predstavljal nevarnost za državno varnost. ESČP je odločilo, da država ni sprejela zadostne zakonodaje, saj je po veljavnem redu dovoljevala preveliko diskrecijo pri odločanju, kdaj posameznik predstavlja nevarnost za državno varnost. Socialna integriranost je po drugi strani tudi merilo, ki ga je uvedla Direktiva 38/2004/ES (6., 7., 16. in 28. člen).

¹⁸ UL C 83/389 z dne 30. marca 2010.

V zvezi s pravico do združitve z družino državljana tretje države, ki zakonito prebiva na ozemlju ene od držav članic EU je bila dne 22. septembra 2003 sprejeta Direktiva Sveta 2003/86/ES¹⁹ (sekundarno pravo), ki določa pogoje za vstop in bivanje družinskih članov, ki niso člani EU, da se pridružijo nedržavljanu EU, ki zakonito že prebiva v državi članici EU. Glede na to, da v 3. členu določa, da se ne uporablja za družinske člane državljana EU, v konkretnih petih primerih pa so se nedržavljanji pridružili družinskemu članu, ki je državljan EU, ta direktiva v konkretnem primeru ne more biti uporabljiva. Nadalje je bila dne 29. aprila 2004 sprejeta Direktiva 2004/38/ES o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic.²⁰ Direktiva v primerjavi z uredbo (ki jo razveljavlja) razširja krog oseb, ki se lahko štejejo za družinske člane. To so: zakonec, partner, s katerim je državljan EU sklenil registrirano partnerstvo,²¹ potomci v ravni črti, ki so mlajši od 21 let ali so vzdrževane osebe (tudi potomci zakonca ali registriranega partnerja) in vzdrževani predniki v ravni črti ter vzdrževani predniki v ravni črti zakonca ali registriranega partnerja. Vendar pa konkretna direktiva določa tudi, da se uporablja za vse državljane EU, ki se preselijo ali prebivajo v državi članici EU, razen v tisti državi, katere državljani so in za njihove družinske člane, ki jih spremljajo ali se jim pridružijo (prvi odstavek 3. člena te direktive). Ker državljani Unije v zadevnih petih primerih niso uveljavljali pravice do prostega gibanja in prebivanja v drugi državi članici (t. i. čezmejni element), ta direktiva v konkretnem primeru prav tako ni uporabljiva.

Glede na turško državljanstvo v zadevi *Dereci* je Sodišče EU upoštevalo tudi določbe Pridružitvenega sporazuma Turčije k EU,²² ki v 12. členu predvideva, da bi državi postopoma uresničili prosto gibanje delavcev in da bi odpravili omejitve svobode ustanavljanja med njima, ter Sklepa št. 1/80, ki določa, da države članice Skupnosti in Turčija ne smejo uvesti novih omejitev v zvezi s pogoji dostopa do zaposlitve za delavce in njihove družinske člane, če sta prebivanje in zaposlitev na njihovem ozemlju zakonita.

¹⁹ Direktiva Sveta 2003/86/ES z dne 22. septembra 2003 o pravici do združitve družine, UL L 251/12 z dne 3. oktobra 2003, 19/Zv. 6.

²⁰ Ta direktiva spreminja Uredbo (EGS) št. 1612/68 in razveljavlja direktive 64/221/EGS, 68/360/EGS, 72/194/EGS, 73/148/EGS, 75/34/EGS, 75/35/EGS, 90/364/EGS, 90/365/EGS in 93/96/EGS.

²¹ Tj. na podlagi zakonodaje države članice, če zakonodaja države članice gostiteljice obravnava registrirana partnerstva kot enakovredna zakonski zvezi in v skladu s pogoji, določenimi v ustrezni zakonodaji države članice gostiteljice.

²² Sporazum o pridružitvi med Evropsko gospodarsko skupnostjo in Turčijo, UL P 217, 29. december 1964, stran 3685–3686, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 11, zvezek 11, stran 10–11, in Dodatni protokol, UL L 293, 29. december 1972 stran 4–56, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 11, zvezek 11, stran 43–103.

Poleg konvencijskega prava in prava Unije je sodišče v konkretnem primeru uporabilo tudi določbe avstrijskega nacionalnega prava. Naselitev in prebivanje v Avstriji ureja NAG,²³ ki je začel veljati 1. januarja 2006. Ključna sprememba, ki jo je uvedel ta zakon v primerjavi s predhodnim, je bila, da mora prosilec ostati zunaj ozemlja Avstrije do konca postopka odločanja o njegovi prošnji. Poostreni pogoj je povzročil situacijo, da je veliko prosilcev »postalo« nezakonitih naseljencev, s tem pa so pristojni organi pridobili dodaten argument za zavrnitev vloge za naselitev in prebivanje.

V skladu z NAG se za ožje družinske člane štejejo le zakonci, registrirani partnerji in mladoletni samski otroci. Drugi družinski člani, zlasti starši in polnoletni otroci, se štejejo za druge družinske člane. Dovoljenje za prebivanje se tujcu lahko izda le, če prebivanje tujca ni v nasprotju z javnimi interesi, če dokaže, da ima pravico do nastanitve, ki je običajna za primerljivo veliko družino, če ima tujec zdravstveno zavarovanje, ki pokriva tveganja tudi v Avstriji, in če prebivanje tujca ne more povzročiti finančnega bremena za javne organe v Avstriji.²⁴ Upošteva se tudi zasebno in družinsko življenje prosilca v skladu z 8. členom EKČP, in sicer dotedanja vrsta in trajanje prebivanja državljana tretje države ter vprašanja nezakonitosti ali zakonitosti dotedanjega prebivanja državljana tretje države, dejanskega obstoja družinskega življenja, stopnje integracije, vezi državljana tretje države z njegovo državo, kazenske nekaznovanosti, kršitev javnega reda, zlasti na področju azilnega prava, prava tujcev in prava imigracije in vprašanja, ali se je zasebno in družinsko življenje državljana tretje države začelo takrat, ko so se zainteresirane osebe zavedale negotovega položaja.²⁵

2.3. Postopek o predhodnem odločanju in argumenti strank

Glede na nadnacionalno naravo prava EU je za razlago skupnostnega prava pristojno Sodišče EU (267. člen PDEU, prej 234. člen PES). Gre za razlago Pogodb ter veljavnost in razlago aktov institucij, organov, uradov in agencij Unije.

Na podlagi drugega odstavka tega člena lahko katerokoli sodišče države članice predloži Sodišču EU v obravnavo vprašanje s področja razlage prava Unije. Taka obveznost predložitve vprašanja pa je vzpostavljena za najvišja sodišča

²³ *Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich*, BGBl. I, 100/2005.

²⁴ Tj. če ima tujec določene in redne prihodke, ki mu omogočajo živeti, ne da bi pri javnih organih zaprosil za socialno pomoč, in je njihova višina ustrezna glede na cenzuse, določene v 293. členu Zakona o splošni ureditvi socialnih zavarovanj (*Allgemeines Sozialversicherungsgesetz*, BGBl, 142/2004).

²⁵ Prvo prošnjo je treba pred vstopom na zvezno ozemlje vložiti v tujini pri pristojnih lokalnih diplomatskih službah. Prosilec mora ostati v tujini, dokler ni odločeno o njegovi prošnji (21. člen NAG).

držav članic (zoper katera ni pravnega sredstva).²⁶ Gre za postopek sodelovanja med nacionalnim sodiščem in Sodiščem EU, ki omogoča nacionalnemu sodišču, da pridobi enotno razlago prava Unije, Sodišču EU pa omogoča nadzor nad uveljavljanjem prava EU.²⁷ Sodišče EU pri tem ne odloča o veljavnosti nacionalne zakonodaje, ampak se omeji le na razlago evropskega prava. Postopkovnih pravil sodišče ni predpisalo, izdalo pa je nezavezujoče informacije ob vlaganju zahteve za predhodno odločanje.

Iz narave tega postopka je razvidno, da Sodišče EU razpolaga z omejenim obsegom podatkov o dejanskem stanju primerov ter da je mnenje sodišča omejeno le na razlago prava Unije in ne na odločanje o konkretnem primeru.

V obravnavanem primeru je predložitveno sodišče postavilo vprašanje, ali je treba zavrnitev Ministrstva za notranje zadeve, da tožečim strankam v postopkih v glavni stvari podeli pravico do prebivanja, razlagati tako, da za njihove družinske člane, državljane Unije, povzroči preprečitev dejanskega uživanja bistvene vsebine pravic, ki so jim podeljene zaradi statusa državljana Unije.²⁸

²⁶ Prim. sodba z dne 4. junija 2002, *kazenski postopek proti Kenny Roland Lyckeskog*, C-99/00, EU:C:2002:329.

²⁷ Andrej Kmecl: Reševanje predhodnih vprašanj, v: *Evropsko pravo*, Zbirka gradiv šole evropskega prava, Založniška hiša Primath, Ljubljana 2004, stran 169; in Matej Avbelj: *Sodno pravo Evropske unije*. GV Založba, Ljubljana 2011, stran 45–46;

²⁸ Konkretna vprašanja so bila sledeča:

»1. Ali je člen 20 PDEU treba razlagati tako, da državi članici prepoveduje, da državljanu tretje države, čigar zakonec in mladoletni otroci so državljani Unije, zavrne prebivanje v državi članici prebivališča zakonca in otrok, katere državljani so, in to tudi če ti državljani Unije glede preživljanja niso odvisni od državljana tretje države? (zadeva *Dereci*)

b) Ali je člen 20 PDEU treba razlagati tako, da državi članici prepoveduje, da državljanu tretje države, čigar zakonec je državljan Unije, zavrne prebivanje v državi članici prebivališča zakonca, katere državljan je, in to tudi če ta državljan Unije glede preživljanja ni odvisen od državljana tretje države? (zadevi *Heiml* in *Maduike*)

c) Ali je člen 20 PDEU treba razlagati tako, da državi članici prepoveduje, da polnoletnemu državljanu tretje države, čigar mati je državljanica Unije, zavrne prebivanje v državi članici prebivališča matere, katere državljanica je, in to tudi če sicer državljanica Unije glede preživljanja ni odvisna od državljana tretje države, državljan tretje države pa je glede preživljanja odvisen od državljanke Unije? (zadeva *Kokollari*)

d) Ali je člen 20 PDEU treba razlagati tako, da državi članici prepoveduje, da polnoletni državljanici tretje države, katere oče je državljan Unije, zavrne prebivanje v državi članici prebivališča očeta, katere državljan je, in to tudi če sicer državljan Unije glede preživljanja ni odvisen od državljanke tretje države, državljanica tretje države pa od državljana Unije prejema preživnino? (zadeva *Stevic*)

2. Če je odgovor na eno od vprašanj v točki 1 pritrdilen:

Ali gre pri dolžnosti držav članic, ki izhaja iz člena 20 PDEU, da državljanom tretje države odobrijo prebivanje, za pravico do prebivanja, ki izhaja neposredno iz prava

Svoja stališča so v zadevnem primeru podale avstrijska, danska, nemška, irska, nizozemska in poljska vlada ter vlada Združenega kraljestva in Evropska komisija. Menile so, da pravo Unije ne nasprotuje temu, da država članica državljanu tretje države zavrne pravico do prebivanja v položajih, kakršni so ti v postopkih v glavni stvari. Podale so mnenja, da gre v teh primerih za povsem notranje položaje brez naveznih elementov v pravu Unije ter za povsem drugačne primere, kot je primer sodbe *Ruiz Zambrano*,²⁹ saj pri zadevnih državljanih ni obstajalo tveganje, da bodo morali zapustiti ozemlje Unije in da jim bo tako preprečeno dejansko uživanje pravic, ki so jim podeljene s statusom državljan Unije. Grška vlada je nekoliko drugače opozorila, da mora Sodišče EU uporabiti analogno razlago pravil Direktive 2004/38 in spreminjajočo se sodno prakso ter dovoliti prebivanje, če tožeče stranke izpolnjujejo pogoje, ki jih analogna pravila direktive predvidevajo, če nacionalno pravo ne zagotavlja vsaj enakovrednega varstva.

Na drugi strani je svoje mnenje v zadevi podal tudi M. Dereci. Menil je, da je treba pravo Unije razlagati tako, da nasprotuje državi članici, da državljanu tretje države zavrne prebivanje na njenem ozemlju, kadar ta državljan tretje države želi prebivati s svojim zakoncem in svojimi tremi otroki, ki so državljani Unije s prebivališčem v tej državi članici, katere državljani so. Opozoril je na primer svojih otrok, ki so državljani Unije in bi jim bilo ogroženo preživljanje v primeru, če bi bil on odstranjen iz avstrijskega ozemlja.

Unije, ali pa zadošča, da država članica državljanu tretje države pravico do prebivanja prizna konstitutivno?

3. a) Če v skladu z odgovorom na vprašanje v točki 2 obstaja pravica do prebivanja na podlagi prava Unije:

Pod katerimi pogoji izjemoma ne obstaja pravica do prebivanja, ki izhaja iz prava Unije, oziroma pod katerimi pogoji se lahko državljanu tretje države odvzame pravica do prebivanja?

b) Če bi za vprašanje v točki 2 zadoščalo, da se državljanu tretje države konstitutivno prizna pravica do prebivanja:

Pod katerimi pogoji se lahko državljanu tretje države zavrne pravica do prebivanja kljub načelno obstoječi dolžnosti države članice, da mu omogoči prebivanje?

4. Če člen 20 PDEU ne nasprotuje temu, da se državljanu tretje države, ki je v položaju, v kakršnem je M. Dereci, zavrne pravica do prebivanja v državi članici:

Ali v primeru, kot je primer M. Derecija, člen 13 Sklepa [...] št. 1/80 [...] ali člen 41 Dodatnega protokola [...], ki je v skladu s svojim členom 62 sestavni del Pridružitvenega sporazuma [...], nasprotuje temu, da se za prvo priselitev turških državljanov uporabljajo strožja nacionalna pravila, kot pa so veljala že pred tem za prvo priselitev turških državljanov, čeprav so tisti nacionalni predpisi, ki so olajšali prvo priselitev, začeli veljati šele po tem, ko so za državo članico začele učinkovati navedene določbe, ki se nanašajo na pridruževanje Turčije?»

²⁹ Sodba z dne 8. marca 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EUC2011:124.

2.4. Stališče generalnega pravobranilca

Generalni pravobranilec Mengozzi je v zadevi *Dereci in drugi proti Avstriji* uvodoma pojasnil,³⁰ da se zadeve nanašajo dejansko na uporabo 20. člena PDEU in njegov obseg (kot nadaljevanje sodb *Ruiz Zambrano* in *McCarthy*).³¹ Zaključil je, da Direktiva 2004/38 ni uporabljiva, ker noben zadevni državljan Unije ni uporabil pravice do prostega gibanja, prav tako pa v teh zadevah državljanu Unije ni preprečeno dejansko izvrševanje bistvene vsebine pravice, niti oteženo uresničevanje pravice do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic.³² Poudaril je, da sodbi v zadevah *Ruiz Zambrano* in *McCarthy* ne vključujeta pravice do spoštovanja družinskega življenja iz 7. člena Listine Evropske unije o temeljnih pravicah in iz prvega odstavka 8. člena EKČP. Glede tega je poudaril, da se dopolnjuje varstvo družinskega življenja, ki je sicer zagotovljeno s tremi pravnimi redi – nacionalnim pravnim redom ter pravnima redoma Unije in konvencijskega prava. Če je torej državljan Unije uporabil katero od svoboščin iz PDEU, je pravica do spoštovanja družinskega življenja trenutno zaščiten na nacionalni ravni in na ravni prava Unije. Če pa državljan Unije ni uporabil nobene od teh pravic, je varstvo zagotovljeno na nacionalni ravni in na ravni konvencijskega prava.³³

Po stališču generalnega pravobranilca gre za nasprotje v tem, da zadevni državljani Unije morajo uresničevati eno od pravic do prostega gibanja iz PDEU,

³⁰ Stališče generalnega pravobranilca Paola Mengozzija, predstavljeno 29. septembra 2011, C-256/11, C:2011:626, dostopno na: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=114261&pageIndex=0&doclang=SL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=988868>> (21. 6. 2016).

³¹ Sodba z dne 5. maja 2011, *Shirley McCarthy proti Secretary of State for the Home Department*, C-434/09, EU:C:2011:277. Državljanica Velike Britanije in Irske je zaprosila za dovoljenje za prebivanje na temelju državljanstva Unije, čeprav pravice do prebivanja v drugi državi članici ni izbrala, želela pa je s tem zagotoviti prebivanje svojemu možu, državljanu Jamajke, ki druge zakonite podlage za prebivanje v Veliki Britaniji ni imel.

³² Tako točka 34 stališča: »[...] v zvezi s položajem družine Dereci namreč ni tveganja, da žena in trije otroci, pri čemer so vsi štirje državljani Unije, ne bi mogli uresničevati katerih od pravic iz člena 20(2) PDEU, ker so avstrijski organi M. Dereci zavrnili dovoljenje za prebivanje. Zlasti v zvezi s pravico do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic iz člena 20(2)(a) PDEU ima lahko žena M. Dereci kot avstrijska državljanica še naprej pravico do prebivanja v Avstriji in se lahko veljavno sklicuje na pravico do prostega gibanja med državami članicami. Enako velja za otroke, ki pa zaradi starosti ne morejo uresničevati navedene pravice neodvisno od matere. Poleg tega je v nasprotju s položajem v zgoraj navedeni zadevi *Ruiz Zambrano* iz predloga za predhodno odločanje razvidno, da nobenega od štirih državljanov Unije ne vzdržuje M. Dereci, državljan tretje države. Zato niti za ženo niti za otroke ne bi bilo – v nasprotju z otroki R. Zambrana – tveganja, da bi morali zapustiti ozemlje Unije, če M. Dereci ne bi pridobil dovoljenja za prebivanje in/ali pa bi bil izgnan v Turčijo.« Podobno tudi točki 35 in 36 o drugih zadevnih primerih.

³³ Tako točke 40–43 stališča.

če želijo dejansko imeti družinsko življenje na področju Unije.³⁴ V takem primeru bi zadevni nedržavljeni dejansko imeli pravico do združitve z družino, položaj pa se ne bi mogel šteti za notranjega. Poleg tega je generalni pravobranilec še poudaril, da bi bilo stališče lahko drugačno, če bi se nekatere dejanske okoliščine nekoliko razlikovale od obstoječih: na primer ta, da bi bila žena M. Derecija ekonomsko odvisna od preživljanja svojega moža. V tem primeru bi se z neizdajo dovoljenja za prebivanje bistveno onemogočilo izvrševanje njenih temeljnih pravic. Nadalje je po njegovem mnenju odvisnost ne zgolj ekonomska, temveč tudi pravna, upravna in čustvena.

Glede na podane argumente je ugotovil, da je 20. člen PDEU:

»treba razlagati tako, da se ne uporablja za državljana Unije, ki je zakonec, eden od staršev ali mladoleten otrok državljan tretje države, če ni še nikoli uresničeval pravice do prostega gibanja med državami članicami in je vedno prebival v državi članici, katere državljan je, če se za položaj navedenega državljan Unije obenem ne uporabljajo nacionalna merila, zaradi katerih ne bi mogel dejansko uresničevati bistvene vsebine pravic, podeljenih zaradi statusa državljan Unije, ali pa bi bilo oteženo uresničevanje pravice do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic.«³⁵

3. ANALIZA PRIMERA

3.1. Sodba *Dereci in drugi proti Avstriji* in navezava na sorodne primere pred Sodiščem EU

V sodbi³⁶ je Sodišče EU najprej analiziralo, ali je mogoča uporaba direktiv 2003/86 in 2004/38. Ugotovilo je, da nista uporabljivi, saj se v skladu s 3. členom Direktive 2003/86 ta ne uporablja za družinske člane državljan Unije. Ker zadevni državljani niso nikoli izrabili pravice do prostega gibanja, tudi ni uporabljiva Direktiva 2004/38.

Po tej ugotovitvi glede uporabe sekundarnega prava je Sodišče EU v sodbi preverilo, ali se kljub temu lahko opre na določbe PDEU in PEU v zvezi z državljanstvom Unije. Potrdilo je merilo iz zadeve *McCarthy*, da položaj takega državljan (ki ni nikoli izrabil pravice do prostega gibanja) ne more biti zgolj zato izenačen z le notranjim položajem. Sodišče je poudarilo, da je status državljan Unije zasnovan kot temeljni status državljanov držav članic.³⁷

³⁴ Tako točka 44 stališča.

³⁵ Tako točka 50 stališča.

³⁶ Sodba z dne 15. novembra 2011, *Murat Dereci in drugi proti Bundesministerium für Inneres*, C-256/11, EU:C:2011:734.

³⁷ Tako točka 62 sodbe.

Običajna uporaba prava Unije bi torej ustvarila pravico do prebivanja v katerikoli državi članici Unije, razen v matični državi (Direktiva 2004/38) – in sicer na podlagi pravice do prostega gibanja in prebivanja v drugi državi članici Unije (t. i. čezmejni element, 21. člen PDEU): vsak državljan Unije ima pravico, da se preseli in prebiva v drugi državi članici, če lahko dokaže, da je ekonomsko aktiven ali ima zadostna finančna sredstva.

Zadeve *Rottmann*,³⁸ *Ruiz Zambrano* in *McCarthy* pa predstavljajo novo doktrino pri odločanju Sodišča EU v zvezi z državljanstvom EU. Sodišče se je namesto na obstoj čezmejnega elementa osredotočilo na samo državljanstvo Unije skladno z določbo 20. člena PDEU.

V zadevi *Janko Rottmann* se je avstrijski državljan, rojen v Avstriji, preselil v Nemčijo, kjer je zaprosil za nemško državljanstvo, pri tem pa je v vlogi zamolčal, da so avstrijski organi pregona proti njemu sprožili kazenski pregon. Ko so nemški organi izvedeli za kazenski pregon, so Rottmannu odvzeli nemško državljanstvo, saj naj bi ga dobil z zvijačo. Rottmann je zoper odvzem državljanstva vložil sodno varstvo, saj naj bi z odvzemom nemškega državljanstva postal apatrid. Sodišču EU je bilo v tej zadevi postavljeno vprašanje, ali 20. člen PDEU nasprotuje temu, da bi država članica državljanu Unije odvzela državljanstvo, ki ga je pridobil z naturalizacijo in na podlagi zvijače, če osebi jemlje status državljana Unije, ker bi oseba postala oseba brez državljanstva. Stališče udeleženih vlad je bilo, da zadeva ne more spadati pod pravo Unije, temveč da gre za nacionalno zadevo. Sodišče EU ni sledilo mnenju generalnega pravobranilca, ki je uporabo prava Unije navezal na okoliščino, da je *Rottmann* spremenil stalno prebivališče in tako izrabil pravico državljana Unije do gibanja in prebivanja v drugi državi članici Unije, temveč je prvič ocenjevalo učinke odvzema državljanstva na dejstvo, da bo tako oseba ostala brez državljanstva Unije, zato je odločilo, da zadeva spada v področje prava Unije.

Nadaljevanje novega pristopa pri odločanju je sledilo leto pozneje v zadevi *Ruiz Zambrano*.³⁹ V tej zadevi se je kolumbijski državljan s svojo ženo, kolumbijsko državljanko, preselil v Belgijo, kjer sta se jima rodila dva otroka, ki sta z rojstvom postala belgijska državljana.⁴⁰ Pri razlagi prava Unije je Sodišče EU ugotovilo,

³⁸ Sodba z dne 2. marca 2010, *Janko Rottmann proti Freistaat Bayern*, C-135/08, EU:C:2010:104.

³⁹ Sodba z dne 8. marca 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano proti Office national de l'emploi (ONEm)*, C-34/09, EU:C:2011:124.

⁴⁰ Za konkretnega tožnika se je status na podlagi sodbe Sodišča EU popolnoma spremenil – iz prosilca za azil v »kvazi evropskega državljana«. Več: Loic Azoulai: A Comment on the Ruiz Zambrano Judgment: A Genuine European Integration, objavljeno na <<http://eudo-citizenship.eu/citizenship-news/457-a-comment-on-the-ruiz-zambrano-judgment-a-genuine-european-integration>> (21. 5. 2016).

da 20. člen PDEU nasprotuje nacionalnim ukrepom, ki bi lahko državljanom Unije preprečili dejansko izvrševanje bistvene vsebine pravic, ki jih imajo kot državljani Unije. S tem je Sodišče EU postavilo novo merilo, ki je pomenilo, da mora država članica (Belgija) dopustiti prebivanje in izdati delovno dovoljenje (sicer nezakonitemu) migrantu, ki vzdržuje svoje mladoletne otroke, ki so državljani te države članice. Sodišče EU je namreč presodilo, da bi zavrnitev take pravice temu staršu preprečila njegovim otrokom dejansko izvrševanje bistvene vsebine pravic, ki jih imajo kot državljani Unije, saj bi bili prisiljeni zapustiti ozemlje EU.⁴¹ Sodišče EU je tudi navedlo, da to velja tudi v primeru, ko otroci še nikoli niso uveljavili svoje pravice do prostega gibanja znotraj EU.

Ta sodba je zato pomemben mejnik v doktrini državljanstva EU, saj je do takrat veljalo, da se šteje za pravo Unije zgolj v primeru, ko so posamezniki izrabili pravico do prostega gibanja med državami članicami EU, v nasprotnem primeru pa se je štelo, da gre za notranjo zadevo matične države članice, ki ne ustvarja učinkov na državljanstvo EU.

Ker pa je nov pristop v doktrini pustil kar nekaj odprtih dilem, je v poznejši sodbi v zadevi *McCarthy* Sodišče EU jasno opredelilo, da gre za notranjo zadevo države članice, ker pritožnica ni nikoli uporabila pravice do prostega gibanja znotraj ozemlja drugih držav članic, pri tem pa ji:

»z nacionalnim ukrepom ni bilo onemogočeno ali oteženo dejansko izvrševanje bistvene vsebine pravic v zvezi s statusom državljana Unije ali oteženo uresničevanje pravice do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic.«⁴²

Sodišče EU je torej merilu iz zadeve *Ruiz Zambrano* dodalo še prepoved nacionalnih ukrepov, ki bi otežili uresničevanje pravice do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic.⁴³ Bistveno pa je bilo za sodišče dejstvo, da nacionalni ukrep ni predvidel posledice, zaradi katere bi na primer morala zapustiti ozemlje Unije. V zadevi *Ruiz Zambrano* je torej šlo za izjemne okoliščine in pravno podlago v 20. členu PDEU, v zadevi *McCarthy* pa za okoliščine za uporabo 21. člena PDEU, ki ne bi pripeljale do zapustitve ozemlja Unije, saj ima S. McCarthy kot državljanka Združenega kraljestva neodtujljivo pravico do prebivanja v tej državi.

Vendar pa obravnavana sodba *Dereci in drugi proti Avstriji* hkrati pomeni tudi omejitev te nove doktrine. V zadevi *Ruiz Zambrano* je Sodišče EU razlago razširilo in tako odprlo razpravo glede obsega izvedenih pravic državljanov tretjih

⁴¹ Sodba *Ruiz Zambrano*, točka 65.

⁴² Sodba v zadevi *McCarthy*, točki 53 in 54.

⁴³ Sodba v zadevi *McCarthy*, točka 49.

držav, s sodbo v zadevi *Dereci* pa je to razlago tudi omejilo na najbolj izjemne okoliščine, ko bi bil državljani Unije zaradi zavrnitve dovoljenja za prebivanje družinskemu članu prisiljen zapustiti območje Unije. V sodbi v zadevi *Dereci* je namreč zapisalo, da se merilo o preprečitvi dejanskega uživanja pravic državljanov Unije nanaša na položaje, »za katere je značilna okoliščina, da državljani Unije dejansko ni prisiljen zapustiti le ozemlja države članice, katere državljani je, ampak tudi ozemlje Unije kot celote.«⁴⁴ Sodišče je torej poudarilo posledico »zapustitve ozemlja Unije« kot temeljno merilo, s katerim je državljanu Unije preprečeno uživanje bistvene vsebine pravic, podeljenih s statusom državljanov Unije:

»Zato le dejstvo, da bi si državljani države članice iz ekonomskih razlogov ali zaradi ohranitve družinske skupnosti na ozemlju Unije lahko zaželeli, da lahko njegovi družinski člani brez državljanstva države članice prebivajo z njim na ozemlju Unije, samo po sebi ne zadošča za ugotovitev, da bi bil državljani Unije prisiljen zapustiti ozemlje Unije, če taka pravica ni podeljena.«⁴⁵

Opozorilo pa je tudi na vprašanje (podobno kot v stališču generalni pravobranilec), da je lahko z zavrnitvijo pravice do prebivanja kršena pravica do družinskega življenja.⁴⁶

Ker sta bili drugo in tretje vprašanje predložitvenega sodišča postavljeni le, če bi bil odgovor na prvo vprašanje pritrdilen, nanju sodišče ni odgovorilo. Podalo pa je stališče glede uporabe turškega pridružitvenega sporazuma⁴⁷ in Dodatnega protokola⁴⁸ v zadevi *Dereci* (turški državljani). Slednji v 41. členu določa klavzulo opustitve nadaljnjega ukrepanja (angl. *standstill*), ki po mnenju Sodišča EU ustvarja neposredni učinek v državah članicah, tako da se je mogoče na pravice, ki jih ta podeljuje turškim državljanom, za katere se uporablja, sklicevati pred nacionalnimi sodišči, zato da se prepreči uporaba pravil notranjega prava, ki so z njim v nasprotju. Sodišče EU je zavzelo stališče, da avstrijski NAG s tem, da je zaostрил pogoje za uresničevanje pravice turških državljanov do ustanavljanja v primerjavi s pogoji, ki so se zanje na podlagi določb, sprejetih po začetku veljavnosti Dodatnega protokola v Avstriji, uporabljali prej, pomeni »novo omejitev« v smislu 41. člena navedenega protokola. Tudi argumenti vlad, da je *Dereci* nezakonito vstopil v Avstrijo leta 2001, Sodišča EU niso prepričali, saj je odločilo, da »njegovega položaja ni mogoče opredeliti kot nezakonitega, ker je taka nezakonitost nastala zaradi uporabe določbe, ki

⁴⁴ Tako točka 66 sodbe.

⁴⁵ Tako točka 68 sodbe.

⁴⁶ Člen 7 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah v zvezi z 8. členom EKČP.

⁴⁷ Sklenjen 23. decembra 1963 med Evropsko gospodarsko skupnostjo in Turčijo.

⁴⁸ Sklenjen 19. decembra 1972 med Evropsko gospodarsko skupnostjo in Turčijo.

pomeni novo omejitev.⁴⁹ Pri tem je upoštevalo, da je imel ob vložitvi prošnje za naselitev na podlagi takrat veljavne nacionalne zakonodaje pravico do naselitve, ker je bil poročen z avstrijsko državljanjo. S tem je njegovo prvotno zakonito prebivanje postalo nezakonito šele ob začetku veljavnosti NAG, kar je povzročilo zavrnitev njegove prošnje za izdajo dovoljenja za prebivanje.

V poznejši zadevi *Yoshikazu Iida*⁵⁰ je Sodišče EU odločilo, da v primerih, ki jih Direktiva 2004/38/ES ne ureja in če ni nobene druge navezne okoliščine z določbami prava Unije glede državljanstva, državljan tretje države ne more zahtevati pravice do prebivanja, izpeljane iz pravice do prebivanja, ki jo ima državljan Unije.

V nadaljevanju razvoja zadevne sodne prakse je v zadevi *O., S., L. proti Finski*⁵¹ Sodišče EU potrdilo, da se načela iz sodbe v zadevi *Ruiz Zambrano* uporabljajo le v izjemnih okoliščinah. Navedlo je, da njihova uporaba ni omejena le na položaje, ko obstaja biološko razmerje z mladoletnim otrokom, in poudarilo, da je ustrezni dejavnik razmerje zakonske, finančne ali čustvene odvisnosti med »skrbnikom« in otrokom. To je potrdilo tudi v poznejši zadevi *Ymeraga in Ymeraga-Tafarshiku*,⁵² ko je razsodilo:

»da le dejstvo, da bi se lahko državljanu države članice iz ekonomskih razlogov ali zaradi ohranitve družinske skupnosti na ozemlju Unije zdelo zaželeno, da lahko njegovi družinski člani brez državljanstva države članice prebivajo z njim na ozemlju Unije, samo po sebi ne zadošča za ugotovitev, da bi bil državljan Unije prisiljen zapustiti ozemlje Unije, če taka pravica ne bi bila podeljena.«

Do sklicevanja na novo doktrino iz sodb v zadevah *Ruiz Zambrano* in *Dereci* je prišlo tudi v poznejši sodbi v zadevi *Alokpa in Moudoulou*,⁵³ v kateri je Sodišče EU odločilo, da bi A. D. Alokpa, državljanica Toga, kot mati Jarela in Eje Moudoulou, ki sta francoska državljanica, in kot oseba, ki zanju sama dejansko skrbi od rojstva, lahko izvedeno pravico do tega, da ju spremlja in z njima prebiva, uživala na francoskem ozemlju.⁵⁴ Sodišče je iz tega sklepalo, da »zavr-

⁴⁹ Tako 100. točka sodbe.

⁵⁰ Sodba z dne 8. novembra 2012, *Yoshikazu Iida proti Stadt Ulm*, C-40/11, EU:C:2012:691.

⁵¹ Sodba z dne 6. decembra 2012, *O. in S. proti Maahanmuuttovirasto in Maahanmuuttovirasto proti L.* združeni zadevi C-356/11 in C-357/11, EU:C:2012:776.

⁵² Sodba z dne 8. maja 2013, *Kreshnik Ymeraga in ostali proti Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, C-87/12, EU:C:2013:291.

⁵³ Sodba z dne 10. oktobra 2013, *Adzo Domenyo Alokpa in drugi proti Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, C-86/12, EU:C:2013:645, točka 35.

⁵⁴ Za dovoljenje za prebivanje je zaprosila v Luksemburgu.

nitev luksemburških organov, da A. D. Alokpa podelijo pravico do prebivanja, ne more pomeniti tega, da bi morala njena otroka zapustiti ozemlje Unije kot celoto«. Vendar pa je v isti točki navedlo, da mora predložitveno sodišče »vendarle [...] preveriti, ali je glede na vse okoliščine spora o glavni stvari dejansko tako«. Kot izhaja iz sklepnega predloga generalnega pravobranilca Melchiorja Watheleta, ki se je na navedeni citat iz sodbe v zadevi *Alokpa in Moudoulou* skliceval v še nerešeni zadevi NA proti Združenemu Kraljestvu,⁵⁵ je zadnje citirano pojasnilo bistveno. Po njegovem mnenju je namreč tako stališče smiselno »le če presoja pri preizkusu ,onemogočanja izvrševanja bistvene vsebine pravic‘ ni zgolj pravno vprašanje«, temveč, da mora država članica glede na vse okoliščine spora o glavni stvari:

»preveriti, ali zavrnitev države članice gostiteljice, da roditelju, ki je državljan tretje države, podeli pravico do prebivanja, ne pomeni, da bi morali njegovi otroci zapustiti ozemlje Unije kot celoto.«

S tem stališčem se je mogoče strinjati, ob tem pa je pričakovati, da bi bilo lahko stališče Sodišča EU glede postavljenega kriterija »zapustitve ozemlja Unije« kritizirano, saj je v prihodnje povsem mogoče, da bodo bodoči tožniki dokazovali, da bo državljanstvu EU odvzet polni učinek tudi v primeru, če bi bil državljan Unije prisiljen zapustiti območje države članice Unije in se preseliti v drugo državo članico Unije, če bo želel zadostiti postavljenemu merilu Sodišča EU.

3.2. Katere pravice iz evropskega državljanstva zadeva sodba?

Sodna praksa Sodišča EU je postopoma izoblikovala več različnih vidikov evropskega državljanstva, ki je bilo prvotno vezano na čezmejni element.⁵⁶ Tako je v zadevi *Martínez Sala*⁵⁷ Sodišče EU izoblikovalo stališče, da se lahko vsak državljan Unije sklicuje na prepoved diskriminacije v drugi državi članici, če zakonito prebiva na njenem ozemlju.⁵⁸ Temeljni vidik je dopolnilo s sodbo

⁵⁵ Sklepni predlog z dne 14. aprila 2016, *Secretary of State for the Home Department proti NA*, C-115/15, EU:C:2016:259, točke 106–108.

⁵⁶ Pravice državljanov EU (do enake obravnave na ozemlju druge države članice) so se priznavale postopoma na podlagi kombinirane razlage temeljnih določb pri treh skupinah oseb – nekdanjih delavcih, študentih in iskalcih zaposlitve. Več: Darja Senčur Peček: Svoboda gibanja in državljanstvo EU, v: *Pravna praksa*, št. 12/2010, stran 34–36.

⁵⁷ Sodba z dne 12. maja 1998, *María Martínez Sala proti Freistaat Bayern*, C-85/96, EU:C:1998:217, točke 55, 62 in 64.

⁵⁸ Zakonito prebivanje se lahko izkazuje na dva načina: z dovoljenjem za prebivanje ali z dejanskim bivanjem v državi gostiteljici določen čas. Tako Sodišče EU v zadevi C-456/02, *Michel Trojani proti Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, sodba z dne 7. septembra 2004. Več o tem: Catherine Barnard: *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*. Tretja izdaja, Oxford University Press, Oxford 2010, stran 444–445 in 510.

v zadevi *Grzelczyk*,⁵⁹ ko je odločilo, da je namen statusa državljanstva Unije v tem, da postane temeljni status državljanov držav članic, in to brez diskriminacije, statusu državljanu Unije pa je podelilo tudi določeno mero socialnih pravic (socialni dodatek študentom). S tem je sodišče razširilo pomen državljanstva Unije in mu dodalo načelo solidarnosti med državljani držav članic. V poznejših sodbah je med prepovedane oblike diskriminacije vključilo vse oblike neposredne in posredne diskriminacije, diskriminatorno obravnavanje pa dopustilo le v primeru sorazmernosti s ciljem in če ne temelji zgolj na državljanstvu zadevnih oseb.⁶⁰ Državljanu Unije je priznalo pravico do prostega gibanja (21. člen PDEU) ne glede na to, ali je ekonomsko aktiven ali ne.⁶¹ Vendar pa so vse te pravice izvirale iz dejstva, da je posameznik izrabil pravico do prostega gibanja, kar je bilo predmet očitka o možnosti diskriminacije statičnih državljanov oziroma državljanov, ki te svoboščine niso izrabili.

Zato je sodba v zadevi *Dereci* kot del nove doktrine ena od prvih sodb, ki zadeva pravice do prebivanja statičnih državljanov Unije in njihovih družinskih članov v državi članici Unije (torej tistih, ki niso izrabili pravice do prostega gibanja). Vendar pa Sodišče EU v teh novih zadevah ni niti omenilo prepovedi diskriminacije iz 18. člena PDEU, saj bi, kot menijo nekateri avtorji, s tem odprlo Pandorino skrinjico.⁶² Vsekakor bi bila primerjava in razmejitve primerov 20. člena PDEU z 18. členom PDEU nujna in dobrodošla za pravno varnost (ne)državljanov Unije.⁶³

Sodba *Dereci* zadeva pravico do združitve družine,⁶⁴ pravico do prebivanja v matični državi⁶⁵ in tudi pravico do družinskega življenja. V 70. točki sodbe je Sodišče EU jasno zapisalo, da je 7. člen Listine vsebinsko enak 8. členu EKČP,⁶⁶ hkrati pa je opozorilo, da se 7. člen Listine uporablja zgolj v primerih, ko je

⁵⁹ Sodba z dne 20. septembra 2001, *Rudy Grzelczyk proti Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, C-184/99, EU:C:2001:458.

⁶⁰ Sodba z dne 11. julija 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop proti Office national de l'emploi*, C-224/98, EU:C:2002:432, točki 36 in 39.

⁶¹ Sodba z dne 17. septembra 2002, *Baumbast in R proti Secretary of State for the Home Department*, C-413/99, EU:C:2002:493, točka 83.

⁶² Anja Wiesbrock: The Zambrano case: Relying on Union Citizenship Rights in 'Internal situations', objavljeno na: <http://eudo-citizenship.eu/citizenship-news/449-the-zambrano-case-relying-on-union-citizenship-rights-in-internal-situations> (20. 6. 2016).

⁶³ Tako sodba z dne 7. julija 2005, *Komisija Evropskih skupnosti proti Republiki Avstriji*, C-147/03, EU:C:2005:427, točki 41 in 45.

⁶⁴ Neuporabljenost Direktive 2003/86/ES.

⁶⁵ Več o tem v razdelkih 3.1, 3.4 in 3.6 tega članka.

⁶⁶ Tako tudi 52. člen Listine o temeljnih pravicah.

treba uporabiti pravo Unije (torej v mejah prenesene pristojnosti).⁶⁷ Sodišče EU je glede na naravo zadevnega postopka predložitvenemu sodišču naložilo, da mora najprej preveriti, ali položaj tožnikov spada v področje prava Unije, in v primeru pritrdilnega odgovora ugotoviti, ali je z zavrnitvijo pravice do prebivanja kršena pravica do družinskega življenja (7. člen Listine), v primeru negativnega dogovora (torej neuporabe prava Unije) pa preveriti, ali je bil z nacionalnim ukrepom morebiti kršen 8. člen EKČP, saj so vse države članice tudi podpisnice EKČP (torej na temelju konvencijskega prava).⁶⁸ Navedeno nakazuje na to, da je bilo Sodišče EU (z vidika pristojnosti) pri razlagi glede posega v družinsko življenje previdno, saj je preveritev tega poverilo nacionalnemu sodišču, po drugi strani pa je posredno opozorilo na pomen pravice do družinskega prava z vidika Prava Unije in z vidika konvencijskega prava.

Pogumneje je Sodišče EU zavzelo stališče o skrbi za spodbujanje družinskega življenja in korist otrok v poznejši (že omenjeni) zadevi *O., S., L. proti Finski*, ki se nanaša na vprašanje združitve družine in pridobitve dovoljenja za prebivanje dveh državljanov tretje države, ki nista biološka očeta mladoletnima državljanoma Unije. V 76. točki sodbe v tej zadevi je zapisalo, da:

»člen 7 Listine, ki vsebuje pravice, enake tistim, zagotovljenim s členom 8(1) EKČP, priznava pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja. To določbo Listine je treba poleg tega brati v povezavi z obveznostjo upoštevati največjo korist otroka, ki je priznana v njenem členu 24(2), in ob upoštevanju potrebe, da otrok vzdržuje redne osebne stike z očetom in materjo, ki je navedena v odstavku 3 istega člena.«

Pri preverjanju slovenske sodne prakse na tem področju lahko zaznamo, da je pravica do družinskega življenja predvsem ustavna pravica, ki je z zakonom ni mogoče izključiti. Zato sodna praksa zastopa stališče, da je treba v primeru, ko se odloča o vrnitvi tujca v izvirno državo, opraviti celovito presojo te pravice v razmerju do pravice države, da izvaja ukrepe za zakonito in kontrolirano priseljevanje ter preprečevanje nezakonitega priseljevanja in s tem zagotavlja javni red (in nacionalno varnost), ter v zvezi s tem v skladu z načelom sorazmernosti oceniti, ali je v upravnem postopku z izpodbijanim ukrepom države o vrnitvi tujca v izvirno državo čezmerno poseženo v pravico do družinskega življenja (tako sodba Upravnega sodišča RS I U 798/2012 z dne 26. februarja 2014).

⁶⁷ Tako točke 70–72 sodbe.

⁶⁸ Tako točka 72 sodbe.

3.3. Integracija ekonomsko aktivnih oseb in vloga nacionalnega prava

Pristojnost odločanja o podeljevanju in odvzemu državljanstva je pomemben element suverenosti držav, zato si države članice že od Maastrichtske pogodbe naprej prizadevajo, da ostane to področje del notranjega prava vsake države članice. Vendar pa postopno vključevanje prava Unije na različna področja delovanja vpliva tudi na področje državljanstva. Tako so postala nacionalna pravila postopoma podvržena presoji skladnosti s temeljnimi načeli Unije. Z vidika posameznika je zaradi nove doktrine pričakovati, da bo nacionalno pravo večkrat deležno sodne presoje kršitve bistvene vsebine pravic, čeprav bo šlo za povsem notranjo zadevo, kar lahko bistveno vpliva na migracijsko politiko držav.

V zadevi *Rottmann* Sodišče EU ni zanikalo izključne pristojnosti države članice, da sama določi, komu bo podelila državljanstvo, temveč se je omejilo zgolj na okoliščine, pod katerimi države ne smejo odvzeti pravic, ki izvirajo iz statusa državljan Unije. To pomeni, da se po novem izvajanje pristojnosti držav članic sodno nadzira glede na pravo EU, v primeru določanja pravila za pridobitev in izgubo državljanstva, če to vpliva na pravice, ki so dane in varovane s pravnim redom Unije, kot velja v primeru sklepa o odvzemu državljanstva.⁶⁹ Na tem področju z državami članicami aktivno sodeluje tudi Evropska komisija, ki pomaga pri pravilni implementaciji celovite vključitve jamstev, določenih s pravom Unije.⁷⁰

Po drugi strani bi odločitve nove doktrine lahko vodile v izvajanje (političnih) pritiskov držav članic s strožjimi pravili glede podelitve državljanstva na tiste države članice s prožnejšimi pravili. V skrajnem primeru bi lahko prišlo do postopne unifikacije pravil glede pridobitve in izgube državljanstva. Vendar je to malo verjetno. V starejši zadevi *Micheletti*⁷¹ je Sodišče EU zapisalo, da država članica z uvajanjem dodatnih pogojev ne sme omejevati posledic podelitve državljanstva druge države članice. Vendar kljub načelnosti take odločitve Unija morebitne kršitve ni nikoli sankcionirala, saj še vedno prevladuje stališče, da področje ostaja v pristojnosti držav članic, zato je tudi unifikacija pravil težko verjetna.

⁶⁹ Poročilo komisije Evropskemu Parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij v skladu s členom 25 PDEU o napredku na področju dejanskega uveljavljanja državljanstva EU v obdobju 2011–2013, /* COM/2013/0270 final */, maj 2013, stran 3.

⁷⁰ Na primer v francosko in dansko zakonodajo leta 2011 in 2012: Poročilo komisije Evropskemu Parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij v skladu s členom 25 PDEU o napredku na področju dejanskega uveljavljanja državljanstva EU v obdobju 2011–2013, 8. maj 2013, stran 5.

⁷¹ Sodba z dne 7. julija 1992, *Mario Vincente Micheletti in drugi proti Delegación del Gobierno en Cantabria*, C-369/90, EU:C:1992:295.

Odločitev Sodišča EU v zadevi *Dereci* pa hkrati pomeni večjo integracijo ekonomsko aktivnih državljanov tretjih držav, ki preživljajo državljana Unije (položaj *Ruiz Zambrano*), po drugi strani pa zmanjšuje integracijo tistih ekonomsko aktivnih državljanov tretjih držav, ki ne preživljajo državljana Unije, temveč se ta preživlja sam (položaj *Dereci*). Položaj te največje skupine državljanov Unije je torej glede na odločitev v zadevi *Dereci* najmanj »ugoden«. V tem pogledu se položaji med statičnimi državljani Unije razlikujejo od tistih državljanov Unije, ki so izrabili čezmejni element, saj slednje varujejo določbe 21. člena PDEU in Direktive 2004/38/ES.⁷² Zato je pričakovati težnje po poenotenju teh pravil za vse vrste državljanov Unije (statične in nestatične).

3.4. Vpliv na emigracijsko in imigracijsko politiko držav članic

Obravnavane sodbe v zadevah *Rottmann*, *Ruiz Zambrano*, *McCarthy* in *Dereci* in drugi ter spreminjajoče se stališče Sodišča EU o pomenu državljanstva Unije ustvarjajo spremembe tudi v emigracijski politiki držav članic. Državljeni tretjih držav in njihovi družinski člani (državljeni Unije), ki bodo seznanjeni z vsebino Direktive 2004/38/ES in zadevno sodno prakso Sodišča EU ter bodo imeli možnost izrabiti pravico do prostega gibanja, bodo še naprej zaradi ugodnejšega položaja po citirani direktivi to pravico po vsej verjetnosti izrabili.

Večje spremembe je pričakovati na področju imigracijske politike (priseljavanja). Pogoj čezmejnega elementa v nekaterih primerih (zadevne sodbe) ni več nujno potreben, da se državljan sklicuje na svoje pravice, ki izvirajo iz državljanstva Unije. Zato se lahko tudi državljani, ki niso izrabili pravice do prostega gibanja v drugo državo članico EU, sklicujejo na pravice, ki izvirajo iz državljanstva Unije, kar bodo morale upoštevati tudi države članice pri opredeljevanju pogojev za podelitev migracijskih dovoljenj (združitve družine, pravica do družinskega življenja ipd.).

Nadalje lahko sklepamo, da bo novejši pristop Sodišča EU vplival tudi na podeljevanje državljanstev v državah članicah EU, saj države članice niso naklonjene široki razlagi določb o državljanstvu EU, kar je razvidno tudi pri podaji stališč v zadevnem primeru. Avstrijska, danska, nemška, irska, nizozemska in poljska vlada ter vlada Združenega kraljestva so namreč menile, da je šlo v zadevi *Ruiz Zambrano* za izjemno okoliščino, ki se v bistvenem dejanskem stanju razlikuje od zadeve *Dereci* in drugi in *Heiml*,⁷³ s čimer se je strinjalo tudi

⁷² Člen 3 direktive določa naslednje upravičence: družinski člani državljana Unije iz drugega odstavka 2. člena te direktive, ki je vzdrževana oseba ali član gospodinjstva ali mu državljan Unije nudi osebno nego ali partnerju, ki ima ustrezno potrjeno trajno razmerje z državljanom Unije. Prim. sodba z dne 17. septembra 2002, *Baumbast in R proti Secretary of State for the Home Department*, C-413/99, EU:C:2002:493.

⁷³ Tako točke 38–40 sodbe.

Sodišče EU, ki je v sodbi *Dereci in drugi* postavilo omejitev, po kateri se bodo ravnale države članice pri opredeljevanju pogojev za podelitev in odvzem državljanstev.

Nova doktrina v sodbah v zadevah *Ruiz Zambrano* ter *Dereci in drugi* po drugi strani spreminja fokus glede pridobivanja državljanstva. Starši, ki so državljani tretjih držav, bodo najprej poskušali pridobiti državljanstvo Unije svojim otrokom, nato pa bodo svoje prebivanje utemeljevali s skrbništvom teh otrok (izvedene pravice).⁷⁴ Glede na odločitve v zadevi *Ruiz Zambrano* veljajo v novi sodni praksi namreč za varovano kategorijo t. i. »statičnih« državljanov mla-doletni otroci, ki jih preživljajo starši (ki so državljani tretjih držav). Za nave-deno kategorijo oseb bodo morale države prilagoditi zakonodajo s področja podeljevanja dovoljenj za prebivanje.

Nadaljnji obseg varovanih kategorij za zdaj zaradi pomanjkanja sodne prakse ni jasen.⁷⁵ Predvidimo lahko, da bodo države članice omejevale širitev⁷⁶ varo-vanih kategorij državljanov zaradi finančnega vpliva na druga področja življe-nja in delovanja (davčna in socialna politika), pri čemer pa jim bodo institucije EU svetovale pri uvedbi »učinkovitih« nacionalnih ukrepov.⁷⁷

3.5. Vpliv na finančno stanje držav članic

Glede na omejevanje nove doktrine, ki je bila vzpostavljena v zadevi *Ruiz Zambrano*, lahko sklepamo, da se Sodišče EU zaveda finančnih posledic, ki bi

⁷⁴ Nekateri avtorji ugotavljajo, da je Sodišče EU, ki ima sicer korenine v ekonomski integraciji, kljub vsemu prijazno otroku v primerih svobode gibanja ljudi. Več Ozan Turhan: *Child-friendly Justice: Children in the EU Law on Free Movement and Relevant Rulings of the ECJ*, v: *Pravnik*, 70 (2015) 7-8, stran 503.

⁷⁵ V novejši že omenjeni zadevi C-87/12, *Ymeraga*, je sodišče EU še bolj nejasno za-pisalo: »V zadevi v glavni stvari je po mnenju predložitvenega sodišča edini element, ki upravičuje podelitev pravice do prebivanja družinskim članom zadevnega državljana, volja Kreshnika Ymerage, da se v državi članici, v kateri prebiva in katere državljan je, po-novno združi z navedenimi člani, kar ne zadostuje za to, da bi se štel, da je lahko učinek zavrnitve takšne pravice tak, da bi bil Kreshnik Ymeraga prikrajšan za dejansko uživanje bistva pravic, ki so mu podeljene s statusom državljana Unije.«

⁷⁶ Ohranja se »široko polje diskrecije« pri odločanju nacionalnih sodišč. Več: Anja Lansbergen: *Case Summary and Comment: Case C-256/11, Dereci and others v Bundes-ministerium für Inneres*, na: <<http://eudo-citizenship.eu/docs/Dereci%20Case%20Summary%20and%20Comment.pdf>> (20. 5. 2016).

⁷⁷ Tako na primer Priročnik Evropske komisije o prepoznavanju navideznih zakon-skih zvez: *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience betwe-en EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*, SWD(2014) 284 final, Bruselj, 26. september 2014.

jih sprememba lahko prinesla državam članicam, zato se sklicuje na skrajno omejevalno okoliščino (zapustitev ozemlja Unije).

Prav slednje (sicer v drugačnem kontekstu) je prinesla sodba v zadevi *Dereci*, ki je jasneje razmejila področje uporabe evropskega državljanstva kot glavnega argumenta za zaščito pravic posameznikov. Sodba (kot del nove doktrine) pri naša spremembe pri podeljevanju dovoljenj za prebivanje mladoletnim otrokom (kot statičnim državljanom) in posledično njihovim staršem (kot skrbnikom mladoletnih otrok), ki se bodo po pridobitvi dovoljenja lahko sklicevali tudi na unijsko načelo enakosti, kar bo znatno vplivalo na finančni položaj držav članic pri podeljevanju socialnih in drugih pravic (pravice pri zaposlovanju, socialne pravice, otroški dodatek, pravice iz zdravstvenega zavarovanja in podobno).⁷⁸

3.6. Primerjava s Slovenijo

V Sloveniji položaj tujcev (tj. oseb brez slovenskega državljanstva) opredeljuje Zakon o tujcih (ZTuj-2),⁷⁹ ki je začel veljati 28. julija 2011, kar je nekaj mesecev, preden je bila izdana sodba v zadevi *Dereci*. ZTuj-2 upošteva novo doktrino iz zadeve *Ruiz Zambrano* ter povzema vse relevantne in citirane direktive EU.

Tujcu se zavrne vstop v Republiko Slovenijo iz razlogov, določenih v Zakoniku o schengenskih mejah.⁸⁰ Pri tujcu, ki vstopa v Republiko Slovenijo na podlagi dovoljenja za prebivanje, se razlogi za zavrnitev vstopa, določeni v Zakoniku o schengenskih mejah, ne ugotavljajo. Tujcu se lahko zavrne vstop v državo samo, če mu je odpovedano prebivanje v državi ali če mu je z odločbo pristojnega organa prepovedan vstop v državo ali če se mu razveljavi dovoljenje za prebivanje (10. člen ZTuj-2).

Zakonitost prebivanja omejuje 60. člen ZTuj-2, ki določa:

- »Šteje se, da tujec nezakonito prebiva v Republiki Sloveniji, če:
 - je nedovoljeno vstopil;

⁷⁸ Nathan Cambien: *Union Citizenship and Immigration: Rethinking the Classics?*, v: *European Journal of Legal Studies*, 5 (2012) 1, stran 32, dostopno tudi na <<http://www.ejls.eu/10/124UK.pdf>> (10. 6. 2016).

⁷⁹ Uradni list RS, št. 50/11 in spremembe.

⁸⁰ Člena 6 in 14 Uredbe (EU) 2016/399 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2016 o Zakoniku Unije o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja – Zakonik o schengenskih mejah, UL L 77/1, 23. marec 2016 (prej Uredba (ES) št. 562/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. marca 2006 o Zakoniku Skupnosti o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja (Zakonik o schengenskih mejah), UL L 105/1 z dne 14. aprila 2006).

- nima vizuma ali je vizum prenehal veljati ali če prebiva v Republiki Sloveniji v nasprotju z vstopnim naslovom oziroma mu je potekel čas, ko je na podlagi zakona ali mednarodne pogodbe lahko v Republiki Sloveniji;
- nima dovoljenja za prebivanje ali je dovoljenje prenehalo veljati.«

Pogoj zakonitega vstopa je zahteval avstrijski NAG, ki pa je dodatno zahteval še izpolnjevanje pogoja, da prosilec ostane zunaj avstrijskega ozemlja do dokončne rešitve o njegovi prvi prošnji za vstop in prebivanje. Drugače kot NAG slovenski ZTuj-2 določa, da mora tujec prvo dovoljenje za začasno prebivanje in enotno dovoljenje za prebivanje (t. i. modra karta) in delo v Republiki Sloveniji načeloma pridobiti pred vstopom v državo (drugi odstavek 34. člena in prvi odstavek 37.a člena ZTuj-2), razen v izjemnih okoliščinah, določenih v zakonu. Za izdajo nadaljnjih dovoljenj tujec zaprosi pred pristojnimi organi v RS (tj. na upravni enoti). Glede na to, da ZTuj-2 določa, da se vloga za nadaljnje dovoljenje (pri vseh zadevnih prosilcih, razen D. Stevic, je šlo dejansko za nadaljnje prebivanje) vloži pred pristojno upravno enoto, zahteve, da do končne odločitve prosilec ostane zunaj meja države, ni razbrati. Zato lahko rečemo, da je ZTuj-2 milejši od avstrijskega NAG. Vizum za dolgoročno bivanje se lahko izda tujcu, ki je družinski član državljanu EU, in tujcu, ki je družinski član slovenskega državljanu ter namerava v Republiki Sloveniji prebivati zaradi združitve družine z državljanom EU oziroma s slovenskim državljanom, če za vstop v Republiko Slovenijo potrebuje vizum (prva alineja prvega odstavka 20. člena ZTuj-2). Dovoljenje za prebivanje pa pomeni dovoljenje za vstop v Republiko Slovenijo in prebivanje za določen čas ter za določen namen ali prebivanje za nedoločen čas (prvi odstavek 31. člena ZTuj-2).

Tujec, ki želi prebivati⁸¹ v Republiki Sloveniji, mora imeti veljavno potno

⁸¹ Člen 55 člen ZTuj-2 določa primere, ko se tujcu ne izda dovoljenje za prebivanje v Republiki Sloveniji, sicer če:

- niso izpolnjeni pogoji iz tretjega in četrtega odstavka 33. člena tega zakona (veljavna potna listina ipd);
- obstajajo razlogi za domnevo, da tujec ne bo prebival na ozemlju Republike Slovenije, razen v primeru, ko je tujec s strani delodajalca s sedežem v Republiki Sloveniji, pri katerem je v delovnem razmerju, v času trajanja delovnega razmerja, zaradi opravljanja storitev v drugi državi članici EU, napoten na delo v drugo državo članico EU;
- je tujcu prepovedan vstop v državo;
- obstajajo razlogi za domnevo, da tujec po izteku veljavnosti dovoljenja ne bo prostovoljno zapustil Republike Slovenije;
- obstajajo razlogi za sum, da utegne pomeniti nevarnost za javni red in varnost ali mednarodne odnose Republike Slovenije ali obstaja sum, da bo njegovo prebivanje v državi povezano z izvajanjem terorističnih ali drugih nasilnih dejanj, nezakonitimi obveščevalnimi dejavnostmi, proizvodnjo ali prometom z drogami ali izvrševanjem drugih kaznivih dejanj;

listino,⁸² ustrezno zdravstveno zavarovanje in:

»zadostna sredstva za preživljanje v času prebivanja v državi oziroma mu mora biti preživljanje kako drugače zagotovljeno, mesečno najmanj v višini, kolikor znaša osnovni znesek minimalnega dohodka v Republiki Sloveniji.«

Za izdajo dovoljenja za stalno prebivanje mora tujec imeti veljavno potno listino, ne glede na njeno časovno veljavnost. Za izdajo dovoljenja za stalno prebivanje lahko tujec izpolnjevanje pogoja zadostnih sredstev za preživljanje dokazuje s sredstvi, ki si jih zagotavlja sam z delom, s pravicami iz dela ali zavarovanja, z dohodki iz premoženja, z dohodki iz kapitala in iz drugih virov ali s pomočjo tistih, ki so ga dolžni preživljati, s štipendijo, s prejemki, do katerih je upravičen na podlagi zakona, ki ureja družinske prejemke, in s prejemki, do katerih je upravičen na podlagi zakona, ki ureja uveljavljanje pravic do javnih sredstev, ter s sredstvi na računu, odprtem pri banki ali hranilnici v Republiki Sloveniji ali v tujini. Za izdajo prvega dovoljenja za začasno prebivanje lahko tujec izpolnjevanje pogoja zadostnih sredstev za preživljanje dokazuje s sredstvi, ki si jih zagotavlja sam z delom, s pravicami iz dela ali zavarovanja, z

- obstajajo razlogi za domnevo, da se tujec ne bo podrejal pravnemu redu Republike Slovenije;
- se v postopku izdaje prvega dovoljenja za prebivanje ugotovi, da obstajajo resni razlogi za domnevo, da utegne biti tujec v času svojega prebivanja v Republiki Sloveniji žrtev trgovine z ljudmi;
- je očitno, da je bila zakonska zveza sklenjena ali partnerska skupnost registrirana predvsem z namenom pridobitve dovoljenja za prebivanje, ali če se v postopku podaljšanja dovoljenja za začasno prebivanje ali izdaje dovoljenja za stalno prebivanje ugotovi, da družinski član dejansko ne živi v družinski skupnosti s tujcem, kateremu ta zakon priznava pravico do združitve družine;
- se v postopku izdaje prvega dovoljenja za začasno prebivanje ugotovi, da tujec dejansko že živi v Republiki Sloveniji iz drugačnih razlogov, kot je to mogoče na podlagi vizuma;
- se v postopku izdaje prvega dovoljenja za začasno prebivanje ugotovi, da prihaja z območij, kjer razsajajo nalezljive bolezni z možnostjo epidemije, navedene v mednarodnih zdravstvenih pravilih Svetovne zdravstvene organizacije, oziroma z območij, kjer razsajajo nalezljive bolezni, ki bi lahko ogrozile zdravje ljudi in za katere je v skladu z zakonom, ki ureja nalezljive bolezni, treba sprejeti predpisane ukrepe;
- se v postopku izdaje prvega dovoljenja za začasno prebivanje ugotovi, da je bila tujcu v zadnjih šestih mesecih pred vložitvijo prošnje za izdajo dovoljenja zavržena izdaja vizuma zaradi nevarnosti za javni red, varnost ali mednarodne odnose Republike Slovenije ali zaradi suma, da bo njegovo prebivanje v državi povezano z izvajanjem terorističnih ali drugih nasilnih dejanj, nezakonitimi obveščevalnimi dejavnostmi, proizvodnjo ali prometom z drogami ali izvrševanjem drugih kaznivih dejanj.

⁸² Veljavnost potne listine je najmanj tri mesece daljša od nameravanega prebivanja v Republiki Sloveniji;

dohodki iz premoženja, z dohodki iz kapitala in iz drugih virov ali s pomočjo tistih, ki so ga dolžni preživljati, s štipendijo ali s sredstvi na računu, odprtem pri banki ali hranilnici v Republiki Sloveniji ali v tujini (tretji odstavek 33. člena ZTuj-2). Glede na to je slovenska zakonodaja glede zahteve po preživljanju v primerjavi z NAG ohlapnejša, saj ta določa pogoj, da prebivanje tujca ne sme povzročiti finančnega bremena za javne organe v Avstriji.⁸³

Dovoljenje za stalno prebivanje se lahko izda tujcu, ki pet let neprekinjeno zakonito prebiva v Republiki Sloveniji na podlagi dovoljenja za začasno prebivanje ali potrdila o vloženi prošnji za podaljšanje ali izdajo nadaljnega dovoljenja za začasno prebivanje ali potrdila o vloženi prošnji za izdajo prvega dovoljenja za začasno prebivanje, ki tujcu v času odločanja o njegovi prošnji za izdajo prvega dovoljenja za začasno prebivanje dovoljuje prebivanje v Republiki Sloveniji in ki izpolnjuje druge pogoje za izdajo dovoljenja, določene s tem zakonom, in če ni razlogov za zavrnitev izdaje dovoljenja iz 55. člena ZTuj-2.

3.7. Pričakovan razvoj v prihodnje

V prihodnje bo Sodišče EU predvidoma pojasnjevalo dodatne dileme v podobnih primerih, če bodo nacionalna sodišča nanj naslavljala taka predhodna vprašanja.

V teoriji bi se tako lahko postavilo na primer vprašanje odraslega varovanca, ki je povsem odvisen od pomoči državljana Unije (skrbnika) in podobno. Morda bo Sodišče EU zavzelo bolj opredeljeno stališče do kršitev pravice do družinskega življenja ali pa statičnim državljanom Unije pripisalo več pravic (iz prenesene pristojnosti Unije) v odnosu do svojega družinskega člana, na primer izenačilo upravičence skladno z Direktivo 2004/38/ES.

Na podlagi tega lahko sklepamo, da bodo morali morebitni bodoči tožniki v podobnih primerih dokazovati predvsem pomen združitve družine (ne zgolj želje po ohranjanju družine),⁸⁴ ki je v tem, da je situacija državljana Unije popolnoma odvisna od državljana tretje države, saj bo v nasprotnem primeru državljan Unije prisiljen zapustiti EU.

Po drugi strani merilo zapustitve ozemlja Unije ne sme pomeniti edine izjemne okoliščine, zaradi katere bodo državljanu Unije bistveno zmanjšane temeljne pravice, ki izhajajo iz statusa državljana Unije. Zahteva po dokazovanju po-

⁸³ Glej 4. točko drugega odstavka 11. člena avstrijskega NAG.

⁸⁴ Tu se lahko pojavi vprašanje opredelitve družine, prim. Evropska komisija: EU Citizenship Report 2010, Dismantling the obstacles to EU citizens' rights, COM(2010) 603 final, Bruselj, 27. oktober 2010, stran 14, <http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/com_2010_603_en.pdf> (15. 5. 2016).

membnosti združitve družine namreč precej nasprotuje prizadevanjem Unije za izboljšanje položaja otrokovih pravic in priznavanju pomena starševstva. Mladoletni otrok, katerega starš bo prisiljen zapustiti ozemlje EU (pri tem pa mu otrok ne bo sledil), bo vsekakor v slabšem položaju v smislu temeljnih pravic, kot otrok, ki ima ob sebi oba starša.⁸⁵ Pri tem sklicevanje na različne oblike družin (tudi enostarševskih) z vidika ravnanja države ne more biti upravičeno. Država mora v vsakem primeru posebej zagotoviti, da so otrokove pravice kar najbolj varovane, zato bi merilo bistvene vsebine pravic moralo zajemati tudi ta širši vidik otrokovih pravic,⁸⁶ v nasprotju s katerim bi bilo državljanstvu Unije »odvzet polni učinek«.⁸⁷

4. SKLEP

Glede na odločitev Sodišča EU, da so temeljne pravice izenačene s pravicami po EKČP, bi bilo utemeljeno, da se sodna praksa Sodišča EU na področju evropskega državljanstva razširi v pristojnosti in se odločneje približa sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice.⁸⁸

Vendar zaradi političnih pritiskov posameznih držav članic zaradi vse večjega problema ilegalnih migracij in skupnega soočanja z njihovimi posledicami, ni pričakovati širitve pravic državljanov tretjih držav kot družinskih članov državljanov Unije.

Dejstvo je, da se bo EU morala soočiti s problematiko množičnih migracij iz tretjih držav z učinkovitejšo in prodornejšo sosedsko politiko ter z operacijami, ki bodo zunaj meja EU zagotavljale mir in dostojno življenje državljanov teh tretjih držav, ki danes migrirajo na ozemlje EU v želji po lepši prihodnosti.

⁸⁵ Pomen pravice do združitve družine izhaja že iz Ženevskih konvencij in pripadajočih protokolov, ki predvidevajo te pravice tudi v primeru oboroženih konfliktov. Več v: Guy S. Goodwin-Gill: *The Refugee in International Law*, druga izdaja. Oxford University Press, Oxford 1998, strani 257–262.

⁸⁶ Prim. prej navedeno *O., S., L. proti Finski*.

⁸⁷ Točka 67 sodbe *Dereci* in drugi.

⁸⁸ Tako je na primer v sodbi v zadevi *Nasri proti Franciji* (št. 19465/92 z dne 13. julija 1995) ESČP odločilo, da gre za kršitev 8. člena EKČP, če je polnoletna oseba deportirana v Alžirijo, katere državljan je, pri tem pa je od 60. let dalje z družino živel v Franciji, je gluhonema in tako odvisna od sporazumevanja s širšim krogom družine ter ne govori arabsko. Podobno je ocenilo v zadevi *Jakupovic proti Avstriji* (št. 36757/97 z dne 6. februarja 2003, točka 29), ko je odločilo da gre za kršitev 8. člena EKČP z izročitvijo 16-letne osebe v Bosno in Hercegovino, ki je bila nedavno v vojni in kjer ta oseba nima bližnjega sorodnika.

Prisilna izselitev tujca, ki 27 let od svojih 29 let živi v EU,⁸⁹ take rešitve *post festum* žal ne ponuja, saj je taka oseba z vidika finančnega bremena države vse mogoče pravice že izrabila (brezplačno izobraževanje, zdravstvena oskrba, otroški dodatki ipd.).⁹⁰

⁸⁹ A. Kokollari.

⁹⁰ Christopher Newdick: Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by corroding Social Solidarity, v: Common Market Law Review, 43/2006, stran 1645–1668.

NEKATERI TEMELJNI KONCEPTI PRAVNEGA SISTEMA

Ob simpoziju za pravno in socialno filozofijo

Jakob Ahačič,

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

Dne 28. septembra 2016 je na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani potekal enodnevni Simpozij za pravno in socialno filozofijo v organizaciji Društva za pravno in socialno filozofijo ter Katedre za teorijo in filozofijo prava Pravne fakultete Univerze v Ljubljani. Simpozij se je v preteklih letih uveljavil kot priložnost za srečanje vseh, ki se poklicno ali ljubiteljsko ukvarjajo s teorijo, sociologijo ali filozofijo prava. Njegov glavni namen je predstavitev najnovejših dognanj in razmislekov, pa tudi osnutkov člankov oziroma drugih del v nastajanju z omenjenih področij ter seveda v izmenjavi mnenj in soočenju argumentov, ki sledita vsaki predstavitvi. To je v svojem uvodnem nagovoru poudaril že akad. dr. Marijan Pavčnik,¹ ki je tudi sicer prisotne pozval k bolj redni izmenjavi osnutkov člankov, vabil na različne dogodke in na sploh k tesnejšemu sodelovanju med člani akademske skupnosti. Ti naj kot »diskusijski družabniki« ves čas izmenjujejo poglede in stališča o različnih vprašanjih in skozi razpravo preverjajo pravilnost svojih teorij ter izpopolnjujejo svojo argumentacijo. Srečanja, kot je Simpozij za pravno in socialno filozofijo, so lahko prvi korak k vzpostavitvi takega načina delovanja, ki lahko bistveno pripomore h kakovosti akademskega in raziskovalnega dela. Hkrati pa lahko taki dogodki pripomorejo tudi k večji prepoznavnosti in priljubljenosti teorije, filozofije in sociologije prava. Te, na trenutke morda nekoliko zapostavljene pravne vede, so zelo pomembne za razvoj pravnega sistema. S povezovanjem številnih institutov, pravil in načel v smiselno idejno celoto, s kritičnim vrednotenjem tega sistema ter s svojim prispevkom k razumevanju njegove narave in vloge v

¹ Marijan Pavčnik je doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani ter član Slovenske akademije znanosti in umetnosti.

družbi imajo namreč ključno vlogo pri ustreznem odzivanju prava na družbene spremembe in aktualne družbenopolitične probleme.

Da so razmisleki s področja teorije, filozofije in sociologije prava še kako relevantni v luči aktualnih družbenih problemov, je pokazala tudi razprava na simpoziju. Čeprav dogodek ni imel vnaprej določene rdeče niti in med prispevki referentov ni bilo jasne vsebinske povezave, so se skoraj vsi bolj ali manj neposredno nanašali na pereča družbenopolitična vprašanja. Najširše in najbolj neposredno je svojo kritiko obstoječega stanja zastavil dr. Zoran Kanduč.² V prispevku z zelo generičnim naslovom *Pravna država* se je osredotočil na različne oblike ekonomskega in strukturnega nasilja, ki so lastne pravni državi, kot jo razumemo danes. Kot je opozoril dr. Kanduč, je oblikovanje moderne, pravne države zgodovinsko neločljivo povezano z razvojem kapitalističnega produkcijskega sistema, v njenem osrčju pa je varstvo posameznika kot zasebnega lastnika. Varstvo zasebne lastnine zavzema tudi pomembno mesto v katalogu človekovih pravic, ki ga pogosto štejemo za enega ključnih elementov pravne države. Prav zaradi tega širokega varstva zasebne lastnine (temu bi lahko verjetno dodali tudi pravico do svobodne gospodarske pobude ter številne institute, ki izvirajo iz obeh pravic) pravna država ohranja in varuje ekonomsko prevlado lastnikov produkcijskih sredstev, ki lahko živijo od profitov, nasproti tistim, ki so za preživetje na trgu v zameno za mezdo prisiljeni ponujati lastno delovno silo. Povedano drugače, institucija pravne države ohranja ali celo pogloblja prepad med delavskim razredom in razredom kapitalistov. S tem pa omogoča sistemsko izkoriščanje delavcev s strani kapitala in poraja številne oblike ekonomskega in strukturnega nasilja nad tem ekonomsko šibkejšim razredom, ki so vidne na vsakem koraku – revščina, primoranost sprejeti kakršnokoli delo, tudi za zelo nizko plačilo, siljenje v prekarne oblike zaposlitev, v nadurno delo ter delo v težkih delovnih razmerah ipd. Ob tem se je dr. Kanduč vprašal, ali ob vsem naštetem sploh lahko zares govorimo o »pravni« državi, človekove pravice, ki naj bi varovale svobodo in dostojanstvo posameznika, pa je označil celo za farso. Morda je svoj prispevek zastavil celo preširoko, saj je v zelo omejenem času želel podati splošno kritiko liberalne pravne države, zato je ta kritika na trenutke izzvenela nekoliko površinsko, oznaki, da o pravni državi sploh ne moremo govoriti in da so človekove pravice farsa, pa kot nekoliko pretirani. Vendarle ne gre zanemariti številnih pozitivnih lastnosti pravne države, kot so omejenost oblasti in njena vezanost na zakon, pravna varnost in predvidljivost, formalna enakost pred zakonom itd. Nedvomno gre za pomembne civilizacijske pridobitve. Prav tako v sodobnih

² Zoran Kanduč je doktor pravnih znanosti, izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in znanstveni svetnik na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.

pravnih sistemih poznamo številne pravice in druge norme, ki posameznika varujejo pred (pretiranim) zatiranjem in izkoriščanjem, kar je v primerjavi s preteklimi zgodovinskimi obdobji zagotovo velik napredek. To pa seveda ne pomeni, da je sistem dober in da moramo biti z njim zadovoljni, saj je prostora za napredek še ogromno. Dejstvo je, da norme t. i. socialne države le blažijo simptome in so tako nekakšna protiutež pravni, po svojem bistvu liberalni državi, ne odpravljajo pa vzrokov opisanih pomanjkljivosti, ki se skrivajo v samih temeljih ekonomskega in političnega ustroja družbe. Zato so kritični razmisleki o temeljnih konceptih pravnega sistema, kakršne ponujajo marksistična kritika prava, na katero se je v svojem prispevku večinoma opiral dr. Kanduč, ter druge kritične pravne teorije, še kako dobrodošli.

Prav na kritične pravne teorije³ se je v svojem prispevku *Kam gre (in kaj hoče) kritična teorija prava* osredinil dr. Benjamin Flander.⁴ Gre za zelo raznolike teorije in poglede na pravo, ki zajemajo tako marksistično, feministično in rasno kritiko prava kot tudi različne postmodernistične oziroma poststrukturalistične in še nekatere druge pravne teorije. Vsem pa je skupen kritičen odnos do liberalne pravne države, ki ustvarja videz svobode in enakosti, v resnici pa dopušča številne oblike sistemskega izkoriščanja in nasilja nad posamezniki. Kritične pravne teorije so v svojem pristopu večinoma dekonstruktivistične – analizirajo in »razgrajujejo« pravni red in v njem odkrivajo različna protislovja, predvsem pa opozarjajo na močno ideološko podstat prava. Pravni red namreč temelji na številnih ideoloških predpostavkah, ki jih uveljavljena liberalna pravna teorija velikokrat sprejema za dana dejstva in jim ne namenja potrebne pozornosti. Kritične pravne teorije pa se osredinjajo prav na take predpostavke in razgaljajo neskladje med zunanjim ideološkim videzom pravnega reda ter vsakdanjo družbeno stvarnostjo. Prav opisani dekonstruktivizem je bil v preteklosti tarča številnih kritik, češ da omenjene teorije zgolj kritizirajo, ne ponujajo pa nikakršne pozitivne vsebine, nikakršnih konkretnih rešitev. Zato so v zadnjem času vse bolj opazne tudi rekonstruktivistične težje po oblikovanju drugačnih, novih pozitivnopravnih teorij in gradnji novih pravnih sistemov na temelju drugačnih ideoloških predpostavk.

Odnos med pravom in ideologijo, predvsem pomen nekaterih ideoloških predpostavk, na katerih temelji pozitivno pravo, je bila tema, ki se je prepletala skozi prispevke večine referentov. Lahko bi celo rekli, da se je spontano izoblikovala v nekakšno rdečo nit simpozija. Ena takih ideoloških predpostavk je zagotovo prepričanje o obstoju svobodne volje posameznika, ki naj bi se bil

³ Angl. *critical legal studies*.

⁴ Benjamin Flander je doktor pravnih znanosti in izredni profesor na Fakulteti za varnostne vede Univerze v Mariboru.

načeloma sposoben svobodno odločati o svojem ravnanju in je za to lastno ravnanje tudi odgovoren. Gre za predpostavki, ki se jima pravo pravzaprav ne more (v celoti) odpovedati, saj sta idejni temelj za ureditev cele vrste najpomembnejših pravnih institutov, od pogodbene svobode v civilnem pravu in svobode pri izvrševanju pravic ter uveljavljanju njihovega varstva, pa vse do odgovornosti za kazniva dejanja. Vsi ti instituti predpostavljajo, da je posameznikova odločitev svobodna, če le ni prišlo do kakšne posebej opredeljene napake volje, ki je lahko na primer posledica neposredne sile, grožnje ali prevare.

Pa vendar v resničnem življenju vprašanje svobodne volje še zdaleč ni tako črno-belo, na kar je v prispevku *Svoboda v kontekstu (ne)enakosti spolov* opozorila tudi mag. Andreja Kokalj.⁵ V svoji predstavitvi je poudarila, da je koncept enakosti precej širši od pravne enakopravnosti, ki je le eno od orodij za doseganje dejanske enakosti v družbi. Pravna enakopravnost pomeni zgolj formalno enakost sredstev, ki jih imajo posamezniki na voljo za doseganje svojih ciljev. Ali bodo posamezniki ta sredstva tudi uporabili in ali bodo pri vseh enako učinkovita, pa je odvisno od številnih družbenih okoliščin. To je referentka ponazorila na primeru problematike nasilja nad ženskami. Ženske, ki so bile žrtve nasilja, namreč nasilja pogosto ne prijavijo in ne želijo sodelovati v postopkih proti nasilnežu, tudi ko gre za najhujše oblike nasilja. Nemalokrat žrtve nasilja v družini ne prekinejo odnosa z nasilnim partnerjem oziroma se pozneje k njemu vrnejo in tako vztrajajo v nasilnem odnosu. Načeloma imajo na voljo številna sredstva, tudi pravna, s katerimi lahko preprečijo nadaljnje nasilje in dosežejo neko zadoščenje, od prekinitve odnosa z nasilnežem, če gre za nasilje v družini, pa do kazenskih ovadb, zahtev za prepoved približevanja, odškodninskih zahtevkov in podobno. Toda teh sredstev pogosto ne uporabijo, razloge pa lahko najdemo predvsem v občutkih sramu žrtve in želji neljube dogodke čim prej pozabiti, strahu pred maščevanjem, ekonomski odvisnosti žrtve od nasilneža in skrbi, kaj se bo zgodilo z otroki. Gre torej za odločitve, ki jih žrtve ne sprejmejo pod vplivom neposredne prisile ali grožnje, hkrati pa nanje močno vplivajo različne življenjske okoliščine, zaradi česar teh odločitev kljub vsemu ne moremo opisati kot zares svobodne. Na vprašanje, kje je meja med zunanji vplivi in notranjo »svobodno« voljo, je zelo težko dokončno odgovoriti, pomembno pa je, da se zavedamo kompleksnosti tega vprašanja. Da bi pravna enakopravnost postala učinkovita in bi privedla do dejanske enakopravnosti, je tako treba vzpostaviti družbene okoliščine, v katerih žrtve, ki o nasilju javno spregovorijo, ne bodo stigmatizirane, v katerih bo posameznikom zagotovljena večja ekonomska varnost in samostojnost itd. K temu pa lahko veliko pripomore tudi ustrezna pravna ureditev.

⁵ Andreja Kokalj je magistrica pravnih znanosti.

V povezavi z opisanim problemom (ne)svobodne volje posameznika pa se pravo sooča še z eno veliko dilemo, in sicer z vprašanjem, ali lahko v podobnih primerih pravo posamezniku »vsili« neko odločitev bodisi v imenu širšega družbenega interesa bodisi zaradi njegove lastne koristi. Ali lahko torej v imenu družbenega interesa po pregonu storilca uvedemo postopek kljub nasprotovanju žrtve, oziroma uvedbo postopka utemeljimo celo s tem, da žrtev sama ni sposobna presoditi, kaj je zanj v tistem trenutku najboljše? Ali pa mora pravni red upoštevati posameznikove preference ne glede na to, pod kakšnimi vplivi so se izoblikovale? Tudi tu gre za zelo zapleteno vprašanje, na katerega je težko podati dokončen, splošno veljaven odgovor. Gre za težavo, ki jo srečamo na številnih področjih pravnega urejanja, saj je v jedru konflikta med pravno in socialno državo. To težavo je obravnaval tudi Luka Mišič,⁶ ki se je v svojem prispevku *(S)lepota zavarovalne skupnosti: pravna in moralna (ne)odgovornost za lastna dejanja* osredotočil na legitimnost obveznega zavarovanja ter posegov države v življenjski slog posameznika. Pri nas poznamo sistem obveznega zdravstvenega zavarovanja, neke vrste prisilno zavarovalno skupnost, v katero vsak posameznik prispeva določen odstotek svojega dohodka v zameno za pravico dostopa do zdravstvenih storitev. Posameznik v skupnost prispeva glede na višino svojega dohodka, ugodnosti pa koristi glede na svoje potrebe. To pomeni, da nekateri od zavarovalne skupnosti dobijo precej več kot drugi. Potrebe posameznika po zdravstvenem varstvu so odvisne od številnih okoliščin, med katerimi je zelo pomemben tudi posameznikov življenjski slog. Tisti, ki se na primer nezdravo prehranjujejo, čezmerno uživajo alkohol ali pa se morda ukvarjajo z ekstremnimi športi oziroma kako drugače »nevarno« živijo, bodo zelo verjetno potrebovali več zdravstvenih storitev in bodo tako večje breme za skupnost. Pri tem se postavlja vprašanje, kako daleč gre lahko v imenu solidarnosti država pri omejevanju takih »nezaželenih« načinov življenja. Luka Mišič je v svoji predstavitvi postavil provokativno tezo, da prisilna zavarovalna skupnost med posamezniki, med katerimi sicer ni tesnejših medosebnih povezav, občutka pripadnosti ali kakršnekoli organske solidarnosti, sploh ni legitimna. Zato naj država na podlagi take prisilne solidarnosti tudi ne bi imela pravice aktivno posegati v življenjski slog posameznika. Gre za klasično (neo)liberalno pozicijo, ki rešitev vidi v ukinitvi obveznega zavarovanja ali vsaj v bistvenem zmanjšanju obsega storitev, ki jih to zagotavlja, posamezniki pa naj imajo na voljo možnost prostovoljnega zavarovanja pri zasebnikih, ki bolj delujejo po načelu recipročnosti vplačanih zneskov in prejetih koristi. Institut zavarovanja tako ne bi več opravljal vloge prerazporejanja dohodka od bogatejših k revnej-

⁶ Luka Mišič je magister prava in mladi raziskovalec na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

šim in bi večinoma izgubil svojo solidarnostno noto, posledica tega pa bi bila tudi slabša dostopnost zdravstvenih storitev za manj premožne.

V tej točki se pokaže, da referentova teza še ni povsem dodelana. Tudi sam je namreč priznal, da se s tako rešitvijo ne strinja in se mu sedanji sistem zdi veliko boljši, čeprav ga je v svoji predstavitvi označil za nelegitimnega. Hkrati pa ni podal prepričljivih argumentov, zakaj naj bi bila oblastno zapovedana solidarnost nelegitimsna zgolj zaradi svoje prisilne narave, še zlasti ob predpostavki, da jo predpiše demokratično izvoljena oblast, ki izvršuje voljo ljudstva. V današnji družbi je težko pričakovati razvoj tesnejšega občutka povezanosti in solidarnosti znotraj neke večje skupine ljudi, kar pa ne pomeni, da take solidarnostne sheme niso potrebne oziroma da niso v splošnem družbenem interesu. Slednji pa se uresničuje prav z oblastnimi odločitvami demokratično izvoljenih predstavnikov. Pravzaprav je tudi država kot taka neke vrste prisilna skupnost posameznikov, ki med seboj niso tesneje povezani, vendar prek davkov vsi prispevajo sredstva za uresničevanje skupnih interesov, na primer gradnjo javnega cestnega omrežja, ki ga nato vsak uporablja po svojih potrebah. Tu seveda ne gre za solidarnost v klasičnem pomenu besede, kljub temu pa se zdi, da nas presojanje legitimnosti na podlagi prostovoljnosti združevanja in osebnih vezi ali občutka pripadnosti kaj lahko privede do sklepa, da je tudi država nelegitimsna institucija. Zato bi bila morda bolj smiselna razprava o tem, kako sploh opredeliti splošni družbeni interes, na podlagi katerega bi lahko presojali legitimnost oblastnega urejanja tega področja oziroma o tem, kje je meja med legitimnim zasledovanjem družbenega interesa in svobodo izbire življenjskega sloga posameznika. Če namreč obvezno zavarovanje sprejmemo kot legitimno in podpremo idejo solidarnosti pri vplačevanju prispevkov, se zdi skoraj samoumevno, da določeno solidarnost pričakujemo tudi pri uporabi storitev, ki jih zavarovalna skupnost zagotavlja. Povedano drugače, tako kot vsak prispeva po svojih zmožnostih, naj se tudi vsak po svojih zmožnostih trudi, da skupnosti ne bo v preveliko breme. Zato je nujno, da država do določene mere ureja ali usmerja tudi način življenja svojih državljanov, pri čemer pa ne sme čezmerno posegati v njihovo svobodo, jim na vsakem koraku pokroviteljsko predpisovati, kaj je zanje dobro ali jim pod pretvezo zasledovanja splošnega družbenega interesa celo vsiljevati različnih moralnih in etičnih norm.

Največja težava pri tem pa je prav v opredelitvi splošnega oziroma občega družbenega interesa, ki opravičuje posege v svobodo posameznika in je tudi sicer vodilo za pravno urejanje različnih področij. V skladu z demokratično doktrino je opredelitev splošnega družbenega interesa predvsem naloga zakonodajnega organa, sestavljenega iz izvoljenih predstavnikov ljudstva. Ti predstavniki naj bi, kot je v svojem prispevku *Obči in posebni interesi v zako-*

nodajnem organu opisal dr. Albin Igličar,⁷ v zakonodajnem postopku iz različnih posebnih interesov izluščili obči družbeni interes, ki jim bo nato služil kot vodilo pri oblikovanju in sprejemanju zakonov. Prostor posebnih interesov je torej civilna družba in pri nas na primer Državni svet, ki je zasnovan kot predstavništvo različnih družbenih skupin, v Državnem zboru pa naj bi prevladoval obči družbeni interes. Dr. Igličar je v svojem prispevku sicer nakazal, da gre bolj za ideal kot za dejansko stanje, pogrešali pa smo morda nekoliko bolj kritično opredelitev do samega koncepta občega družbenega interesa, ki je močno ideološko zaznamovan. Družba, ki je prepredena tako z razredno delitvijo kot tudi z delitvami na številne družbene skupine, nima nekega enotnega interesa. Obstaja le množica različnih posebnih interesov, med katerimi so si nekateri zelo podobni, spet drugi pa si diametralno nasprotujejo. Zakonodajni postopek tako ni nič drugega kot boj za prevlado med temi posebnimi interesi. Kateri interesi in koliko bodo sploh imeli priložnost sodelovati v tem procesu ter ali bo ta proces potekal transparentno, v obliki racionalnega diskurza in iskanja kompromisov ali pa bodo imele ključno vlogo zakulisne spletke in lobiiranje, pa je odvisno od same zasnove zakonodajnega postopka in tudi politične kulture ter tradicije posamezne države. Idealu občega družbenega interesa se lahko poskušamo le čim bolj približati. Pri tem je pomembna zasnova zakonodajnega postopka, ki omogoča transparentno in strukturirano izražanje posebnih družbenih interesov, onemogoča pa različne nedovoljene vplive na odločevalce. K temu lahko deloma pripomore tudi opolnomočenje Državnega sveta, tako da bi Državni zbor po izglasovanem vetu Državnega sveta o zakonu lahko še enkrat razpravljal in ga tudi spreminjal v skladu s pomisleki državnih svetnikov, za kar se je v svojem prispevku zavzel referent. Ključ za čim bolj demokratičen sistem, ki bo čim bolj odražal voljo ljudstva oziroma obči družbeni interes, pa je zagotovo v nenehnem izobraževanju volivk in volivcev ter v postopnem širjenju praks neposredne demokracije, ki bodo večjemu številu ljudi omogočile neposredno udeležbo v postopkih sprejemanja odločitev.

Da imajo lahko različne ideološke predpostavke velik vpliv tudi na konkretne pravne odločitve, je v prispevku *Vpliv in pomen antropološke predpostavke (podobe človeka) v postopku pravnega odločanja* opozoril Jaka Pengov.⁸ Navedel je nekaj primerov odločitev, v katerih so si sodišča pri utemeljevanju svojih odločitev pomagala tudi z argumenti o človekovi naravi. Tako se je na primer nemško ustavno sodišče v obrazložitvi nekaterih svojih odločitev v zvezi s svobodo veroizpovedi oprlo na podobo razumskega človeka s svobodno voljo

⁷ Albin Igličar je doktor pravnih znanosti in zaslužni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

⁸ Jaka Pengov je univerzitetni diplomirani pravnik, odvetnik in doktorski kandidat na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

ter lastno osebnostjo in dostojanstvom, ki se je sposoben svobodno odločiti, kateri veroizpovedi bo pripadal in ki mu javno izražanje ter izpovedovanje svoje vere omogoča osebnostno rast in razvoj. V tem kontekstu se ideološka predpostavka o človekovi naravi ne zdi posebej problematična.

Veliko bolj kontroverzna pa je vloga predpostavke svobodne volje pri pogajanjih o priznanju krivde v kazenskem postopku, o čemer je beseda tekla v nadaljevanju. Celoten koncept pogajanj o priznanju krivde namreč temelji na predpostavki, da je obdolženec kljub vsem pritiskom, ki jim je izpostavljen v povezavi s kazenskim postopkom, sposoben sprejeti svobodno, racionalno odločitev o tem, ali bo krivdo priznal ali ne. Kako nevarna je lahko taka predpostavka, daje slutiti podatek, ki ga je v razpravi navedla dr. Mojca M. Plesničar,⁹ da se izrečene kazenske sankcije od uvedbe predobravnavnega naroka in pogajanj o krivdi v slovenski kazenski postopek v povprečju niso znižale, čeprav se danes velik delež kazenskih zadev konča s priznanjem krivde obdolženca. Iz tega je mogoče sklepati, da tožilci v zameno za priznanje ponujajo pravzaprav enako visoke kazni, kot jih sicer sodniki v podobnih primerih izrekajo po izpeljani glavni obravnavi. Obdolženci pa take ponudbe sprejemajo, čeprav bi bilo razumno pričakovati, da bodo kazni v primeru priznanja nekoliko nižje, saj naj bi sistem tako ravnanje obdolženca nagradil. Za razlago tega podatka bi verjetno lahko našli več razlogov, vendarle pa se zdi, da obdolženci krivdo večkrat priznajo pod pogoji, ki zanje objektivno gledano niso najbolj ugodni. To pa znova pod vprašaj postavlja svobodnost njihove odločitve in s tem zamaje ideološke temelje tega instituta.

Določanje višine kazenskih sankcij je dr. Plesničarjeva obravnavala tudi v svojem prispevku *Odpravljanje neenakosti pri kaznovanju*, v katerem se je osredinila na pojav neutemeljenega razlikovanja storilcev glede dosojene višine kazenske sankcije v podobnih ali enakih primerih. Vzroki take neenake obravnave so lahko sistemski ali osebni oziroma individualni. Pri nas so relevantni predvsem slednji, saj slovenski pravni red na sistemski ravni dosledno uveljavlja prepoved diskriminacije in načelo enakosti pred zakonom. Osebna diskriminacija pa je lahko posledica protipravnega ravnanja, kar je na srečo zelo redko, kognitivne zmote ali predsodkov. Tipična kognitivna zmota se na primer kaže v dejstvu, da sodniki zelo pogosto sledijo predlogu tožilca glede višine kazenske sankcije. Z nekim poskusom naj bi celo dokazali, da sodniki predlogom tožilcev sledijo tudi takrat, ko vedo, da so tožilci za višino predlagane sankcije odločili z metom kocke in da za predlogom torej ni nikakršnega racionalnega razmisleka. Najbolj problematični pa so predsodki, ki se lahko

⁹ Mojca M. Plesničar je doktorica pravnih znanosti, docentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in znanstvena sodelavka na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.

nanašajo na različne osebne okoliščine posameznika. Zaradi predsodkov se pri nas z neenakopravno obravnavo največkrat soočajo tujci in predstavniki različnih marginalnih družbenih skupin, na primer člani romske skupnosti, v ZDA pa se že dalj časa spopadajo s problematiko diskriminatorne obravnave temnopoltih. V nekaterih državah so neenakost pri kaznovanju želeli odpraviti z omejevanjem diskrecijske pravice sodnika pri določanju kazenske sankcije bodisi v obliki oženja zakonsko predpisanega razpona kazni bodisi z uvedbo t. i. kaznovalnih tabel, pojavljali pa so se tudi poskusi avtomatizacije izrekanja kazenskih sankcij s pomočjo računalniških programov. Tako bi iz postopka odmere kazenske sankcije v celoti izvzeli človeški faktor, kar bi v teoriji moralo voditi k popolnoma objektivni in nepristranski obravnavi vseh primerov. Toda žal do zdaj izdelani programi delujejo tako, da se »učijo« iz dosedanje sodne prakse, v kateri prepoznavajo relevantne vzorce in jih uporabijo na novih primerih. To pomeni, da večinoma zgolj nadaljujejo ustaljene vzorce kaznovanja in ponavljajo človeške napake. Vprašljiv pa je tudi učinek omejevanja sodniške diskrecije, saj s tem omejujemo tudi možnost za individualizacijo kazenske sankcije, ki pomembno pripomore k doseganju namena kaznovanja. Zdi se, da je za odločanje o kazenski sankciji še vedno najprimernejši sodnik, ki lahko znotraj ustrezno opredeljenega zakonskega razpona določi najustreznejšo sankcijo. S tem je v postopek pripuščeno nekaj subjektivnosti in posledično obstaja večja nevarnost neenakega obravnavanja. Vendar če je sodnik ustrezno usposobljen in se zaveda nevarnosti predsodkov in kognitivnih zmot ter je pri svojem delu na te nevarnosti pozoren, je možnost njihovega vpliva na odločitve bistveno manjša.

Subjektivnim elementom se v postopkih sprejemanja pravnih odločitev zagotovo ni mogoče popolnoma izogniti. Posledica subjektivnosti pa je navadno tudi določena stopnja nezaupanja, ki se lahko kaže kot nezaupanje zaradi zmožljivosti, pristranskosti ali pa skorumpiranosti odločevalca. O tem je v svojem prispevku *Nezaupanje kot prvina prava* spregovoril dr. Blaž Ivanc.¹⁰ Poudaril je, da je določena mera nezaupanja inherentna pravnemu redu, saj že sama potreba po jasnem in določnem urejanju družbenih odnosov in opredelitvi postopkov za reševanje morebitnih sporov izhaja prav iz nezaupanja, ki je prisotno v družbi. Vplivi nezaupanja se po njegovem mnenju kažejo na številnih mestih v pravnem sistemu, na primer v razvejanem sistemu pravnih sredstev, katerih namen je preverjanje pravilnosti sprejetih odločitev, v ustanavljanju vedno novih specializiranih organov kot posledica nezaupanja v sposobnost oziroma usposobljenost obstoječih organov itd. Nezaupanje je torej nujen del pravnega reda, toda po drugi strani lahko pretirano nezaupanje tudi močno

¹⁰ Blaž Ivanc je doktor pravnih znanosti in docent na Zdravstveni fakulteti Univerze v Ljubljani.

oteži normalno delovanje sistema. Dr. Ivanc se je zato v svojem prispevku zavzel za umik subjektivnega v korist objektivnega v postopkih pravnega odločanja. To se sicer sliši smiselno, ni pa popolnoma jasno, kako v konkretnih postopkih to doseči. Nekoliko pa je umanjkal tudi razmislek o vplivu nestrinjanja s pravnimi normami, ki se pogosto izraža skozi nasprotovanje konkretnim sodnim odločbam, ter o vplivu medijskega poročanja o delu sodstva. Oba dejavnika lahko namreč odločilno vplivata na zaupanje v pravni sistem, čeprav s subjektivnostjo pri odločanju nista neposredno povezana.

Poleg vseh omenjenih prispevkov smo imeli na simpoziju priložnost slišati tudi predstavitve mag. Vida Pavlice,¹¹ dr. Tilna Štajnpihlerja Božiča¹² in dr. Matjaža Jagera.¹³ Mag. Pavlica je v prispevku *Georges Gurvitch: sociolog, filozof, izobčenec* govoril o življenju in delu Georgesa Gurvitcha.

Dr. Štajnpihler Božič je v svojem prispevku *Pojem diskriminacije v pravnem diskurzu: pomen družbenega konteksta* predstavil razmislek o razliki med pomenom pojma diskriminacija v pravnem in širšem družbenem diskurzu. Na splošno se namreč v družbi pojem diskriminacija uporablja kot oznaka za vsakršno neupravičeno neenako obravnavanje, torej za vsakršno kršitev načela enakosti. Pravni pomen pojma diskriminacija pa je po njegovem mnenju ožji in zajema le neupravičeno neenako obravnavanje posameznikov zaradi njihove pripadnosti specifični deprivilegirani in v preteklosti sistematično diskriminirani družbeni skupini. Zgolj take skupine so tudi upravičene do ukrepov t. i. pozitivne diskriminacije, katerih namen je odprava posledic dolgotrajne diskriminacije.

Dr. Jager pa je v prispevku *Pravni red in t. i. »notranja emigracija«* predstavil koncept notranje emigracije kot enega od možnih odzivov na tiranijo totalitarnih režimov. Na primeru nacistične Nemčije je za notranje emigrante označil tiste intelektualce, ki so ostali v Nemčiji in so, čeprav se intimno z režimom niso strinjali, navzven delovali povsem konformno. Niso torej kršili pravil ali se kako drugače aktivno upirali, režima pa tudi niso aktivno podpirali. Pri tem je referent poudaril pomen simbolnih gest pripadnosti, ki jih od svojih državljanov še danes pričakujejo nekatere države, predvsem v obliki predpisane drže ob igranju državne himne. Te geste naj bi pomenile neke vrste napad na notranje emigrante, saj jih postavljajo v položaj, ko morajo bodisi aktivno

¹¹ Vid Pavlica je magister pravnih znanosti in strokovni sodelavec na Okrajnem sodišču v Ljubljani.

¹² Tilen Štajnpihler Božič je doktor pravnih znanosti in docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

¹³ Matjaž Jager je doktor pravnih znanost, izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in direktor Inštituta za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.

izkazati podporo režimu ali pa prekršiti pravilo in se s tem izpostaviti pregonu. Dr. Jager je ob koncu prispevka izpostavil vprašanje, kaj se s takimi notranjimi migranti zgodi, če jih odkrijejo ali ko se zamenja režim. Toda pomembnejše se zdi vprašanje, kakšna je sploh vrednost take notranje emigracije, ki pravzaprav vodi v popolno pokornost in ali nismo kot ljudje, pa tudi kot pravniki, dolžni storiti mnogo več, kot le odrekati aktivno podporo nekemu tako zločinskemu režimu, kot je bil nacistični.

SKLEPNA MISEL

Namen Simpozija za pravno in socialno filozofijo seveda ni iskanje dokončnih odgovorov na vsa omenjena vprašanja. Taka srečanja so predvsem priložnost za predstavitev različnih pogledov in kritičnih razmislekov o nekaterih temeljnih konceptih pravnega sistema. Prav taka izmenjava stališč in argumentov pa je lahko za vse udeležence odlična osnova in hkrati spodbuda za nadaljnje delo na področjih teorije, filozofije in sociologije prava, delo, ki bo morda pripomoglo tudi k iskanju rešitev na številna pravna in širša družbena vprašanja, ki so bila predmet razprave na simpoziju. Zato lahko le upamo, da bo v prihodnosti organiziranih še več takih in podobnih dogodkov.

REVIJA ODVETNIK V LETU 2016

Andrej Razdrih,

odvetnik v Ljubljani, odgovorni urednik revije Odvetnik

Revija Odvetnik je septembra 2016 praznovala svoj 18. rojstni dan. Z začetne naklade 1.700 izvodov je ta narasla na današnjih 4.100 izvodov. To ni le posledica povečanja števila članov Odvetniške zbornice Slovenije (OZS), ki revijo prejemajo brezplačno, temveč velikega zanimanja iz neodvetniških vrst. Revijo namreč prejmejo tudi vsi naročniki Pravne prakse, vključena je tudi v bazo člankov na portalih Tax-Fin-Lex in Ius-Info, članki pa so dostopni tudi na portalu OZS (<www.odv-zb.si>). Statistika razvoja revije nedvoumno kaže, da je revija Odvetnik postala osrednji akter v domačem pravnem prostoru. To je v skladu z mislijo, ki jo je ob 10. obletnici Odvetnika zapisal takratni in hkrati prvi odgovorni urednik revije dr. Bojan Kukec: »Teorija brez prakse je kot kolo brez akse (osi)!«

Še vedno pa je najpomembnejše, da pridobimo čim več kakovostnih prispevkov. Te lahko pošljete po e-pošti na naslov: andrej.razdrih@siol.net, navodila za avtorje pa so na voljo tudi na spletni strani OZS.

Letos so izšle štiri redne številke Odvetnika, izdali pa smo tudi posebno številko s članki predavateljev na tradicionalni Odvetniški šoli, ki je bila 15. in 16. aprila 2016 v Portorožu.

V nadaljevanju smo pripravili izbor najbolj zanimivih člankov iz letošnjih petih števil revije (leto XVIII, št. 74–78).

ODVETNIK 74 / POMLAD 2016

Boštjan M. Zupančič: Minervina sova (7. del): Anomija, kaznovanje in učinki normativne integracije (II.)

Jure Debevec: Učinki konstitutivne odločbe državnega organa za izvenknjižnega lastnika nepremičnine

Prispevek obravnava problem (ne)učinkovite pridobitve lastninske pravice na nepremičnini na podlagi konstitutivne odločbe državnega organa v primerih, če odločba ni izdana zoper njenega dejanskega izvenknjižnega lastnika. Na kratko povzema zgodovino razvoja pravnega varstva izvenknjižne lastninske pravice in osnovne značilnosti lastninske pravice, pridobljene s konstitutivno odločbo državnega organa. V prispevku je prikazana različnost učinkovanja različnih vrst takih sodnih in upravnih odločb s posebnim poudarkom na razmerju, ki se vzpostavi med pridobiteljem lastninske pravice na podlagi take odločbe in izvenknjižnim lastnikom, ki ni sodeloval v postopku za njeno izdajo. Obravnavane so tudi posledice, ki jih je mogoče pripisati morebitni nepoštenosti enega ali drugega udeleženca v takih razmerjih.

Katarina Rajgelj: Ali je mogoče zaščititi kmetijo, ki to ni

Z namenom ohranitve celovitosti in preprečevanja drobitve srednje velikih kmetij, ki omogočajo konkurenčno udejstvovanje njihovih lastnikov na trgu s kmetijskimi izdelki, so nekatere kmetije v Sloveniji zaščitene. Z institutom »zaščitene kmetije« se ohranja prvotna funkcija kmetij in posledično zagotavlja uresničevanje agrarne politike države. Promet z zaščitnimi kmetijami je zaradi načela nerazdeljivosti in ohranitve zaščitnih kmetij zelo omejen. Omejitve segajo tudi na področje dedovanja.

Maša Kociper: Po čem prepoznam dobrega mediatorja

Nobenega dvoma ni, da idealen mediator ne obstaja in da ima vsak mediator svoj osebni slog in način mediacije. V članku, ki je izšel v dveh delih (glej tudi Odvetnik št. 76 – poletje 2016), so opisane najpogostejše napake, ki se pojavljajo v praksi, ter predlagane izboljšave.

mag. Nataša Cankar: Načelo zaupnosti v mediaciji

Čeprav je mediacijski postopek bistveno manj določen kot sodni, to ne pomeni, da je povsem brez strukture. Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah (ZMCGZ) sicer ne vsebuje podrobnejših določb glede vodenja mediacijskega postopka in njegovih posameznih korakov. A prav zato imajo pri izpeljavi mediacijskega postopka toliko večjo težo postopkovna načela, ki jih je treba upoštevati med potekom celotne mediacije.

Robert Travaš: Odvetnikova svoboda izražanja v sodni dvorani in zunaj nje (Hrvaška), dr. László Fekete: Odvetnikova svoboda izražanja v sodni dvorani in zunaj nje (Madžarska), Viktória Hellenbart: Odvetnikova svoboda izražanja v sodni dvorani in zunaj nje (Slovaška)

V člankih so predstavniki hrvaške, madžarske in slovaške odvetniške zbornice glede odvetnikove svobode govora v sodni dvorani in zunaj nje strnjeno predstavili stališča svojih zbornic.

ODVETNIK 75 / POSEBNA ŠTEVILKA 2016

dr. Erik Kerševan: Tožbeni zahtevki v upravnem sporu

Upravni spor je po svoji pravni naravi predvsem spor o zakonitosti dokončnega upravnega akta, torej oblika naknadnega sodnega nadzora nad delovanjem uprave. Neposredni predmet presoje v upravnem sporu je zakonitost dokončnega upravnega akta, torej skladnost tega akta s formalnim in materialnim zakonom. Tako je mogoče ugotoviti, da se upravni spor skoraj nikoli (razen v primeru molka organov uprave) ne vodi kot prvostopenjski sodni spor, v katerem bi sodišče kot prvo ugotavljalo dejansko stanje in prvič opravilo subsumpcijo ugotovljenih dejstev pod pravila materialnega prava. Sodišče torej deluje v razmerju pravne nadrejenosti in nadzora nad pravno pravilnostjo odločitev, ki jih sprejme uprava, seveda s ciljem varstva pravic in pravno varovanih interesov oseb, ki so s temi odločitvami prizadete.

dr. Aleš Galič: Meje presoje ustavne pritožbe: o razmejitvi med protiustavnostjo in protizakonitostjo

Ustavno sodišče v svojih sklepih in odločbah pogosto ponavlja: »Ustavno sodišče je instanca nad sodišči, ki odločajo v pravnem postopku, in ne presoja nepravilnosti samih po sebi pri ugotovitvi dejanskega stanja in pri uporabi materialnega in procesnega prava. Ustavno sodišče v skladu s 50. členom ZUstS izpodbijano sodno odločbo preizkusi le glede vprašanja, ali so bile z njo kršene človekove pravice ali temeljne svoboščine.« To sicer nesporno izhodišče problema ne rešuje. Jasno je, da Ustavno sodišče ne presoja gole nezakonitosti sodne odločbe, vendar pa se na golo nezakonitost tudi pritožnik praviloma ne sklicuje, temveč praviloma trdi, da je prav zaradi nezakonitosti sodne odločbe prizadeta kakšna njegova človekova pravica ali temeljna svoboda. Bistveno vprašanje je, kdaj pomeni nezakonitost tudi neustavnost.

Blaž Štumpf: Nadaljevanje zaradi stečaja prekinjenih pravnih postopkov

Namen prispevka je s praktičnega vidika razvrstiti in proučiti različne možne situacije, do katerih pride, ko je pravdni postopek, ki je na začetku stečajnega

postopka že potekal, prekinjen zaradi pravnih posledic stečajnega postopka nad toženo stranko, ter kakšne (tudi stroškovne) posledice lahko zaradi tega nastanejo v nadaljevanju takega pravnega postopka.

dr. Zvone Vodovnik in dr. Marija Hladin: Razvojnost pogodbe o zaposlitvi

Delovno in socialno pravo je v 20. in 21. stoletju doživljalo velike spremembe, kar je vplivalo tudi na koncept pogodbe o zaposlitvi kot formalni akt. V sedanjem času se krepijo zahteve po večanju prožnosti delovnih razmerij, ki vplivajo na pravno urejanje delovnih in socialnih razmerij. Rezultat teh zahtev je med drugim tudi uveljavitev nekaterih novih oblik pogodb o zaposlitvi in raziskovanje možnosti uzakonitve dodatnih oblik, ki bi še povečale prožnost na področju delovnih razmerij – model odprte pogodbe o zaposlitvi.

mag. Matej Čujovič: Utemeljevanje protipravnosti v odškodninskih zahtevkih

Zahteva za plačilo odškodnine kot oblika civilne sankcije je določena v korist udeleženca obligacijskega razmerja (oškodovanca), ki je v odnosu do odgovorne osebe (oškodovalca) pridobil to pravico oziroma pravno možnost. Uresničitev civilne sankcije (ali bo tožbo vložil ali ne) je odvisna izključno od voljne odločitve udeleženca, v korist katerega je določena. V skladu z zakonskimi pravili mora (če se osredotočimo zgolj na krivdno oziroma subjektivno odškodninsko odgovornost) oškodovanec trditi in dokazati, da je oškodovalec ravnal protipravno ter da mu je prav zaradi tega (vzročna zveza) nastala škoda. Z zadnjo, četrto predpostavko odškodninske odgovornosti (krivda) se oškodovancu praviloma ni treba ukvarjati. Na povzročitelju škode je namreč, da trdi in dokaže, da je do škode prišlo brez njegove krivde.

Jure Likar: ZVEtL v praksi sodišč in predvidene spremembe zakona

Zakon o vzpostavitvi etažne lastnine na predlog pridobitelja posameznega dela stavbe in o določanju pripadajočega zemljišča k stavbi (ZVEtL) je bil sprejet 9. maja 2008, veljati pa je začel 24. maja 2008. Prva novela ZVEtL-A je bila sprejeta 25. julija 2011 z namenom učinkovitejšega in hitrejšega predhodnega evidentiranja nepremičnin v zemljiškem katastru in katastru stavb ter olajšanja dela sodišč z razširitvijo kroga udeležencev postopka. Zakonsko besedilo je bilo dopolnjeno in spremenjeno z nekaj redakcijskimi popravki, predpisana pa je bila tudi prednostna obravnava vseh zadev po ZVEtL, v katerih je bil predlog vložen pred 31. decembrom 2013. Zaradi čimprejšnje uskladitve nepremičninskih evidenc z dejanskim pravnim stanjem, nedoločnosti posameznih določb zakona glede nekaterih pomembnih vprašanj in nejasnosti glede razmerij določb ZVEtL z izvršilnimi ter stečajnimi postopki, ki so se kazale tudi v neenotni sodni praksi, je v pripravi že druga novela, ki bo bistveno posegla v dosedanje ureditev.

dr. Jadranka Sovdat: Ustavni vidiki sojenja v kazenskih zadevah glede na novejšo ustavnosodno presojo

Za dobro opravljanje odvetniškega dela je potrebno ustrezno ustavnopravno znanje. Njegov sestavni del je vedenje o standardih varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki jih z razlagami Ustave in mednarodnih instrumentov v svojih odločitvah vzpostavlja Ustavno sodišče. V zadnjih treh letih je to sodišče sprejelo nekaj pomembnih odločitev, ki vplivajo na sojenje v kazenskih zadevah. Da bo pri sojenju njihov vpliv dosežen, lahko tudi presežen, da bo poskrbljeno za spoštovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin tudi sicer, morajo bistveno pripomoči prav odvetniki s svojo kakovostno ustavnopravno argumentacijo pri izvajanju zastopanja svojih strank v vsakem posameznem primeru.

dr. Primož Gorkič: Pomen novejših stališč Ustavnega sodišča: vznik aktivne(jše) obrambe v kazenskem postopku?

Na splošno velja prepričanje, da je imelo največji vpliv na kazensko procesno pravo Ustavno sodišče RS v devetdesetih letih prejšnjega stoletja oziroma v začetku 21. stoletja. To prav gotovo velja za odločbe U-I-18/93, U-I-25/95 in U-I-92/96. Sledeč tem določbam je zakonodajalec korenito preoblikoval ureditev omejevalnih ukrepov, prikritih preiskovalnih ukrepov, pridobivanja izjav od osumljenca in režim izločanja nedovoljenih dokazov. Vendar pa Ustavno sodišče v samo zasnovo kazenskega postopka ni poseglo. Prej obratno, zdi se, da je kot skladna z ustavo potrdilo izhodišča, na katerih temelji mešani kazenski postopek. Med te gotovo spada aktiven, za dejansko stanje odgovoren sodnik, ki s tem prevzema največje breme zbiranja procesnega (dokaznega) gradiva. Tako na primer kljub jasnim nasprotovanjem ideji preiskovalnega sodnika Ustavno sodišče ni koreniteje poseglo v njegove pristojnosti, niti ni – kljub jasnim prizadevanjem – koreniteje poseglo v položaj obrambe tako, da bi širilo možnosti aktivne obrambe. V tem trenutku pa je, nasprotno, iz odločb in stališč Ustavnega sodišča že mogoče razbrati drugačne trende.

dr. Damjan Korošec: Kazenskopravne razsežnosti predrzne in brezobzirne vožnje v cestnem prometu

Redkokatero predhodno vprašanje ima za dogmatiko kazenskega prava tako temeljni izhodiščni pomen, redko katero je tako ključno za razvoj in razumevanje prav vseh institutov materialnega kazenskega prava in razmerij med njimi, kot je vprašanje narave in strukture kazenskopravnih dobrin. To velja tako za institute splošnega dela kot (in še posebej) tudi za zunanje meje posameznih inkriminacij in razmerja med njimi, torej za posebni del materialnega kazenskega prava. Prav v cestnem oziroma množičnem osebnem prometu po javnem prostoru pa se srečujejo potencialno zelo raznovrstne dobrine in z njimi interesi kazenskopravnega varstva.

ODVETNIK 76 / POLETJE 2016

Boštjan M. Zupančič: Minervina sova (8. del): Razlaga pravnih precedensov in sodb Evropskega sodišča za človekove pravice

Marko Rajčević Lah: Pranje denarja kot »politični delikt«

Vrhovno sodišče je s sodbo v zadevi I Ips 12175/2013 z dne 18. februarja 2016 oprostilo enega od sotorilcev za kaznivo dejanje pranja denarja po 245. členu Kazenskega zakonika (KZ-1). Avtor upa, da bo sodba pomenila preobrat v dosedanji sodni praksi.

Jasna Zakonjšek: Kje bi morala biti meja pri medijskih posegih v zasebnost politikov?

Avtorica pri svojem delu opaža, da so politiki medije v preteklosti največkrat tožili zaradi objav, s katerimi naj bi bilo protipravno poseženo v njihovo čast in dobro ime, zdaj pa so v porastu spori zaradi posegov v zasebnost, pri čemer ne gre le za politike, ampak tudi za znane in vplivne gospodarstvenike. Čedalje pogostejša torej v koliziji pravica svobode izražanja in pravica do zasebnosti.

ODVETNIK 77 / JESEN 2016

Boštjan M. Zupančič: Minervina sova (9. del): Dostop do sodišča kot človekova pravica po Evropski konvenciji o človekovih pravicah

dr. Janez Kranjc: Kaj je etika in kdo jo potrebuje?

Govoriti o etiki ali drugih abstraktnih pojmih je vedno tvegano. Zakaj? Zato ker lahko hitro postanemo ali cinični ali poučni in plehki, lahko pa celo govorimo v prazno.

mag. Žiga Klun: O zlorabi pravic v civilnih postopkih

Pri vsakdanjem odvetniškem delu se pogosto pojavljajo vprašanja o primernosti postopkovnega ravnanja strank v zvezi z uveljavljanjem njihovih procesnopравnih ali materialnopравnih pravic v posameznem primeru. Sodišča se različno odzivajo na njihove zahteve in ravnanja, ki so morda po črki zakona upravičeni in zakoniti, vendar pa lahko vsebinsko pomenijo nepošteno ravnanje posameznika v postopku, morebiti pa celo zlorabo njegovih procesnih pravic in tudi neutemeljeno uporabo nekaterih materialnopравnih institutov, v škodo nasprotne stranke. Taka ravnanja se pogosto očitajo odvetnikom.

mag. Klavdija Erjavec: Sprememba sodne prakse v zvezi s prenehanjem delovnega razmerja

Članek opozarja na spremembo sodne prakse v primeru tožbe za ugotovitev obstoja delovnega razmerja, če naknadno pride do prenehanja razmerja na podlagi pogodbe civilnega prava, ki ima vse elemente delovnega razmerja. V teh primerih zadošča, da se tožba vloži med trajanjem ali še v 30 dneh po prenehanju razmerja, urejenega s pogodbo civilnega prava, in v tožbi postavi zahtevek za ugotovitev obstoja delovnega razmerja za nedoločen čas. Tako ni več treba najprej postaviti zahtevka za ugotovitev nezakonitosti prenehanja delovnega razmerja (pogodbe o zaposlitvi), če se želi doseči ugotovitev obstoja delovnega razmerja za nedoločen čas.

mag. Tjaša Vogrin: Sprejem osebe na zdravljenje v psihiatrično bolnišnico v nujnem primeru po ZDZdr

Osebe z duševnimi težavami so bile že zelo zgodaj prepoznane kot ranljiva skupina, ki je (lahko) izpostavljena številnim zlorabam, kar je povzročilo potrebe po pravno urejenih postopkih, v katerih bi jim bila zagotovljena ustrezna pomoč in vodenje. Še zlasti pa je bilo treba pozornost nameniti osebam, ki so bile v akutnem stanju svoje bolezni, zaradi česar so ogrožale sebe ali druge osebe ali sicer varovane dobrine, zato jim je bilo treba omejiti svobodo proti njihovi volji oziroma brez njihove privolitve.

ODVETNIK 78 / ZIMA 2016**Boštjan M. Zupančič: Minervina sova (10. del)**

V zadnjih dobrih dveh letih so bili v Odvetniku objavljeni odlomki iz avtorjeve znamenite knjige Minervina sova. Njihova glavna rdeča nit so dialektična razmerja med vladavino prava ter redom in mirom, med državo in posameznikom, med sodno močjo logike in izvršilno logiko moči. Ne le, da ta dinamična protislovja nikoli niso rešena, temveč so gonilo razvoja sodnega odločanja in iskanja ravnotežja med pravičnostjo ter močjo in arbitrarnostjo. V tem teoretičnem okvirju je avtor v desetih nadaljevanjih obravnaval zelo konkretna in aktualna vprašanja, kot so sodna presoja kot nadomestek sile in nasilja, privilegij zoper samoobtožbo, pravila o izločitvi dokazov, pogajanja o priznanju krivde, kaznovanje in učinki normativne integracije, razlaga sodb Evropskega sodišča za človekove pravice in dostop do sodišča kot človekova pravica. Pri tem je pogosto segel onkraj pravnih obzorij na polja psihologije, sociologije, antropologije, zgodovine, filozofije ter prek spoznanj različnih ved pravnikom dobro znane institute in načela predstavil z drugačnih, predvsem precej bolj celovitih zornih kotov.

Katarina Rajgelj: Uveljavljanje varstva pravic iz delovnega razmerja

Procesni položaj delavcev v delovnem razmerju pri nas ni ustrezno urejen. Varstvo pravic delavcev urejajo različni zakoni in tako delavec pogosto ne ve, po katerem zakonu in kateri postopek naj sproži za uspešno uveljavljanje svojih pravnih interesov in zakonsko določenih pravic, pred kom in v kakšnih rokih.

mag. Aleš Velkaverh: Prekluzivni rok za uveljavitev jamčevalnih zahtevkov pri prodajni in podjemni pogodbi (1. del)

V prvem delu prispevka je avtor obravnaval splošna izhodišča ureditve prekluzivnih rokov za uveljavitev zahtevkov kupca in naročnika iz naslova stvarnih napak: dolžino in pravno naravo rokov, začetek teka roka in pravna dejanja, ki jih morata kupec oziroma naročnik v tem roku opraviti, da preprečita nastop prekluzije. V drugem delu pa bodo obravnavani še posebni položaji, ki omogočajo uveljavitev pravic tudi po izteku prekluzivnega roka.

dr. Slobodan Beljanski: Pravičnost in njeni paradoksi

Razširjenost rabe pojma pravičnost je obratno sorazmerna s stopnjo njegovega razumevanja. Pri poskusu njegove opredelitve bi brž spoznali, da gre za zelo širok pojem z nešteto vrst in podvrst, da je predmet njegove opredelitve mnogoter in neoprijemljiv ter da rezultat pragmatičnih poskusov, zlasti tistih pomembnejših, ne more biti dovolj določljiv in popoln, da bi lahko opredelitev šteli za ustrezno.

MARTA KLAMPFER (1953–2016)

*Spoštovana sodnica magistrica Marta Klampfer,
spoštovana kolegica, draga Marta!*



Zdi se, kot bi bilo včeraj, ko si stopila v Ustavno sodišča kot novo izvoljena ustavna sodnica. In vendar je od tedaj minilo celih devet let. Let, v katerih si z vso predanostjo opravljala svojo funkcijo. Še posebno neutrudno si se borila za delavske in socialne pravice. Ničkolikokrat si nas prepričevala, zakaj jih je treba še bolj ustavno zavarovati, in nas s svojo odločnostjo in energijo, ki si ju bila polna, pogosto tudi uspešno prepričala. Čutila si, da Ti je dano izvrševati poslanstvo ustavne sodnice zaradi ljudi in za njih. Za to si si ves čas prizadevala. Vedela si, da je to bistvena naloga institucije, katere del si bila še pred nekaj dnevi.

Svoje delo na Ustavnem sodišču si opravljala odgovorno. Enako odgovornost si upravičeno pričakovala od nas, svojih sodniških kolegic in kolegov. Tudi od sodnega osebja si zahtevala, naj svoje delo odgovorno in učinkovito opravi. Več kot polovico svojega mandata si vodila delo enega od senatov, ki prvi na Ustavnem sodišču odločajo o ustavnih pritožbah. Spoštovanju človekovih pravic in utrjevanju pravne države si s svojim delom odtisnila neizbrisen pečat, ki ostaja za Teboj.

Bolezni, ki je že pred leti potrkala na Tvoja vrata, kakor lahko potrka na vrata vsakega izmed nas, se nisi vdala. Borila si se z njo za življenje, enako kot si se borila za vsako stvar, v katero si verjela. Prav ta Tvoja nezadržna borbenost in velik čut odgovornosti sta Ti nalagali hudo breme. Delala si in hotela si delati, boleznimi navkljub.

V imenu Ustavnega sodišča Republike Slovenije Ti, spoštovana ustavna sodnica, izrekam veliko zahvalo za delo, opravljeno v imenu naše države in za naše ljudi.

** Besedilo je nagovor na pogrebni slovesnosti na Rakeku, 25. novembra 2016.*

V imenu Ustavnega sodišča Republike Slovenije izrekam naše iskreno sožalje Tvojim najbližjim, Tvojemu dragemu možu Zlatku in Tvojima hčerkama Ani in Evi, na kateri si bila tako zelo ponosna. Naše iskreno sožalje tudi drugim Tvojim svojcem.

Draga Marta! Ko smo Ti prejšnji teden z zadnje seje Ustavnega sodišča v Tvojem mandatu, ki se je nisi mogla udeležiti, poslali rajsko ptico s svojimi pozdravi in srčnimi željami po Tvojem okrevanju, smo še upali, da zate pride pomlad. Tista pomlad, ki si si jo tako želela, da bi se ob veselem druženju poslovila od svojih kolegic in kolegov ter od sodelavk in sodelavcev ob koncu mandata ustavne sodnice. Ni Ti je bilo dano dočakati. Zato naj bo tam, kamor odhajaš, pomlad, v kateri se enkrat spet snidemo!

dr. Jadranka Sovdat

Marta Klampfer je diplomirala na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani decembra 1976, magistrirala pa na isti fakulteti leta 2007 z magistrskim delom Sistem pravnih sredstev v individualnih delovnih sporih. Maja 1979 je opravila pravosodni izpit, po njem pa se je zaposlila kot strokovna sodelavka na Sodišču združenega dela RS. Leta 1991 je bila izvoljena za sodnico tega sodišča. Po preoblikovanju sodišč združenega dela v delovna in socialna sodišča je bila izvoljena v naziv višje sodnice s trajnim sodniškim mandatom in od leta 1997 opravljala nalogo vodje oddelka za delovne spore. V času opravljanja sodniške funkcije je pridobila tudi naziv višje sodnice - svetnice. Z odločbo Ministrstva za pravosodje je bila imenovana za izpraševalko na pravniških državnih izpitih za področje delovnega prava, leta 1994 pa v naziv razvojne sodelavke Inštituta za delovno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Dva mandata je bila tudi predsednica Društva za delovno pravo in socialno varnost pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Od leta 2001 je opravljala funkcijo podpredsednice Višjega delovnega in socialnega sodišča, s 6. majem 2004 pa jo je ministrica za pravosodje za dobo šestih let imenovala za predsednico Višjega delovnega in socialnega sodišča. To funkcijo je opravljala do izvolitve za ustavno sodnico. Mandat ustavne sodnice je nastopila 20. novembra 2007 in ga končala z 19. novembrom 2016.

AVTORSKI SINOPSIS*Authors' Synopses**Uvodnik*

UDK: 342.4(497.4)"1991/2016"

BOŠNJAK, Marko: 25 let Ustave Republike Slovenije: ponos, zadovoljstvo in spoštovanje**Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133), št. 11-12**

Besedilo je govor, ki ga je imel avtor, sodnik na Evropskem sodišču za človekove pravice, na slovesnosti ob 25-letnici Ustave Republike Slovenije, 15. decembra 2016 na Ustavnem sodišču Republike Slovenije. Avtor v Ustavi vidi procesni dokument, ki mora neposredno usmerjati sodno odločanje v posameznih primerih, prav tako pa pojasnjuje pomen, ki ga ima Ustavno sodišče za delovanje pravnega sistema. Ob tem oriše ključne kvalitete sodnega odločanja, kot so sistemska neobremenjenost, neodvisnost, odprtost in pravičnost. V zvezi z Ustavo poudarja tudi ponos, zadovoljstvo in spoštovanje, ki so lahko navdih za aktualni čas.

Editorial

UDC: 342.4(497.4)"1991/2016"

BOŠNJAK, Marko: 25 Years of the Constitution of the Republic of Slovenia: Pride, Satisfaction, and Respect**Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 11-12**

The published contribution is a speech delivered by the European Court of Human Rights judge, at a ceremony marking the 25th anniversary of the Constitution of the Republic of Slovenia, held on 15 December 2016 at the Constitutional Court of the Republic of Slovenia. The author sees in the Constitution a procedural document, which should directly guide judicial decisions in individual cases, and it also clarifies the importance of the Constitutional Court for the functioning of the legal system. Concurrently, he outlines the key qualities of judicial decision-making, such as independence, openness and fairness. With regard to the Constitution he also emphasizes the pride, satisfaction and respect that can inspire the current time.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 343.1:616-089

VIDOVIČ, Miša, KOROŠEC, Damjan: Kazenskopravno obravnavanje medicinskih posegov po uveljavitvi 125. člena KZ-1**Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133), št. 11-12**

Leta 2008 je začel veljati nov slovenski kazenski zakonik. Njegova določba 125. člena je povsem spremenila predhodno obravnavanje medicinskih posegov na področju kazenskega prava. Z uvedbo tega člena namreč slovenski zakonodajalec polno sprejme koncepcijo splošnega pojma kaznivega dejanja ter institut privolitve oškodovanca kot razlog izključitve protipravnosti z medicinskimi posegi izpolnjenih biti telesnih poškodb. V okviru tega prispevka avtorja kritično analizirata 125. člen KZ-1 tako iz sistemske kot tudi tehnične ravni in polemično predstavita njegov celovit pomen in posledice.

Original Scientific Article

UDC: 343.1:616-089

VIDOVIČ, Miša, KOROŠEC, Damjan: Criminal Treatment of Medical Intervention after the Adoption of Article 125 of the Slovenian Penal Code (KZ-1)**Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 11-12**

In 2008, the Slovenian legislator adopted the new Penal Code – Kazenski zakonik (KZ-1). Article 125 dramatically changed the former criminal treatment of medical interventions. Namely, by implementing this article the Slovenian legislator declared for nothing but the full acceptance of the general idea of criminal offence and states that even though physicians' medical interventions implies the entity of bodily injury, it is the patient's consent which eliminates the unlawfulness of the criminal offence, which waives the physicians' liability. Herein, the authors critically analyze the article by using a systematic and technical approach, and polemically present a comprehensive overview and its implications.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 342.565.2:341.24

SOVDAT, Jadranka: Vloga Ustavnega sodišča pri razreševanju nasprotij med Ustavo in mednarodnim pravom

Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133), št. 11–12

Slovensko ustavno sodišče je pristojno presojati skladnost zakonov, drugih predpisov in sodnih odločitev ne le z Ustavo, temveč tudi z mednarodnim pravom. S pooblastili, ki so mu zaupana, zagotavlja učinkovitost mednarodnega prava v Sloveniji. Poleg tega je poklicano reševati nasprotja med mednarodnim in ustavnim pravom. Pri tem ima tri vloge: *a priori* ustavnosodno presojo mednarodnih pogodb, njihovo posredno ustavnosodno presojo in zagotavljanje prevlade določb mednarodnih pogodb nad Ustavo zaradi vzpostavitve načela največjega varstva človekove pravice. Ustavno sodišče z razreševanjem nasprotij med ustavnimi določbami in mednarodnim pravom varuje ustavo.

Original Scientific Article

UDC: 342.565.2:341.24

SOVDAT, Jadranka: The Role of Constitutional Court in Resolving Conflicts between the Constitution and International Law**Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 11–12**

The Slovenian Constitutional Court has the power to review the conformity of laws, other regulations and decisions of the courts not only with the Constitution but also with international law. With the powers invested in it, it ensures an effective execution of international law in Slovenia. Furthermore, it is responsible for resolving conflicts between international law and constitutional law. From that point of view, one can speak of three aspects of its role: firstly, the *a priori* constitutional review of treaties, secondly, the indirect constitutional review of treaties, and thirdly, the priority of the provisions of a treaty over the Constitution to establish a maximum protection of human rights. The Constitutional Court protects the Constitution by resolving the conflicts between the provisions of the Constitution and international law.

Article scientifique originale

UCD: 342.565.2:341.24

SOVDAT, Jadranka: Le rôle de la Cour constitutionnelle dans la résolution des conflits entre la Constitution et le droit international**Pravnik, Ljubljana 2016, 71e Année (133), N° 11–12**

La Cour constitutionnelle slovène est compétente pour contrôler la conformité des lois et les règlements subordonnés à la loi ainsi que les décisions des tribunaux non seulement avec la Constitution, mais aussi avec le droit international. En exerçant ses compétences, elle assure l'efficacité du droit international en Slovénie. Son deuxième rôle fondamental en ce qui concerne le droit international est de résoudre les conflits entre ce dernier et le droit constitutionnel. Nous pouvons, de ce point de vue, parler de trois aspects de son rôle : en premier lieu, le contrôle *a priori* de la constitutionnalité d'un traité, en deuxième lieu, le contrôle indirect de la constitutionnalité d'un traité et en troisième lieu, la prévalence des normes internationales sur la Constitution pour respecter le principe de la protection maximale des droits de l'homme. La Cour protège la Constitution par la résolution des conflits entre les normes constitutionnelles et internationales.

Strokovni članek

UDK: 347.9:061.1EU:342.71

TISAJ, Alenka: Evropsko državljanstvo v zadevi *Dereci in drugi proti Avstriji* (C-256/2011)

Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133), št. 11-12

Evropsko državljanstvo sestavlja omejen obseg pravic, ki pripadajo državljanom držav članic. Državljeni EU uresničujejo te pravice v razmerju do drugih držav članic, v katere se preselijo, redkeje pa tudi do svojih matičnih držav. Zadeva *Dereci in drugi proti Avstriji* obravnava slednji položaj kot del nove doktrine državljanstva EU. S sodbo *Dereci in drugi proti Avstriji* je Sodišče EU razlago o preprečitvi dejanskega izvrševanja bistvene vsebine pravic državljanov Unije, ki bi bili prisiljeni zapustiti ozemlje Evropske unije (zadeva *Ruiz Zambrano*, C-34/09, sodba z dne 8. marca 2011), omejilo na najbolj izjemne okoliščine, ko bi bil državljan Unije zaradi zavrnitve dovoljenja za prebivanje družinskemu članu dejansko prisiljen zapustiti območje Unije. Članek analizira vpliv te sodbe na povezane pravice, emigracijsko in imigracijsko politiko držav članic, finančne posledice odločitve, vlogo nacionalnega prava in primerjavo s Slovenijo, pri čemer zaključuje, da merilo zapustitve ozemlja Unije ne bi smelo biti edina izjemna okoliščina, zaradi katere bo državljanu Unije preprečeno izvrševanje bistvene vsebine pravic, ki izhajajo iz statusa državljana Unije. To namreč precej nasprotuje prizadevanjem Unije za izboljšanje položaja otrokovih pravic in priznavanju pomena starševstva, v nasprotju s katerim bi bilo državljanstvu Unije »odvzet polni učinek«.

Professional Article

UDC: 347.9:061.1EU:342.71

TISAJ, Alenka: European Citizenship in the Case of *Dereci and Others v. Austria* (C-256/2011)**Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 11-12**

European citizenship consists of a limited number of rights belonging to citizens of the EU Member States. The EU citizens exercise these rights in relationship with Member States to which they move and rarely also in relationship with their home Member States. The case *Dereci and Others v. Austria* concerns this latter situation as part of the new doctrine on the European citizenship. With judgment *Dereci and Others v. Austria*, the interpretation of depriving Union citizens who have to leave the territory of the Union (case *Ruiz Zambrano*), of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of that status was limited to the most exceptional circumstances, i.e. when a Union citizen would actually have to leave the territory of the Union as a whole because his family member's residence application was rejected. The article analyses the impact of this judgment to related rights, emigration and immigration policies of Member States, financial consequences of the decision, role of national law and comparison with Slovenia. The article concludes that the criteria of leaving the territory of the Union should not represent the only extreme circumstance based on which a Union citizen would be prevented from the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by the virtue of the Union citizenship's status. This actually significantly contradicts the Union's efforts to improve children's rights and in recognizing the importance of parenthood, contrary to which Union citizenship would be "deprived genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by their status as EU citizens."

Poročilo

UDK: 340.1(062.537)

**AHAČIČ, Jakob: Nekateri temeljni koncepti pravnega sistema:
Ob simpoziju za pravno in socialno filozofijo****Pravnik, Ljubljana 2016, let. 71 (133), št. 11-12**

Simpozij za pravno in socialno filozofijo v organizaciji Društva za pravno in socialno filozofijo ter Pravne fakultete Univerze v Ljubljani je namenjen predstavitvi najnovejših dognanj in del v nastajanju s področij teorije, sociologije in filozofije prava. V članku je podan kratek povzetek ter komentar prispevkov udeležencev letošnjega simpozija. Ti so se v svojih predstavitvah dotaknili nekaterih temeljnih konceptov pravnega reda ter pri tem odprli tudi številna aktualna pravna in širša družbenopolitična vprašanja. Na simpoziju se je znova pokazal pomen teh pravnih ved za razumevanje pravnega sistema in za iskanje odgovorov na različne izzive, s katerimi se družba danes sooča.

Report

UDC: 340.1(062.537)

**AHAČIČ, Jakob: Certain Key Concepts of the Legal System:
Symposium on Legal and Social Philosophy****Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 11-12**

The Symposium on legal and social philosophy, organized by the Association for Legal and Social Philosophy and University of Ljubljana Faculty of Law, is intended to present the latest findings and works in progress in the fields of legal theory, sociology and philosophy of law. The report offers a brief summary and commentary of conference papers presented by the participants of this year's symposium. In their presentations, the participants touched on some of the key concepts of the legal system and raised a number of current legal and wider socio-political issues. Thus they have demonstrated the importance of legal theory, sociology and philosophy of law for understanding the legal system as well as for finding the answers to various challenges our society currently faces.

Prikaz revije

UDK: 34:050

RAZDRIH, Andrej: Revija *Odvetnik* v letu 2016**Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 11-12**

Revija *Odvetnik*, ki izhaja od 1. decembra 1998, je strokovno in informativno glasilo Odvetniške zbornice Slovenije (OZS), članki pa so dostopni tudi na portalu OZS (<<http://www.odv-zb.si>>). V letu 2016 so izšle štiri redne številke ter posebna številka s članki predavateljev na tradicionalni Odvetniški šoli, ki je bila 15. in 16. aprila 2016 v Portorožu. V tokratnem prispevku v reviji *Pravnik* pa so objavljeni povzetki najbolj zanimivih člankov iz letošnjih petih števil (leto XVIII, št. 74–78), besedilo pa je pripravil odgovorni urednik revije *Odvetnik* Andrej Razdrih.

Journal Review

UDC: 34:050

RAZDRIH, Andrej: Magazine *Odvetnik* in the Year 2016**Pravnik, Ljubljana 2016, Vol. 71 (133), Nos. 11-12**

Magazine *Odvetnik* (The Attorney) was first published on 1 December 1998 and is a professional and informative gazette of The Slovenian Bar Association (Odvetniška zbornica Slovenija – OZS). The articles are available also on the web page of The Bar (<www.odv-zb.si>). In 2016, four regular issues and one special issues of the magazine were published. The special issue was dedicated to articles of lecturers on the traditional Bar School, which was held on 15 and 16 April 2016 in Portorož. In this article, published in *Pravnik*, we publish summaries of the most interesting articles published in this year's five issues (year XVIII, No. 74-78). The text was arranged by the editor-in-chief of the magazine *Odvetnik* Andrej Razdrih.

IMENSKO KAZALO 2016

Pravnik, letnik 71 (133)

A

Ahačič, Jakob: Nekateri temeljni koncepti pravnega sistema, št. 11-12

B

Bauer, Tanja: Premoženjskopravni režim javnih zavodov, št. 5-6

Bošnjak, Marko: 25 let Ustave Republike Slovenije: ponos, zadovoljstvo in spoštovanje, št. 11-12

C

Cepec, Jaka: Odpust obveznosti v osebnem stečaju, št. 9-10

D

Drev, Anja: The Role of Parties to the Contract of Sale in the Contract of Carriage of Goods by Road and Vice Versa, št. 9-10

F

Ferlinc, Andrej: Kazenskopravno varstvo človekovih pravic in svobod – slovensko-italijanski vidik, št. 5-6

Filipčič, Katja: Denarna kazen, št. 3-4

G

Globočnik, Jure: *Laesio enormis* – institut preteklosti?, št. 1-2

Grad, Franc: Dr. Janez Šmidovnik (1921–2015), št. 1-2

I

Ibrahimi, Amir: Kodificirano albansko običajno pravo – specifične določbe v primerjavi s slovenskim pravnim redom, št. 1-2

J

Juhart, Miha: Žival kot stvar v civilnem pravu, št. 9-10

K

Kogovšek Šalamon, Neža: Disparitetni učinek posredne diskriminacije v pravu Evropske unije in Sveta Evrope ter v slovenski sodni praksi, št. 7-8

Kohler, Jürgen: »Dingliches Vorkaufsrecht in vier Rechtsordnungen – Rechtshistorische und rechtsdogmatische Fallstudie zur Gegenwärtigkeit alten Lokalrechts«, št. 7-8

Korošec, Damjan: Kazenskopravno obravnavanje medicinskih posegov po uveljavitvi 125. člena KZ-1 (v soavtorstvu z Mišo Vidovič), št. 11-12

Kržan, Nevenka: Poslovnofinančni fenomen prestrukturiranja in ukrepi prestrukturiranja, št. 3-4

M

Mihalič, Renata: Pravnoteoretska in normativna konceptualizacija univerzalnega temeljnega dohodka (v soavtorstvu z Grego Strbanom), št. 5-6

N

Nikolić, Bruno: Vpliv Zakona za uravnoteženje javnih financ ter novele Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ-M) na financiranje dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja, št. 7-8

O

Oblak, Karla: Zakaj uživa pomorski prevoznik ugodnejši režim odgovornosti v primerjavi s prevozniki iz drugih panog (v soavtorstvu s Patrickom Vlačičem), št. 7-8

Ovčak Kos, Maja: Odprta vprašanja varstva upnika po 168. členu Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ) (v soavtorstvu z Žigo Razdrihom), št. 5-6

P

Pavčnik, Marijan: Odgovorno pravo, št. 9-10

Pličanič, Senko: Sreča, trajnostni razvoj in pravo, št. 1-2

Podlipnik, Jernej: Davčna osnova, št. 5-6

Podobnik, Klemen: Pasti uvedbe pravila poslovne odločitve (*business judgment rule*) v slovensko korporacijsko pravo, št. 3-4

Pogačnik, Miha: Izbrani mednarodnopravni vidiki državne suverenosti, št. 3-4

Pogorelčnik Vogrinc, Neža: Začasne odredbe v postopkih v pravih zaradi motenja posesti, št. 5-6

R

Razdrih, Žiga: Odprta vprašanja varstva upnika po 168. členu Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ) (v soavtorstvu z Majo Ovčak Kos), št. 5-6

Razdrih, Andrej: Revija *Odvetnik* v letu 2016, št. 11-12

S

Sovdat, Jadranka: La résolution des conflits, št. 11-12

Sovdat, Jadranka: Marta Klampfer (1953–2016), št. 11-12

Strban, Grega: Pravnoteoretska in normativna konceptualizacija univerzalnega temeljnega dohodka (v soavtorstvu z Renato Mihalič), št. 5-6

Š

Šošić, Miha: Sodelovanje več oseb pri izvršitvi kaznivega dejanja – izziv za kazensko pravo, št. 1-2

T

Tisaj, Alenka: Evropsko državljanstvo v primeru *Dereci in drugi proti Avstriji* (C-256/2011), št. 11-12

Tratar, Boštjan: Sistem brezplačne pravne pomoči v Nemčiji pred novimi izzivi, št. 3-4

Tratar, Boštjan: Dr. Janez Šinkovec (1928–2016), št. 7-8

V

Veber, Maruša: Mednarodnopravni vidiki sprejema sankcij s strani Evropske unije proti tretjim državam, št. 9-10

Vidovič, Miša: Kazenskopravno obravnavanje medicinskih posegov po uveljavitvi 125. člena KZ-1 (v soavtorstvu z Damjanom Korošcem), št. 11-12

Vlačić, Patrick : Zakaj uživa pomorski prevoznik ugodnejši režim odgovornosti v primerjavi s prevozniki iz drugih panog (v soavtorstvu s Karlo Oblak), št. 7-8

Vlahek, Ana: Novosti na področju odškodninskih tožb zaradi kršitev evropskega antitrusta, št. 7-8

Z

Zobec, Jan: O življenju in delu sodnika Antonina Scalie (1936–2016), št. 3-4

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 kakem 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 2016 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

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

— 2.

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

Prispevki morajo biti jezikovno neoporečni, sicer bo besedilo avtorju vrnjeno v popravo 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, Tax-Lex, d. d., Ljubljana.

— 3.

O objavi odloči uredniški odbor na podlagi pozitivne recenzije, ki je pridobljena v postopku t. i. dvojne anonimizirane recenzije (angl. *double blind review*), ko ne

avtor in ne recenzent (slednji seveda le do morebitne objave članka) ne vesta za ime drugega. Za ta namen mora avtor uredništvu že ob oddaji članka sporočiti, kdo so »kontaminirani« strokovnjaki, ki dejstvo, da je avtor pripravil ta prispevek, že poznajo, saj ti v postopku recenziranja ne smejo sodelovati. Avtorju se odločitev o (ne)objavi oziroma potrebi po dopolnitvi/popravi prispevka sporoči skupaj z (anonimizirano) obrazložitvijo recenzenta.

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, v enem odstavku. 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, Pravnik, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3 oziroma NOVAK, Janez: Legal Remedies in ZP-1, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Avtor lahko, kar je zaželeno, pripravi tudi daljši povzetek v angleščini, 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 podrobnejšega pregleda 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, v primeru vsebinskih razlogov pa se avtor odpove morebitnemu honorarju, ki ga uredništvo nameni za dodatne stroške obdelave daljšega besedila.

— 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 sprotnih opombah (pod črto) navedejo samo prva črka imena in priimek s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

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

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

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

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

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

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

— 6.

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

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

— 7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

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

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

- **pri zbirkah člankov in poglavjih v knjigah:** poleg pisca članka in naslova ter strani obsega citiranega članka oziroma poglavja tudi naslov zbirke oziroma knjige ter imena in priimki avtorjev oziroma morebitnih urednikov, z označbo, če gre za urednike (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: Darja Kovač 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. 2016).

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** (z okrajšanim zapisom letnice), 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-23/08 z dne 5. 6. 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 Pravnik

(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 podpisanega čim prej vrne uredništvu.

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

Za uredniški odbor odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić

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

1.

As a rule, *The Jurist* only publishes manuscripts which **had neither been published nor sent for publication to any other publisher**. If the author of an already published manuscript considers that special reasons for publishing the same manuscript in *The Jurist* exist, he/she must notify the editor and provide information on where the manuscript has already been published or to which publisher it has been sent for publication. The author has to emphasize the distinctions between the both manuscripts, e.g. in the scope of the manuscript, new information or new data and 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 noted in footnote 1 of the manuscript.

2.

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

Manuscripts have to be grammatically correct, otherwise the manuscript may 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.

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

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

3.

The author may suggest the classification for his/her manuscript. The final decision on publication is made by the editorial board upon a positive double-blind peer review. To facilitate this review process, the author should remove any identifiable information in the body of the manuscript from the version submitted for review, and should inform the editorial board of the names of any experts who would for any reason, such as collaboration or previous familiarity with the manuscript, be unable to conduct a blind review. The author shall be informed of the decision on the publication as well as a possible request for revision, along with the (anonymized) explanation of the reviewer.

Manuscripts should be accompanied by an abstract and up to five key words, both in Slovenian and English. The cost of preparing the Slovenian abstract (EUR 30.00) may be deducted from the potential author's fee if provided by the editorial board upon request of the author. Abstract should not be longer than 15 lines (or span more than one paragraph), and should include the last name (in capital letters) and first name of the author as well as 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 in Slovenian but also in selected other languages (English, German, Italian, Croatian and in 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 the suggested language. Manuscript in a foreign language has to be grammatically correct. The editorial board does not perform corrections. In addition to the short (15-line) abstract with five key words in Slovenian and English, the manuscript must also be accompanied with a longer abstract (of 1.000 words) in Slovenian.

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 bibliography count towards this limit. An advance agreement with the editor is required for longer manuscripts.

5.

Bibliography should be presented at the end of the manuscript, with full bibliographical information, in the alphabetical order of the 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, with the page number(s) added if distinct from the previous one.

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.

Upon agreement to have their article published, 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 publication 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 may be rejected.

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

UPUTE ZA AUTORE*

1.

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

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

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

2.

Radovi moraju biti poslani putem e-pošte (bostjan.koritnik@revija-pravnik.si).

Radovi moraju biti jezično besprijekorni, u suprotnom će se tekst vratiti autoru na popravak odnosno objava djela bit će odbijena. Naslov djela i naslovi prve razine moraju biti napisani velikim tiskanim slovima, dok naslovi nižih razina moraju biti napisani malim slovima. Ime i prezime pisca s obrazovanjem, znanstvenim nazivom i/ili akademskim stupnjem te funkcijom i institucijom u kojoj je zaposlen, navode se ispod naslova.

* Prijevod je rad Nikoline Krtinić. Izmijene su rad Boštjana Koritnika.

Primjer: **Janez Novak**, sveučilišni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, savjetnik uprave, Tax-Lex, d. d., Ljubljana.

3.

O objavljivanju odlučuje uređivački odbor na temelju pozitivne dvojne anonimne recenzije (eng. double blind review), kod koje recenzentima nije poznato ime autora do objave članka. Radi toga autor treba uredništvu kod predaje članka javiti imena »kontaminiranih« stručnjaka, kojima je poznato, da je autor pripremio taj članak. Ti stručnjaci u postupku recenzije ne smiju sudjelovati. Autoru se informacija o (ne)objavi odno-sno potrebi da se članak dopuni/ispravi javlja zajedno sa objašnjenjem anonimnog recenzenta.

Radove razvrstava u rubrike revije urednički odbor, a ako autor želi da se njegov rad uvrsti u određenu rubriku, neka to posebno navede. Kod članaka se mora pripremiti **sinopsis na slovenskom i engleskom jeziku (uključujući i prijevod naslova) te ključne riječi na oba jezika zbog internetske/web tražilice**. Sinopsis može imati obim od najviše 15 redova. Prvo neka se navedu prezime (u cijelosti s velikim slovima) i ime pisca, a zatim naslov članka i oznaka revije.

Primjer: NOVAK, Janez: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, Pravnik, Ljubljana 2008, god. 63, br. 1–3 *odnosno* NOVAK, Janez: Legal Remedies in the Minor Offences Act, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Autor može – uredništvo to priželjkuje – pripremiti i duži sažetak na engleskom jeziku, koji će biti objavljen nakon članka na slovenskom jeziku. Time će postići jednostavnije širenje ideja djela među inozemnim čitateljima.

Pravnik objavljuje djela i na inozemnim jezicima (engleski, francuski, njemački, talijanski, hrvatski, srpski; u latinici), kad za to postoji poseban razlog, o kojem autor treba obavijestiti uredništvo i kojeg uredništvo na toj osnovi prihvati u objavu. U tom slučaju tekst mora biti i jezično besprijekoran jer uredništvo ne lektorira tekstove na inozemnom jeziku, a autor mora, uz kraće sažetke na slovenskom i engleskom jeziku iz prvog stavka ove točke uputa, pripremiti i duži sažetak na slovenskom jeziku, u duljini od približno 6.000 do 10.000 znakova. U pojedinačnom broju neće biti objavljen više od jedan članak na inozemnom jeziku.

4.

Opseg djela zavisi od teme koju autor obrađuje, ali pritom je potrebno poštivati temeljnu sadržajnu osnovu revije koja bi trebala pokrivati što više pravnih područja. U rubrici Članci radovi trebaju imati maksimalan opseg od dvije autorske pole (60.000 znakova s razmacima odnosno približno 30 strana s razmacima između redova 1,5), a i drugi radovi do jedne autorske pole (30.000 znakova sa razmacima odnosno do približno 15 strana s razmacima između redova 1,5).

U sve navedeno ubrajaju se i bilješke i popis literature. Za objavu djela u većem opsegu potreban je dogovor s uredništvom.

5.

Na kraju članka po mogućnosti treba biti **popis upotrijebljenih izvora** s potpunim bibliografskim podacima (vidi 7. točku) raspoređen po abecednom redu prezimena, a web stranice neka budu navedene odvojeno. U tom slučaju u bilješkama (ispod crte) navodi se samo prvo slovo imena i prezime s napomenom „nav. rad“ i stranom upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

U bilješkama koje neposredno slijede jedna drugu, navodi se samo „Baš tamo.“ odnosno – ako je samo strana iste literature druga – „Baš tamo, str. 56.“

Ako je isti pisac naveden s više radova, dopiše se godina u kojoj je rad bio objavljen.

Primjer: J. Novak, nav. rad (2005), str. 55.

Ako je na kraju rada naveden popis upotrijebljene literature, kod web stranica ne treba pisati datum zadnje posjete (jer je taj podatak u popisu literature).

Brojevi bilješki pišu se nakon interpunkcijskih znakova. Bilješke završavaju konačnim interpunkcijskim znakom.

6.

Ako djelu nije priložen popis upotrijebljenih izvora, potpuni se bibliografski podaci navode (vidi točku 7.) samo u onoj bilješci u kojoj se rad prvi put pojavi, a kasnije se navode samo ime i prezime autora s dodatkom „nav. rad“ i strana upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

7.

Potpuni bibliografski podaci obuhvaćaju:

- **kod knjiga:** ime i prezime pisca, naslov knjige (kod knjiga s više izdanja i oznaku broja izdanja), potencijalnog prevoditelja i u pravilu izdavatelja te mjesto i godinu izdanja.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu. Drugo izdanje, prijevod Mitje Anglista, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **kod zbirke članaka i poglavlja u knjigama:** osim pisca članka i naslova te strana opsega citiranog članka odnosno poglavlja i naslov zbirke odnosno

knjige te imena i prezimena autora odnosno potencijalnih redaktora, s oznakom, ako su redaktori ili urednici (ur.).

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Darja Kovač, Luka Kocmut, i Mitja Golob: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Ako postoji više od tri autora odnosno redaktora, uz zbirku, zbornik ili knjigu, dovoljno je navesti prezime i ime prvog navedenog, i zatim navesti „i drugi“.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Darja Kovač i drugi: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **kod članka iz revija:** ime i prezime pisca, naslov članka i naslov revije s navodom godišta, godine izdanja i broja te strane navedenog članka.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Pravnik, 125 (2008) 5–8, str. 202–233; brojevi znače: godište 125 (godina izdanja 2008), broj revije 5–8.

- **kod web stranica:** simbol < prije i simbol > nakon naziva web stranice, bez poveznice i s datumom – mjesec se tu piše s brojem – u zagradama.

Primjer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2016).

8.

Ako članak upućuje na **zakonski ili drugi pravni propis**, on se prvi put navodi s punim nazivom već u tekstu, sa službenom skraćenicom u zagradama.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Prekršajnom zakonu.

Ako službena skraćenica naziva ne postoji, skraćenicu odabire pisac.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Pravilniku o organizacijskoj strukturi prekršajnih organa (nastavno: Pravilnik).

Istovremeno se **u bilješci navodi broj Narodnih novina** u kojima je citirani akt bio objavljen.

Primjer: NN RH, br. 50/07.

9.

Sudska rješenja potrebno je citirati jednako kao što ih označava sud koji ih je izdao.

Primjer navođenja odluke Ustavnog suda RH:

odluka USRH, br. U-I-23/2008 od dana 5. lipnja 2008.

— 10.

Autor mora – uz svaku prvu objavu – **uredništvu poslati:**

OIB (osobni identifikacijski broj) porezni broj i porezni ured, adresu prebivališta (ulica, kućni broj, poštanski broj, mjesto), adresu za dostavu gradiva u vezi s objavom u reviji Pravnik (npr. službena adresa), broj transakcijskog računa (IBAN) i točan naziv banke, svoj telefonski broj i broj mobitela te e-mail/elektroničku adresu.

Autor mora obavijestiti uredništvo o potencijalnim izmjenama.

Autor je s posredovanjem rada u objavu suglasan s odredbama izdavačkog ugovora koji je dostupan na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Nakon objave djela, autor će primiti ispunjen ugovor u dva primjerka, od kojih jedan treba što prije potpisati i vratiti uredništvu.

Suradnike revije molimo da poštuju ove upute jer će u suprotnom uredništvo odbiti objavu njihovog rada.

Za urednički odbor
odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić

25. in 26. januar 2017, Pravna fakulteta v Ljubljani

Sreda, 25. januar

REFINANCIRANJE Z ODKUPOM TERJATEV KOT NAČIN PRESTRUKTURIRANJA

Ocenjevanje vrednosti terjatev

Nevenka Kržan, KPMG Slovenija

Poslovni model banke pri refinanciranju z odkupom terjatev

Marko Ninčević, Gorenjska banka, d.d.

Refinanciranje z odkupom terjatev kot eden izmed načinov refinanciranja gospodarske družbe – pravno ekonomski pogled

Dr. Jaka Cepec, Ekonomska fakulteta Univerze v Ljubljani

Izvedba refinanciranja z odkupom terjatev, primer dobre prakse

Marko Zaman, Odvetniška pisarna Zaman, d.o.o.

Odkup hipotekarnih terjatev kot način »plačila« kupnine za nepremičnino

Dr. Nina Plavšak

Okrogla miza: Pravna vprašanja v zvezi s prenosom terjatev, zavarovanih z zastavno pravico

Moderatorica: dr. Nina Plavšak

Udeleženci: mag. Jana Petrič, Višje sodišču v Kopru (sodna praksa zemljiškoknjižnih sodišč v zvezi s prenosom terjatev), Marko Zaman, Odvetniška pisarna Zaman, d.o.o., dr. Gregor Dugar, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, dr. Jaka Cepec, Ekonomska fakulteta Univerze v Ljubljani.

BREZPLAČNA ŠTEVILKA

• 080 33 44

Četrtek, 26. januar

STEČAJNI POSTOPKI

Odpust obveznosti v postopku osebnega stečaja

Mateja Levstek, Višje sodišče v Ljubljani

Razmerje med postopkom osebnega stečaja in izvršbo

Mag. Damjan Orož, Višje sodišče v Ljubljani

Sodna praksa v postopkih osebnega stečaja

Maja Lajevec

Uveljavljanje izločitvene pravice v stečajnem postopku,

Dr. Nina Plavšak

Okrogla miza: Procesni položaj stranke in materialnopravni udeleženci v stečajnem postopku udeleženci v stečajnem postopku

Moderatorica: dr. Nina Plavšak

Udeleženci: mag. Damjan Orož, Višje sodišče v Ljubljani (pravica predkupnega upravičenca do pritožbe proti sklepu o soglasju k prodajni pogodbi), Aljaž Perme, Ministrstvo za pravosodje (odločba Ustavnega sodišča o vročitvi družbeniku), Mateja Levstek, Višje sodišče v Ljubljani, Vladimir Balažic, Vrhovno sodišče RS, dr. Lojze Ude, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.

www.planetgv.si/dip2017

Za prijave do 31. decembra 2016 velja ugodnejša kotizacija. Bralci revije pa s kodo DIP17PRAVNIK lahko uveljavite še dodaten 10 % popust.

Organizatorji

Generalni sponzor