

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Ljubljana 2015
letnik 70 (132)
številka 3-4
strani 151–284

izdaja
Zveza društev pravnikov Slovenije

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik 70 (132)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka 3-4/2015

Slovenski pravnik je prvič izšel leta 1862 (izdajatelj dr. J. R. Razlag), v letih 1870–1872 so izšli trije letniki revije *Pravnik slovenski* (izdajatelj dr. J. R. Razlag). Leta 1881 je kot 1. letnik izšla revija *Slovenski pravnik* in nato še leta 1882 in 1883 (izdajatelj dr. Alfons Mosche). Leta 1888 je izšel 4. letnik revije (izdajatelj društvo *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 *Pravnika*; od 1. januarja 1965, po združitvi z revijo Javna uprava, izhaja *Pravnik* kot revija za pravno teorijo in prakso.

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

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

Uredniški odbor:

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

Mednarodni uredniški odbor:

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

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Jezikovni pregled in oblikovanje:

IUS SOFTWARE, d. o. o., GV Založba

Pravnik

Izdajatelj in založnik: Zveza društev pravnikov Slovenije

Naslov: Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana

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

Naklada: 460 izvodov

Izide 12 števil na leto.

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

Naročila

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

Letna naročnina (cene z DDV):

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

IBAN: SI56 0292 2025 7264 074

VSEBINA

Članki

- Jasminka Hasanbegović (In)equality of Human Beings: Eternal – Premodern, Modern and Postmodern – or Outdated Legal Idea? – 155
- Aleš Novak Retroaktivnost in narava prava – 171
- Matija Damjan, Vesna Bergant Rakočević Dobra vera pri priposestvovanju služnosti: vidik priposestvalca – 193
- Klemen Podobnik Suspenzivni učinek nadzora nad koncentracijami v Sloveniji – 213
- Miha Šošić Varstvo osebnostnih pravic obdolžencev pri medijskem poročanju o kazenskih postopkih – 233
Der Persönlichkeitsschutz des beschuldigten bei der Medienberichterstattung über Strafverfahren
(daljši povzetek v nemščini) – 255

Recenzija

- Alexander Brörtl Argumentacija v pravu. Od življenjskega primera do pravne odločitve – 259

Prikaz knjige

- Jasna Murgel Otrokove pravice v Sloveniji – 265

Avtorski sinopsisi

- (v slovenskem in angleškem jeziku) – 271

Navodila za avtorje

- (v slovenskem, angleškem in hrvaškem jeziku) – 285

CONTENTS

Articles

- Jasminka Hasanbegović (In)equality of Human Beings: Eternal – Premodern, Modern and Postmodern – or Outdated Legal Idea? – 155
- Aleš Novak Retroactivity and the Nature of Law – 171
- Matija Damjan,
Vesna Bergant Rakočević Good Faith Relating to Prescriptive Easements: The Possessor's Aspect – 193
- Klemen Podobnik Suspensive Effect of Merger Review in Slovenia – 213
- Miha Šošić The Protection of Personality Rights of the Accused Regarding Media Coverage of Criminal Proceedings – 233
- Der Persönlichkeitsschutz des beschuldigten bei der Medienberichterstattung über Strafverfahren
(Longer Summary in German) – 255*

Review

- Alexander Brörtl Argumentation in Law. From Life Case to Legal Decision – 259

Book Review

- Jasna Murgel Children's Rights in Slovenia – 265

Authors' Synopses

(in Slovenian and English Language) – 271

Guidelines for Authors

(in Slovenian, English and Croatian Language) – 285

(IN)EQUALITY OF HUMAN BEINGS: ETERNAL – PREMODERN, MODERN AND POSTMODERN – OR OUTDATED LEGAL IDEA?

Jasminka Hasanbegović,

PhD, Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

1. INTRODUCTION

This paper focuses on the idea of legal equality, but first and foremost on the idea of legal equality of human beings. The idea of equality lies at the core of the idea of justice, more precisely it lies at the core of every idea, conception or notion, let alone theory of justice.¹ Namely, justice demands that equals are treated equally, and unequals unequally. This is why justice is more than equality. Equality demands that equals should be treated equally, and justice not only explicitly demands that the unequals are treated unequally, but also inherently requires two other things: on one hand, the differentiation between essential and non-essential (in)equalities, and on the other hand proportionality, proportional action, proportion in treating essential (in)equalities. Hence, equality by itself can be absolute, while equality as a core part of the notion of justice must be also relative, precisely due to being subject to comparison and grading.² Although it may sound paradoxically, it is here, in

¹ Allow me just to remind you of the span of theories of justice between Aristotle, *Nicomachean Ethics*, book V; and Chaïm Perelman, *De la justice*, Bruxelles, ULB, 1945 (later appearing in *Justice et raison*, Bruxelles, Editions de l'UB, 1963, as well as *Cinque leçons sur la justice*, in *Droit, morale, philosophie*, Paris, LGDJ, 1968); or John Rawls, *Justice as Fairness*, articles written from 1957 (*Journal of Philosophy*, October 24, 1957, 54 (22): 653–662) to the end of his lifetime (2002), and two books *A Theory of Justice*, Cambridge (Massachusetts), Belknap Press of Harvard University Press, 1971 (rev. ed. 1999) and *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge (Massachusetts), Belknap Press, 2001.

² Cf. Aristotle, *Topics* or *Topika*, Books II and III; topoi of comparison belong to topoi of accident.

this very fact of being subject to comparison and grading, that smaller and greater inequalities, as well as smaller and greater *equalities* stem from! And, although the phrase »smaller and greater equalities« might sound Orwellian, ironic, or even totalitarian – as you like – it still does not always have to be so when it is stated that “all animals are equal, but some animals are more equal than the others”,³ as we are going to see.

When we add *fairness* (I prefer this colloquial word to the legal term of Latin origin: *equity*, stemming from το ἐπιείκεια in Ancient Greek), which has been determined since Aristotle as something surpassing justice, namely as justice (i.e. justness) of a specific case, hence (in)equality caused by specific circumstances,⁴ then it is clearer that not only equality, but also justice (i.e. justness) can be compared and graded, and, moreover, it enables us to notice the dialectics in the relationship between equality and justice, the dialectics of their universal (or general) and specific (or individual) features, where inequality caused by specific circumstances can lead to something which is better and greater than justice, namely fairness. Such a complex connection between equality and justice results in the fact that, accordingly, on the universal, general level one can say very little about equality and justice, hence raising the question whether two Peters – Westen and Unger – were right when talking about the empty idea of equality,⁵ and empty ideas in general, in the context of criticism of the analytic philosophy.⁶

³ George Orwell, *Animal farm*, 1945.

⁴ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, transl. by W.D. Ross, bk. V, ch. X, §2, §6, §8, 1137b, pp. 138–139:

“... The same thing, then, is just and equitable, and while both are good the equitable is superior. And this is the nature of the equitable, a correction of law where it is defective owing to its universality.” And in the same chapter *in fine*: “It is plain, then, what the equitable is, and that it is just and is better than one kind of justice.”

The same Aristotle's thought, if we use word *fairness* instead of *equitable*, then reads:

“... The same thing, then, is just and fair, and while both are good the fairness is superior. And this is the nature of the fair, a correction of law where it is defective owing to its universality.” And *in fine*: “It is plain, then, what the fair is, and that it is just and is better than one kind of justice.”

⁵ Disagreements with Peter Westen occurred even before his lecture held at his University's conference on February 6, 1980, and subsequently published as “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, (95)1982/3, pp. 537–596. Westen soon replied to criticism in “The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals: A Reply”, *Michigan Law Review*, (81)1983, pp. 604–663; followed by “The Concept of Equal Opportunity”, *Ethics*, (95) 1985, pp. 837–850; and finally in the book *Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of “Equality” in Moral and Legal Discourse*, Princeton (N. J.), Princeton University Press, 1990. A very good critical overview of attitudes and discussions concerning the (non)emptiness of the substance of the equality idea advocated in the Anglo-American theory by Westen, Kymlicka, Dworkin, Waldron, Hart, Rawls and others, as well as a comprehensive critical overview of legal (legislative and court) practices can be found

Do these two Peters have a point? It seems so. Unger is right when he discusses the emptiness of ideas of analytic philosophy, which by itself deals with nothing “concretely substantial”, thus lacking any significant insight into concrete reality. In a way, 34 years later, Unger provides philosophical and epistemological foundations for Westen’s⁷ critical view of the empty idea of equality based (either consciously or unconsciously) on the analytic philosophy, which has dominated the Anglo-American intellectual world throughout the XX century. However, Westen himself is mistaken in approaching the equality principle in the same manner, as a thousand-years-lasting *fixture* of western thought, which caused the principle of equality to be empty of content. For, it is precisely through the universalization and generalization which are not based on and connected to unavoidably partial, parochial, specific realities that the content of the equality principle was rendered empty. The principle itself, transformed into a notion, has been analysed logically and conceptually in different branches of analytic philosophy, including analytical legal philosophy, without any linkages to actual reality.⁸ On the other hand, Westen – seemingly on the tracks of Unger, but actually, in a way anticipating him – considers that the principle of equality, in order to be meaningful, has to incorporate specific external values determining which persons and actions are equal or similar. However, once these external values are established, the very principle of equality becomes redundant, and, moreover, a source of confusion and logical fallacies, so the equality rhetoric should then be abandoned. Hence, Westen is correct that concretely substantial principles of equality are always in a certain manner linked to specific, partial, parochial, concrete realities and, so to speak, contextualized by them; that their meaning is determined by these contexts, i.e. concrete realities. But, Westen refrains from engaging in contextual deconstruction of the content of ideas or principles of legal equality, considering instead that this universal idea empty of any content should be abandoned

in Nicholas Mark Smith, *Basic Equality and Discrimination: Reconciling Theory and Law*, Farnham / Burlington, Ashgate, 2011.

⁶ Peter Unger in his recently published book, *Empty Ideas: A Critique of Analytic Philosophy*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2014 – differentiates between “concretely substantial” and “concretely empty” ideas, and demonstrates that the contemporary analytic philosophy deals primarily with “empty ideas”, purely conceptual issues, and not with any “concretely substantial” issues, important for the concrete reality.

⁷ Peter Westen “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, (95)1982/3, pp. 537 sqq.

⁸ For basics of analytical jurisprudence, see Brian H. Bix *Analytical jurisprudence / Analytical legal philosophy*, in *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford / New York, Oxford University Press, pp. 6–7. This is the tradition which, according to some, begins with Bentham, continues with Austin, and in the XX century was followed primarily by Hart, and then many others.

together with the equality rhetoric. And this is where, in my opinion, Westen is wrong. The equality principle is not an outdated, nor redundant, let alone logically harmful idea in concrete, as well as postmodern reality.

2. BACK TO THE FOUNDATIONS: ARISTOTLE

We shall now abandon the analytic philosophy's theoretical framework and turn to the contrasting framework of continental philosophy, but not the XX century one, nor even modern continental philosophy. We will return to its very foundations. Let us first go back to Aristotle. Why? Because, as we have seen, he explained to us the origin of such dialectic complexity of links between (in)equality, (in)justice and (un)fairness, as well as their universal (or general) and concrete (or specific) traits which have presented a stumbling block and a Gordian knot for both Anglo-American analytic philosophy and Anglo-American jurisprudence more than two millennia after Aristotle, as we have been informed by the two Peters. But that is not all. With Aristotle's help we can gain several more important insights.

The renowned fifth book of Aristotle's "Nicomachean Ethics" tells us that equality (as ordinary or essential or absolute equality, and as proportionate or relative equality, i.e. proportionality) lies at the core of the idea of justice as a perfect, complete, greatest virtue, or supreme legal value. Justice as a specific type of equality, hence, is stretched between the idea of identity as sameness or identicalness, and the idea of fairness as uniqueness.

Let us first review how equality and identity "stretch" justice. Only the essentially equal or at least essentially similar phenomena are called the same, identical, equitable. This is precisely where the first problem arises. Essence⁹ is an inherent principle of phenomena (i.e. beings), which is, in the logical sense, expressed by a definition (i.e. by the closest genus and the specific difference). Essence surpasses all individual phenomena (i.e. individual beings), but it is absent, non-existent outside of those individual beings. Aristotle's teaching on identity points out another, even greater source of problems.¹⁰ This teaching

⁹ Aristotle, *Metaphysics*, bk. V, 1017 b 23–26.

¹⁰ Aristotle, *Topics*, book VII, especially chapter I. Here Aristotle focuses on three basic types of identity: 1) numerical (which is actually the identity of designations of one single phenomenon, in the same way synonyms signify a single phenomenon, e.g. house and building), 2) specific identity (which is in turn the identity of phenomena, and not of their designations, more precisely the identity according to species, e.g. Tutsi and Hutu – two different peoples, i.e. two different types of ethnic groups both in Burundi and Rwanda), and 3) generic identity (which is also the identity of a phenomenon, and not of its designations, but in this instance the identity by genus, e.g. a black and a white may designate identity of two men, or two humans, or two horses, or two animals, i.e. a black person and a white

clearly points out the comprehensive ontological and epistemological difficulties and inherent limitations arising in the course of determining and expressing identity, and in that context of equality. These should always be kept in mind, especially in philosophy and jurisprudence.

Now let us address the proportional or relative equality, i.e. proportionality. When a legislator achieves it, namely when it is achieved in a general, abstract manner, we talk about just laws. Of course, this general, abstract proportional equality is only one of the prerequisites of a law's justness. And when the proportional or relative equality is achieved by a judge in a specific case, in relation to previous, identical or similar court practice cases, we talk about a fair judge. But we have to keep in mind that the specific proportional equality in relation to adjudicated identical or similar court cases remains just one of the conditions a judge needs to meet to be regarded as fair.

And finally, how do equality and fairness "stretch" justice? By placing it between equality as the essence, or at least core, heart of justice, and then, again both equality as qualitative, essential equality of beings (or events, phenomena, things),¹¹ and equality as quantitative, proportional equality of beings (or phenomena) on one side, and fairness on the other, and more precisely, fairness as uniqueness, as unique justness, which is not only justice, but more than justness in a specific case, precisely because it gives importance to some non-essential but specific circumstances of a being (or phenomenon).¹² This is

horse). When identity is discussed, Aristotle says that the majority of persons refers to the numerical identity which can be: a.) nominal (i.e. synonymous identity, for example house and building) or else a₂) definition identity (square and isosceles right-angled quadrilateral), b) proper identity (man and being capable of laughter) and c) accidental identity (Professor at University of Belgrade Faculty of Law present in Łódź on September 28, 2014 and Jasminka Hasanbegović). We should note that, when it comes to numerical identities (as identities of designations, i.e. meanings of terms) we have two designations (i.e. two terms) and a single concept and a single phenomenon (i.e. being or event or thing), while in the case of specific and generic identity (as identities of beings or phenomena or events or things) we have three designations (i.e. three terms) and three concepts, and two phenomena (or beings or events or things). It should also be noted that out of four numerical identities (as identities of designations, i.e. meanings of terms) only one – definition identity – relates to the *essence*, or, more precisely, to the *designation of the essence* of a being (or phenomenon or event or thing), and most precisely, to the *designation of a total essence* of a being, while the other two identities – specific and generic (as identities of beings or phenomena or events or things) refer to the *essence* too, but only to their respective *part of the essence* of a being or phenomenon or event or thing. For more on this, see Jasminka Hasanbegović, *Topika i pravo* [Topics and Law], Podgorica, CID, 2000, especially pp. 33, 66–67 *et passim*.

¹¹ Which, as we have seen, represents the mentioned unattainable identity.

¹² I.e. because it takes into consideration some non-essential but specific, proper or even accidental traits of the case at hand (or as Aristotle would phrase it: it also takes into consideration some temporary properties and accidentalities).

exactly the dialectics of paradox. And it seems to be the maximum that can be said about justice between equality and fairness on the universal, general level. Hence the impression of *nothing new after Aristotle* – not only in theories of justice, but also in its various understandings – is basically correct.

Altogether, even Aristotle's notions of justice and equality would also be empty ideas if they had been developed only in his fifth book of "Nicomachean Ethics", or if we disregard all other Aristotle's works, especially "Politics", and his views on the issue of (in)equality of human beings. Inequality of slaves, barbarians, women, children – both in comparison to each other, as different family or society members, and primarily in relation to the Greeks – is explained by Aristotle as natural, as inequality founded in their unequal, different natures, first and foremost, in the different *logos* of all these beings, designating simultaneously their *language* and their *reason*.¹³ Still, some nuances should be highlighted. A reconstruction of Aristotle's notion of a man in this context would show that for him a man is a Greek (and not a barbarian), a male (and not woman), an adult (and not a child). This is especially important if we recall that for him slaves are "living tools",¹⁴ that "barbarians and slaves have the same nature",¹⁵ that "women possess *logos*, but lack the authority, and children lack a complete *logos*".¹⁶ So, if we accept for Aristotle a man (human being) is an adult Greek male, then we can state that Aristotle advocates the equality of all men (human beings). Moreover, a few more nuances need to be taken into account. Aristotle considered that a husband and a wife should live in *politeia*,¹⁷ i.e. a system of rule appropriate for the free and the equals,¹⁸ but still stated that a woman should not leave female house quarters, maybe because, as it was previously stated, he believed that a woman possessed *logos*, but lacked authority.

From the contemporary point of view, it could be stated, having in mind not only Aristotle, but almost the entire philosophical thought, that not only the Athenian world (including the period of its democracy), but also the entire Ancient (Greek and non-Greek) world, as well as the entire premodern world in general were ruled by the concept of inequality of human beings – a natural,

¹³ These Aristotle's attitudes, which have attracted attention of different authorities during more than two millennia, are in more detail explained in the first two books of his *Politics* and then also in his *On the Generation of Animals* (bks. I, II, VI) and *History of Animals* (book IX).

¹⁴ Aristotle, *Politics*, book I, chapter IV, §3 – 1253b *in fine*.

¹⁵ *Ibid.*, bk I, ch. II, §2 – 1252b3.

¹⁶ Cf. *ibid.*, bk. I, ch. XVII, §1 *in fine* – 1260a11.

¹⁷ *Ibid.*, bk. I, ch. XV, §1 – 1259a39 and bk. I, ch. XVI, §1 – 1259b1.

¹⁸ *Ibid.*, bk. I, ch. VIII, §3 – 1255b20; bk. I, ch. XVI, §1 – 1259b4-6; bk. III, ch. VII, §1 – 1277b7-9.

God-given, or god-ordained as natural inequality of human beings, followed closely by the idea of an entirely natural, God-given *legal* inequality. This idea was realized in different concrete ways, but was almost exclusively taken as unquestionable. It is also necessary to underline that the idea or notion of man in premodern era was very limited in scope and abounding in content, which, in fact, were conditions that somebody first had to fulfil in order to be considered as and called a man, like it was demonstrated on Aristotle's example.

3. PREMODERN EXEMPTIONS: SOME SOPHISTS AND STOICS

This makes it necessary to mention at least briefly a few rare but precious exemptions: sophists Hippias, Antiphon and Alcidamas,¹⁹ and Stoics, as proponents of exactly opposite idea to that which will be prevalent in Europe after them, namely to Christian idea of (in)equality. For, when discussing legal equality of humans, it can be stated that during the entire premodern era, not only in specific social realities, but in the world of ideas as well, almost nothing happened from the aforementioned ancient exemptions to the French revolution.²⁰

Hippias of Elis was the first to differentiate between the natural and positive law. Unknown even to the knowledgeable public, he was in early XX century "introduced" to scientific circles as "the ancient Hugo Grotius".²¹ Hippias considered all humans his fellow countrymen, kin and co-citizens by nature, but not according to human laws, since equals are naturally similar, and the human law is tyrannical and often violates the nature.²² Modern interpretations

¹⁹ Mihailo Đurić, *Ideja prirodnog prava kod grčkih sofista* [*The Idea of Natural Law by Greek Sophists*], PhD thesis (1954), Belgrade, University of Belgrade, 1958. I used this work from the second, extended edition of Đurić's collected works, Belgrade, 2009, Vol. 1, p. 181.

²⁰ This is, of course, a rough formulation. It would be more precise to say until Sir Edward Coke and John Locke in theory, and in practice until the English Bill of Rights (1689), Virginia Declaration of Rights (1776), North-American Bill of Rights (1789) and the French Declaration on the Rights of Man and Citizen (of the same year, 1789), which were very influential, model legislation of the time.

²¹ In his writings on the Greek Enlightenment (VII–V century BC), which starts with the Presocratics and continues with Socrates and the sophists, Johannes Geffcken has called Hippias "the ancient Hugo Grotius", comparing him to "the father of modern natural law". See, Johannes Geffcken, "Die griechische Aufklärung", *Neue Jahrbücher für das klassische Altertum*, Bd. 51-52, 1923, SS. 15-31, especially S. 23.

²² Cf. Hermann Alexander Diels, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, 6th ed. revised by Walther Kranz, Berlin, Weidmann, 1952, S. 333. This viewpoint of Hippias is presented in Plato's *Protagoras* (337c).

and understanding of this viewpoint differ, so the question whether Hippias was the first cosmopolitan, more precisely, the first representative of the cosmopolitan worldview, or just one among many Panhellenists – has not been answered in the same manner up till now, but the arguments in Đurić's research clearly indicate that Hippias was the first *jusnaturalist* and cosmopolitan, hence a real predecessor of Stoics, if not the first Stoic.²³

Antiphon has been controversial since Late Antiquity: Are Antiphon the sophist and Antiphon the Rhamnusian, orator and politician, the same person? When the fragments of Antiphon's work *Aletheia* (*The Truth*) were discovered in early XX century among accidentally unearthed papyri in Egypt as the only original document containing the sophistic teaching on natural law, the question of Antiphon or Antiphons gained importance again and the vivid discussion continued in the current century.²⁴ Antiphon explicitly states that the differentiation between good and bad families, i.e. between aristocracy and plebeians is quite barbaric, and, in his opinion, it is the characteristic of the existing legal order of positive law, since all people, Greeks as well as barbarians, are perfectly equal. Biological equality, according to him, requires legal equality by regulating interpersonal relations.²⁵ According to Antiphon's exceptionally individualistic, humanistic, democratic and cosmopolitan doctrine, his understanding of natural law was as reformatory and revolutionary as Hippias', what Đurić has convincingly demonstrated. In contrast to brute force and mere sanction of human laws, and in contrast to the divisions of human beings into rich and poor, Greeks and barbarians, divisions that are introduced by these human positive laws, Antiphon's *Truth* proclaims freedom of individuals and equality of human beings.²⁶

Finally, when discussing sophists, we should also mention Alcidamas of Elaea because of his famous view which elevates legal equality of humans to the level of a well-founded principle, and which states:

²³ Mihailo Đurić, *op. cit.*, pp. 203–217.

²⁴ *Ibid.*, pp. 239–243. It should be also added that this discussion endures in the XXI century in new books. Thus, Michael Gagarin, a renowned contemporary expert in the Ancient Greek law, rhetoric, literature and philosophy, presents in his book *Antiphon the Athenian: Oratory, Law and Justice in the Age of the Sophists*, Austin, University of Texas Press, 2002 – the arguments in favour of identifying Antiphon the Sophist as Antiphon the Rhamnusian, while Gerard Pendrick provides in his book, published that same year, *Antiphon the Sophist: The Fragments*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 – arguments that Antiphon the Sophist and Antiphon Rhamnusian are two different persons, and provides the new edition of and commentary on the fragments attributed to the Sophist.

²⁵ Cf. Hermann Alexander Diels, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, frg. B, col. I, 35 ff. – referred to in Mihailo Đurić, *op. cit.*, pp. 248–254.

²⁶ Mihailo Đurić, *op. cit.*, pp. 253–261.

“God has created all humans free. Nature made nobody a slave.”²⁷

Since cosmopolitanism is a characteristic feature of the entire stoic social philosophy from the birth of stoicism in Athens with Zeno of Citium in late IV and early III century BC until Justinian's ban on all pagan philosophical schools in 529 AD we should remind us on this occasion of what Epictetus told us and Diogenes Laertius spread later on, namely, that long ago, at the very beginning of the establishing of the stoic school, Laertius' famous namesake, stoic Diogenes of Sinope, had stated: “I am neither Athenian nor Corinthian. I am a citizen of world – a *kosmopolites*.”²⁸ And Epictetus himself later stated:

“... a man is no longer a man if he is separated from other men. For what is a man? A part of a state, of that first which consists of Gods and of men; then of that which is called next to it, which is a small image of the universal state.”²⁹

Having in mind that sophists did not share a single harmonized worldview, but quite the opposite, held not only diverging but completely opposed opinions, the stoicism can be considered the first school of philosophy establishing the principle of legal equality of humans, and founding it on equal human nature of all individuals regardless of their potential differences. This contribution of stoics to the political thought is considered their greatest and deepest.³⁰

Stoic worldview with its central idea of human equality did not only last for a long time as a school of philosophy – more than eight centuries – but was also quite widespread both in Greece and Hellenistic world in general, as well as subsequently in the Roman Empire. Of course, it is impossible to estimate how influential it would have been if the Christian worldview had not suppressed it owing to the aforementioned Justinian's legal ban in 529. Still, it can unquestionably be stated that the early Christian thought borrowed and used many central stoic ideas, philosophical concepts and even terms.³¹

²⁷ Scholia on Aristotle, *Rhetoric*, book I, chapter XIII, 1373b18 – referred to in Mihailo Đurić, *op. cit.*, pp. 257–258.

²⁸ Epictetus, *Discourses*, bk. I, ch. IX, § 1, Greek-Engl. Loeb e-edition; Diogenes Laertius, *The Lives and Opinions of Eminent Philosophers*, bk. VI, ch. II, § VI (72) – Greek & Engl. e-eds.

²⁹ Epictetus, *ibid.*, bk. II, ch. V, §26.

³⁰ Charles H. McIlwain, *The Growth of Political Thought in the West: From the Greeks to the End of the Middle Ages*, New York, Macmillan, 1932, pp. 114–115.

³¹ For more on this, see the standard work on historical, social, political, cultural, religious, philosophical and other relevant backgrounds of the birth of Christianity: Everett Ferguson, *Backgrounds of Early Christianity*, (1st 1987) 3rd expanded & revisited ed., Grand Rapids (Michigan), William B. Eerdmans Publishing Company, 2003, pp. 3 *sq. et passim*, especially pp. 354–369.

4. THE CHRISTIAN VIEW ON EQUALITY

Though it can be asserted that Christianity – unlike other religions at the time – represented the first universalistic religion and preached the equality of all humans: Jews, Greeks, Romans, poor, rich, women, men, it preached the equality of all before God, in (His) Final Judgement, and not the equality according to human laws, i.e. not the equality before human laws, or courts and tribunals. Throughout the centuries, the relationship of Christianity towards the state authorities has been expressed by Jesus Christ's famous saying: "Render unto Caesar." That means: "Render unto Caesar the things that are Caesar's; and unto God the things that are God's."³² As it is well known, during the course of its history, Christianity split into different confessions, i.e. churches, but the attitude towards the legal equality of human beings according to human, i.e. terrestrial laws (*per leges terrena*e or *per leges terrae*) has remained essentially unchanged. In that sense, the historically recent attitudes of protestant, and Roman catholic church, i.e. the Vatican (but not only them) towards Nazism and similar governments and legal orders, e.g. in Croatia at that time, or elsewhere, represent a special problem.³³ Hence, it seems that, in the period after World War II, the views of different Christian and all other confessions or churches on terrestrial legal (in)equality of human beings should be evaluated on the basis of their attitude towards human rights. But, this is a vast topic that cannot be opened on this occasion.³⁴

Is it so, that nothing has really happened after the aforementioned three sophists (Hippias, Antiphon and Alcidas) and Stoics until the American and French revolution and their constitutions and Declarations of Rights? Is it so, that neither in the history of the idea of legal equality nor in social practice

³² In Gospel by Matthew (22:15-22), Mark (12:13-17) and Luke (20:20-26), as well as in non-canonical Gospel by Thomas (100).

³³ There is a comprehensive body of literature on this, so we refer only to the newest, without any pretension to critical expertise: Chris McNab, *The Third Reich*, London, Amber Books Ltd., 2009; Robert Michael, *Holy Hatred: Christianity, Antisemitism, and the Holocaust*, New York, Palgrave Macmillan, 2006; David Redles, *Hitler's Millennial Reich: Apocalyptic Belief and the Search for Salvation*, New York / London, New York University Press, 2005; Roger Griffin, *Fascism, Totalitarianism and Political Religion*, Oxon / New York, Routledge, 2005; Robert Anthony Krieg, *Catholic Theologians in Nazi Germany*, London, Continuum International Publishing Group, 2004.

³⁴ On that topic, see some relevant "BCMS" literature in our (Bosnian-Croatian-Montenegrin-Serbian) language: Enes Karić, prir., *Ljudska prava u kontekstu islamsko-zapadne debate* [Human Rights in the Context of Islamic-Western Debate], Sarajevo, Pravni centar, 1996; Eliezer Papo, prir., *Judaizam i ljudska prava* [Judaism and Human Rights], Sarajevo, Pravni centar, 1998; Velimir Blažević, prir., *Ljudska prava i Katolička crkva* [Human Rights and Catholic Church], Sarajevo, Pravni centar, 2000.

nothing has really happened during this period of twelve and a half centuries? This could almost be accepted as such. For, the idea of terrestrial equality of men before the law and courts flared up for a moment in the Antiquity, and then was transcended by the Christianity to the State of God, so it reappeared in the earthly domain only in the modern age, now as an important, essential feature, criterion of modernity, and only then did it start to be slowly and arduously implemented in practice, in reality.

5. MAGNA CARTA'S (LIBER) HOMO

However, the idea of legal equality – as idea of equality of men before the law and courts – did not appear out of thin air in the modern times, nor were the aforementioned twelve and a half centuries just a river of time whose flow brought nothing. There is a legal, political, social and cultural event deserving of our full attention. Not because of what it meant on that day, June 15, 1215, when John Lackland met his 25 barons (and 12 bishops and 20 abbots who served as witnesses) at Runnymede, on the bank of Thames near Windsor Castle, but primarily due to what it has been meaning for the centuries afterwards. The event in question is, of course, the signing of *Magna Carta Libertatum*.³⁵ As the first document imposed on a king by his feudal subjects attempting to limit by law his power, and to protect their proper rights, the Great Charter of the Liberties of England has only subsequently, during its long and complex history, become an important part of the modern constitutionalisation of government, a precursor of human rights, and a legal model even outside of England. As Lord Denning declared, *Magna Carta Libertatum* was “the greatest constitutional document of all times – the foundation of the freedom of the individual against the arbitrary authority of the despot”.³⁶

From the perspective of equality, the most important, and still valid, is the provision 29 (and later 39 and 40), which states:

“Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.

Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iusticiam.”³⁷

³⁵ James Clarke Holt, *Magna Carta*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 1–22, *sqq.*

³⁶ Cited according to Danny Danziger & John Gillingham, *1215: The Year of Magna Carta*, London, Hodder and Stoughton, 2004, p. 278.

³⁷ James Clarke Holt, *ibid.*, pp. 460–461.

“No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.

To no one will we sell, to no one will we deny or delay right or justice.”

But who is *liber homo*, freeman? In 1215, only a King's subject who is a feudal noble: a baron, an earl or a lord, or a male offspring of theirs – but naturally neither an ordinary man, nor serf – was a freeman, *liber homo* referred to by *Magna Carta Libertatem*. However, it was already by the law adopted in 1354 that the provision 29 was revised, and then *freeman* became simply *a man*, i.e. *man of whatever estate or condition he may be*, and the phrase on “*due process of law*” for lawful judgement of his peers or the law of the land was added to the text of the provision. Hence, it is no surprise that already Sir Edward Coke tried to deny the King's sovereign rights by invoking the Great Charter: “*Magna Carta* is such a fellow, that he will have no ‘sovereign.’”³⁸ Coke considered that laws held the absolute power, not the King.³⁹ We should notice this as a completely *modern* view: It is not the king who is sovereign, but the laws, namely the legislator, i.e. the Parliament. But, following Coke's idea that *Magna Carta* is ‘a fellow without sovereign’, we reach the *postmodern* view: Neither the King, nor the laws, i.e. legislator – the Parliament are the ones who are sovereign, but precisely the *Magna Carta*, namely the rights and liberties of man (later named human rights) that are contained therein (or in any other document).⁴⁰

English constitutionalist ideas, which began as premodern ideas of *Magna Carta Libertatum*, were gradually developed and amended throughout centuries, and then transplanted during American and French revolution into their constitutions and declarations on rights, and subsequently, during two following centuries, disseminated all around the world. Thus we could draw the conclusion that the principle of legal equality of human beings was also realized

³⁸ Cited according to Ralph V. Turner, *Magna Carta*, London, Longman, 2003, p. 157.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ See on this, from another angle, Jasminka Hasanbegović, “Retoricitet prava i pravnost države – O nespojivosti suverenosti i pravne države [Rhetoricity of the Law and Legality of the State – On the Incompatibility of Sovereignty and Legal State (Rechtsstaat)]”, in Danilo N. Basta, Diter Miler, prired., *Pravna država – poreklo i budućnost jedne ideje [Legal State (Rechtsstaat) – The Origin and the Future of One Idea]*, Beograd, Pravni fakultet u Beogradu – Centar za publikacije and Nemački kulturni i informativni centar u Beogradu, 1991, pp. 52–61; Jasminka Hasanbegović, “Rhetorizität des Rechts und Rechtllichkeit des Staats – Über die Unvereinbarkeit von Souveränität und Rechtsstaat”, *Rechtstheorie*, Berlin, Sonderheft Jugoslawien, herausgegeben von Danilo Basta, Werner Krawietz, Dieter Müller, *Rechtsstaat – Ursprung und Zukunft einer Idee*, Symposium zum 150-jährigen Bestehen der Belgrader Juristischen Fakultät, 1993, Band 24, Heft 1-2, SS. 63–80.

without any questions or problems, once it was established, i.e. constitutionalised in modern states. But, it did not happen in that way. Nowhere. Here are several examples, just for illustration purposes.

6. LABORIOUS MODERNISATIONS

England is considered the cradle of *modern* democracy. Yet, until 1948 some people were “more equal” than others, namely “more equal” from the aspect of electoral rights. For example, the representatives of bourgeoisie were allowed to enter the House of Commons only after the reform of 1832, and the new reform implemented in 1867 additionally lowered the property qualifications in accordance with a new Law, so a large number of industrial workers received voting rights and a theoretical option to have workers’ representatives in the House of Commons. Voting rights were provided exclusively to men until 1918, when they were awarded to women as well, barring those under the age of 30. It was not until 1928 that the voting rights of men and women were completely equal, and awarded to persons of both sexes above the age of 21.⁴¹ But, it was not until the reform of 1948 that the last cases of double or plural voting right were eliminated,⁴² and only then did the voting right in England become completely universal and equal for all.⁴³

In spite of the fact that on the issue of legal equality of men and women from the aspect of voting rights, a great library of books could be collected, there would still be many unwritten facets of that topic waiting for research and analysis and deserving them. Hence, we should use this opportunity to name at least some illustrative data. As early as in the 18th (in just a few countries such as Sweden and Poland) and 19th century, voting rights were beginning to

⁴¹ For more on this, see. Miodrag Jovičić, *Veliki ustavni sistemi: Elementi za jedno uporedno ustavno pravo* [Great Constitutional Systems: Elements for One Comparative Constitutional Law], Beograd, IRO “Svetozar Marković”, 1984, pp. 29–30.

⁴² The Representation of the People Act from 1948 abolished the right of university professors and property owners to vote two or more times: in the constituency they live in and in their university's constituency; or in the constituency they live in and in the constituency they have property; or three times: in the constituency they live in, in the university's constituency, and in the constituency in which their property is located (of course, if those constituencies are different); as well as any other plural voting rights in general – e.g. in the constituency professor lives in, in his university constituency, and the constituencies in which his properties are located (again, of course, if those are different constituencies). Cf. Hilaire Barnett & Robert Jago, *Constitutional & Administrative Law* 8th ed., Abingdon / New York, Routledge, 2011, p. 344.

It now seems clear where Orwell could also have got his inspiration for all animals being equal, but some more equal than the others on his animal farm.

⁴³ Miodrag Jovičić, *loc. cit.*

be awarded to women, but only if they were taxpayers (either as guild members or widows), or only at local level. It could be stated that Australia was the first country where women – although not Aboriginal ones – were awarded the voting rights at federal level in 1902. With regards to Europe, Finland was the first country to introduce universal, active and passive voting rights in 1906 regardless of a person's gender, financial situation, race or social position. Some of the countries that follow its example are: 1917 – Poland and Soviet Union; 1918 – Germany; 1920 – USA, after the adoption of the 19th Amendment,⁴⁴ although that still did not enable a complete exercise of universal voting rights in that country; 1945 – France and Yugoslavia; 1965 – USA provided universal voting rights in accordance with the Voting Law which prohibits race, gender, education and language based discrimination in relation to voting rights; 1971 – Switzerland introduced the universal voting rights by including women into electoral processes at federal level, and at cantonal from 1958 to 1990; 2006 and 2011 – United Arab Emirates introduced the limited voting rights for women, and mildly relaxed them, respectively; and 2015 – Saudi Arabia will introduce voting rights for women and allow them to be elected at local level.⁴⁵

This glance on the issue of achievement of legal equality for all regardless of their gender in the field of election and voting seems to clearly indicate that many more similar efforts will need to be invested in the achievement of the general legal equality principle, which remains one of the foundations and criteria of modernity.⁴⁶ But, we should note that even before the biggest part of that modernisation task was completed, new postmodern issues and questions that need to be resolved arose. Let us mention just a few of those related to the legal equality of human beings.

7. POSTMODERN ISSUES

Positive discrimination – or, affirmative action – as a phenomenon of a “more equal” treatment of some groups of people is directly opposite to the principle of (formal) equality of human beings and – only at first glance, paradoxically

⁴⁴ The Nineteenth Amendment to the United States Constitution provides: “The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex.”

⁴⁵ See http://en.wikipedia.org/wiki/Timeline_of_women's_suffrage. Accessed on 27. 07. 2014.

⁴⁶ On other issues of gender equality around the world, see Susan H. Williams, ed., *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; and on national equality and minority legal tradition, see William Kurt Barth, *On Cultural Rights: The Equality of Nations and the Minority Legal Tradition*, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

– represents an attempt to eliminate or at least alleviate as quickly as possible the negative consequences of previously existing and now prohibited discrimination, in the name of justice, fairness and future equality achieved precisely through this unequal treatment, which will in future become unnecessary or at least considerably less necessary.⁴⁷

Legal equality of human beings is expressed indirectly in the international law by the principle of sovereign equality of countries. Postmodern era brings a multitude of new, burning issues that need to be resolved primarily within the framework of international criminal law, but brings also a new type of cosmopolitanism appropriate for these times.⁴⁸

Among postmodern issues, those stemming from the attitude towards human homosexuality remain especially important and difficult. Until recently treated as a felony, homosexuality then was transferred into law-free space (in German *rechtsfreier Raum*), i.e. became something that is not and should not be regulated by legal norms, something legally irrelevant, so that under certain circumstances has to be tolerated. Additional steps forward have recently been taken so that homosexual relationships are afforded legal protection of similar or same nature as the legal regulation of marital bonds. Commonly, legally registered homosexual relationships are not officially called marriages, but in some places such couples are permitted to adopt children.⁴⁹

⁴⁷ On this see in detail in the aforementioned comprehensive analysis by Nicholas Mark Smith, *Basic Equality and Discrimination: Reconciling Theory and Law*, especially pp. 89–216.; also Tilmann Altwickler, *Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz*, with English Summary: *International Equal Protection Law*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Springer, Heidelberg/ New York etc., Bd. 23, 2011, SS. 551.

⁴⁸ On this, see almost all papers in Janne E. Nijman, Wouter G. Werner, Vol. Eds, *Netherlands Yearbook of International Law 2012: Legal Equality and the International Rule of Law: Essays in Honour of P. H. Kooijmans*, The Hague/ Cambridge/ Heidelberg, Asser Press/ Cambridge University Press/ Springer, 2013, pp. 266, especially, Janne E. Nijman and Wouter G. Werner, *Legal Equality and the International Rule of Law*, pp. 3–24; Brad R. Roth, *Sovereign Equality and Non-Liberal Regimes*, pp. 25–52; Tony Carty and Xiaoshi Zhang, *From Freedom and Equality to Domination and Subordination: Feminist and Anti-Colonialist Critiques of the Vattelien Heritage*, pp. 53–82; Gerry Simpson, *Great Powers and Outlaw States Redux*, pp. 83–98; Jeffrey L. Dunoff, *Is Sovereign Equality Obsolete? Understanding Twenty-First Century International Organizations*, pp. 99–127; Rosalyn Higgins, *Equality of States and Immunity from Suit: A Complex Relationship*, pp. 129–149; Sarah M. H. Nouwen, *Legal Equality on Trial: Sovereigns and Individuals Before the International Criminal Court*, pp. 151–181; Geoff Gordon, *Legal Equality and Innate Cosmopolitanism in Contemporary Discourses of International Law*, pp. 183–203.

⁴⁹ On this and other contemporary equality issues in USA, but not from the angle of conservative Supreme Court, than from the angle of constitutional laws of federal states and their supreme courts prone to increasing equality and freedom, see very informative,

8. CONCLUSION

Is it possible to have new concepts of equality, fairness, freedom, reasonableness, subject, object, right, responsibility and other basic modern ideas as an articulate system of philosophy, a worldview with consistent legal philosophy appropriate for our time?⁵⁰ Of course, but without intending them to express the one and only possible truth and rightness, without empty analytic philosophy ideas, and also empty idea of equality, and with full consciousness of every *zoon politikon* on their important piece of legal, moral, political and every other *responsibility* for themselves, their modern democratic polis, i.e. their national state, and their cosmopolis, i.e. mankind, including all (un)bearable legal (in)equalities, all identities and differences. For, every society in its proper time, every generation, hence, human beings are always the ones who fill all the otherwise empty concepts with content, including the concept of legal (in)equality of human beings. Humans are also those who empty the concepts of content not only in philosophy but in practice too. This is precisely why in modern democracies people are, and should be held accountable for their decisions. The validity of those decisions can be derived from the majority principle, but that does not make them adequate nor correct. Hence, modern democracy offers no possibility to hide behind the majority, since the majority is not *eo ipso* right, and has not *eo ipso* (sovereign) right(s). Precisely therein lies the modernity of the democratic principle. It is much more than the majority principle. Modern democracy is also substantial protection of minorities, substantial protection of not only everyone individually but also of specific minorities. That is to say, it is also concrete substantiality of the idea of (in)equality, identities and differences, and accountability for those concrete substantialities, when we care, and only seemingly paradoxically, even greater accountability when we do not care.

critical and theoretically well founded book Jeffrey M. Shaman, *Equality and Liberty in the Golden Age of State Constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 269.

⁵⁰ One, not very successful attempt, is presented in Jürgen Ritsert, *Gerechtigkeit, Gleichheit, Freiheit und Vernunft: Über vier Grundbegriffe der politischen Philosophie*, Springer, Wiesbaden, 2012, SS. 123, but it should be mentioned as an exemplification of what analytic philosophy does in Europe, moreover, in Germany, what is exactly the object of Peter Unger's criticism because it results in empty ideas, concretely nonsubstantial ideas. As opposed to him, we have Sionaidh Douglas-Scott, *Law after Modernity*, Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, 2013, pp. 413, who points out the difficulties, and critically reviews some basic concretely substantial postmodern legal ideas.

RETROAKTIVNOST IN NARAVA PRAVA¹

Aleš Novak,

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

1. UVOD

Ko je Vergil zapisal svoj znani verz *fugit tempus inreparabile*,² zagotovo ni imel v mislih prava. Kako bi ga lahko imel? Ko je govoril o tem, kako se vsa živa bitja predajajo ljubezni, je imel pred očmi splošno človeško izkušnjo: ko nam sedanjí trenutek spolzi iz rok, je za vedno izgubljen, ujet v preteklosti kot predmet obžalovanja ali lepih spominov, za katerega nam nikoli več ni dano, da bi ga mogli podoživeti ali predrugačiti.

Zdi se, da prava običajni potek časa ne veže. Retroaktivna pravna pravila naj bi dosegla prav to, česar nam vsakdanja izkušnja ne dopušča: spreminjala naj bi preteklost. Navadno je pravo res zazrto v prihodnost, a prav mogoče je, da privzame Janusovo podobo, podobo rimskega boga z dvema obrazoma, od katerih je bil eden zazrt v prihodnost, drugi pa v preteklost. Pravo lahko določa prihodnje ravnanje, lahko pa tudi predrugači preteklost.

Moč nad preteklostjo, ki jo pravo lahko dà, je lahko nevarna ali vsaj tvegana. Lahko pa je, kar morajo priznati tudi kritiki retroaktivnega učinkovanja prava, blagodejna ali celo bistvenega pomena za uresničevanje vladavine prava.³ A to velja le redko. Retroaktivnost je podobna zdravilu, ki pomaga v majhnih odmerkih in ubija v velikih. Težko si je namreč predstavljati pravni sistem, ki bi ga

¹ Za pozorno branje osnutka tega besedila in koristne nasvete, kako ga izboljšati, se lepo zahvaljujem akad. prof. dr. Marijanu Pavčniku in doc. dr. Tilnu Štajnpihlerju.

² Vergil, Georgika III, 284: Celoten verz se sicer glasi: »*sed fugit interea, fugit tempus inreparabile*« ali, v prevodu Frana Bradača, »čas nezadržno beži, beži – in se več ne povrne« (Vergil: Bukolika in Georgika. Založba Obzorja, Maribor 1984).

³ Lon L. Fuller: The Morality of Law. Druga izdaja, Yale University Press, New Haven in London, 1963, str. 53.

sestavljali le retroaktivni predpisi.⁴ Retroaktivnost ima smisel le kot izjema. A tudi njena redka uporaba še ni jamstvo za vsebinsko utemeljenost takega pravnega urejanja v konkretnem primeru. Zgodovina ne skopari s primeri zlorab retroaktivnega učinkovanja prava. Vendar pa takšne izjeme izostrijo spoznanje, da mora pravo (vsaj načeloma) veljati za naprej in da so retroaktivni zakoni vsaj načeloma vedno sporni. Demosten je morda nekoliko pretiraval s svarili, da nam retroaktivni predpisi zanesljivo razkrivajo tiransko naravo oblasti. Brez dvoma pa se lahko strinjamo z njegovo splošno ugotovitvijo, da »svobodne države predpisujejo, kako je treba ravnati v *prihodnosti*«. ⁵ Veliki grški retor v tem ni ostal osamljen. S spoznanjem, da je smiselni le tak zakon, ki »*post eam legem populus utatur*«, ki ga ljudstvo uporablja potem, ko je bil že sprejet,⁶ se mu pridruži tudi veliki rimski govornik Cicero. In za njim še vrsta drugih, dokler vodilo ni sprejeto v Justinijanov Kodeks⁷ in od tam v zakladnico evropske pravne misli.

Samoumevnost tega spoznanja je morda hkrati tudi njegova največja težava. Ker se nam učinkovanje prava za naprej zdi tako samoumevno, se redko ustavimo ob razlogih in naukih, ki jih lahko iz te samoumevnosti razberemo. Zato se ne zgodi pogosto, da bi naleteli na nekoliko bolj poglobljeno ukvarjanje z retroaktivnostjo prava. Morda tudi zato, ker radi pozabimo, da nas lahko prav izjemni primeri, odkloni od običajnega in navadnega stanja opozorijo na tiste pomembne vidike določenega pojava, ki jim zaradi njihove vsakdanjosti in povprečnosti ne posvečamo veliko pozornosti. Premislek o retroaktivnosti prava se lahko hitro izkaže za koristen začetek premisleka o pravu samem.

2. DVE NAVIDEZNI APORIJI RETROAKTIVNOSTI

Vzemimo za izhodišče premisleka naš občutek o samoumevnosti tega, da bi pravo moralo zavezovati le za naprej. Lahko mu verjamemo, celo tako zelo, da bomo v retroaktivnosti videli le utvaro, domislek prava, ki nima trdne podlage v stvarnosti. V tem se skriva prva, po mojem prepričanju navidezna aporija retroaktivnosti. Prav tako pa lahko vanj podvomimo in v načelni prepovedi

⁴ Fullerju se tak pravni sistem zdi že pojmovno nemogoč: »Če bi nas vprašali, kako vrednotimo izmišljeni pravni sistem, ki bi ga sestavljali le in samo retroaktivni zakoni, bi bilo podobno spraševanju, kakšen je zračni pritisk v popolnem vakuumu.« Prav tam, str. 53.

⁵ Demosten, *Contra Timocratem* 75–76, poudarek sem dodal.

⁶ Cicero, *In Verrem* II, 1, 109.

⁷ *Codex Iustinianus* I, 14, 7: »*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad acta praeterita revocari...*«

retroaktivnosti prepoznamo le praktično⁸ ali etično⁹ oviro, ki jo retroaktivnosti postavlja izkušnja, nikakor pa ne pojmovne ovire, ki bi izhajala iz narave prava. Prepričanje, da retroaktivnost zato ne more biti sporna sama po sebi, skriva v sebi drugo navidezno aporijo retroaktivnosti. Vsaka od opisanih skrajnosti pa nas privede do končnega sklepa, da je *pravnoteoretično* ukvarjanje s problemom retroaktivnosti preprosto nepotrebno. Pa je takšno prepričanje utemeljeno?

2.1. Prva aporija: je retroaktivnost le utvara?

Je torej retroaktivnost sploh mogoča? Lahko pravo v resnici spremeni naravni potek časa in spremeni preteklost? Po eni strani se nam zdi, da je kaj takega nemogoče. Po drugi strani nam izkušnja govori, da je retroaktivnost del pravne izkušnje.¹⁰ Aporija!

A zagonetnost te na videz nerazrešljive uganke kmalu izgine, če pravilno opredelimo, kaj retroaktivnost sploh pomeni. Zagotovo pravo ne more za nazaj spreminjati že storjenih dejanj ali spremeniti preprostega dejstva, da v preteklosti neko pravno pravilo ni bilo del veljavnega prava.¹¹ Noben pravni akt ne more v resnici poseči v preteklost, spreminjati že opravljenih dejanj ali veljavnega prava v času, ki je že minil.

Pojav povratne veljave pravnih aktov nas opozarja na pomembno ločnico med svetom dejstev in svetom prava, ki obstajata ločeno drug od drugega (čeprav morda prepad vseeno ni tako nepremostljiv, kot je, denimo, menil Kelsen¹² ali

⁸ Prim. npr. Giovanni Pacchioni: *Diritto civile italiano*, Parte prima: Le preleggi, vol. I.: Delle leggi in generale e della loro retroattività. Cedam, Padova 1937, str. 230.

⁹ Prav tam, str. 230, in Felix Somló: *Juristische Grundlehre*. Verlag von Felix Meiner, Leipzig 1917, str. 302. Mestoma lahko na tak način razumemo tudi Austina; prim. John Austin: *Lectures on Jurisprudence*, vol. I. Verlag Detlev Auvermann KG, Glashütten im Taunus 1972, str. 469 (Lecture XXIV). Spet na drugih mestih govori o retroaktivnem naloganju dolžnosti kot o *contradictio in adiecto* (prav tam, str. 444, Lecture XXII).

¹⁰ Francesco Carnelutti: *Teoria generale del diritto*. Soc. ed. del »Foro italiano«, Rim 1940, str. 403.

¹¹ Hans Nawiasky: *Allgemeine Rechtslehre*. Verlaganstalt Benzinger & Co., Einsiedeln in Köln, 1941, str. 66–67, Ernst Rudolf Bierling: *Juristische Prinzipienlehre*, I. Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, Freiburg in Leipzig, 1894, str. 125 in Rafael Hernández Marín: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Segunda izdaja, Marcial Pons, Madrid in Barcelona 2002, str. 523. Podobno Borut Šinkovec: O prepovedi retroaktivnosti predpisov, v: *Pravni letopis*, (2013), str. 243.

¹² Hans Kelsen: *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft*, v: *Schmollers Jahrbuch*, 40 (1916), str. 96.

mного za njim Dworkin¹³). Opozarja nas na dejstvo, da je pravo vedno plast, ki bolj ali manj prekriva življenje in mu daje takšno ali drugačno *pravno* naravo. Določena ravnanja opredeljuje kot pravno pomembna, najsi bodo izrecno dopuščena (npr. človekove pravice) ali izrecno prepovedana (npr. kazniva dejanja), druga kot pravno nepomembna. Nekaterim dejanjem priznava pravno vrednost, drugim ne. Določenim skupnostim podeljuje pravno subjektiviteto, drugim jo odreka. Določene vrste človekovih povezav šteje za pravno upoštevne (npr. izvenzakonsko skupnost, registrirano istospolno partnersko skupnost), druge, denimo odnos med dvema prijateljema, za pravno neupoštevne.

Plast prava se v mnogočem stika z resničnim življenjem in upošteva njegove zakonitosti. V mnogočem pa obstaja kot ločen svet, v katerem si zakonitosti določa pravo samo, ne da bi upoštevalo resnično življenje. Pravne domneve in fikcije le odkrito priznajo tisto, kar se pozornemu očesu razkriva na več mestih. Je, denimo, pravna oseba res oseba? Smo res vsi enaki? Ali se družinski odnosi res oblikujejo le v družinah, kot jih opredeli pravo? Pravo ustvarja svoj svet. V to, pravno plast vstopa tudi pojav retroaktivnosti. Očitno je, da retroaktivni predpis ne more dejansko vplivati na preteklost, lahko pa spremeni *pravno vrednotenje* preteklega ravnanja ali stanja. Na neki način vsi, tudi tisti predpisi, ki želijo pravno urejati pretekla dejstva, veljajo *za naprej*, tudi tam, kjer pravo začetek zavezujoče moči fingirano prestavi v čas pred nastankom pravnega pravila. Svoj namen bodo namreč dosegli le, če bodo predpisane pravne posledice dejansko uresničene, če jih bodo naslovljenci, zlasti nosilci državne oblasti, *v prihodnje* dejansko upoštevali. Retroaktivnost je tako *pravni pojav*, ki obstaja in učinkuje le v svetu prava.

2.2. Druga aporija: je retroaktivnost sploh sporna?

2.2.1. Kelsnov izziv in nespornost retroaktivnosti

Vendar pa lahko spoznanje, da je retroaktivnost plod prava, jemljemo tudi preveč resno, če svetu prava pripisujemo popolno ločenost od empiričnega sveta, ki ga skuša urejati. Če retroaktivnost opazujemo le skozi prizmo notranje logike in zakonitosti pravnega sveta, postane dokaj nesporna. Ena temeljnih zakonitosti tega sveta je, kot je temelj druge aporije postavil Kelsen, zaobsežena v predpostavki, da posameznik pozna vse veljavno pravo. Izrekanje pravnih sankcij zoper posameznike, ki za določen pravni predpis niso vedeli,

¹³ Ronald Dworkin: Justice for Hedgehogs. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge in London 2011, str. 9, in *isti*: Religion without god. Harvard University Press, Cambridge in London 2013, str. 16.

ni sporno, saj *ignorantia iuris nocet*.¹⁴ Nepoznavanje prava ni in ne more biti učinkovita obramba v pravnem postopku. Zakaj, nas izzove Kelsen, bi nas po temtakem motili retroaktivni predpisi?¹⁵

V obeh primerih smo namreč soočeni s posameznikom, ki za vsebino prava v času spornega ravnanja ni vedel. Ugovor, da je ključna razlika med obema položajema v tem, da ima v prvem primeru posameznik *možnost* spoznati vsebino pravnega vodila¹⁶ v primeru retroaktivnega predpisa pa te možnosti v času spornega ravnanja sploh nima, šteje Kelsen za »več kot problematičnega«. ¹⁷ Načelo *ignorantia iuris nocet* je namreč neizpodbojna pravna domneva, *praesumptio iuris et de iure*, kar pomeni, da ne dopušča nasprotnega dokazovanja, češ da posameznik iz tega ali onega razloga za vsebino prava ni vedel.¹⁸

Možnost, da bi posameznik ne imel pravočasnega dostopa do vsebine splošnih pravnih aktov, je danes povečini povsem hipotetična. Razprava o tem, ali je posameznik dejansko imel možnost poznati veljavne predpise, je zato na srečo skoraj povsem presežena. Vendar le, kar zadeva *splošne* pravne akte. Dejanska možnost poznavanja prava in vprašanje, koliko morebitna nedostopnost prava vpliva na dolžnost, da se v skladu z njim ravnamo, pa lahko ostaja izhodišče za resno razpravo v tistih pravnih sistemih, ki kot pravni vir priznavajo tudi sodniško pravo. Ker sodne odločbe navadno niso objavljene v uradnih glasilih, njihov dejanski vpliv pa ni vezan na trenutek objave, se lahko pripeti, da naslovljenec za pomemben razvoj sodne prakse sploh ni mogel vedeti.¹⁹ Glede na to, da bomo danes težko našli pravni sistem, ki sodniškemu pravu vsaj *de facto* ne bi priznaval določene pravotvorne vloge, nakazana zadrega ni povsem zanemarljiva.

Ahilova peta Kelsnovih pomislov se skriva v njegovem prepričanju o samozadostnosti pravnega sveta: ker si bo pravo samo določalo notranjo logiko

¹⁴ Ob strani puščam t. i. opravičljivo pravno zmoto v kazenskem pravu (prvi odstavek 31. člena Kazenskega zakonika (KZ-1-UPB2), Ur. l. RS, št. 50/12).

¹⁵ Hans Kelsen: *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, Cambridge 1945, str. 44.

¹⁶ S pojmom pravna vodila (ali s tujko pravne norme) opisujem pravna pravila in pravna načela. Ker se problem retroaktivnosti nanaša zlasti na pravna pravila, bom v nadaljevanju večinoma govoril o pravnih pravilih, če glede na sobesedilo ne bo primernejša uporaba nadpomenke pravna vodila.

¹⁷ H. Kelsen, *General Theory* (op. 14), str. 44.

¹⁸ Prav tam, str. 44.

¹⁹ S tem vidikom retroaktivnosti (gre za t. i. *adjudicative retroactivity*) se anglo-ameriška teorija poglobljeno ukvarja. Prim. npr. Ben Juratowitch: *Retroactivity and the Common Law*. Hart Publishing, Oxford in Portland 2008, V. poglavje in Charles Sampford: *Retroactivity and the Rule of Law*. Oxford University Press, New York 2006, V. poglavje.

svojega delovanja, gre morebiten trk z empiričnim svetom na njegov rovaš. Vendar pa se lahko enaka sumničavost do globoke spornosti retroaktivnosti poraja tudi s povsem drugačnega miselnega izhodišča. Če bomo v pozitivnem pravu videli bled odsev »resničnega« prava, v retroaktivnosti prav tako ne bomo videli nič posebej spornega. Pozitivnemu pravu lahko, denimo, priznavamo zgolj *deklarativno naravo*. To se lahko kaže na več načinov. V pozitivnosti prava lahko prepoznamo le poseben način zapisa pravil, ki so nam znana sama po sebi, kot bi, denimo, za naravno pravo trdili njegovi zagovorniki. V pravnih vodilih bi prav tako lahko videli le razglasitev tistih pravil, ki so bila veljavna še pred sistematičnim zapisom, kot je veljalo pri Justinijanovi kodifikaciji. Prav tako bi lahko v pozitivnem pravu (tokrat v obliki sodnih odločb) lahko videli le razglasitev pravnih vodil, ki naj bi bila že vseskozi pravo, kot so to trdili zagovorniki deklarativne teorije precedensa.²⁰ Pripisovanje deklarativne narave pozitivnemu pravu pomeni, da je sprejem ali objava pravnih aktov le podeljevanje pravne oblike vodilom, ki so že znana ali pa (vsaj na neki ravni) že obstajajo. Vse to logično vodi do sklepa, da je njihova morebitna retroaktivnost nesporna, saj je pravo že obstajalo, čeprav morda še ne na pravno obličen način. Drugo razumevanje prava, ki bi retroaktivnosti prav tako odvzelo prihodnih spornosti, bi zahtevalo, da *pravo razumemo kot odsev drugih, bolj pomembnih in temeljnih družbenih norm*. Spomnimo se na prevladujoče razumevanje prava v srednjem veku, ki ga lepo povzame *Decretum Gratiani* iz 12. stoletja. Gracijan pravo opredeli kot »v pravni obliki zapisane in prevzete običaje«.²¹ Kot na dlani je, da je pravna obličnost manj pomemben vidik zavezujoče moči vodil, ki izhaja iz drugega vira. Pomembno je, da obstaja običaj, ne pa, ali je tudi zapisan v »pravnem aktu«. Podobno lahko razumemo tudi odnos med pravom in moralo. Tudi v tem primeru lahko v retroaktivni veljavnosti prava vidimo manj pomembno pomanjkljivost,²² ki ne spreminja temeljnega *moralnega* vrednotenja dejanja, pa čeprav to v času storitve ni bilo *protipravno*.

Tretji primer, ko v retroaktivnosti prav tako ne bomo videli nič slabega, pa je nekoliko drugačen. Če pravo razumemo kot vodila, ki so v prvi vrsti naslovlje-

²⁰ Deklaratorna teorija o precedensu trdi, da je vsaka (vsebinsko) nova sodna odločitev pravzaprav le odkritje resničnega prava, ki je veljalo tudi, še preden je bila odločitev sprejeta. Precedens je le razglasitev, kaj pravo v resnici že ves čas je. Prim. Rupert Cross in J. W. Harris: *Precedent in English Law*. Četrta izdaja, Clarendon Press, Oxford 1991, str. 27–34, in Tilen Štajnpihler: *Precedenčni učinek sodnih odločb pri pravnem utemeljevanju*. GV Založba, Ljubljana 2012, str. 229–236.

²¹ *Decretum Gratiani* D. I, c. 1.

²² Celo Cicero, ki se mu zdi pripisovanje krivde za nazaj načeloma nesprejemljivo, je pripravljen napraviti izjemo, če gre za dejanja, ki so »tako zločinska in brezbožna, da se jim je potrebno kar se da izogibati, četudi tega ne zapoveduje zakon«; Cicero, *In Verrem* II, 1, 108. Ciceronova izjema nas lahko povsem utemeljeno spomni na nürnberške procese.

na na nosilce državne oblasti (npr. sodnike), bi retroaktivnost predpisov, ki se nanašajo na ravnanje drugih oseb, prav tako ne pomenila resne težave. Smisel prava je potemtakem zlasti v usmerjanju (in morda omejevanju) odziva državne oblasti na ravnanje posameznika, manj pa je namenjeno usmerjanju njegovega vedenja. Sledi takšnega razumevanja lahko, denimo, najdemo v kitajski zgodovini. Zdi se, da je bilo takšno razumevanje v ozadju velikega zakonika dinastije Čing (*Da Quing lü li* iz 17. stol.).²³ A do podobnega razumevanja prava nas lahko privede tudi pretirano poudarjanje sankcijskega dela norme kot najpomembnejše prvine pravnega vodila. Če bi do skrajnosti prignali Kelsnovo opazko, da je jedro pravne norme, »pravna norma v svoji primarni obliki«, v opredelitvi ravnanja, na katerega naj se navezuje prisilni akt, bi lahko prišli do podobnega razumevanja prava.²⁴ Ker bi pravo po takšnem razumevanju nagovaljalo nosilce državne oblasti, o resnični retroaktivnosti ne bi mogli govoriti, pa čeprav bi se oblastni odziv nanašal na dejanja, ki so jih dejanski naslovljenci storili, še preden je pravno vodilo nastalo.

Najrazličnejše preobleke, v katerih se venomer znova pojavlja druga aporija, nam kažejo na mikavnost različnih razumevanj prava, ob katerih spornost retroaktivnosti zbledi. Zdi pa se, da vsi opisani pogledi spregledujejo smisel in namen, ki (so)določa naravo modernega prava.

3. RETROAKTIVNOST SKOZI PRIZMO SMISLA PRAVNEGA UREJANJA

Čeprav bomo tudi v sodobnih pravnih sistemih naleteli na sledi različnih razumevanj prava, ki lahko vodijo tudi do sprejemljivosti retroaktivnosti, pa so nam na srečo taka razumevanja prava povečini tuja in se v resnično delovanje prava prikradejo le izjemoma in navadno v zelo omiljeni obliki. Zanimivo pa je, kako lahko različna *teoretična* ali *filozofska* osmišljanja prava (so)določajo sprejemljivost ali nesprejemljivost vrste konkretnih pravnih institutov, med njimi tudi retroaktivnosti.

Prevladujoče odklanjanje retroaktivnosti v sodobnih pravnih sistemih nam razkrije pomemben poudarek o naravi modernega prava. Njegovo temeljno

²³ Prim. Alice Erh-Soon Tay in Eugene Kamenka: *Law, Legal Theory and Legal Education in the People's Republic of China*, v: *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 7 (1986) 1, str. 4.

²⁴ Hans Kelsen: *Čista teorija prava*. Prev. Amalija Maček Mergole, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana 2005, str. 38 (§ 14b). Seveda pa bi bilo nepošteno, če bi skušali Kelsnu pripisati takšno razumevanje prava, saj obstoja retroaktivnosti niti ni poskušal zanikati na tak (ali kak drugačen način) način, prim. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 1979, str. 117.

poslanstvo je *prizadevanje, da vpliva na ravnanje ljudi*.²⁵ To spoznanje morda ni tako samoumevno, kot se zdi na prvi pogled. V sodobni in pretekli pravni misli lahko naletimo na drugačno razumevanje vloge in smisla prava. Poslanstvo prava lahko, denimo, prepoznamo v razreševanju sporov. Takšno razumevanje v ospredje zanimanja postavi sodišča, pravna pravila pa spremeni v merila za razsojanje, le podrejeno pa tudi v (posredne) napotke, kako naj se posamezniki vedejo, da se izognejo težavam. Retroaktivnost je ob takšnem razumevanju prava sporna le zaradi svoje nepoštenosti do strank v sporu, ni pa v temeljnem nasprotju s poslanstvom in naravo prava. Smisel prava so nekdaj, redkeje pa tudi danes, videli tudi v posredovanju resničnih spoznanj o dobrem in zlu ali celo o odkritju bivajočega.²⁶ Povratno učinkovanje pravnih vodil nas ob takšnem razumevanju prava ne bi smelo pretirano motiti. Približevanje resničnemu spoznanju bistva prava bi moralo biti pomembnejše od morebitnih težav, ki bi jih naslovljenci imeli zaradi retroaktivnega učinkovanja prava. Vlogo prava lahko skupaj z nekaterimi srednjeveškimi misleci prepoznamo tudi v brzdanju človeške predrznosti (*audacia*) in krotanju škodljivih teženj z zagroženimi kaznimi.²⁷ Tudi tu nam retroaktivnost sama po sebi ne bi smela povzročati večjih preglavic, če le zadovoljivo prispeva h končnemu smotru prava.

Predstava, da je retroaktivnost že na načelni ravni nesprejemljiva, torej izhaja iz povsem določenega razumevanja prava in predstave o naravi človeka. Zasnova sodobnega prava predpostavlja obstoj razumnega in svobodnega posameznika, ki je naslovljenec pravnih vodil, s katerimi skušajo vsakokratni nosilci oblasti prilagoditi njegovo ravnanje tistemu merilu, ki ga skupnost v demokratičnem postopku izoblikuje za svoje člane.

Ob takšnem razumevanju zlahka ugotovimo, da Kelsnova aporija temelji na napačni predpostavki. Ključen poudarek ni v tem, ali je konkretni naslovljenec dejansko poznal pravno vodilo, po katerem bi se moral ravnati. Povsem mogoče je, da ga ni. V moderni družbi, ki jo zaznamuje povečevanje obsega pravnega urejanja in vedno bolj podrobno urejanje ozkih področij družbenih odnosov, se *praesumptio iuris et de iure* v resnici približuje fikciji.²⁸ A če lahko

²⁵ Prim. L. L. Fuller, nav. delo, str. 53. Za kritiko gl. Jeremy Waldron, *Retroactive Law: How Dodge was Duynhoven*, v: *Otago Law Review*, 10 (2004) 4, str. 641–642.

²⁶ Sledi takšnega razumevanja prava lahko (včasih le v zametkih) najdemo pri različnih avtorjih. Neznani avtor psevdoplatoničnega dialoga *Minos* zakon opredeli kot »odkritje bivajočega« (Minos, 315a), srednjeveški intelektualisti se v svojem razumevanju naravnega prava kot (zgolj) razumskega spoznanja o tem, kaj je prav in kaj narobe, bližajo temu razumevanju, sledi takšnega razumevanja pa lahko najdemo tudi v Cerarjevem konceptu absolutnega zakona (Miro Cerar, *(I)racionalnost modernega prava*. Bonex, Ljubljana 2001, str. 338 in drugod).

²⁷ Npr. Isidorus, *Etymologiae* V, 20.

²⁸ H. Kelsen, *General Theory* (op. 14), str. 44.

na posameznika še vedno naslovimo *očitek*, da bi kot član politične skupnosti njeno pravo *moral poznati*, je to v primeru retroaktivnih predpisov nemogoče. Pravna vodila, ki veljajo za nazaj, naslovljencem že v izhodišču odrekajo možnost, da bi se s pravnimi predpisi lahko seznanili. Svobodna izbira, za katero je bil posameznik prepričan, da jo ima, se tako izkaže za utvaro. Posameznikova možnost izbire med spoštovanjem in nespoštovanjem prava je za nazaj postala izvotljena.

Retroaktivnost zato pomeni poseg v posameznikovo avtonomijo,²⁹ ki je eden izmed pomembnejših vidikov človekovega dostojanstva. Spoštovanje človekovega dostojanstva je vredno malo, če posamezniku ne priznavamo možnosti, da načrtuje svojo prihodnost.³⁰ Njegova svoboda izbire je navidezna, če lahko oblastni organi za nazaj samovoljno spremenijo pravno vrednotenje okoliščin, ki bi lahko vplivale na njegovo odločitev, kako ravnati. Posameznik je s tem ponižan na raven predmeta oblastnega ravnanja, ki mora sprejeti tudi zanj neprijetne odločitve nosilcev oblasti, ne da bi lahko na nastanek pravnih posledic kakorkoli vplival. Načelna prepoved retroaktivnosti zato postavlja mejo delovanju države in posamezniku zagotavlja področje svobode.

4. POJEM RETROAKTIVNOSTI

Čeprav se zdi pojem retroaktivnosti na prvi pogled jasen, se ta vtis kmalu izkaže za varljivega. Pojem, kot ga splošno uporabljamo, nikakor ne opisuje samo tistih predpisov, ki »veljajo za nazaj«.³¹ Retroaktiven je lahko tudi predpis, ki velja »za naprej«, vendar se nanaša na pretekle dogodke. Vseeno pa ni vsak predpis, ki spreminja pravna razmerja ali pričakovanja, oblikovana v preteklosti, že samo zaradi tega retroaktiven. Pojem retroaktivnosti potrebuje zato nekoliko jasnejšo opredelitev.

4.1. Pojem retroaktivnosti

4.1.1. Opredelitev ključnih pojmov

Analiza tega pojma postane preprostejša, če že v izhodišču ločimo tri pojme, ki se pogosto, še posebej pa pri vprašanju retroaktivnosti, prekrivajo in zame-

²⁹ B. Juratowitch, nav. delo, str. 49.

³⁰ Prim. Joseph Raz: *The Authority of Law*. Clarendon Press, Oxford 1997, str. 221.

³¹ Npr. Miro Cerar: *Splošni vidiki prava in pravne ureditve v: Rado Bohinc, Miro Cerar, Barbara Rajgelj: Temelji prava in pravne ureditve za nepravnike*. GV Založba, Ljubljana 2006, str. 115, in Anton Perenič: *Uvod v razumevanje države in prava*. Druga, spremenjena in dopolnjena izdaja, Fakulteta za varnostne vede, Univerza v Mariboru, Ljubljana 2010, str. 166.

njujejo. Prvi ključni pojem je **predmet pravnega urejanja**. Pravna pravila se navadno nanašajo na določena pravna dejstva. S tem pojmom skušam opisati katerokoli dejstvo, ki mu pravo pripisuje določen pomen. Pravna dejstva obsegajo človeška *dejanja* in *dogodke*.³² Človeška dejanja lahko glede na njihovo skladnost s pravom razdelimo v pravna in protipravna dejanja. Pravni dogodki pa obsegajo zlasti različne *naravne dogodke* (npr. smrt ali rojstvo) in *druga pravna dejstva*, kot so npr. različna stanja (npr. trajanje zakonske zveze ali delovnega razmerja) ali druge *okolščine*, na katere pravo navezuje določene posledice (npr. posameznikov spol ali starost). Vsako pravno dejstvo v določenem obsegu spreminja pravno resničnost in v njej pusti trajno sled. Vendar pa je pomembno razlikovati med pravnimi dejstvi, pri katerih za spremembo pravnega položaja zadošča enkratna izjava volje ene ali več oseb (npr. pri prodaji stvari, storitvi kaznivega dejanja), ter tistimi dejstvi, pri katerih izjava volje ene ali več oseb ustvari *pravno razmerje* (npr. zakonska zveza, delovno razmerje).³³ Pravni *učinki* izjave volje (in s tem obstoj pravnega razmerja) so odvisni od nadaljnjega obstoja volje ene osebe (če gre za enostransko izjavo volje) ali od obstoja soglasja volj, če je za nastanek pravnih posledic zahtevan konsenz.

Drugi ključni pojem je **uveljavitev** pravnega pravila.³⁴ S trenutkom uveljavitve začne pravno pravilo – pravno gledano – obstajati. Gre za trenutek, ko pravno pravilo postane del pravnega sistema, čeprav je morda (še) brez pravnih učinkov. Zakon kot tipičen splošni pravni akt (v našem pravnem redu) nastane s trenutkom objave v Uradnem listu. Z objavo postane del pozitivnega prava. V pravni teoriji se ta *specifičen obstoj pravnega pravila* navadno opisuje s pojmom veljavnost.³⁵

³² V tem delu odstopam od členitve, ki jo razvija Pavčnik v svojem delu *Teorija prava*. Četrta, pregledana in dopolnjena izdaja, GV Založba, Ljubljana 2011, str. 319–322.

³³ Pravno dejstvo ima tako lahko dva možna učinka: perfektiven učinek, pri katerem bo že enkratno dejanje ustvarilo pravne posledice, in durativen učinek, pri katerem bodo pravne posledice odvisne od nadaljnjega obstoja pravnega razmerja.

³⁴ Pri poimenovanju se opiram na terminologijo, ki jo najdemo v nekaterih odločbah US, prim. npr. odločbo US U-I-98/07-27 z dne 12. junija 2008, tč. 23.

³⁵ Tako npr. H. Kelsen, *Čista teorija prava* (op. 23), str. 23, Günther Winkler, *Zeit und Recht*. Springer Verlag, Dunaj, New York 1995, str. 191–192, in Riccardo Guastini: *La sintassi del diritto*, G. Giappichelli editore, Torino 2011, str. 253–254. Guastini sicer razlikuje med veljavnostjo in obstojem pravnega vodila (str. 254–257), vendar je to razlikovanje za potrebe te razprave nepomembno. K problemom, ki se nanašajo na vsebino pojma veljavnosti, se vračam v nadaljevanju tega odseka. Razumevanje veljavnosti kot obstoja najdemo tudi v starejši slovenski teoriji, gl. Gorazd Kušej: *Časovna veljavnost pravnih pravil in »vacatio legis«*, v: *Slovenski pravnik*, 58 (1944) 7–12, str. 125.

Tretji ključni pojem je **zavezujoča moč** pravnega vodila.³⁶ S tem pojmom opisujem sposobnost ustvarjanja pravnih učinkov, ki jo pravni akt pridobi s trenutkom ali po trenutku svojega nastanka. Gre torej za trenutek, ko pravni akt pridobi normativno moč ali, povedano drugače, začne *normativno učinkovati*. Trenutek uveljavitve in nastopa zavezujoče moči seveda lahko sovpadata – zakon lahko začne učinkovati z objavo, ustava z razglasitvijo. Bolj običajno pa je, da od nastanka pravnega akta preteče določen čas – *vacatio legis* – do trenutka, ko bodo v njem vsebovana pravna vodila začela ustvarjati pravne učinke.

Pojmovno razlikovanje med začetkom *obstoja* (*uveljavitvijo*) pravnega pravila in nastopom njegove *zavezujoče moči* (*normativnega učinkovanja*) se mi zdi koristno iz več razlogov. Ne samo, da nam to razlikovanje pomaga bolje razumeti pojav retroaktivnosti (pri katerem se lahko zavezujoča moč pravnega pravila razteza na čas pred uveljavitvijo). Koristna je tudi za razumevanje vsakdanje izkušnje, ko, denimo, objavljeni zakon do izteka *vacationis legis* nima pravnih učinkov, vseeno pa je del veljavnega prava. Pojem specifičnega obstoja pravnega pravila pojasni, v čem se tako normativno besedilo razlikuje od zakona, ki je prenehal veljati, ali od predloga zakona. Pomaga pa nam tudi pojasniti, kako je lahko, denimo, *lex prior*, ki vsebinsko nasprotuje *legi priori*, še vedno veljavno pravno pravilo (torej del pravnega reda), ki pa nima zavezujoče moči (ga ne uporabljamo). Uporaba pojma veljavnost za opisovanje zavezujoče moči prava, kot to, denimo, mestoma počne Kelsen,³⁷ se mi s teoretičnega vidika zato ne zdi posebej koristno, saj zabriše smiselno in včasih tudi pomembno ločnico.

4.1.2. Ekskurz: uveljavitev in nastop zavezujoče moči

4.1.2.1. Terminološka opomba

Tudi v slovenskem pravnem redu je ločnica med začetkom obstoja (veljavnosti³⁸) in nastopom zavezujoče moči brez prave potrebe zabrisana, saj Ustava Republike Slovenije (URS)³⁹ s pojmom veljavnost opisuje dva zelo različna pojavi. Prvi pojav je *nastanek* pravnega vodila. Prvi stavek prvega odstavka 154. člena URS določa, da morajo biti »predpisi objavljeni, preden začno veljati«. Objava je v našem pravnem redu resda pogoj za nastanek predpisa, vendar z

³⁶ Kušej uporablja pojem »obvezna moč« ali učinkovitost, G. Kušej, nav. delo, str. 121 in 125.

³⁷ H. Kelsen, *General Theory* (op. 14), str. 30. Podobno tudi M. Pavčnik, nav. delo, str. 193: »Veljavnost je značilnost normativnih pravnih aktov, da so v določenem pravnem redu *obvezni*.« (Poudarek že v izvirniku.)

³⁸ Ko bom v nadaljevanju uporabljal pojem veljavnosti, bom z njim opisoval specifičen način obstoja pravnega pravila, in ne njegove zavezujoče moči.

³⁹ Ur. l. RS, št. 33/91-I s spremembami.

objavo predpis še ne pridobi nujno zavezujoče moči. Drugi pojav je *nastop zavezujoče moči*. Drugi stavek prvega odstavka 154. člena URS določa, da predpis »začne veljati petnajsti dan po objavi, če ni v njem drugače določeno«. Težave, ki jih povzroči enačenje obeh pojmov, so morda najbolj nazorne pri primeru pravnih predpisov, ki so del pravnega sistema, ne da bi imeli normativne posledice. V mislih imam seveda pravno naravo predpisa v času, ki poteče med objavo predpisa in trenutkom, ko predpis pridobi zavezujočo moč (začne normativno učinkovati). Ločnica je tudi na terminološki ravni jasneje prepoznana v, denimo, nemškem prostoru, kjer obstaja razlikovanje med začetkom veljavnosti (*Geltungsbeginn*) in nastopom zavezujoče moči (*Inkrafttreten*).⁴⁰

Redka opozorila na to terminološko nedoslednost v naši Ustavi so zato povsem utemeljena.⁴¹ Marginalna rubrika k 155. členu URS zavajajoče govori o »povratni *veljavi*« splošnih pravnih aktov,⁴² besedilo, ki prepoveduje le »učinek za nazaj«, pa je pravnoteoretično pravilnejše.⁴³ Ustavno nedoslednost poskuša ne povsem prepričljivo⁴⁴ reševati praksa, ki v prehodnih in končnih določbah zakonov razlikuje med »začetkom veljavnosti« in začetkom uporabe.

4.1.2.2. Razmerje med uveljavitvijo in nastopom zavezujoče moči splošnega pravnega akta

Vsaj pri pojmu prave retroaktivnosti bo pomembno vlogo igralo prav razmerje med trenutkom uveljavitve in nastopom zavezujoče moči pravnega pravila. Vsako pravno pravilo, katerega zavezujoča moč bo nastopila pred uveljavitvijo, bo brez dvoma retroaktivno. Uveljavitev je zato pomembna točka, o kateri kaže spregovoriti nekaj besed. Z vidika pravne teorije sta možni točki uveljavitve predpisa vsaj dve. Prva je zaključek postopka, v katerem nastane pravno pravilo.⁴⁵ Druga možnost je trenutek objave. Od trenutka uveljavitve je odvisen

⁴⁰ Andreas Vonkilch: *Das Intertemporale Privatrecht*. Springer Verlag, Wien in New York 1999, str. 35–39. Potreba po pojmovnem ločevanju v anglo-ameriškem prostoru iz razlogov, ki jih opisujem spodaj, v odseku 4.1.2.2.1, ni tako izrazita, vendar obstaja (gre za razlikovanje med *being valid* in *come into force* ali, nekoliko bolj arhaično, *come into operation*); prim. Mark Gobbi, *When to Begin: A Study of New Zealand Commencement Clauses With Regards to those Used in the United Kingdom, Australia, and the United States*, *Statute Law Review*, 31 (2010) 3, str. 174–175.

⁴¹ B. Šinkovec, nav. delo, str. 242–243.

⁴² Poudarek sem dodal. Veljavnost namreč opisuje le trenutek, ko je prepis postal del pravnega reda, to pa (v našem pravnem redu) ni mogoče pred njegovo objavo.

⁴³ B. Šinkovec, nav. delo, str. 242–243.

⁴⁴ Prim. Albin Igličar: Na rob določilom o veljavi in uporabi zakona, v: *Pravna praksa*, 26 (2007) 31–32, str. 18–19.

⁴⁵ Prva sled takšnega razumevanja sega že v antiko; prim. Janez Kranjc: *Rimsko pravo*. Druga izdaja, GV Založba, Ljubljana 2010, str. 92–93. V nadaljevanju bom to vprašanje

tudi nastop zavezujoče moči prava. Na splošno lahko rečemo, da v pravnih sistemih, ki za uveljavitev predpisa sprejemajo zaključek postopka, zavezujoča moč nastopi hkrati z uveljavitvijo. V pravnih sistemih, ki za uveljavitev štejejo trenutek objave, zavezujoča moč navadno nastopi šele po preteku časa, ki je namenjen temu, da se naslovljenci s predpisom lahko seznani.

4.1.2.2.1. Zaključek zakonodajnega postopka

V anglo-ameriškem svetu prevladuje prva možnost. Zakon⁴⁶ načeloma začne pravno obstajati, ko ga državni poglavar promulgira. S tem trenutkom pridobi zakon – če ni določeno drugače – tudi zavezujočo moč. Trenutek objave torej ni odločilen, saj se je štel, da je vsakdo izmed naslovljencev po svojem zastopniku navzoč v parlamentu in zato objava zakona niti ni potrebna.⁴⁷ Pred koncem 18. stoletja je celo vladala domneva, da je zakon pridobil zavezujočo moč s prvim dnevom parlamentarnega zasedanja (ki je sicer lahko trajalo več dni, tednov ali mesecev), na katerem je bil zakon sprejet.⁴⁸

The Acts of Parliament (Commencement) Act iz leta 1793 je to domnevo sicer ohranil, a hkrati omogočil, da se upošteva dan, ko je zakon dobil kraljevo soglasje (*royal assent*).⁴⁹ Kljub temu pa se je ohranila domneva, da je zakon zavezujočo moč pridobil z *začetkom dneva*, ko je dobil kraljevo soglasje. Ta domneva je še danes izhodišče razumevanja začetka časovne veljavnosti zakona v anglo-ameriškem pravnem prostoru.

Omenjeni zakon iz leta 1793 v Združenem kraljestvu še vedno velja,⁵⁰ s to drobno spremembo, da je izjema postala pravilo in je odločilen dan, ko je zakon dobil kraljevo soglasje. Enako pravilo velja v Avstraliji in (z drobnim odstopom⁵¹) tudi v Novi Zelandiji,⁵² v Združenih državah pa zakon načeloma

obravnaval z vidika značilnega splošnega pravnega akta – zakona, zato bom govoril o zakonodajnem postopku.

⁴⁶ Na tem mestu se omejujem le na zakone kot najbolj značilne splošne pravne akte.

⁴⁷ *R v. Bishop of Chichester*, Y. B. 59 Ed. 3, 7 (1365). Prim. tudi Gunter Kisker: Die Rückwirkung von Gesetzen – Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht. J. C. B. Mohr, Tübingen 1963, str. 9–12, in M. Gobbi, nav. delo, str. 154–174.

⁴⁸ Theodor F. T. Plucknett: A Concise History of the Common Law. Liberty Fund, Indianapolis 1956, str. 328. Ta domneva je povezana z drugo fikcijo, namreč, da je zasedanje parlamenta trajalo le en dan; prim. sodbo *Partridge v. Strange and Croker* (1553) 1 Plowd. 77.

⁴⁹ The Acts of Parliament (Commencement) Act 1793.

⁵⁰ M. Gobbi, nav. delo, str. 158.

⁵¹ Droben odstop se kaže v tem, da bo zakon, v katerem bo izrecno določen trenutek uveljavitve, začel veljati z začetkom naslednjega dne. M. Gobbi, nav. delo, str. 167.

⁵² Prav tam, str. 167 in 171.

pridobi zavezujočo moč z začetkom dneva,⁵³ na katerega je predsednik podpisal zakon, ki ga je sprejel Kongres.⁵⁴

Seveda pa nas takšna ureditev sooči z nenavadnim položajem. Ker lahko utemeljeno sklepamo, da državni poglavar svojih dolžnosti navadno ne opravlja v zgodnjih jutranjih urah, bo skoraj vedno prišlo do tega, da bo zaradi opisane domneve zakon uveljavljen (in bo s tem pridobil zavezujočo moč), še preden bo opravljeno zadnje dejanje zakonodajnega postopka. Po ustaljeni domnevi bo zakon načeloma začel obstajati in učinkovati z *začetkom* dneva,⁵⁵ v katerem bo monarh podal svoje soglasje ali ga bo predsednik podpisal. Časovni zamik sicer ne bo daljši od 23 ur in 59 minut, skoraj neizogibno pa bo obstajal. Ameriška sodišča so zato že razmeroma zgodaj dopustila odstop od pravila *common law*, ki ne dopušča, da bi upoštevali časovne enote, krajše od celega dneva,⁵⁶ če to zahtevajo »cilji pravičnosti«.⁵⁷

4.1.2.2.2. Objava

Trenutek uveljavitve predpisa pa se lahko navezuje tudi na njegovo objavo. Najzgodnejši trenutek nastopa zavezujoče moči je tako navadno⁵⁸ trenutek objave predpisa, nastop zavezujoče moči pa je mogoče navezati tudi na potek določenega roka. Takšna določitev začetka obstoja in pravnega učinkovanja splošnega pravnega akta se zdi bolj smiselna, zlasti pa manj odvisna od neživiljenjskih fikcij.⁵⁹ Objava naslovljencem predloči vsebino sprejetega predpisa, morebiten dodaten vakacijski rok (*vacatio legis*), s potekom katerega bo splošni pravni akt pridobil zavezujočo moč, pa jim zagotovi še dodaten čas, da se s predpisom seznani in se na njegovo uresničevanje pripravijo.

⁵³ Prav tam, str. 171–174. Ameriško Vrhovno sodišče je dopustilo upoštevanje dejanskega trenutka promulgacije zakona, če to zahteva pravičnost, v svoji odločbi *Louisville v. Savings Bank* 104 U. S. 469 (1881).

⁵⁴ Ustava ZDA določa v drugem odseku sedmega odstavka 1. člena dve možni izjemi: (i) če kongres preglasuje predsednikov veto, bo zakon začel veljati s tem trenutkom in (ii) če predsednik zakona ne podpiše, postane tak pravni akt veljaven po poteku desetih dni (ne upošteva je nedeljo).

⁵⁵ Prim. M. Gobbi, nav. delo, str. 163 in J. Paul Salembier, *Understanding Retroactivity: When the Past Just Ain't What it Used to Be*, *Hong Kong Law Journal*, 33 (2009), str. 107, op. 34.

⁵⁶ Gustav Endlich, *A Commentary on the Interpretation of Statutes*. The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey 2008, str. 544 (ponatis dela iz 1888). Enako velja (v *common law* pravnih sistemih) tudi danes, gl. npr. *In re Robinson*, 120 N. C. App. 874, 464 S. E. 2d 86 (1995), ali *Husebye v. Jaeger*, 534 N. W. 2d 811 (N. D. 1995).

⁵⁷ Odločba ameriškega VS *Louisville v. Savings Bank*, 104 U. S. 469 (1881).

⁵⁸ Retroaktivne predpise tu puščam ob strani.

⁵⁹ Prim. L. L. Fuller, nav. delo, str. 49–51.

4.1.2.2.3. Slovenski pravni red

V nasprotju s splošnim prepričanjem se v slovenskem pravnem redu mešata oba pristopa. V prevladujoči večini primerov se nastop zavezujoče moči navezuje na trenutek objave. Kot splošno pravilo Ustava določa, da »začne predpis veljati petnajsti dan po objavi, če ni v njem drugače določeno«.⁶⁰ Le redki pravni akti – navadno gre za občinske predpise – za nastop svoje zavezujoče moči izberejo trenutek objave.⁶¹ Nekoliko manj redko je, da predpis, celo zakon, za nastop zavezujoče moči določi dan po objavi v uradnem glasilu.⁶² Sicer pa uživa zakonodajalec dokaj široko polje proste presoje, kdaj bo predpis pridobil normativno moč.⁶³ Le v primeru njegovega molka velja splošni rok 14 dni (*vacatio legis*).

Poseben pa je položaj normativnih besedil ustavne moči. Kot trenutek začetka »veljave« Ustave in ustavnih zakonov je določen trenutek *razglasitve*.⁶⁴ Ko gre za besedila ustavne moči, v ustavodajnem postopku ne sodeluje predsednik republike, ki sicer promulgira zakone, na njegovo mesto vstopi Državni zbor. Poslovnik Državnega zbora določa, da Državni zbor »razglasi ustavni zakon o spremembi ustave najkasneje osmi dan po njegovem sprejemu«.⁶⁵ Glede na to, da je ustavni zakon (*a fortiori* to najbrž velja tudi za popolno revizijo ustave) predpis, je v skladu s prvim odstavkom 154. člena URS sicer nekoliko nejasno določbo razumeti kot posredno izraženo zahtevo, da mora biti besedilo ustavnega zakona objavljeno. Če pustimo ob strani nekoliko sholastično razpravo, ali je dopustno, da trenutek začetka veljave in objave sovpadata, saj ustava zah-

⁶⁰ Prvi odstavek 154. člena URS.

⁶¹ Npr. Odlok o spremembah in dopolnitvah Odloka o proračunu občine Vrhnika za leto 1992, Ur. l. RS, št. 1/93, ali drugi odstavek 45. člena Poslovnika Državne volilne komisije (PoDVK), Ur. l. RS, št. 18/13 (opozoriti pa kaže na zanimivo podrobnost, da je Poslovnik začel veljati, ko ga je sprejela Državna volilna komisija, spremembe tega akta pa začnejo veljati z dnem objave v Uradnem listu).

⁶² Npr. prvi odstavek 23. člena Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ-M), Ur. l. RS, št. 91/13, ali 25. člen Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o osnovni šoli (ZOsn-I), Ur. l. RS, št. 63/13.

⁶³ Prim. sklep US U-I-89/94 z dne 6. oktobra 1994: »Zakonodajalec zato mora imeti možnost, da posameznim predpisom določa krajši rok uveljavitve od običajnega. Ustava mu to možnost, kot je obrazloženo, tudi daje, presojo razlogov v posameznem primeru pa prepušča njemu.«

⁶⁴ Prim. npr. 172. člen URS, 23. člen Ustavnega zakona za izvedbo Temeljne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (Ur. l. RS, št. 1/91-I s spremembami), 11. člen Ustavnega zakona za izvedbo Ustave Republike Slovenije (Ur. l. RS, št. 33/91 s spremembami) in četrti odstavek II. dela Ustavnega zakona o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave Republike Slovenije (Ur. l. RS, št. 47/13).

⁶⁵ Prvi odstavek 182. člena Poslovnika DZ (Ur. l. RS, št. 92/07 s spremembami).

teva, da morajo biti predpisi objavljeni, »preden začno veljati«,⁶⁶ bi lahko prišli do sklepa, da je tudi tu ključen trenutek objave ustavnega zakona.

Vseeno pa se mi zdi tak sklep nekoliko preuranjen. Vsi ustavni zakoni o spremembah Ustave (neodvisno od ureditve v Poslovniku) namreč določajo, da začne ta ustavni zakon »veljati z razglasitvijo v Državnem zboru Republike Slovenije«.⁶⁷ Iz ponavljajoče se dikcije ustavnih zakonov lahko razberemo ustavodajalčevo prepričanje, da se razglasitev zgodi v Državnem zboru, in ne z objavo v Uradnem listu. Takšna razlaga je tudi dogmatično bolj prepričljiva. Ne le, da je bil Poslovnik sprejet pred ustavnimi zakoni, v katerih lahko najdemo omenjeno dikcijo in je zato *lex prior*, ki se mora umakniti mlajšim pravnim aktom. Ti pravni akti pa so za nameček še ustavni zakoni in zato od Poslovnika tudi hierarhično višji. Zdi se torej, da se vsaj pri (nekaterih) aktih ustavne moči kažejo sledi razumevanja, da začnejo ustava ali njene spremembe veljati z zaključkom ustavodajnega postopka, in ne z objavo.⁶⁸

4.1.3. Poskus klasifikacije retroaktivnega učinkovanja pravnih predpisov

Izhodišče pojmovne opredelitve pojma retroaktivnosti temelji na ločevanju glede predmeta urejanja pravnih vodil. Pravo se navadno nanaša na *prihodnja* pravna dejstva. Tista pravna pravila, ki se nanašajo na prihodnja pravna dejstva, lahko zato opišemo kot **prospektivna**, takšna, ki zavezujejo za čas po svojem nastanku.

Pravna pravila, ki se *delno ali v celoti* navezujejo na *pretekla* pravna dejstva, lahko za razliko od teh opišemo kot **retroaktivna** v najširšem pomenu te besede. Vendar pa kaže znotraj te skupine pravnih pravil razlikovati med različnimi vrstami retroaktivnosti. Razlika, ki jo imam pred očmi, pa ni (le) znana razlika med pravo in nepravo retroaktivnostjo, temveč tudi razlika med *dvema vrstama prave retroaktivnosti*. Prava retroaktivnost lahko pomeni, da pravno pravilo učinkuje za nazaj, lahko pa pomeni tudi, da pridobi zavezujočo moč

⁶⁶ Prvi odstavek 154. člena URS. Poudarek sem dodal.

⁶⁷ Prvi odstavek II. dela Ustavnega zakona (v nadaljevanju UZ) o spremembi 68. člena URS, drugi odstavek II. dela UZ o dopolnitvi 80. člena URS, četrti odstavek II. dela UZ o spremembah I. poglavja ter 47. in 68. člena URS, prvi odstavek II. dela UZ o spremembi 50. člena URS, prvi odstavek II. dela o spremembi 43. člena URS, prvi odstavek II. dela UZ o spremembi 14. člena URS, prvi odstavek II. dela UZ o spremembah 121., 140. in 143. člena URS, četrti odstavek II. dela UZ o spremembah 90., 97. in 99. člena URS in tretji odstavek II. dela UZ o spremembi 148. člena URS (Ur. l. RS, št. 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06 in 47/13). Poudarek sem dodal.

⁶⁸ Takšna rešitev tudi v evropskem prostoru ni povsem osamljena: prim. drugi odstavek 145. člena nemške ustave. Prim. tudi končne določbe francoske ustave iz leta 1791.

z uveljavitvijo ali po njej. Bistvena prvina pojma prave retroaktivnosti torej ni trenutek nastopa zavezujoče moči neke določbe, temveč predmet pravnega urejanja. Določba Zakona o kmetijskih zemljiščih, ki je določala, da so brez pravnih učinkov vse tiste pogodbe, ki so bile sklenjene v obdobju od prenehanja prej veljavnega zakona do uveljavitve novega zakona,⁶⁹ je nazoren primer učinkovanja pravne določbe pred uveljavitvijo novega zakona. Drugačen je primer nekega drugega zakona, ki je sredi leta razveljavil davčno olajšavo in določil, da je treba to spremembo upoštevati tudi pri odmeri davka v tekočem letu.⁷⁰ Tudi v tem primeru gre za primer prave retroaktivnosti, le je v tem primeru zavezujoča moč zakona nastopila dan *po objavi* v uradnem glasilu.⁷¹ Razliko med obema vrstama prave retroaktivnosti lahko morda še najbolj jasno prikažemo na hipotetičnem primeru zakona, ki bi na novo uvedel zahtevo, da morata nupturienta pri sklepanju zakonske zveze imeti vsak po dve priči in bi hkrati določal, da so brez pravnih učinkov zakonske zveze, ki ne zadostijo temu pogoju. Zavezujoča moč takšnega zakona bi lahko nastopila z njegovo uveljavitvijo (ali določen čas po njej). Pomanjkljive zakonske zveze bi z nastopom zavezujoče moči zakona (vsekakor pa po njegovi uveljavitvi) prenehale obstajati, ne da bi to poseglo v že zaključena pravna razmerja ali že obstoječa pravna dejstva. Zavezujoča moč pa bi bila lahko določena tudi drugače, namreč tako, da bi nastopila določen čas pred uveljavitvijo tega zakona in vplivala tudi na tiste zakonske zveze, ki so bile v času sklenitve v celoti veljavne. Že sklenjene zakonske zveze bi bile tako brez pravnih učinkov že *ab initio*.⁷²

Prava retroaktivnost zato ni enovita kategorija. Razlikovati kaže med dvema pojavnima oblikama prave retroaktivnosti.⁷³ Za *pravo* retroaktivnost v ožjem pomenu besede gre, ko zavezujoča moč pravnega pravila nastopi še pred nje-

⁶⁹ Drugi odstavek 124. člena Zakona o kmetijskih zemljiščih (ZKZ), Ur. l. RS, št. 59/96. Prim. še odločbo US U-I-340/96 z dne 12. marca 1998, tč. 9–11.

⁷⁰ 7. člen in prvi odstavek 18. člena Zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o davku od dobička pravnih oseb (ZDDPO-A), Ur. l. RS, št. 108/02. Zakon je bil sprejet konec marca leta 1995. Ustavno sodišče je tudi v tem primeru (povsem utemeljeno) ugotovilo kršitev ustavne prepovedi retroaktivnosti; prim. odločbo US U-I-81/96 z dne 12. marca 1998, tč. 11 in 17.

⁷¹ Določba prvega odstavka 18. člena pa je vsebovala določilo, da se zakon »uporablja za obračun davka od dobička pravnih oseb v letu 1995«. V tem ne povsem posrečenem razlikovanju se na nomotehnični ravni zrcali razlika med začetkom veljavnosti in nastopom zavezujoče moči, ki sem jo skušal opisati.

⁷² Razlikovanje je torej podobno razliki med razveljavitvijo in odpravo neustavnega pravnega akta v postopku ustavnosodnega odločanja.

⁷³ Podobno tudi Stephen R. Munzer: *Retroactive Law*, v: *Journal of Legal Studies*, 6 (1977), str. 383.

govim nastankom. V takšnih primerih imamo opraviti s pravno fikcijo, da je pravno pravilo nastalo, še preden je do tega v resnici prišlo. Tako pravno pravilo se bo zato nujno nanašalo na pretekla pravna dejstva. Drugače kot pri tej vrsti prave retroaktivnosti pa bo za *pravo* retroaktivnost v širšem pomenu besede šlo v tistih primerih, ko zavezujoča moč pravnega pravila ne bo nastopila pred začetkom njegove veljavnosti, temveč po njem. Pravno pravilo zato ne bo zavezovalo za nazaj, temveč le za naprej.⁷⁴ Podobno kot pri pravi retroaktivnosti v ožjem pomenu besede se bo tudi to pravno pravilo nanašalo na *pretekla* pravna dejstva.

Nobene logične nujnosti sicer ni, da bi se pravno pravilo, ki povzroča pravo retroaktivnost (v ožjem ali širšem pomenu), nanašalo *izključno* na pretekla pravna dejstva. V primeru prave retroaktivnosti v ožjem pomenu besede se lahko zgodi, da zavezujoča moč pravnega vodila ni omejena le na preteklost.⁷⁵ Tako pravno pravilo lahko torej zavezuje tudi za naprej in se tako nanaša tudi na prihodnja pravna dejstva. Pri retroaktivnosti v širšem pomenu je to skoraj neizogibno: zavezujoča moč nastopi za čas po veljavnosti pravnega vodila, in zelo verjetno je, da bo predmet urejanja oblikovan tako, da bo zajel poleg preteklih še prihodnja pravna dejstva.⁷⁶ V obeh opisanih primerih imamo opraviti s pravnim vodilom, ki delno učinkuje retroaktivno, delno pa prospektivno.

Poglavitna razlika med obema oblikama prave retroaktivnosti se torej kaže v trenutku nastopa zavezujoče moči pravnega pravila. Pri pravi retroaktivnosti v ožjem pomenu besede pravo fingira, da je do nastopa zavezujoče moči prišlo, še preden je pravno pravilo nastalo, pri pravi retroaktivnosti v širšem pomenu besede pa zavezujoča moč pravnega pravila nastopi s trenutkom njegovega nastanka ali pozneje.

Nekoliko drugačen je položaj v primeru **neprave retroaktivnosti ali retrospektivnosti**.⁷⁷ Ključna razlika v razmerju do prave retroaktivnosti je v predmetu pravnega urejanja. Pravno dejstvo, na katerega pravno pravilo navezuje do-

⁷⁴ Takšen primer je, denimo, povečanje obdavčitve sredi davčnega leta. Obveznosti (npr. vložitev davčne napovedi, odmera davka in dolžnost plačila) nastopijo po uveljavitvi zakona.

⁷⁵ Prim. tudi Jill E. Fisch: *Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach*, v: *Harvard Law Review*, 110 (1997), str. 1067, ki opozarja, da je črno-bel pristop k retroaktivnosti (pravilo je ali pa ni retroaktivno) poenostavljen.

⁷⁶ Lahko pa se nanaša le na pravna dejstva, ki po uveljavitvi zakona ne morejo več nastati.

⁷⁷ Pridevnik retrospektiven je za opisovanje neprave retroaktivnosti je splošno sprejet v nemškem prostoru (prim. npr. *Das Bonner Grundgesetz – Kommentar*. Četrta izdaja (ur. H. v. Mangoldt, F. Klein), Verlag Franz Vahlen, München 2000, str. 141, in Peter Badura, *Staatsrecht*. Peta izdaja, C. H. Beck, München 2012, str. 372). Razlikovanje je (v precejšnjem obsegu) tudi etimološko utemeljeno: retroaktiven je tisti, ki deluje ali učinkuje za nazaj,

ločene pravne posledice, je v tem primeru *pravno razmerje*,⁷⁸ ki se začneja v preteklosti in se razteza v prihodnost. Nova pravna ureditev bo tako vedno posegla v že obstoječ pravni položaj, ki se je (delno ali v celoti) izoblikoval v preteklosti in še vedno obstaja, vendar z učinkom za naprej. S tega zornega kota je nepravna retroaktivnost podobna pravi retroaktivnosti v širšem pomenu besede: v obeh primerih bo zavezujoča moč pravnega pravila nastopila šele po začetku veljavnosti pravnega pravila. Poglavitna razlika med tema vrstama retroaktivnosti pa se torej znova kaže le v predmetu pravnega urejanja.

O pravi retroaktivnosti v širšem pomenu besede lahko govorimo takrat, ko se pravno pravilo nanaša na *pravno dejstvo*, ki v celoti pripada preteklosti (*causa finita*), ali pa na sosledico (povezanih) pravnih dejstev, ki so sicer umeščena tako v preteklost kot tudi v sedanjost, vendar šele povezana tvorijo pravno upošteveno celoto.⁷⁹ Nekaj več besed si zasluži slednji položaj. Lépo ponazoritev nam ponuja odločanje slovenskega Ustavnega sodišča o periodičnih davkih. Zanje je značilno, da je šele celota prejemkov davčnega zavezanca v določenem obdobju (npr. v davčnem letu) predmet odmere davka. Čeprav se davčna obveznost ugotavlja šele ob koncu davčnega leta,⁸⁰ pa bi morebitni zakon, ki bi bil sprejet med davčnim obdobjem, zajemal tudi davčne dogodke, ki so se zgodili pred začetkom njegove veljavnosti in so morda celo odločilno prispevali k nastanku ali višini končne davčne obveznosti. Konkretni prejemki posameznika so vsak zase ločeno pravno dejstvo, vendar šele celota vseh prejemkov določa končno davčno obveznost. Spreminjanje davčne ureditve med davčnim letom posamezniku tako odvzame možnost, da bi lahko vplival na nastanek ali višino davčne obveznosti.⁸¹ O nepravi retroaktivnosti pa lahko – drugače od prej

retrospektiven pa tisti, ki opazuje ali upošteva tisto, kar se je zgodilo prej. Prim. J. P. Salem-bier, nav. delo, str. 105 in B. Juratowitch, nav. delo, str. 6.

⁷⁸ Prim. zgoraj, odsek 4.1.1.

⁷⁹ Podobno tudi Michael Kloepfer: *Verfassungsrecht I*. C. H. Beck'sche Verlagsbuch-handlung, München 2011, str. 331, čeprav avtor ne razlikuje med pravo retroaktivnostjo v ožjem in širšem pomenu besede in oceno posplošuje na celoten pojav (prave) retroaktivnosti.

⁸⁰ Odločba US U-I-158/11-77 z dne 28. novembra 2013, tč. 23. Prim. še odločbi U-I-62/95 z dne 16. februarja 1996, tč. 9, in U-I-81/96 z dne 12. marca 1998, tč. 11.

⁸¹ Za podoben primer je šlo tudi v zadevi U-I-65/08 z dne 25. septembra 2008, tč. 17. Gre za primer, v katerem je zakonodajalec v času trajanja postopka (zaradi določene-ga prekrška) zoper pravno osebo določil manj zahtevne pogoje za odvzem dovoljenja za opravljanje dejavnosti, in določil, da se lahko dovoljenje odvzame, če je mogoče na podlagi pravnomočnih odločb o prekršku ugotoviti, da je pravna oseba v zadnjih dveh letih dva-krat ali večkrat storila v zakonu navedene prekrške. Tudi v tem primeru je Ustavno sodišče (pravilno) štel, da gre za retroaktivno učinkovanje zakona, in zapisalo: »Pravni predpisi ne samo, da praviloma ne smejo retroaktivno jemati pravice, temveč tudi ne smejo za nazaj povečevati obveznosti oziroma jih na novo (na podlagi dejstev, ki so nastala v preteklosti)

opisanih primerov – govorimo, če pravno pravilo posega v *pravno razmerje*, ki že po naravi traja v času in torej ni omejeno na posamezen (hipen) dogodek ali dejanje. Uveljavitev predpisa bo tako lahko posegla v pravno razmerje, ki ga bodo sestavljala tako pretekla kot prihodnja pravna dejstva.

Razlikovanje med obema primeroma pa je v konkretnih primerih lahko težavno.⁸² Obakrat imamo namreč opraviti s pravnim pravilom, ki se lahko nanaša na pretekla in prihodnja pravna dejstva,⁸³ le da imamo v prvem primeru opraviti z enkratnimi dogodki ali dejanji, torej pravnimi dejstvi, ki se hipno uresničijo, v drugem primeru pa s pravnimi razmerji. Zato je za razlikovanje koristno uvesti še dodatno merilo: če bi posameznik lahko s svojim delovanjem preprečil nastop zanj neugodnih posledic (npr. tako, da bi se odrekel prejemku, zaradi katerega bo moral plačati višji davek, ali ne bi storil prekrška, zaradi katerega lahko po spremenjeni ureditvi izgubi dovoljenje za opravljanje dejavnosti), imamo opraviti s pravo retroaktivnostjo v širšem pomenu besede. Če takšne možnosti vpliva nima (npr. pri zvišanju upokojitvene starosti, ukinitvi poročuna pokojnine⁸⁴ ali spremembi časa, za katerega je podeljeno dovoljenje za nošenje orožja⁸⁵), imamo opraviti z nepravo retroaktivnostjo. Dodatno merilo neposredno izhaja iz povsem določenega razumevanja smisla prava, ki njegovo poslanstvo vidi v usmerjanju človeškega ravnanja. Prav zato je sporna vsaka pravna ureditev, ki mu to možnost omejuje ali jemlje.

5. SKLEP

Retroaktivnost torej še zdaleč ni novit pojem. A tudi pri tej ugotovitvi se moramo varovati prenagljenih in preveč skrajnih ocen. Res je, da retroaktivnost

konstituirati in sploh naslovnikom pravnih norm oteževati pravnega položaja na podlagi dejstev, ki so se zgodila v preteklosti, ko ti niso mogli vedeti, da bodo (nekoč) pravno učinkovala – na podlagi predpisa, ki ga takrat, ko so nastopila, še ni bilo.«

⁸² Prim. Marijan Pavčnik: Časovnost pravne igre – Ob odločbi Ustavnega sodišča o dodatnem davku, v: *Pravnik*, 69 (2014) 1-2, str. 12. Za nekaj nazornih primerov gl. *Retroactive Rulemaking*, v: *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 30 (2006–2007), str. 759 in nasl.

⁸³ Lepo ponazoritev nam ponuja zgodnja angleška sodna odločitev (*R v. Vine* (1875) LR 10 QB 195), ki se je nanašala na zakonsko prepoved, da bi osebe, obsojene za kazniva dejanja, prodajale alkohol. Ureditev se je nanašala tudi na tiste, ki so bili obsojeni pred uveljavitvijo spornega zakona. Je pravno relevantna okoliščina storitev kaznivega dejanja ali ocena prosilčeve primernosti, ki jo sodišče na podlagi preteklih dejstev opravi ob obravnavi prošnje? Kako bi, denimo, presojali na novo sprejeto pravno pravilo, ki bi predvidevalo izrek strožje kazni za povratnike (čeprav v času storitve prejšnjih kaznivih dejanj ta določba še ni obstajala)?

⁸⁴ Prim. odločbo US U-I-31/96 z dne 26. novembra 1998.

⁸⁵ Prim. odločbo US U-I-382/02-14 z dne 15. aprila 2004.

še zdaleč ni enoznačen pojem. Mogoče se je strinjati s številnimi avtorji, ki opozarjajo na to, da vsako pravno pravilo na neki način poseže v obstoječi pravni položaj in tako spreminja pričakovanja, ki jih je posameznik utemeljeno lahko imel glede svojega pravnega položaja v prihodnosti.⁸⁶ A v mavrici različnih načinov učinkovanja pravnih pravil na preteklost – prisposodobimo mavrice uporabljamo, da opozorim na zabrisane meje med različnimi vrstami retroaktivnosti – lahko vseeno potegnemo smiselne ločnice, ki nas opozarjajo na različne jedrne vidike tega zanimivega pravnega pojava. Premišljevanje o retroaktivnosti sem začel z opozorilom, da kaže retroaktivnost opazovati v njeni umeščenosti v svet prava. Pojav prave retroaktivnosti v ožjem pomenu besede nas opozarja na prav ta vidik. Pravno pravilo, katerega nastop veljavnosti s fikcijo postavimo v čas pred njegovo uveljavitvijo, nazorno razkriva namišljeni svet prava, v katerem retroaktivnost obstaja. Pravo lahko doseže, čeprav po tem poseže izrazito redko, da pravno pravilo učinkuje na pravna dejstva, ki so v celoti stvar preteklosti.⁸⁷ Doseže lahko ne le, da določeno pravno pravilo za nazaj odstranimo iz pravnega reda, temveč da iz pravnega reda odstranimo tudi vse pravne posledice, ki so nastale na podlagi spornega pravila.

Razlikovanje med pravo retroaktivnostjo v širšem pomenu besede in nepravno retroaktivnostjo lahko včasih povzroča preglavice, saj gre pogosto za stvar stopenj in vrednotenja. Pravno pravilo v obeh primerih učinkuje za naprej, presoja, ali je določeno pravno razmerje že stvar preteklosti ali ne, pa je nujno (tudi) stvar vrednostne ocene. Na tem mestu se lepo pokaže pomen teoretičnega osmišljanja prava za reševanje povsem konkretnih pravnih problemov. Od našega razumevanja vloge prava je odvisno, kako bomo vrednotili posamezno pravno pravilo. Če bomo poslanstvo prava prepoznali v poskusu, da usmerja človekovo vedenje, bo v ospredju razmislek, ali bi posameznikovo poznavanje pravnega pravila lahko vplivalo na drugačno ravnanje, ki je pozneje postalo predmet pravnega urejanja.

⁸⁶ Prim. npr. Douglas W. Kmiec in John O. McGinnis: *The Contract Clause: A Return to the Original Understanding*, v: *Hastings Law Quarterly*, 14 (1987), str. 528, Jill E. Fisch, nav. delo, str. 1067–1068, in Daniel E. Troy, *Toward a Definition and Critique of Retroactivity*, *Alabama Law Review*, 51 (2000), str. 1330–1331.

⁸⁷ Lepo ponazoritev nam ponuja institut odprave neustavnega podzakonskega predpisa, prim. Matevž Krivic, *Ustavno sodišče: pristojnosti in postopek*, v: *Ustavno sodstvo* (ur. M. Pavčnik, A. Mavčič). Cankarjeva založba, Ljubljana 2000, str. 148–152. V tujih pravnih redih pa prava retroaktivnost v ožjem pomenu ni uporabljena le s ciljem odpravljanja protipravnih posledic. Včasih je cilj ravno nasproten, kot nazorno kaže zakon, ki ga je avstralski parlament sprejel po incidentu z norveško ladjo MV Tampa (*Border Protection (Validation and Enforcement Powers) Act 2001*). Ker so bili na ladji begunci, ki jih Avstralija ni želela sprejeti, so ladjo (brez zakonske podlage) avstralske posebne enote zajele in jo preusmerile iz avstralskih teritorialnih voda. Namen zakona je bil med drugim (za nazaj) legalizirati sporno ravnanje avstralskih oblasti; prim. C. Sampford, nav. delo, str. 2–3.

Razmišljanje o retroaktivnosti pa nas opozori na še en pomemben poudarek. Če pravo opazujemo le kot sredstvo in odmislimo namen, ki daje temu sredstvu cilj in smoter, bi se lahko zdelo, da so možnosti za uporabo retroaktivnosti tako rekoč neomejene. Vendar pa je tak vtis varljiv. Pravo lahko občasno zanika resničnost, jo prikroji svojim zahtevam ali jo ustvari po svoji meri, vendar le, če pri tem upošteva določene meje (ali določeno mero). Horacijevo opozorilo, če zapis sklenem z še enim rimskim pesnikom, je tu še vedno na mestu: *Est modus in rebus, sunt certi denique fines, quos ultra citaque nequit consistere rectum*.⁸⁸ Iskanje te prave mere je večna naloga prava, ki mora pri tem izhajati iz človeške izkušnje.

⁸⁸ Verz se v nekoliko arhaičnem prevodu Frana Omerze glasi: »mere je treba povsod in neka gotova je meja, / stopi naprej al nazaj, ni pravo več tvoje ravnanje« (Rimska satira, v: Dom in svet, 30 (1917) 7-8, str. 237).

DOBRA VERA PRI PRIPOSESTVOVANJU SLUŽNOSTI: VIDIK PRIPOSESTVOVALCA

Matija Damjan,

*doktor pravnih znanosti, raziskovalec na Inštitutu za primerjalno pravo
pri Pravni fakulteti v Ljubljani, docent za civilno in gospodarsko pravo*

Vesna Bergant Rakočević,

doktorica pravnih znanosti, višja sodnica na Višjem sodišču v Ljubljani

1. UVOD

Dobra vera posestnika je že od rimskega prava naprej eden od klasičnih pogojev za priposestvanje stvarnih pravic. Pojem dobre vere v pozitivni zakonodaji ni podrobneje opredeljen, zato njegovo vsebino napolnjujeta pravna teorija in sodna praksa. O pomenu dobre vere pri priposestvanju pravna literatura največ razpravlja v povezavi s priposestvanjem lastninske pravice.¹ Temeljne ugotovitve seveda veljajo tudi pri priposestvanju služnosti. Vendarle pa se narava izvrševanja lastninske pravice in služnosti toliko razlikujeta, da je dobra vera priposestvalca služnosti vredna posebne obravnave. Posest lastnika in priposestvalca služnosti na služnem zemljišču se namreč medsebojno ne izključujeta, ampak se izvajata sočasno kot soposest,² kar pri priposestvanju lastninske pravice praviloma³ ne velja. Ne gre pa spregledati, da je po naši ureditvi služnost drugače kot lastninsko pravico mogoče priposestvovati tudi brez dobre vere.

¹ Npr. V. Horvat, nav. delo, str. 26–33, M. Juhart, nav. delo (2011), str. 7–12, B. Sajovic, nav. delo, str. 104–106, M. Tratnik, nav. delo (2011), str. 46–61, M. Tratnik, nav. delo (2013), str. 67–75, A. Vlahek, nav. delo (2011), str. 13–25, R. Vrenčur, nav. delo, str. 23–25.

² Sodba Vrhovnega sodišča RS (v nadaljevanju: VS RS) II Ips 569/2007 z dne 16. decembra 2010: »Ugotovljena je najmanj obojestranska redna uporaba sporne poti, lastnik te služene nepremičnine pa uporabe izključno na podlagi vsakokratnih dovoljenj ni dokazal, zato je pravilna presoja v priposestvanju stvarne služnosti.«

³ Lahko pa se priposestvuje solastninska pravica. Glej M. Juhart, nav. delo (2013).

Poleg priposestvovalčeve je lahko relevantna tudi dobra vera lastnika služeegega zemljišča, če je ta nepremičnino pridobil, ne da bi vedel, da je obremenjena s priposestvovano služnostjo. Ta vidik bo obravnavan v drugem delu tega članka, ki bo objavljen v naslednji številki revije.

2. DOBRA VERA PRIPOSESTVOVALCA KOT POGOJ ZA PRIPOSESTVOVANJE SLUŽNOSTI

Zakonski pogoji za priposestvovanje služnosti so se v naši ureditvi v preteklosti večkrat spremenili in z njimi tudi pomen dobre vere priposestvovalca. Stara pravila so še vedno relevantna za presojo nastanka tistih služnosti, katerih priposestvovanje se je končalo že pred uveljavitvijo Stvarnopravnega zakonika (SPZ),⁴ saj je treba izpolnjevanje pogojev za priposestvovanje ugotavljati glede na pravila, ki so veljala ob izteku priposestvovalne dobe. V skladu s prvim odstavkom 266. člena SPZ se lahko tudi po uveljavitvi SPZ začnejo postopki za ugotovitev obstoja služnosti, ki so bile pridobljene po prej veljavnih predpisih.⁵ Glede na dolgotrajno naravo stvarnih pravic pa lahko do spora o obstoju služnosti pride šele mnogo let po njenem nastanku.

2.1. Ureditev po Občem državljskem zakoniku

Obči državljski zakonik (ODZ)⁶ je v § 1460 določal, da mora biti posest priposestvovalca pravična, poštena in pristna ter trajati ves po zakonu določeni čas, ki je pri zunajknjižnem priposestvovanju skladno s § 1479 znašal trideset let.⁷ Pogoj pravične posesti se je nanašal na obstoj ustreznega pravnega naslova, ki pa ga priposestvovalcu v primeru tridesetletne priposestvovalne dobe v skladu s § 1477 ni bilo treba navesti, zlasti zaradi težavnega dokazovanja po tako dolgem obdobju. Torej je za priposestvovanje služnosti zadoščalo, da je bila tridesetletna posest poštena in pristna.⁸ V zvezi s priposestvovanjem

⁴ Ur. l. RS, št. 87/02 in 91/13.

⁵ Sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani (v nadaljevanju: VSL) II Cp 221/2011 z dne 22. junija 2011.

⁶ Razglasilni patent z dne 1. junija 1811. JGS Nr. 946/1811, 970/1846, RGBL. Nr. 217/1859, 9/1860, 108/1860, 131/1867, 49/1868, 62/1868, 4/1869, 110/1895, 276/1914, 208/1915, 69/1916.

⁷ ODZ je v § 1471 določal posebno pravilo za pravice, ki se izvršujejo redko: v takšnem primeru mora tisti, ki zatrjuje priposestvovanje pravice, razen preteka tridesetih let hkrati dokazati, da je bilo mogoče izvrševati to pravico v tem času vsaj trikrat in da jo je vsakič izvrševal.

⁸ A. Finžgar, nav. delo, str. 49–50, 119. P. Mader, v: M. Schwimann, nav. delo, str. 485, 494. F. S. Meissel, v: H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger, nav. delo, str. 1722, 1733 in

pravic na tuji stvari, kamor spadajo tudi služnosti, je pravna teorija po ODZ govorila o posesti pravice. Ta pojem ustreza dejanskemu izvrševanju služnosti brez nasprotovanja lastnika služneče nepremičnine.⁹

Pojem poštene posesti zajema dobro vero priposestovalca. ODZ v § 326 opredeljuje, da je pošten posestnik tisti, ki ima iz verjetnih razlogov stvar, ki jo poseduje, za svojo. Nepošten posestnik je tisti, kdor ve ali mora iz okolnosti domnevati, da stvar, ki je v njegovi posesti, pripada komu drugemu. Zaradi zmote v dejstvih ali zaradi nepoznanja zakonitih predpisov je kdo lahko nepravichen (tj. brez pravnega naslova) in vendar pošten posestnik. V skladu s § 328 ODZ se v dvomu domneva, da je posest poštena. Paragraf 1463 še pojasnjuje, da nepoštenje prejšnjega posestnika ne ovira poštenega naslednika ali dediča, da začne s priposestovanjem od dne svoje posesti.

Z dobro vero je povezan tudi pojem pristnosti posesti. Ta je na negativen način opredeljena v § 345 ODZ, ki določa, da če se kdo vsili v posest ali se vtihotapi skrivaj z zvijačo ali prošnjo in to, kar mu kdo dopušča iz uslužnosti brez prevzemanja trajne obveznosti, skuša spremeniti v trajno pravico, postane nepravilna in nepoštena posest še nepristna; sicer se posest šteje za pristno. Podobno § 1464 določa, da kdor se stvari polasti s silo ali z zvijačo ali se skrivaj prikrade v posest ali poseduje stvar le na prošnjo (*vi, clam, precario*), je ne more priposestovati ne on sam ne njegovi dediči. Nepristna posest je torej vedno tudi nepoštena, pri čemer pa se nepristnost drugače od nepoštenosti posesti vedno razteza tudi na dediče nepristnega posestnika.¹⁰

Pravna pravila ODZ o priposestovanju so se na podlagi Zakona o razveljavljenju pravnih predpisov, izdanih pred 6. aprilom 1941 in med sovražnikovo okupacijo (ZRPP)¹¹ uporabljala tudi v socialistični Jugoslaviji, kolikor so bila združljiva z novo pravno ureditvijo, skrajšana pa je bila priposestovalna doba. V skladu z načelnim mnenjem Zveznega vrhovnega sodišča št. 3/60 z dne 4. 4. 1960 se je namreč za priposestovanje lastninske pravice po pravilih ODZ uporabljala dvajsetletna priposestovalna doba,¹² sodna praksa pa je

1736.

⁹ P. Mader, v: M. Schwimann, nav. delo, str. 481.

¹⁰ Pogoje priposestovanja po ODZ podrobneje obravnava M. Tratnik, nav. delo (2011), str. 51–53.

¹¹ Ur. l. FLRJ, št. 86/46, 105/46, 96/47.

¹² Zbirka sodnih odločb, 5. knjiga (1960), št. 1. Na razširjeni občni seji Zveznega vrhovnega sodišča 4. aprila 1960 je bilo sprejeto načelno mnenje, da znaša doba, potrebna za priposestovanje lastninske pravice na nepremičnini, 20 let in ne več 30 let, kot so določala pravna pravila § 1470 bivšega ODZ.

tako dobo sprejela tudi za priposestvovanje služnostne pravice.¹³ Navedeno načelno mnenje ni spreminjalo drugih pogojev za priposestvovanje po pravilih ODZ.

2.2. Ureditev po Zakonu o temeljnih lastninskopravnih razmerjih

Zakon o temeljnih lastninskopravnih razmerjih (ZTLR),¹⁴ ki je začel veljati 1. septembra 1980, je na novo uredil priposestvovanje stvarnih služnosti (ne pa tudi osebnih). Pogoji za priposestvovanje stvarnih služnosti so bili določeni v 54. členu ZTLR, ki pravi, da se stvarna služnost pridobi s priposestvovanjem, če je lastnik gospodujoče stvari dejansko izvrševal služnost dvajset let, lastnik služne stvari pa temu ni nasprotoval. Stvarne služnosti ni mogoče priposestvovati, če je lastnik gospodujoče stvari zlorabljal zaupanje lastnika ali posestnika služne stvari, če je služnost izvrševal s silo ali z zvijačo ali če je bila služnost dovoljena do preklica.

Za priposestvovanje stvarne služnosti se je po ZTLR torej zahtevalo le dvajsetletno dejansko in neprekinjeno izvrševanje služnosti brez nasprotovanja lastnika služne nepremičnine, ne glede na priposestvovalčevo dobro vero ali zakonitost posesti. ZTLR pa je vsebinsko ohranil zahtevo po pristnosti posesti, saj uporaba nepremičnine (tj. njena delna posest) ni smela biti pridobljena z zlorabo zaupanja, s silo, zvijačo ali dovoljena do preklica. Z opustitvijo pogoja dobre vere je precej olajšal priposestvovanje stvarnih služnosti, tako v primerjavi s prejšnjo ureditvijo po ODZ kot v primerjavi s pogoji za priposestvovanje lastninske pravice na nepremičninah, kjer je bila dobroverna posest nujen pogoj za priposestvovanje, dolžina priposestvovalne dobe pa je bila odvisna od zakonitosti posesti (28. člen ZTLR).¹⁵

ZTLR se je po osamosvojitvi Slovenije smiselno uporabljal kot republiški predpis, in sicer na podlagi 4. člena Ustavnega zakona za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (UZITUL).¹⁶ Glede na to, da ZTLR ni uredil osebnih služnosti in nepravih stvarnih služnosti,¹⁷

¹³ Poročilo o sodni praksi Vrhovnega sodišča SRS št. 1/86. Glej tudi sodbo VS RS II Ips 280/99 z dne 8. decembra 1999, sodbo VSL II Cp 1434/2003 z dne 7. januarja 2004 ter sodbo in sklep istega sodišča II Cp 2493/2013 z dne 9. oktobra 2013.

¹⁴ Ur. l. SFRJ, št. 6/80, 20/80 – popr., 36/90 in 87/02 – SPZ.

¹⁵ I. Grbin, nav. delo, str. 1103–1104.

¹⁶ Ur. l. RS, št. 1/91-I, 45/94-I in 11/14 – popr.

¹⁷ ZTLR je kot jugoslovanski zvezni zakon uredil samo temelje stvarnega prava, ureja nje manj pomembnih podrobnosti pa je prepustil republiški zakonodaji. V 60. členu je tako določil, da pravico užitka, pravico rabe, pravico stanovanja in pravico stvarnega bremena ureja zakon. Tedanja SR Slovenija preostalih vprašanj stvarnega prava nikoli ni posebej

so se za priposestvanje teh pravic vse do uveljavitve SPZ še naprej smiselno uporabljala pravna pravila ODZ ob upoštevanju mnenja Zveznega vrhovnega sodišča.¹⁸ Velja pa omeniti, da je uveljavitev ZTLR očitno vplivala tudi na interpretacijo pravnih pravil ODZ v sodni praksi, saj so sodišča pogoje ODZ za priposestvanje služnosti poenostavila tako, da so zahtevala le izpolnitev dveh pogojev: da je lastnik gospodujočega zemljišča dejansko izvrševal služnost več kot dvajset let in da lastnik služeče stvari temu ni nasprotoval, opustila pa so zahtevo po poštenu (dobroverni) posesti priposestvovalca.¹⁹ Za priposestvanje osebnih in neprav(iln)ih stvarnih služnosti so se torej v sodni praksi uporabljali enaki pogoji, kot jih je ZTLR določal za priposestvanje stvarnih služnosti.

2.3. Ureditev po Stvarnopravnem zakoniku

SPZ je začel veljati 1. januarja 2003 in je z novo ureditvijo stvarnega prava v celoti nadomestil pravila ODZ in ZTLR. Pri priposestvanju služnosti je spet postala pomembna dobra vera, vendar ne kot nujni pogoj priposestvanja.²⁰ SPZ v 217. členu ločuje med dvema vrstama priposestvanja glede na dobro vero priposestvovalca. Za pravo priposestvanje gre, če lastnik gospodujoče stvari stvarno služnost dejansko izvršuje v dobri veri, da je služnost že pridobil. V takem primeru do priposestvanja pride po desetih letih neprekinjenega izvrševanja služnosti. Do nepravlega priposestvanja pa pride ne glede na dobro vero lastnika gospodujoče stvari, če ta dejansko izvršuje služnost dvajset let in lastnik služeče stvari temu ne nasprotuje.²¹ Ohranje-

zakonsko uredila, zato so se zanje še vedno uporabljala pravna pravila ODZ. Prim. I. Grbin, nav. delo, str. 1094.

¹⁸ Na Hrvaškem je sodna praksa zavzela nasprotno stališče: da osebnih služnosti ni mogoče pridobiti s priposestvanjem, ker osebna pravica ne more biti v posesti. Odločba Vrhovnega sodišča SR Hrvaške Gzz 10/87 z dne 24. februarja 1988, povzeto po I. Grbin, nav. delo, str. 1110.

¹⁹ Glej sodbo in sklep VS RS II Ips 2/1999 z dne 9. septembra 1999 ter II Ips 1022/2008 z dne 29. novembra 2012. Enako tudi sodba VSL II Cp 1434/2003 z dne 7. januarja 2004 in sodba istega sodišča I Cp 1506/2009 z dne 16. septembra 2009. Drugače sodba in sklep VSL II Cp 221/2011 z dne 22. junija 2011, ki pa prezre načelno pravno mnenje Zveznega vrhovnega sodišča iz leta 1960.

²⁰ Zanimivo je, da so na Hrvaškem s sprejemom Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14) spet uvedli tradicionalno ureditev iz ODZ, ki ne omogoča priposestvanja služnosti brez dobre vere (poštene posesti) priposestvovalca.

²¹ Izraza pravo in nepravo priposestvanje se v pravni teoriji po SPZ uporabljata v drugačnem pomenu kot po ODZ. Za pravo priposestvanje po ODZ gre, če je posest pravična, medtem ko se pri nepravem priposestvanju ne zahteva obstoj pravnega naslova posesti. V obeh primerih je pogoj za priposestvanje dobra vera priposestvovalca. Pri

no je klasično pravilo, da stvarne služnosti ni mogoče priposestvovati, če je lastnik gospodujoče stvari zlorabljal zaupanje lastnika ali neposrednega posestnika služeče stvari, če je služnost izvrševal s silo ali zvijačo ali če je bila služnost dovoljena do preklica. Izrecno je določeno, da negativnih služnosti ni mogoče priposestvovati.²² SPZ omogoča samo priposestvanje stvarnih služnosti, ne predvideva pa več te oblike nastanka osebnih služnosti.²³ Sodna praksa še ni dala jasnega odgovora na vprašanje, ali je s tem izključeno tudi priposestvanje nepravih stvarnih služnosti, ki so po vsebini bližje stvarnim kot osebnim služnostim.²⁴

Nova ureditev priposestvanja služnosti po SPZ je torej prinesla preobrat glede pomena dobre vere. Prej je bila dobra vera pri izvrševanju služnosti nujna pri priposestvanju osebnih, ne pa tudi stvarnih služnosti, zdaj pa priposestvanje osebnih služnosti ni več mogoče, pri stvarnih služnostih pa je od priposestvovalčeve dobrovernosti odvisna dolžina priposestvovalne dobe. Vsebina posestnikove dobre vere je opredeljena v 28. členu SPZ, ki določa, da posestnik ni v dobri veri, če je vedel ali mogel vedeti, da ni upravičen do posesti. Pri služnostih je treba to določbo razlagati v smislu upravičenja do izvrševanja služnosti, ki se kaže kot delna posest služeče nepremičnine. V skladu z 9. členom SPZ se dobra vera domneva, če se ne dokaže drugače.

Če se je priposestvanje začelo, ne pa še tudi zaključilo pred 1. januarjem 2003, se po prehodni določbi 269. člena SPZ glede priposestvovalne dobe, ki je začela teči pred uveljavitvijo SPZ, upoštevajo določila SPZ. To pomeni, da se je za tedaj že obstoječe dobroverne priposestvovalce stvarnih služnosti uporabila krajša, desetletna priposestvovalna doba, priposestvanje osebnih služnosti pa je prenehalo. Na nedobroverne priposestvovalce stvarnih služnosti pa uveljavitev SPZ ni vplivala, saj so zanje pogoji ostali enaki kot prej po ZTLR.

priposestvanju služnosti razlika nima velikega pomena, saj je priposestvovalna doba v obeh primerih 30 let. P. Mader v: M. Schwimann, nav. delo, str. 473.

²² Sodna praksa po ZTLR je priznavala tudi priposestvanje negativnih služnosti, če je lastnik gospodujoče nepremičnine prepovedal izvrševanje določenih ravnanj na služeči nepremičnini, lastnik slednje pa je to prepoved upošteval celotno priposestvovalno dobo. I. Grbin, nav. delo, str. 1104. T. Frantar, nav. delo, str. 228–229. M. Juhart, v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, str. 905. Glej tudi odločbi Vrhovnega sodišča SR Hrvaške Gzz 19/87 z dne 24. 6. 1987 in Gzz 12/88 z dne 3. julija 1988.

²³ R. Vrenčur, v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, str. 945. R. Vrenčur, nav. delo (2012), str. 34. Glej tudi sodbo VSL II Cp 221/2011 z dne 22. junija 2011 in sklep istega sodišča II Cp 2613/2012 z dne 28. marca 2013.

²⁴ Glej M. Tratnik, nav. delo (2005), str. II–VI.

3. IZKAZOVANJE DOBRE VERE PRIPOSESTVOVALCA

3.1. Vsebina dobre vere priposestvovalca

Pravni leksikon pojasnjuje, da je dobra vera (*bona fides*) subjektivno prepričanje določene osebe, da je tisto, kar počenja, v skladu s predpisi in da ne posega v tuje pravice.²⁵ Podobno Finžgar preprosto pojasnjuje, da je dobroveren tisti, ki je prepričan, da ne krši pravice drugega.²⁶ Dobrovernost ravnanja je etični pravni standard, ki od vsakogar v pravnem prometu zahteva, da upošteva tudi upravičene pravne interese drugih. Po Juhartovem mnenju pri tem nedosledna uporaba različnih izrazov v zakonodaji (dobrovernost, poštenost, ravnanje v skladu z dobrimi poslovnimi običaji) ne bi smela povzročati vsebinskih razlik pri vrednotenju tega pravnega standarda.²⁷ Tudi Pravni leksikon navaja, da imajo izrazi vestnost in poštenje, dobra vera in poštenje, pravičnost, dobre šege, dobri običaji ipd. isti pomen temeljnega moralnega načela v pravnem sistemu, ki mu v poslovnem prometu ustreza načelo ravnanja v skladu z dobrimi poslovnimi običaji.²⁸

Prej obravnavani stvarnopravni zakoni pojasnjujejo pojem dobre vere na primeru posestnika. Iz 326. člena ODZ sledi, da je pošten posestnik tisti, ki ima stvar, ki jo posreduje, iz verjetnih razlogov za svojo. ZTLR je v 72. členu določal, da je posest dobroverna, če posestnik ne ve ali ne more vedeti, da stvar, ki jo ima v posesti, ni njegova. SPZ v 28. členu uvaja negativno definicijo: posestnik ni v dobri veri, če je vedel ali mogel vedeti, da ni upravičen do posesti. V zvezi s služnostmi je torej treba razlagati, da je v dobri veri tista oseba, ki iz verjetnih razlogov meni, da ji pripada služnost, ki jo dejansko že izvršuje, oziroma ne ve ali ne more vedeti, da ni upravičena do izvrševanja te služnosti. Priposestvovalec se mora zlasti ob začetku izvrševanja služnosti z dolžno skrbnostjo prepričati, da je res upravičen do takšnega ravnanja. Dolžnost preverjanja upravičenosti do služnosti ne obstaja vso priposestvovalno dobo. Dobra vera pa preneha takoj, ko priposestvovalec na kakršenkoli način izve, da mu ne pripada pravica, ki jo izvršuje.²⁹ Predpostavka dobre vere je, da lastnik služne nepremičnine izvrševanju služnosti ne nasprotuje, če pozna oziroma bi lahko

²⁵ Leksikon Pravo, str. 29.

²⁶ A. Finžgar, nav. delo, str. 49.

²⁷ M. Juhart, nav. delo (2007), str. 154, 158.

²⁸ Leksikon Pravo, str. 409. Prim. sodbo VSL I Cp 808/2011 z dne 24. avgusta 2011: »Ravnati v dobri veri pomeni tudi ravnati v skladu z dobrimi običaji.«

²⁹ Z. Stipković, v: N. Gavella, nav. delo (sv. 2), str. 22. Kot primer poštenega izvrševanja služnosti avtor navaja položaj, ko je priposestvovalec hodil čez tuje zemljišče v prepričanju, da ima do tega pravico, ker se je to od nekdanj počelo.

poznal posestno stanje. Tudi lastnik mora ravnati z ustrezno skrbnostjo, da prepreči priposestvovanje služnosti.³⁰

Obstoj dobre vere se domneva (9. člen SPZ, § 328 ODZ, 72. člen ZTLR), vendar je to domnevo mogoče izpodbijati. Breme zatrjevanja in dokazovanja nedobrovernosti priposestvovalca služnosti načeloma nosi lastnik služee nepremičnine, ki oporeka obstoju služnosti.³¹ Predmet dokazovanja so lastnikove trditve, da je priposestvovalec vedel ali bi moral vedeti, da ni upravičen do izvrševanja služnosti.³² Ni pa potreben dokaz, da je to vedel že od začetka izvrševanja služnosti, saj mora biti dobra vera podana vso priposestvovalno dobo (*mala fides superveniens nocet*, prvi odstavek 45. člena SPZ).³³ Če je bil priposestvovalčev posestni prednik nedobroveren, se dobra vera posestnega naslednika presoja samostojno. Vendar bo lastnik služee nepremičnine v (najpogostejšem) primeru zunajknjižnega priposestvovanja dokazno breme zlahka prevalil na priposestvovalca s preprosto navedbo, da služnost ni vpisana v zemljiški knjigi. Zaradi načela publicitete zemljiške knjige (6. člen Zakona o zemljiški knjigi – ZZK-1³⁴) se namreč šteje, da je zemljiškoknjižno stanje vsakomur znano – tako je moralo biti znano tudi priposestvovalcu služnosti. Priposestvovalec mora torej navesti in dokazati obstoj dodatnih okoliščin, zaradi katerih je dobroverno izvrševal služnost, četudi ta ni bila vpisana v zemljiško knjigo.³⁵

Izraz dobra vera že po splošnem jezikovnem pomenu pove, da gre za opis posameznikovega stanja zavedanja, se pravi za nekakšno notranje, intimno prepričanje o tem, da ravnaš prav. To subjektivno mnenje o lastni poštenosti pa drugim ljudem, navzven, samo po sebi ni dostopno oziroma zaznavno, zato je mogoče obstoj ali neobstoj dobre vere ugotavljati samo posredno. Glede na to, da pravo omogoča dokazovanje dobre vere, mora imeti torej dobrovernost vendarle nekatere navzven vidne, »oprijemljive« znake. Zato ob nasprotni trditvi ni dovolj, da oseba »dobro v srcu misli«,³⁶ temveč mora še izkazati, da ob tem ni hote ali nehote zanemarila česa, kar bi njeno vero omajalo. Priposestvovalčeva dobrovernost mora izhajati iz neke konkretne podlage, ki v za-vesti priposestvovalca obstaja brez dvoma. Za to ne more zadoščati strankina

³⁰ Prim. M. Tratnik, nav. delo (2013), str. 73.

³¹ Sklep Višjega sodišča v Kopru Cp 18/2010 z dne 9. februarja 2010.

³² Prim. J. Zobec, nav. delo, str. 29.

³³ A. Finžgar, nav. delo, str. 49.

³⁴ Ur. l. RS, št. 58/03, 37/08 – ZST-1, 45/08, 28/09 in 25/11.

³⁵ Prim. J. Zobec, nav. delo, str. 30.

³⁶ Institut dobre vere je v očeh strank v sodnih postopkih dostikrat razumljen prav na tak način, namreč, da »[...] je institut priposestvovanja namenjen varstvu poštenega kmeta (tožnika) pred spretnejšimi 'papirčkarji'« (pritožbene navedbe v zadevi VSL I Cp 2086/2012).

izjava, da je bila o svoji pravici prepričana.³⁷ Prav tako ne zadošča dejanska ugotovitev, da je bila stranka v zmoti o obstoju pravice, ki jo izvršuje, temveč mora biti ta zmota opravičljiva.³⁸ Priposestvovalec mora biti prepričan o svoji pravici tudi potem, ko je s povprečno skrbnostjo premislil o vseh okoliščinah, ki se nanašajo na njegovo posest. Celotno priposestvovalčevo ravnanje mora utemeljevati sklep, da je ravnal vestno oziroma da ni opustil običajne potrebne skrbnosti.³⁹ V fazi dokazovanja dobre vere se torej ugotavljajo okoliščine, ki lahko priposestvovalčevo zmoto opravičijo.⁴⁰

Priposestvovalec mora ravnati z ustrezno skrbnostjo zlasti ob začetku izvrševanja služnosti. Vrhovno sodišče je zapisalo, da bi bilo preveč zahtevati od posestnika, da tudi po tem, ko je posest pošteno pridobil, nenehno preverja svoj pravni položaj. Zato postane posestnik naknadno nedobroveren le, če dejansko izve, da nima pravice do posesti, in kljub temu izvrševanje posesti nadaljuje. Nasprotno posestnik ni nedobroveren, če je sicer obstajala možnost, da izve, da nima pravice do posesti, pa tega vseeno ni izvedel. Določeno skrbnost je treba zahtevati tudi od lastnika, ki mu je znana neskladnost med knjižnim in dejanskim stanjem in ki naj prepreči vzpostavljanje pogojev za pridobitev lastninske pravice s priposestvovanjem.⁴¹

Glede na to, da je služnost mogoče priposestvovati tudi brez pogoja dobre vere, se lahko zastavi vprašanje, ali bi bilo treba razlagati dobro vero pri služnostih strožje oziroma ožje kot pri priposestvovanju lastninske pravice. Niti v zakonskem besedilu niti v sodni praksi ali teoriji za to ni najti prepričljivih razlogov. Če se lahko lastninska pravica v dobri veri priposestvuje v desetih letih, se lahko po sklepanju *a maiori ad minus* pod enakimi pogoji priposestvuje tudi služnost kot omejena stvarna pravica. Priposestvovanje služnosti v dvajsetletnem roku je dodatna možnost nastanka pravice, ki pa ne vpliva na vsebino dobre vere.

³⁷ Prim. sodbo VSL II Cp 1317/2014 z dne 6. avgusta 2014.

³⁸ Prim. M. Juhart, nav. delo (2011), str. 9. M. Tratnik, nav. delo (2011), str. 56.

³⁹ Sodba VS RS II Ips 608/2005 z dne 31. januarja 2008 ter sodbi VSL II Cp 3130/2008 z dne 17. junija 2009 in I Cp 3671/2009 z dne 25. novembra 2009.

⁴⁰ »V dobri veri je tisti, ki je kljub ustrezni skrbnosti (še vedno) v zmotnem prepričanju, da je stvar, ki jo ima v posesti, tudi zares njegova. Človekova zavest (prepričanje) je zaznavno (dokazno) nedostopna, zato mora verjetnost resničnosti takšne zavesti izhajati iz objektivnih, zaznavnih okoliščin; če so podane okoliščine, ki bi pri povprečno razumnemu človeku porodile dvom v resničnost podlage za dobrovernost, potem dobrovernosti ni.« Sklep VSL I Cp 2698/2010 z dne 20. oktobra 2010.

⁴¹ Sodba VS RS II Ips 622/2008 z dne 19. januarja 2012, 14. odstavek.

3.2. Možnost zunajknjižnega priposestevanja služnosti

Z uveljavitvijo SPZ in ZZK-1 je bil v našem pravnem redu znova povečan in izrecno poudarjen pomen zemljiške knjige in načela publicitete, ki je bilo zlasti v obdobju družbene lastnine zelo zrelativizirano. Pravna teorija je zato po letu 2003 (delno že po letu 1995, ko je bil sprejet prvi slovenski zakon o zemljiški knjigi⁴²) večinoma zavzela zelo strogo stališče do presoje dobrovernosti kot pogoja za priposestevanje pravic na nepremičninah, izhajajoč iz predpostavke, da mora vsak poznati zemljiškoknjižno stanje nepremičnine in svojih pravic na njej. Če nekdo ni vpisan kot imetnik stvarne pravice na nepremičnini, ne more biti v opravičljivi zmoti (dobri veri) glede obstoja svoje pravice. Možno bi bilo torej samo knjižno priposestevanje, pri katerem je stvarna pravica vpisana v zemljiško knjigo, vendar je vpis materialnopravno napačen, ker zaradi pomanjkljivosti pravnega naslova do prenosa pravice v resnici ni prišlo (npr. ker je bila pogodba nična ali upravna odločba odpravljena). To pomanjkljivost prenosa lahko sanira priposestevanje. Do priposestevanja po tem stališču v nobenem primeru ne more priti v primeru, ko prenos oziroma ustanovitev pravice nista bila zemljiškoknjižno izvedena.⁴³

Tratnik v zvezi s tem opozarja na možno nasprotje med zakonskimi določbami. Medtem ko iz definicije posestnikove dobre vere v 28. členu SPZ izhaja, da je posestnik nepremičnine lahko v dobri veri samo, če je kot lastnik vpisan v zemljiško knjigo, pa določba drugega odstavka 44. člena SPZ sugerira, da je s priposestevanjem mogoče pridobiti pravico, ki ni vpisana v zemljiško knjigo. Določa namreč, da s priposestevanjem pridobljena pravica ne sme biti na škodo tistemu, ki je v dobri veri in zaupanju v javne knjige pridobil pravico, še preden je bila s priposestevanjem pridobljena pravica vpisana v javno knjigo. Nadaljnji razvoj bo odvisen od sodne prakse. Tratnik se tu zavzema za strožjo interpretacijo, ki bi po zgledu nemškega prava izključila zunajknjižno priposestevanje.⁴⁴

Sodišča so v posameznih odločbah sledila navedenemu strogemu stališču. Višje sodišče v Ljubljani je npr. zavzelo stališče, da je dobrovernost podana le, kadar posestnik misli, da so se stekle vse postavke za pridobitev lastninske pravice, vključno z vpisom v zemljiško knjigo, saj je le tedaj lahko v opravičljivi

⁴² Zakon o zemljiški knjigi (ZZK), Ur. l. RS, št. 33/95, 50/02 – odl. US in 58/03 – ZZK-1.

⁴³ Tako o prvotnih stališčih teorije (tudi svojih) ugotavlja M. Juhart, nav. delo (2011), str. 8–9. Prim. M. Juhart, v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, str. 902. M. Tratnik, nav. delo (2010), str. 205.

⁴⁴ M. Tratnik, v: R. Vrenčur (nav. delo), str. 103–106.

zmoti glede svoje lastninske pravice.⁴⁵ Vendar pa večinska sodna praksa meni, da odsotnost vpisa pravice v zemljiško knjigo še ne izključuje dobrovernosti priposestvovalca.⁴⁶ Eden od razlogov za to je najbrž tudi okoliščina, da so se praktično vsa priposestovanja, o katerih so sodišča doslej odločala, začela še pred uveljavitvijo SPZ. VS RS je zapisalo, da je dobrovernost kot predpostavko zunajknjižnega priposestovanja treba presojati v kontekstu družbenih razmer v času sklenitve pogodbe, v katerih zemljiška knjiga ni bila ustrezna ustanova materialnega nepremičninskega prava, načelo zaupanja v zemljiško knjigo pa ni imelo takega pomena, kot ga ima od leta 1995.⁴⁷

Možno je, da bodo sodišča v zvezi z razmerji, začeti po 1. januarju 2003, od priposestvovalcev, ki dokazujejo svojo dobro vero, zahtevala večjo skrbnost glede preverjanja zemljiškoknjižnih podatkov. Vendar pa se glede na dosedanja pravno tradicijo vse od ODZ ne zdi verjetna uveljavitev stališča, ki bi zunajknjižno priposestovanje stvarnih pravic povsem izključilo. Velja omeniti, da tudi avstrijska sodna praksa, ki še vedno temelji na ODZ, šteje, da glede na obstoj priposestovanja kot zunajknjižnega načina pridobitve pravic priposestovalčevo vedenje o manjkajočem vpisu v zemljiško knjigo še ni indic njegove slabe vere.⁴⁸ Temu stališču se približuje tudi novejša slovenska teorija. Juhart npr. izrecno priznava, da je spremenil stališče. Poudarja, da definicija dobroverne posesti iz 28. člena SPZ za potrebe priposestovanja ni primerna, saj se omejuje na upravičenost do posesti, zato je treba pojem dobroverne posesti kot predpostavke priposestovanja določiti s primerno razlago. Pogoj za priposestovanje je, da je priposestovalec v opravičljivi zmoti in da ni mogel vedeti, da ni pridobil pravice.⁴⁹ Sodišča pri presoji priposestovalčevega skrb-

⁴⁵ Sodba VSL I Cp 3671/2009 z dne 25. novembra 2009. Podobno sodba istega sodišča I Cp 112/2010 z dne 10. februarja 2010: »Če posestnik v zemljiško knjigo ni vpisan kot lastnik, morajo biti podane neke posebne, izjeme okoliščine, ki lahko opravičijo njegovo zmotno prepričanje, da je lastnik nepremičnine. Izjeme bodo upravičene predvsem takrat, ko razlogov za to, da pridobitev pravice ni bila vpisana, ne bo mogoče pripisati pridobitelju.«

⁴⁶ Prim. sklep VSL II Cp 1317/2011 z dne 12. oktobra 2011: »Dobra vera ne more biti a priori izključena zgolj zato, ker se izvrševalec stvarne pravice na podlagi zavezovalnega posla ni vknjižil.« Enako sklep VSL II Cp 3861/2011 z dne 30. maja 2012 in sodba VSL I Cp 3103/2013 z dne 29. januarja 2014.

⁴⁷ Sodba VS RS II Ips 796/2008 z dne 9. februarja 2012. Glej tudi sodbo VSL I Cp 808/2011 z dne 24. avgusta 2011: »Ravnati v dobri veri pomeni tudi ravnati v skladu z dobrimi običaji. Na tem mestu zato tudi ni možno spregledati tega, da zemljiška knjiga v času prevlade družbenolastninskih razmerij, v katerega sega sklenjeni dogovor med sosedi, ni imela enakega dejanskega pomena, kot ga ima oziroma bi ga morala imeti v urejenem in stabilnem sistemu stvarnega in zemljiškoknjižnega prava.«

⁴⁸ F. S. Meissel, v: H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger, nav. delo, str. 1732.

⁴⁹ M. Juhart, nav. delo (2011), str. 9.

nega ravnanja kot merila dobre vere ne uporabljajo abstraktnega standarda skrbnosti, ampak upoštevajo tudi njegove osebne okoliščine.⁵⁰

Primeri knjižnega priposestevanja stvarnih pravic so sicer v praksi izjemno redki. Avtorji s področja sodstva enotno navajajo, da v sodni praksi sploh še niso naleteli na primer, ko bi priposestvovalčevo posest med trajanjem priposestvovalne dobe spremljal še vpis v zemljiški knjigi. Vsi primeri se nanašajo na zunajknjižno priposestevanje.⁵¹ Zobec poudarja, da možnost zunajknjižnega priposestevanja na prvi pogled res ogroža publicitetno funkcijo zemljiške knjige in zaupanje v pravnem prometu z nepremičninami, kar sta temeljni funkciji zemljiške knjige. Vendar se po njegovem mnenju ob upoštevanju načel zemljiškoknjižnega prava in njihovem ustreznem povezovanju s pogoji priposestevanja lahko izkaže, da institut zunajknjižnega priposestevanja nima zelo negativnih učinkov na pravno varnost in je lahko združljiv z zemljiškoknjižnim publicitetnim sistemom.⁵²

3.3. Odločba državnega organa

Morda najočitnejši argument proti splošni uveljavitvi stališča o nemožnosti zunajknjižnega priposestevanja je, da že zakon poleg vpisa v zemljiško knjigo pozna tudi druge načine pridobitve stvarnih pravic. Člen 211 SPZ in identični 214. člen določata, da stvarna služnost nastane z zakonom, na podlagi pravne- ga posla ali z odločbo državnega organa. Samo pri pravnem poslu je pogoj za nastanek služnosti vpis v zemljiško knjigo. Če je stvarna služnost ustanovljena s sodno odločbo (npr. pri določitvi nujne poti ali v okviru fizične delitve solastnine) ali upravno odločbo (npr. v okviru prostorskih operacij ali če gre za služnost v javno korist), služnost nastane z dnem, ko postane sodna odločba pravnomočna, odločba upravnega organa pa dokončna (216. člen SPZ). Pri teh pridobitnih načinih je torej služnost mogoče izvrševati v dobri veri, tudi če ni vpisana v zemljiško knjigo.

Seveda pride priposestevanje služnosti tu v poštev samo, če se naknadno izkaže, da sodna oziroma upravna odločba ni bila veljavna, vendar priposestvo- valec za to ni vedel. Tak primer je redek, saj mora biti sklep o razveljavitvi oziroma odpravi prvotne odločbe praviloma vročen služnostnemu upravičencu,

⁵⁰ V sodbi VSL II Cp 21/2009 z dne 25. marca 2009 je sodišče zapisalo, da tožnika glede na dokumente, ki jih je vse izdal oziroma overil državni organ, upoštevajoč, da sta tožeči stranki preprosta človeka brez pravnega znanja, ter dejstvo, da nobena izmed pravnih strank uporabi poti ni nasprotovala, nista imela razloga, da bi o svoji lastninski pravici dvomila.

⁵¹ J. Zobec, nav. delo, str. 29. V. Horvat, nav. delo, str. 29. J. Velkaverh, nav. delo, str. 2.

⁵² J. Zobec, nav. delo, str. 29.

s čimer bo omajana njegova dobra vera. Lahko pa si zamislimo primer, ko je upravna odločba izrečena za nično več kot deset let po ustanovitvi služnosti, priposestvovalec pa vse do izteka priposestvovalne dobe ni vedel za obstoj ničnostnih razlogov in je zato služnost medtem v dobri veri priposestvoval.⁵³

Služnost se lahko pridobi brez vpisa v zemljiško knjigo tudi z dedovanjem. Pri tem je za pridobitev pravice odločilen trenutek zapustnikove smrti, ne pravnomočnost sklepa o dedovanju (39. člen v povezavi s 13. členom SPZ). Neveljaven sklep ali zmotna navedba posamezne nepremičnine v sklepu o dedovanju je lahko podlaga za dobro vero pri priposestovanju lastninske pravice na nepremičnini.⁵⁴ Pri priposestovanju služnosti pa do takšnega položaja v bistvu ne more priti. Osebnosti se ne dedujejo, saj so vezane na osebo upravičenca. Stvarne služnosti pa niso posebej zapisane v sklepu o dedovanju, saj se prenašajo skupaj z gospodujočo nepremičnino, v korist katere so ustanovljene. Če priposestvovalec zmotno meni, da je od zapustnika pridobil služnost, ki pa ni bila vpisana v zemljiški knjigi, temelj njegove dobre vere torej ne bo mogel biti sklep o dedovanju, ampak bo treba dobrovernost priposestvovalca in njegovega posestnega prednika presoati glede na druge okoliščine primera.

3.4. Zemljiškoknjžno nerealizirana pogodba

Po prej omenjenem strogem stališču pogoj dobre vere ne more biti izpolnjen, če je bila med lastnikom gospodujoče stvari in lastnikom služeče stvari sklenjena samo pogodba o ustanovitvi služnosti, služnost pa ni bila vpisana v zemljiško knjigo, saj bi se moral lastnik gospodujoče nepremičnine zavedati, da zaradi odsotnosti razpolagalnega posla služnost ni nastala.⁵⁵ Vendar Tratnik meni, da je možno, da bo sodna praksa zaradi naše pravne tradicije še naprej štela, da za dobroverno posest zadošča že veljaven zavezovalni posel brez vpisa v zemljiško knjigo.⁵⁶ V zvezi s tem navaja tudi odločitev avstrijskega vrhovnega sodišča, da zgolj dejstvo, da je priposestvovalcu (mogoče) bilo znano, da je bila vknjižba pravice, ki naj bi jo priposestvoval, pomanjkljiva, še ni indikacija njegove nedobrovernosti.⁵⁷

⁵³ Prim. J. Ilc, nav. delo, str. 13. M. Tratnik, nav. delo (2010), str. 98–99.

⁵⁴ M. Tratnik, nav. delo (2011), str. 59.

⁵⁵ M. Juhart, v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, str. 902. M. Tratnik, nav. delo (2010), str. 205.

⁵⁶ M. Tratnik, nav. delo (2010), str. 97.

⁵⁷ M. Tratnik, nav. delo (2011), str. 52. Sklep Oberster Gerichtshof 5Ob270/03x z dne 9. decembra 2003: »Da die Ersitzung ein außerbücherliches Recht entstehen lässt, ist die (mögliche) Kenntnis des Besitzers vom fehlenden Bucheintrag des in Anspruch genommenen Rechts kein Indiz für dessen Schlechtgläubigkeit. Auch die Indizwirkung der Unterlassung eines Bucheintrags durch den Rechtsnachfolger des Besitzers bzw. eines Bemühens

Dosedanja sodna praksa (večinoma sicer v zvezi s priposestvovanjem lastninske pravice) dopušča obstoj dobre vere v položaju, ko je priposestvovalec oziroma njegov pravni prednik z zemljiškoknjižnim lastnikom sklenil ustrezno pogodbo, na podlagi katere pa se ni vpisal v zemljiško knjigo.⁵⁸ Vendar morajo poleg obstoja obligacijskoppravnega posla dobro vero utemeljevati tudi vse druge okoliščine primera, zlasti dejansko izvrševanje pravice brez nasprotovanja zemljiškoknjižnega lastnika.⁵⁹

S tem je skladno Juhartovo stališče v novejših delih, da je mogoče tudi v pravni ureditvi SPZ priznati možnost protiknjižnega priposestvovanja, če priposestvovalec izkaže dejansko izvrševanje posesti, njegova dobra vera pa temelji na sklenjeni in neizvršeni zavezovalni pogodbi. Breme opustitve zemljiškoknjižnega vpisa namreč nosi kupec v razmerju do poštenih oziroma dobrovernih tretjih oseb, ne pa tudi v razmerju do drugih strank zavezovalnega posla, zlasti če slednje ne ravna v dobri veri. Dobra vera namreč vsebuje tudi moralno-vrednostni element in se ne sklada v celoti s skrbnim ravnanjem. Vsaka opustitev skrbnosti zato še ne pomeni, da je izničena dobra vera.⁶⁰

3.5. Primernost in veljavnost pravnega naslova

Pri pravem priposestvovanju po SPZ mora priposestvovalec služnost izvrševati na način in z vsebino, ki ustreza (pomanjkljivemu) pravnemu naslovu, na katerem temelji njegova dobra vera, npr. pogodbi ali odločbi o ustanovitvi služnosti.⁶¹ Pravni naslov mora biti primeren, torej takšen, na podlagi katerega bi bilo mogoče pridobiti pravico, ki se priposestvuje.⁶² Če posest temelji

darum ist zu schwach, wäre doch sonst die gesetzlich vorgesehene Fortsetzung des Ersitzungsbesitzes (§ 1493 ABGB) bei Grunddienstbarkeiten fast regelmäßig in Frage gestellt.«

⁵⁸ A. Vlahek, nav. delo (2011), str. 16–17.

⁵⁹ Sodba VSL I Cp 808/2011 z dne 24. avgusta 2011: »Čeprav sta [tožnika] vedela, da v zemljiški knjigi še nista vpisana kot lastnika sporne nepremičnine, sta glede na vse okoliščine utemeljeno mislila, da bo vpis v zemljiško knjigo le formalnost, saj je do posla prišlo na pobudo tožencev, neposrednih sosedov, ki so imeli situacijo v naravi ves čas pred očmi. Le v teoriji velja, da vpis v zemljiški knjigi (vedno) izključuje dobrovernost stranke. Sodišče mora namreč vselej pretehtati vse okoliščine primera.« Prim. tudi sodbo VS RS II Ips 866/2008 z dne 15. novembra 2010 in sodbo VSL II Cp 546/2013 z dne 5. junija 2013.

⁶⁰ M. Juhart, nav. delo (2011), str. 10, 12.

⁶¹ Pri nepravem priposestvovanju vsebina priposestvovane služnosti zajema tista ravnanja, ki jih je priposestvovalec redno izvrševal na tuji nepremičnini celotno priposestvalno dobo, zato obstoj pravnega naslova ni potreben. M. Juhart, v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, str. 902–904. P. Mader, v: M. Schwimann, nav. delo, str. 483.

⁶² Finžgar v zvezi s pogojem zakonitosti posesti ugotavlja, da zastavna, shranjevalna, služnostna in podobne pogodbe niso pravni naslovi, ki bi bili sposobni za pridobitev lastninske pravice. Zastavni upnik, shranjevalec, uživalec ne more samovoljno spremeniti

na pravnem naslovu, ki ne vodi do pridobitve stvarne pravice (npr. nerealizirana predpogodba ali zakupna pogodba), dobrovernost ni podana.⁶³ Obstoj pravnega naslova sicer ni predpisan kot pogoj za obstoj dobre vere, vendar bo priposestvovalec služnosti brez kakršnegakoli pravnega naslova (veljavnega ali ne) zelo težko dokazal svojo dobrovernost. Drugače kot pri priposestvovanju lastninske pravice se pri pravem priposestvovanju služnosti namreč ne srečamo s položajem, ko kdo v dobri veri uporablja tujo nepremičnino, ker je bilo tako že od nekdaj. Zaradi poteka časa so namreč v takšnem primeru izpolnjeni že pogoji za nepravo priposestvanje služnosti, pri katerem vprašanje priposestvovalčeve dobre vere ni pomembno. Pred potekom desetletnega obdobja, ko je aktualno pravo priposestvanje služnosti, pa je za dokazovanje dobre vere potrebna oprijemljivejša podlaga.

Po prejšnji ureditvi priposestvovanja lastninske pravice se je obstoj veljavnega pravnega naslova presojal ločeno od vprašanja dobre vere, in sicer v okviru merila zakonite posesti po ZTLR oziroma pravične posesti po ODZ. SPZ je tak pojem opustil; v teoriji se ugotavlja, da zlasti zato, ker naj bi bila zahteva po pravnem naslovu praviloma že zajeta v zahtevi po dobrovernosti. SPZ torej še vedno pozna zahtevo po pravnem naslovu, vendar ta ni več samostojna, temveč se postavlja v okviru predpostavke dobrovernosti.⁶⁴ V sodni praksi zato naletimo na stališče, da je dobroverna in zakonita posest, kot sta jo urejala ODZ in ZTLR, dejansko vsebinsko izenačena z dobroverno lastniško posestjo, kot jo opredeljuje SPZ v drugem odstavku 43. člena.⁶⁵ Iz tega stališča bi sledilo, da mora biti za dobro vero po SPZ vedno prisoten tudi *veljaven* pravni naslov. To bi zožilo pojem dobre vere in s tem vplivalo tudi na pogoje za pravo priposestvanje služnosti po SPZ. Merilo dobre vere bi bilo namreč strožje od tistega po ODZ, kjer za priposestvanje služnosti ni bil potreben veljaven pravni naslov in njegov obstoj tudi ni bil vključen v pojem dobre vere.

Za takšno razlago v zakonu ne najdemo podlage, saj ta pojma dobre vere nikjer ne pogojuje s pravnim naslovom. Tratnik meni, da pojem dobroverne posesti po SPZ vendarle ni enak pojmu zakonite in dobroverne posesti po ZTLR, saj neveljaven pravni naslov po SPZ ne izključuje dobrovernosti, pod pogojem, da je priposestvovalec v dobri veri tako glede veljavnosti pravnega naslova kot

naslova svoje posesti: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. A. Finžgar, nav. delo, str. 49.

⁶³ Sodbe VS RS II Ips 275/2011 z dne 19. januarja 2012, II Ips 1206/2008 z dne 14. junija 2012, II Ips 647/2009 z dne 26. maja 2011.

⁶⁴ M. Tratnik, nav. delo (2013), str. 69.

⁶⁵ Sodba VSL I Cp 3585/2009 z dne 10. februarja 2010. Podobno tudi sodba VS RS II Ips 723/2006 z dne 29. januarja 2009, a z dodatkom, da lahko zadošča tudi neveljaven pravni naslov.

glede pridobitve stvarne pravice. Vendar pa so primeri, ko pravni naslov ni veljaven, priposestvovalec pa je glede tega v dobri veri, izjemno redki.⁶⁶ Juhart kot tipičen primer dobrovernega izvrševanja služnosti navaja služnost, ki je nastala na podlagi pravnega posla in je vpisana v zemljiško knjigo, kasneje pa se pokaže, da je bil pravni posel ničen (za kar priposestvovalec ni vedel). Drug primer je služnost, pridobljena na podlagi sodne ali upravne odločbe, ki je bila kasneje odpravljena ali razveljavljena.⁶⁷ Vrhovno sodišče RS je stališče, po katerem je nujni pogoj za priposestovalčevo dobrovernost obstoj zakonitega temelja, in to (celo) takšnega, ki naj bi privedel do vknjižbe lastninske pravice v zemljiško knjigo, označilo za materialnopravno zmotno.⁶⁸ Horvat sicer opozarja, da se mehčanje kriterijev, tako da za obstoj dobre vere ne zahtevajo več obstoja veljavnega pravnega naslova, pomeni, da se pojem dobre vere bliža predvsem moralnemu pojmovanju, ne pa skrbnemu ravnanju.⁶⁹

3.6. Neformalna pisna soglasja lastnika

Kot primer pomanjkljivega pravnega naslova za pridobitev stvarne pravice, ki lahko utemeljuje dobro vero priposestovalca, se običajno navaja za vknjižbo neprimerna pogodba med lastnikom nepremičnine in priposestovalcem. Če gre pri tem za prodajno pogodbo, stranke v njej navadno vendarle označijo nepremičnino, ki se prodaja, novega lastnika in kupnino, morda pa pozabijo na zemljiškoknjižno dovolilo. Pravni posli, s katerimi se dogovori služnost oziroma drugačna pravica uporabe tuje nepremičnine, pa so pogosto manj dorečeni. Ne gre za pisno pogodbo med lastnikom nepremičnine in upravičencem, ampak za bolj ali manj neformalno enostransko soglasje lastnika nepremičnine, npr. dovoljenje za vožnjo prek njegovega zemljišča ali soglasje, da se prek te parcele napelje električni kabel ali vkoplje kanalizacijski vod. Takšno dovoljenje ne vsebuje zemljiškoknjižnega dovolila in pogosto sploh ne vsebuje izraza služnost, ampak samo opis dopustnega obsega uporabe tujega zemljišča, tako da ne bi zadoščalo za vpis pravice v zemljiško knjigo. Po doslej prikazanih merilih torej ne bi mogli reči, da je bil priposestvovalec na podlagi tovrstnega dovoljenja lahko v dobri veri oziroma v opravičljivi zmoti, da je služnost že pridobil.

⁶⁶ M. Tratnik, nav. delo (2011), str. 59. M. Tratnik, nav. delo (2013), str. 69.

⁶⁷ M. Juhart, v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, str. 902.

⁶⁸ Sklep VS RS II Ips 410/2008 z dne 25. avgusta 2011. Glej tudi sodbo VS RS II Ips 604/2006 z dne 18. decembra 2008: »Sodišče je [...] pravilno sklenilo, da pomisleki toženk v zvezi z veljavnostjo pogodbe in z zemljiškoknjižnim prenosom niso pomembni za presojo tožnikove dobrovernosti.« Enako sodba VS RS II Ips 359/2010 z dne 19. decembra 2013.

⁶⁹ V. Horvat, nav. delo, str. 33.

Vendar so bila sodišča v praksi razmeroma blagohotna pri interpretaciji merila dobre vere, temelječe na tovrstnih soglasjih. Višje sodišče v Ljubljani je menilo, da je za pošteno posest priposestvovalca po ODZ zadoščalo izrecno dovoljenje lastnika nepremičnine za gradnjo plinovoda prek njegove nepremičnine.⁷⁰ Višje sodišče v Mariboru je odločilo, da je o dobri veri priposestvovalke mogoče sklepati iz tega, da je v cesto veliko investirala, česar gotovo ne bi storila brez izrecnega dovoljenja takratnega lastnika, to je občine. Prav tako bi se občina graditvi takšne ceste zagotovo uprla, če je ne bi dovolila, cesta pa je bila tudi zakoličena. Čeprav dovoljenje za uporabo in dogovarjanje o odkupu parcele ne pomeni služnosti, po mnenju sodišča oboje kaže na to, da je med toženo stranko in občino obstajalo soglasje, da tožena stranka pot lahko trajno uporablja.⁷¹ Pač pa mora biti dovoljenje za izvrševanje služnosti vsaj konkludentno dovolj jasno izraženo.⁷² Zgolj dejstvo, da je prodajalec tožniku ob nakupu nepremičnin pokazal sporno pot, po mnenju Vrhovnega sodišča ne zadostuje za ugotovitev tožnikove dobrovernosti v smislu 217. člena SPZ.⁷³

Treba je opozoriti, da vsako dovoljenje oziroma soglasje za uporabo tuje nepremičnine vendarle še ne more biti podlaga za priposestvanje služnosti. Če je bilo namreč dovoljenje izrecno dano samo do preklica ali če iz okoliščin primera izhaja, da ga lahko lastnik kadarkoli odpove, potem gre med strankama za razmerje prekarija, to pa izključuje možnost priposestvanja služnosti (tretji odstavek 217. člena SPZ). Navaden obligacijskopravni dogovor tako praviloma ne more privedi do priposestvanja, saj ne more utemeljevati priposestvovalčeve dobre vere, da je trajno upravičen do uporabe tuje nepremičnine.⁷⁴ Hkrati pa sodna praksa ugotavlja, da uporaba stvari z lastnikovim dovoljenjem nima nujno le značilnosti prekarija. Za sklenitev pravnega posla, s katerim lastnik prepusti uporabo svoje stvari drugemu, namreč velja načelo prostega urejanja

⁷⁰ Sodba VSL I Cp 2253/2012 z dne 30. januarja 2013. Podobno sodba VSL II Cp 126/2009 z dne 13. maja 2009.

⁷¹ Sodba in sklep Višjega sodišča v Mariboru (v nadaljevanju: VSM) I Cp 1771/2010 z dne 1. februarja 2011.

⁷² Velikokrat se vprašanje priposestvanja služnosti pokaže kot predhodno vprašanje v negatornih pravih. Tudi tu praksa daje velik pomen neformalnim ali celo konkludentnim soglasjem. Prim. sodbo VS RS II Ips 472/1997 z dne 28. oktobra 1998: »Ob upoštevanju ugotovljenih pravnoodločilnih dejstev, da je tožnica pri izgradnji vodovoda sama sodelovala in z izgradnjo vodovoda soglašala, pa tožeča stranka dejstva, da je bilo sicer obstoječe vznemirjanje tudi neutemeljeno, ni dokazala. Zato je sodišče njen tožbeni zahtevek na odstranitev vodovodnih cevi materialnopravno pravilno kot neutemeljen zavrnilo.« in sodbo VS RS II Ips 505/1997 z dne 10. februarja 1999: »V danem primeru je bila tožničina lastninska pravica na eni ali več parcelah z izkopom in položitvijo telefonskega kabla omejena (73. člen ZOR) in tožnica je – kot sta ugotovili nižji sodišči – s posegom soglašala.«

⁷³ Sodba VS RS II Ips 428/2007 z dne 15. aprila 2010.

⁷⁴ M. Tratnik, nav. delo (2010), str. 207.

obligacijskih razmerij.⁷⁵ Meja med prekarijem in dovoljenjem, ki je usmerjeno v nastanek služnosti, je tako lahko v praksi precej zabrisana. Na splošno lahko rečemo, da mora biti za utemeljitev priposestvovalčeve dobre vere iz samega dovoljenja oziroma vsaj iz okoliščin, v katerih je bilo dano, razviden trajni namen. Dovoljenje torej ni dano za enkratno ali začasno rabo, ampak za daljše, praviloma časovno nedoločeno obdobje, katerega konec ni odvisen od volje dajalca dovoljenja, ampak predvsem od prenehanja objektivnih potreb, zaradi katerih je bilo dovoljenje dano. Ta trajnost dovoljenja je bolj razvidna, kadar je lastnik dovolil postavitev oziroma vkop infrastrukturnih vodov prek svojega zemljišča (električni ali telefonski kabli, vodovod, vročevod, plinovod in podobno), saj se je moral zavedati trajnosti takšne napeljave. Če gre samo za dovoljenje za opravljanje določenih ravnanj na tujem zemljišču (najbolj tipično za uporabo poti), je trajnost dovoljenja težje ugotoviti. O njej lahko priča zlasti dejstvo, da je priposestvovalec lastniku za dovoljenje dal denarno ali drugačno odmeno in da je bilo dovoljenje dano samo enkrat, ne pa npr. ob vsakem izvrševanju služnosti posebej.

Seveda pa trajnost dovoljenja ne pomeni, da mora biti predvidena uporaba v neskončnost, ampak je dovoljenje smiselno omejeno s trajanjem potrebe po tovrstni uporabi tuje nepremičnine. Pri infrastrukturnih služnostih torej do tedaj, dokler obstaja takšna infrastruktura. Če ima pri prekariju lastnik diskrecijo, da dano dovoljenje kadarkoli prekliče, razlog prenehanja priposestvovane služnosti običajno izvira iz potreb gospodujočega zemljišča, zaradi katerih je bila ustanovljena.

V zvezi z infrastrukturnimi omrežji na področju elektronskih komunikacij je že zakonodajalec upošteval, da so se ta v preteklosti gradila prek tujih zemljišč samo na podlagi različnih neformalnih soglasij lastnikov, namesto da bi se za te potrebe ustanovila služnost. V 238. členu Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-1)⁷⁶ je določeno, da morajo lastniki zemljišč, po katerih potekajo ali na katerih se gradijo ali postavljajo elektronska komunikacijska omrežja, dovoliti nadaljnjo uporabo svojih zemljišč za potrebe gradnje ali postavitve, vzdrževanja in obratovanja elektronskega komunikacijskega omrežja, če so sami ali njihovi pravni predniki pisno izrazili strinjanje s takšno uporabo. Na tej podlagi pridobljena pravica operaterja vsebuje upravičenja, ki jih vsebuje služnost po tem zakonu – gre torej za vrsto služnosti v javno korist, ki je pridobljena na podlagi zakona.⁷⁷ Takšna ureditev je med drugim posledica prakse v prejšnjem sistemu, ko so pristojni upravni organi pisna soglasja

⁷⁵ Sklep VSL II Cp 2613/2012 z dne 28. marca 2013.

⁷⁶ Ur. l. RS, št. 109/12, 110/13 in 40/14 – ZIN-B.

⁷⁷ M. Damjan, nav. delo (2013), str. 99–100.

lastnikov zemljišč šteli za zadosten dokaz o investitorjevi pravici, da položi infrastrukturne vode prek tujih zemljišč, četudi bi v skladu z zakonodajo za to moral najprej pridobiti služnost.⁷⁸

Operaterjem elektronskih komunikacijskih omrežij se zaradi te posebne rešitve ni treba sklicevati na priposestovanje služnosti. Priposestovanje pa lahko pride v poštev pri drugih vrstah omrežij, ki potekajo prek tujih zemljišč, npr. plinovodi, vročevodi, elektrovodi.⁷⁹ Glede na omenjeno sodno prakso, po kateri za pošteno posest zadošča lastnikovo dovoljenje, bodo lahko operaterji omrežij svojo dobro vero izkazovali s pisnimi soglasji lastnikov zemljišč za gradnjo omrežja ali z lokacijskimi oziroma gradbenimi dovoljenji, v katerih je upravni organ navedel, da je investitor omrežja pridobil potrebna soglasja lastnikov zemljišč, prek katerih potekajo infrastrukturni vodi.

Literatura

- Matija Damjan: Pravne podlage za ureditev položaja infrastrukturnih omrežij na tujih zemljiščih, v: *Pravni letopis*, 6 (2013), str. 85–103.
- Alojzij Finžgar: *Civilno pravo: Stvarno pravo*. Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 1952.
- Tone Frantar: *Stvarno pravo*. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1993.
- Nikola Gavella (ur.): *Stvarno pravo: svezak 1*. Narodne novine, Zagreb 2007.
- Nikola Gavella (ur.): *Stvarno pravo: svezak 2*. Narodne novine, Zagreb 2007.
- Ivo Grbin: *Pravo služnosti*, v: *Naša zakonitost*, 44 (1990) 9–10, str. 1093–1113.
- Vladimir Horvat: *Zunajknjižno priposestovanje lastninske pravice na nepremičninah*, v: *Pravna praksa*, 31 (2012) 24–25, str. 26–33.
- Jože Ilc: *Vestnost kupca in zemljiška knjiga*, v: *Pravna praksa*, 29 (2010) 3–4, str. 13–14.
- Miha Juhart, Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur (red.): *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Miha Juhart: *Dobrovernost kot pogoj za učinkovanje načela zaupanja v zemljiško knjigo*, v: *Lojze Ude (ur.): Izbrane teme civilnega prava II*, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 153–164.

⁷⁸ Prav tam, str. 92–93.

⁷⁹ Dopustnost priposestovanja služnosti za potrebe omrežij gospodarske javne infrastrukture je sicer v teoriji sporno vprašanje. Podrobnejšo razpravo o tem glej Matija Damjan, Ana Vlahek: *Priposestovanje služnosti v javno korist*, v: *Pravnik* 69 (2014) 3–4, str. 149–173.

- Miha Juhart: Priposestevovanje lastninske pravice na nepremičninah, v: Zbornik 3. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava. GV Založba, Ljubljana 2011, str. 7–12.
- Miha Juhart: Pridobitev solastnine in etažne lastnine, v: Civilnopravna sodniška šola 2013 – gradivo, Ministrstvo za pravosodje Republike Slovenije, Ljubljana 2013.
- Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberger (ur.): ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar. 2. überarbeitete und erweiterte Auflage. Springer, Dunaj, New York 2007.
- Leksikon Pravo, 2., razširjena in spremenjena izdaja. Cankarjeva založba, Ljubljana 2003.
- Bogomir Sajovic: Osnove civilnega prava. Stvarno pravo I. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1992.
- Michael Schwimann in drugi: Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5. Verlag Orac, Dunaj 1987.
- Matjaž Tratnik: Neprave stvarne služnosti, v: Pravna praksa, 24 (2005) 24, pril., str. II–VI.
- Matjaž Tratnik: Stvarnopravni zakonik z uvodnimi pojasnili in stvarnim kazalom. 2., dopolnjena izdaja. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2010.
- Matjaž Tratnik: Razvoj ureditve pridobitve lastninske pravice na nepremičninah s priposestevanjem v našem pravnem prostoru, v: Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru, 7 (2011), str. 46–61.
- Matjaž Tratnik: Pridobitev lastninske pravice na nepremičninah s priposestevanjem – analiza novejših sodnih praks, v: Zbornik 5. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava. GV Založba, Ljubljana 2013, str. 67–75.
- Joža Velkaverh: Pridobitev lastninske pravice na nepremičninah na izviren način in vpis v zemljiško knjigo. Gradivo za odvetniško šolo, 20. april 2012, Portorož.
- Ana Vlahek: Priposestevovanje lastninske pravice na nepremičninah, v: Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, 66 (2006), str. 309–332.
- Ana Vlahek: Analiza sodnih praks glede priposestevanja lastninske pravice na nepremičninah, v: Zbornik 3. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava. GV Založba, Ljubljana 2011, str. 13–25.
- Renato Vrenčur (ur.): Novo stvarno pravo. Studio Linea, Zavod Codex Iuris, Maribor 2002.
- Jan Zobec: Priposestevovanje in zemljiška knjiga, v: Pravna praksa, 20 (2001) 39–40, str. 27–32.

SUSPENZIVNI UČINEK NADZORA NAD KONCENTRACIJAMI V SLOVENIJI

Klemen Podobnik,

univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, znanstveni sodelavec na Inštitutu za primerjalno pravo

1. UVOD

V želji po čim bolj jasnem in nepristranskem prikazu zanimivo urejenega režima suspenza koncentracij v slovenskem pravnem redu je treba primarno predstaviti temeljne institute in koncepte nadzora nad koncentracijami, kot so jasno in dokončno izdelani v praksi Evropske komisije in Sodišča Evropske unije. Poudarjam, da je slovenski nacionalni režim nadzora nad koncentracijami domala transkript evropske sekundarne zakonodaje s področja koncentracij (Uredba 139/2004),¹ in zaradi takšne »mehke harmonizacije« je treba slovensko ureditev področja koncentracij interpretirati (in vsebinsko napolnjevati) prek unijskega regulatornega okvira in prakse.

Manifestacija koncentrativnih ravnanj na trgu je sprememba nadzora nad določenim tržnim subjektom. Nadzor je zaradi metodološke jasnosti treba definirati predvsem v zvezi s koncentrativnimi ravnanji, ki nimajo značilnosti združitve dveh ali več predhodno samostojnih in neodvisnih ekonomskih celot podjetij ali delov podjetij. Takšna analiza je potrebna zlasti zaradi opredelitve temeljnega identifikacijskega elementa koncentracij, tj. strukturne spremembe, ki pa je jasno in *a priori* določljiva zgolj v okolju »klasičnih« koncentrativnih ravnanj, tj. združitev. Kot bolj kompleksne in zapletene je tako mogoče identificirati položaje, ko je strukturno spremembo na trgu težje locirati in identificirati. V takšnih primerih bo identifikacija pridobitve, izgube ali spremembe kakovosti nadzora nad izvajanjem temeljnih poslovnih odločitev

¹ Uredba Sveta (ES) št. 139/2004 z dne 20. januarja 2004 o nadzoru koncentracij podjetij.

podjetja temeljni opredelilni element strukturne spremembe in posledično tudi koncentracije. Nadzor je v okolju presoje koncentracij mogoče opredeliti kot možnost izvrševanja odločilnega vpliva pri pomembnih odločitvah (prej samostojnega) tržnega subjekta. Izvrševanje odločilnega vpliva je omogočeno na različne načine. Pri tem je treba ločevati med možnostma izvajanja samostojnega ali skupnega nadzora.

Analiza elementa pridobitve, izgube oziroma kakovostne spremembe nadzora se razlikuje glede oblike oziroma načina pridobitve položaja, ki pomeni možnost izvrševanja odločilnega vpliva. Presoja bo pozitivne narave predvsem v primerih samostojnega nadzora, saj bo usmerjena zlasti v ugotovitev, ali ima ena od strank možnost določati poslovno politiko oziroma odločilno vplivati na strateške odločitve podjetja. V primeru analize potencialnega skupnega nadzora je presoja negativne narave predvsem v okolju, za katero je značilen neobstoj *večinskega* skupnega nadzora. Povedano drugače – negativna analiza bo prišla v poštev predvsem tedaj, ko bomo presojali *potencialno* pridobitev kontrole s strani subjektov, ki v podjetju, ki je predmet koncentracije, tudi *skupno nimajo večinskih kapitalskih deležev*. Negativna analiza je torej usmerjena v oceno možnosti, da dve ali več podjetij s skupno manjšinskim deležem prevzame kontrolo nad podjetjem, v katerem so kapitalsko udeležena. Nadzor bo mogoče identificirati v situacijah, ko bodo imela takšna podjetja na voljo več možnosti *blokirati* sprejem *strateških poslovnih odločitev*, kot jim sicer pripadajo v smislu korporativnega varovanja manjšinskih interesov. Treba je torej ugotoviti, ali obstajajo elementi, ki omogočajo, da se strateške poslovne odločitve ne sprejmejo zaradi možnosti veta (določb o soglasnem odločanju). Analiza je torej usmerjena v ugotovitev, ali je strateške odločitve glede poslovne, tržne, industrijske politike podjetja mogoče sprejemati le z dogovorom med lastniki sicer manjšinskih deležev.

Splošno je mogoče ugotoviti, da je v smislu določbe 10. člena ZPOmK-1 koncentracija tržno ravnanje, ki prinaša trajno spremembo strukture udeleženi subjektov.² Takšno trajno spremembo strukture je mogoče doseči na več načinov, ki so podrobno opredeljeni v prvem in drugem odstavku 10. člena ZPOmK-1. Tipično bo do koncentracije prišlo z združitvijo dveh ali več predhodno neodvisnih podjetij ali s spremembo nadzora. Sprememba nadzora lahko nastane kot posledica pridobitve nadzora s strani enega podjetja v drugem podjetju ali s spremembo kakovosti nadzora. Trajnost spremembe tržne strukture – torej pojmovno enako trajnost obstoja nadzora (kontrole) – je tako drugi temeljni opredelilni element, ob tem pa gre poudariti, da se časovni element trajnosti presoja glede na sektorje trga, na katerih do sprememb prihaja.

² P. Grilc (ur.), nav. delo, str. 169.

Zahteva po trajnosti spremembe ne pomeni, da mora ravnanje, dogodek, dejstvo ali transakcija rezultirati v spremembi strukture pri tej transakciji udeleženi podjetji za nedoločeno obdobje³ ali za izjemno dolgo časovno obdobje.⁴ Iz prakse Komisije izhaja, da obdobje enega leta, v katerem bo strukturna sprememba obstajala, ne pomeni trajne spremembe⁵ – kljub tej oceni pa je treba poudariti, da unijsko pravo ne daje dokončnega odgovora o trajanju časovnega obdobja, ki naj zagotovi trajnost strukturne spremembe.⁶ Presoja prisotnosti trajne strukturne spremembe kot kvalifikatornega pogoja za obstoj koncentracije je torej v vsakem primeru odvisna od velikega števila dejanskih vprašanj.

2. SAMOSTOJNI NADZOR ENE (PRAVNE ALI FIZIČNE) OSEBE

Najbolj preprosta identifikacija spremembe (v obliki pridobitve) nadzora nad prej samostojnim podjetjem je mogoča v primerih, ko odločilni vpliv nad strateškimi odločitvami podjetja pridobi posameznik ali ena pravna oseba. Samostojni odločilni nadzor nad delovanjem podjetja je primarno rezerviran za *večinskega delničarja*. Ta oblika nadzora je najenostavnejša in metodološko najbolj čista oblika nadzora nad poslovnimi odločitvami in dejavnostjo podjetja. Delničar, ki v določenem podjetju pridobi delež kapitala, ki zadošča za glasovanje glede temeljnih *strateških odločitev podjetja*, nedvomno pridobi neposredni nadzor nad podjetjem v smislu druge alineje prvega odstavka 10. člena ZPOmK-1.⁷ Seveda pa je mogoča tudi situacija, ko samostojni nadzor nad podjetjem pridobi manjšinski delničar – zaradi potencialne statutarne omejitve glasovalnih pravic drugih delničarjev ima večino *glasovalnih* pravic. V takšnih primerih bo manjšinski delničar izvajal t. i. pozitivno kontrolo, saj bo njegov položaj zadostoval za *sprejemanje* strateških odločitev. Podoben je položaj v primerih, ko manjšinski delničar zaradi izrazito disperzne kapitalske strukture podjetja s svojim deležem na skupščini utegne pridobiti možnost izvrševanja odločilnega vpliva v smislu večine glasovalnih pravic (manjšinski delež postane *de facto* večinski delež), s čimer pridobi *de facto* (pozitivni) samostojni nadzor nad takšnim podjetjem. Seveda je treba v takšnih primerih natančno analizirati kronologijo načina odločanja na predhodnih skupščinah in jo presojati v smislu v prihodnost usmerjene, prospektivne analize mogoče-

³ Ericsson/Hewlett-Packard (C IV/M292 – 1993), Valinox/Timet (C IV/M917 – 1997).

⁴ Elf Atochem/Rhom & Haas (C IV/M160) (1992).

⁵ E. Navarro, A. Font, J. Folguera, J. Briones, nav. delo, str. 9.

⁶ P. Grilc (ur.), nav. delo, str. 170.

⁷ P. Grilc (ur.), nav. delo, str. 171.

ga obvladovanja skupščine s strani manjšinskega delničarja.⁸ Zaradi temeljne zahteve po trajnosti spremembe nadzora zgolj občasna možnost izvrševanja odločilnega vpliva manjšinskega delničarja tako ne bo pomenila obstoja nadzora nad podjetjem.

3. SAMOSTOJNI ALI SKUPNI NADZOR VEČINSKIH DELNIČARJEV

V primeru, ko dve podjetji pridobita enako število delnic tretjega podjetja (vsako po 50 odstotkov) in imata v skladu s svojim lastniškim deležem zagotovljene tudi glasovalne pravice, lahko govorimo o najbolj čisti obliki skupnega nadzora nad izvrševanjem strateških odločitev podjetja. Zaradi popolnega nadzora nad tretjim podjetjem za identifikacijo *skupnega nadzora* obstoj posebnega sporazuma med delničarjema ni nujen; če obstaja, pa ne sme spremenjati razmerja enakosti med delničarjema.⁹

4. MANJŠINSKI DELNIČARJI – DODATNE MOŽNOSTI *DE IURE* NADZORA (PRAVICE VETA, *DE IURE* NADZOR V OBLIKI IMENOVANJA ČLANOV ORGANOV VODENJA IN NADZORA)

Nadzor lahko v določenih situacijah pridobijo in izvajajo tudi manjšinski delničarji. Samostojni nadzor manjšinskega delničarja ima lahko pravno ali dejansko podlago. Tipično bo mogoče govoriti o samostojnem nadzoru pravne narave manjšinskega delničarja v primerih, ko bo manjšinski delničar lahko odločilno vplival na temeljne odločitve podjetja zaradi pravic, ki mu omogočajo imenovanje *več kot polovice članov* organov vodenja in upravljanja.¹⁰ Pri tem poudarjam dodatni kvalifikatorni element, ki bi ga bilo treba upoštevati – manjšinski delničar bo percipiran kot *imetnik nadzora*, če mu bo pravica do imenovanja več kot polovice članov organov vodenja in upravljanja res prinašala tudi možnost odločilnega vpliva na strateške odločitve podjetja.¹¹ V primeru, ko bi torej manjšinski delničar pridobil pravico imenovati več kot polo-

⁸ Prečiščeno obvestilo Komisije o pravni pristojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004 o nadzoru koncentracij podjetij (2008/C 95/01), točka (59).

⁹ Morebitni sporazum med takšnima delničarjema (podjetjema) torej ne sme uveljavljati režima, ki npr. enemu od delničarjev omogoča višje število članov v organih vodenja in nadzora. Prim. odločbo Komisije v zadevi *CCIE/GTE*, C IV/M.258 (1992).

¹⁰ Gl. npr. zadevo (pravica imenovanja treh izmed petih članov nadzornega sveta, ki odloča o strateških usmeritvah družbe).

¹¹ Gl. tudi F. J. Hirsch, F. Montag, G. Saecker, nav. delo, str. 2150.

vico članov nadzornega sveta, ki pa glede na statut družbe ne bi imel poslovnih pristojnosti, ne bi mogli govoriti o pridobitvi nadzora.

Dodatna možnost za identifikacijo nadzora v domeni manjšinskega delničarja je situacija, ko večinski delničar zaradi določil v *ustanovitvenih aktih podjetja, pogodbah o izvrševanju vpliva, delničarskih sporazumih* kljub večini glasovalnih pravic nima odločilnega vpliva pri odločanju. Temeljno je kot takšne položaje mogoče opredeliti *pravice do veta manjšinskega delničarja* pri sprejemanju poslovnega načrta;¹² pravico do veta pri odobritvi proračuna; pravico do veta glede sprejemanja investicijskih načrtov; pravico do veta v zvezi s prenosom pomembnega dela premoženja; pravico do veta v zvezi s prodajo ali obremenitvijo pravic intelektualne lastnine, dezinvestiranjem; *pogojno* pa tudi pravico do veta pri imenovanju pomembnejših članov organov vodenja.¹³ Pri slednji obliki pravice veta gre posebej poudariti, da avtorji jasno opozarjajo na dejstvo, da se mora pravica blokirati imenovanje članov organov vodenja nanašati na pravico blokiranja imenovanja *pomembnih članov upravljalvske strukture, ki imajo izvršna pooblastila*.¹⁴ Dodatno opozarjam, da zgolj pravica veta imenovati pomembne člane upravljalvske strukture še ne more dokončno opredeliti, ali manjšinski delničar ima nadzor nad določenim podjetjem.¹⁵

4.1. De facto nadzor manjšinskih delničarjev

Prihajamo do položajev, ko naj bi v prej samostojnem podjetju prišlo *do pridobitve nadzora v obliki večine glasovalnih pravic s strani večjega števila (manjšinskih) delničarjev*,¹⁶ ki pa pri tem med seboj *niso povezani niti z delničarskimi sporazumi, pogodbami o izvrševanju vpliva, določili statuta kontrolirane družbe, klasično pogodbo o skupnem vlaganju (joint venture)*. Povedano drugače, ob neobstoju kakršnekoli pravne podlage za skupno, usklajeno delovanje je v takšnih položajih mogoče presumirati obstoj nadzora, kadar je pri predmetnih manjšinskih delničarjih mogoče identificirati *dejansko usklajeno ravnanje*. Naj že na tem mestu poudarim, da je tovrstno ravnanje v okolju Evropske unije

¹² Za presojo obstoja skupnega nadzora je v takšnem primeru treba analizirati naravo poslovnega načrta. V primeru, ko gre za zgolj programske dokumente, ki ne posegajo v dejansko prihodnje poslovanje podjetja, ni mogoče govoriti o obstoju skupnega nadzora. E. Navarro, A. Font, J. Folguera, J. Briones, nav. delo, str. 17.

¹³ Prav tam, str. 20.

¹⁴ Prav tam, str. 18.

¹⁵ Prav tam: »The appointment of senior management with executive powers is clearly an important element to be taken into consideration, *although it does not appear to be decisive on its own.*«

¹⁶ Prav tam, str. 24: »... the existence of joint control over an undertaking by (...) minority shareholders who together hold a majority of the voting rights ...«

izjema – Evropska komisija bo tako zares redko utemeljevala obstoj nadzora nad določenim podjetjem *zgolj* na podlagi *dejanskih usklajenih ravnanj*. Takšno utemeljitev Komisija tako bolj pravilno uporablja *zgolj* kot *dodatni kvalifikatorni element* obstoja nadzora, torej kot ilustracijo dejanskega stanja ob **predhodni jasni opredelitvi obstoja nadzora** na podlagi formalnih, pravnih elementov.¹⁷ Ponovno opozarjam, da v okolju komunitarne prakse opredelitev obstoja *de facto* skupnega nadzora pomeni *izjemo, ne pravilo*.¹⁸

Kot pomagala za identifikacijo *de facto* skupnega nadzora je Evropska komisija prav zaradi siceršnje relativne netransparentnosti izoblikovala nekaj interpretativnih meril oziroma standardov, z uporabo katerih je lažje ugotoviti, ali gre določene situacije (večje število manjšinskih delničarjev, neobstoj kakršnekoli pravne podlage za skupno, usklajeno delovanje) opredeliti v smislu obstoja nadzora. Primarno je tako mogoče kot enega od indikatorjev potencialne skupne *de facto* kontrole navesti **(a) obstoj močnega skupnega interesa** manjšinskih delničarjev. V skladu z izdelano prakso Komisije je mogoče na obstoj močnega skupnega interesa sklepati v primerih, ko so bili manjšinski delničarji tesno povezani že pred pridobitvijo delnic, ki jo presojamo. Dodatno je mogoče na obstoj močnega skupnega interesa sklepati v primeru, ko so manjšinski delničarji deleže v presojanem podjetju pridobili povezano, pri čemer je povezanost v tem primeru mogoče identificirati v primeru, ko bodo manjšinski delničarji svoje delnice v tretjem podjetju pridobili prek holdinškega podjetja, ki je ustanovljeno prav z namenom pridobitve deležev v prej samostojnem podjetju.¹⁹ Skupni interesi manjšinskih delničarjev v podjetju morajo biti predvsem strateške narave, pri čemer obstoj *zgolj* finančnih skupnih interesov po mnenju Komisije nikakor ne signalizira skupnega *de facto* nadzora. Pri tem dodatno opozarjam na stališče Komisije, ki – tudi ob dejanskem vzorcu usklajenega glasovanja, ki ga zatrjujejo manjšinski delničarji sami – kot opredelilni element nadzora pogosto zahteva tudi »obstoj močnejših pravnih ali dejanskih elementov«. ²⁰ Naslednji indikator potencialne skupne

¹⁷ Prav tam, str. 25.

¹⁸ Gl. npr. zadevo *Cementbouw*, odst. 54 (*As regards the de facto circumstances showing collective action, the Notice states, in paragraph 32, that, very exceptionally, collective action by the shareholders may be demonstrated where interests which unite the shareholders are so strong that they would not act against each other in exercising their rights in relation to the joint venture.*), T-282/02 (2006). Cf. tudi F. J. Hirsch, F. Montag, G. Saecker, nav. delo, str. 2156.

¹⁹ Prim. F. J. Hirsch, F. Montag, G. Saecker, nav. delo, str. 2157, kjer se omenja t. i. *joint acquisition vehicle*, koncept, znan tudi iz Obvestila Komisije o pravni pristojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004.

²⁰ »However, the concerted voting in the future by NEC and Bull is a pure assumption by the notifying parties which is not sufficient, in the absence of stronger legal or factual

de facto kontrole je **(b) majhno število manjšinskih delničarjev**. Komisija tako meni, da je v položajih, ko ima deleže večje število manjšinskih delničarjev, težko pričakovati usklajeno vedenje.²¹ Dodaten opredelilni kriterij je **(c) visoka stopnja soodvisnosti med manjšinskimi delničarji**, da bi dosegli strateške cilje skupnega podjetja. To še zlasti velja, če je vložek vsake matične družbe v skupno podjetje bistven za njegovo poslovanje (npr. posebne tehnologije, lokalne pogodbe o prenosu znanja in izkušenj ali dobavne pogodbe).²² Visoka stopnja soodvisnosti se lahko kaže tudi v **(d) obliki velikega števila medsebojnih transakcij**. Posebej gre omeniti tudi indikator **(e) vzpostavitve novega skupnega podjetja**, ki naj bi v nasprotju s situacijo pridobitve manjšinskih deležev v že obstoječem podjetju zagotavljalo višji skupni interes.

Sklepno je mogoče ugotoviti, da je v odsotnosti vsakršnih pravnih temeljev sodelovanja med manjšinskimi delničarji opredelitev določenega strukturnega položaja manjšinskih delničarjev v (pogojno) skupnem podjetju kot položaja *de facto* skupnega nadzora izjemno kompleksen proces. Evropska komisija ga spričo netransparentnosti tako le izjemoma uporablja, najpogosteje zgolj kot dodaten kvalifikatorni element nadzora, ki je sicer že dokazan na temelju pravnih povezav med manjšinskimi delničarji. Bolj pogosto uporabo tovrstnega definiranja nadzora bi morala nedvomno spremljati tudi veliko bolj intenzivna preiskovalna aktivnost Komisije, ki bi morala gotovo poseči tudi po preiskovalnih pooblastilih, ki jih prinaša 13. člen Uredbe 139/2004.

5. SUSPENZ KONCENTRACIJE V 7. ČLENU UREDBE 139/2004

Primarno želim predstaviti nekatere temeljne značilnosti evropske ureditve instituta suspendivnega učinka v okviru nadzora nad koncentracijami. Gre namreč za ureditev, na katero se je slovenski zakonodajalec pri oblikovanju lastnega režima zaradi procesa t. i. *mehke harmonizacije* močno naslonil, zato interpretacija komunitarnega režima nedvomno pomaga pri iskanju rešitev glede razlage nacionalnih pravil. Gledano s stališča komunitarnega regulatornega režima je suspenz oziroma odlog učinkovanja koncentracij iz 7. člena Uredbe 139/2004 institut, ki začne delovati *avtomatsko*, torej *ex lege*, v trenutku, ko na trgu nastopijo razmere, ki jih lahko identificiramo kot koncentracijo. Glede na

elements, to prove the existence of a situation of joint control within PBN.« C IV/M.1095 – NEC / BULL / PBN.

²¹ Gl. točko 76 Obvestila Komisije o pravni pristojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004.

²² Gl. točko 77 Obvestila Komisije o pravni pristojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004.

različne vrste oblik strukturnih sprememb (pridobitve ali izgube nadzora), ki jih je mogoče identificirati kot koncentracije, sta seveda različni tudi *časovna* in *vsebinska* komponenta *suspenza* samega. Tako je npr. v primeru, ko do koncentracije pride s pogodbo o obvladovanju ali drugim pogodbenim dogovorom, povsem jasno, da suspenz koncentracije pomeni, da je učinkovanje pogodbe odloženo do trenutka, ko bo Komisija odločila o skladnosti takšne koncentracije s konkurenco. Smiselno podobna je interpretacija v položajih, ko do strukturne spremembe (torej koncentracije) pride z dejansko pridobitvijo nadzora v prej samostojnem podjetju – v takšnem primeru bo vsebina suspenzivnega učinka 7. člena Uredbe usmerjena v prepoved *izvajanja že pridobljenega nadzora*.²³ Povedano drugače, namen suspenzivnega učinka iz 7. člena Uredbe je nadaljevanje stanja *pred pridobitvijo nadzora* – podjetja, ki so udeležena v koncentraciji, se morajo zaradi avtomatskega suspenzivnega učinkovanja še naprej vesti tako, kot da do pridobitve kontrole sploh ne bi prišlo.²⁴ Besedilo Uredbe ne določa, kateri *tipi* dejanj naj bi bili prepovedani podjetjem, ki so v koncentracijo udeležena (ali bolje: ki so pridobila nadzor oziroma naj bi ga pridobila po izvedbi razpolagalnega posla), zato je treba vsebino suspenzivnega učinka določati in interpretirati predvsem glede *na namen*, ki naj ga kot institut doseže. Temeljni namen suspenza koncentracije je omogočanje učinkovitega nadzora nad koncentracijami v smislu zagotavljanja pogojev za *pro futuro* presojo učinkov strukturne spremembe oziroma spremembe nadzora. Ker so učinki spremembe nadzora lahko tudi negativni za konkurenco, je potrebno, da se *izvajanje spremenjenega (oziroma pridobljenega) nadzora* ustavi za čas do trenutka, ko Komisija odloči o skladnosti koncentracije s pravili konkurence. Iz napisanega jasno izhaja, da se želi s suspenzivnim učinkom iz 7. člena Uredbe doseči ustavitev, suspenz koncentracije v smislu ustavitve oziroma suspenza *izvajanja tistih pravic iz koncentracije, ki omogočajo izvajanje nadzora nad prej samostojnim podjetjem*. V primerih, ko do pridobitve nadzora še ni prišlo (npr. pogodbene koncentracije), je situacija podobna – suspenz koncentracije v takšnem okolju pomeni prepoved vseh tistih pravnih ali dejanskih dejanj, ki bi pripeljala do *realizacije* notificirane koncentracije.²⁵ Kot dejanja, ki so v skladu s 7. členom Uredbe prepovedana, je tako mogoče identificirati ukrepe, ki pomenijo vplivanje na strateško poslovno vedenje prej samostojnega subjekta.²⁶ dejansko izvrševanje nadzora, implementacija skupnih poslovnih načrtov (v

²³ Prim. J. Cook, C. Kerse, nav. delo, str. 110.

²⁴ F. J. Hirsch, F. Montag, G. Saecker, nav. delo, str. 2247.

²⁵ Tako npr. U. Immenga, nav. delo, Art. 7. Aufschub des Vollzugs von Zusammenschlüssen, para. 6.

²⁶ Gl. npr. U. Loewenheim, K. Meessen, A. Riesenkampff, nav. delo, Art. 7 Aufschub des Vollzugs von Zusammenschlüssen, para. 3.

primerih t. i. *full-function joint venture* koncentracij), ukrepi, ki vplivajo na notranjo organizacijsko strukturo prej samostojnega podjetja ipd. Že na tem mestu izrecno poudarjam, da razpolaganje s pravicami, pridobljenimi v koncentraciji v smislu prodaje pridobljenih kontrolnih deležev, nikakor ni predmet suspenza iz 7. člena Uredbe 139/2004. Povedano drugače, razpolaganje z že pridobljenimi deleži, ki pomenijo nadzor in zato strukturno spremembo, ni izvajanje nadzora in zato ne pomeni izvrševanja pravic iz koncentracije.

6. SUSPENZ KONCENTRACIJE V 44. IN 45. ČLENU ZPOMK-1

Zelo podobno ureditev je mogoče najti v trenutni slovenski zakonodaji, kjer je suspenz koncentracije *temeljno* reguliran v 44. členu ZPOmK-1, dodatno, a docela nejasno, pa tudi v 45. členu ZPOmK-1. Zakonodajalec je z namenom jasneje opredeliti obveznosti priglasiteljev koncentracij v času postopka presoje do izdaje odločbe s strani Agencije v primerjavi z režimom prej veljavnega ZPOmK v novi zakon vpeljal samostojno določbo, oblikovano po zgledu 7. člena Uredbe 139/2004.²⁷

Smiselno povsem enako prej omenjeni določbi Uredbe 139/2004 tudi v 44. členu ZPOmK-1 prepoved izvrševanja pravic in obveznosti, ki izhajajo iz koncentracije, za katero velja obveznost priglasitve, nastopi avtomatsko, *ex lege*, in velja ves čas trajanja postopka presoje koncentracije s strani Agencije. Suspenz izvrševanja pravic iz koncentracije deluje predvsem »proti« tistim podjetjem, katerih strukturni položaj se na trgu strukturno spremeni v smislu pridobitve pravic, ki jih pred koncentracijo niso imela. Tako je treba določbo interpretirati kot prepovedno za tista podjetja, ki koncentracijo priglašajo.²⁸

V prejšnjem razdelku je bilo kot temeljni namen instituta suspenza koncentracij v komunitarnem pravu (7. člen Uredbe 139/2004) identificirano omogočanje učinkovitega nadzora nad koncentracijami v smislu zagotavljanja pogojev za *pro futuro* presojo učinkov strukturne spremembe oziroma spremembe nadzora, položaj pa je popolnoma enak tudi v okviru določbe 44. člena ZPOmK-1. Tako lahko ugotovimo, da je temeljni namen določbe preprečiti izvrševanje (in dokončno izvedbo) koncentracije pred dokončno odločitvijo Agencije o njeni (ne)ustreznosti, kar pomeni, da je treba do trenutka, ko Agencija sprejme takšno odločitev, preprečiti nastanek vsakršnih posledic v smislu izvrševanja koncentracije.²⁹ Kot v primeru določbe 7. člena Uredbe 139/2004 tudi 44. člen

²⁷ Gl. P. Grilc, nav. delo, str. 424.

²⁸ Prav tam, str. 425.

²⁹ Prav tam.

ZPOmK-1 ne daje popolnoma jasnega odgovora na vprašanje, katere pravice in obveznosti je prepovedano izvrševati. Še vedno vztrajam pri razlagi, ki je zapisana tudi v Komentarju ZPOmK-1: z interpretacijo po namenu in jezikovno interpretacijo je mogoče ugotoviti, da je treba onemogočiti izvrševanje zgolj tistih pravic, ki vzpostavljajo oziroma omogočajo izvajanje nadzora kot emanacije strukturne spremembe.³⁰ Skladno s predhodno zapisanimi ugotovitvami glede tipov dejanj, ki so onemogočena z določbo o suspenzu koncentracij iz 7. člena Uredbe 139/2004, in zaradi tesne nomotehnične navezave slovenskega zakonodajalca na ta predpis je mogoče tudi za določbo 44. člena ZPOmK-1 z gotovostjo ugotoviti, da suspenzivni učinek velja zgolj za dejanja, ki vplivajo na strateško poslovno vedenje prej samostojnega subjekta. Tako tudi tu – kot v primeru 7. člena Uredbe 139/2004 – ne moremo govoriti o suspenzu oziroma prepovedi izvrševanja pravice razpolaganja z deležem, ki ga je pridobilo (s tem pa je prišlo do spremembe nadzora in koncentracije) v koncentraciji udeleženo podjetje.

V primeru nasprotne razlage 44. člena ZPOmK-1 bi bila določba pojmovno nesmiselna. Podjetje, ki je pridobilo nadzor na način, da je pridobilo kontrolni delež v drugem podjetju, in s tem ustvarilo koncentracijo, lahko svoje vedenje in s tem hkrati tudi strukturni položaj na trgu *kadarkoli spremeni* na način, da se znebi deleža, ki mu omogoča nadzor v drugem podjetju. Takšno ravnanje se seveda lahko manifestira predvsem v prodaji (torej *razpolaganju*) deleža do trenutka, ko Agencija odloči o skladnosti koncentracije s pravili konkurence. V primeru, ko podjetje, ki je pridobilo kontrolni delež drugega podjetja, ta delež odsvoji, je »odsvojilo« tudi položaj nadzora nad drugim podjetjem. Strukturna sprememba je izginila, o koncentraciji torej ne moremo več govoriti, zato je odpadel tudi temelj za vodenje postopka presoje takšne koncentracije. Enako velja za situacije, ko je bil sklenjen zgolj zavezovalni posel, npr. pogodba o obvladovanju, ne pa tudi razpolagalni posel prenosa deleža oziroma delnic.

Razpolaganje s pravicami iz koncentracije v smislu odsvojitve pridobljenih deležev, ki pomenijo nadzor, je tako za Agencijo lahko predvsem pozitivno, saj odpravlja temeljni razlog za njegovo delovanje na tem področju – obstoj koncentracije. Takšno interpretacijo obsega in dometa suspenzivnega učinka 44. člena ZPOmK-1 potrjuje tudi primerjalnopravna ureditev. Tako Evropska komisija v *Prečiščenem obvestilu o pravni pristojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004 o nadzoru koncentracij podjetij*³¹ odkazuje tudi na možnost t. i. opustitve koncentracij,³² torej situacijo, ko posledično koncen-

³⁰ Prav tam.

³¹ 2008/C 95/01.

³² Odstavki 117–121.

tracija preneha obstajati in Uredba 139/2004 preneha učinkovati. V takšnih primerih se v skladu z drugim stavkom alineje c prvega odstavka 6. člena Uredbe 139/2004 postopek presoje koncentracije ne konča z odločbo iz 8. člena Uredbe, temveč Komisija s postopkom presoje preprosto preneha, brez izdaje odločbe.³³

Obvestilo uvaja dodatne kriterije, ki jih morajo izpolniti podjetja, udeležena v koncentraciji, če naj njihovo ravnanje zares pomeni opustitev koncentracije. Temeljno vodilo sta predvsem *enaka intenzivnost in kakovost* (tako pravnih kot dejanskih) dejanj ustvaritve na eni in opustitve koncentracije na drugi strani. Povsem jasno je tudi, da se za »priznavanje« opustitve koncentracije v primerih, ko so podjetja koncentracijo že izvedla³⁴ (kontrolni deleži so že bili pridobljeni), zahteva dokaz o ponovno vzpostavljenem stanju pred koncentracijo – »če je bila koncentracija uresničena pred odločitvijo Komisije, se bo od strank zahtevalo, da dokažejo ponovno vzpostavitev položaja, ki je prevladoval pred uresnitvijo koncentracije«.³⁵

Pomembno je poudariti, da je vzpostavitev položaja, ki je prevladoval pred uresnitvijo koncentracije, mogoča na več načinov, nedvomno pa tudi s prodajo spornega deleža tretjim. Vzpostavitev stanja, ki je prevladovalo pred koncentracijo, je namreč vzpostavitev stanja brez koncentracije. Ali je bil kontrolni delež prodan nazaj podjetju, v katerem je bil pridobljen, ni pomembno. Pomembno je, da je podjetje, ki je predhodno izvršilo koncentracijo, odpravilo njene učinke v smislu pridobitve nadzora. Treba je poudariti, da bi bilo povsem neprimerno interpretirati zahtevo po vzpostavitvi statusa *quo ante*³⁶ tako ozko, da bi jo zadovoljil zgolj popoln *winding-back* postopek. To še posebej velja v primerih, ko so bili kontrolni deleži npr. pridobljeni na organiziranem trgu vrednostnih papirjev ali kot zaseg finančnega zavarovanja (kolaterala) in ko je izvirnega prodajalca oziroma imetnika deleža, ki pomeni kontrolo, nemogoče identificirati.

Dodatno je treba nekaj prostora nameniti tudi analizi namena in dometa določbe šestega odstavka 44. člena ZPOmK-1, predvsem z namenom osvetliti ne-

³³ Gl. odst. 118 Prečiščenega obvestila.

³⁴ Gl. npr. odločbo Komisije v zadevi *Skanska/Skancem* (C. IV/M.115). Ker gre za časovno obdobje pred reformno uredbo 139/2004, ki je uvedla možnost zaključka postopka brez odločbe zaradi opustitve koncentracije, je Komisija v tem primeru koncentracijo dovolila, čeprav se je podjetje Skanska v času postopka presoje odločilo za prodajo celotnega deleža v Skancemu in s tem popolnoma odpravilo koncentracijo. Danes bi Komisija postopek presoje takšne koncentracije zaključila brez odločbe. Gl. tudi J. Cook, C. Kerse, nav. delo, str. 202.

³⁵ Četrta alineja 120. odstavka Prečiščenega obvestila.

³⁶ O dometu standarda *status quo ante* gl. npr. J. Cook, C. Kerse, nav. delo, str. 202.

primerno uporabo instituta, ki ga določba ureja. Primarno je treba ugotoviti, da je dikcija določbe domala nespremenjeno prevzeta iz unijske ureditve presoje koncentracij. Določba drugega odstavka 7. člena Uredbe 139/2004 tako namreč določa:

»(2) Odstavek 1 ne preprečuje izvedbe javne ponudbe ali več transakcij vrednostnih papirjev, vključno s tistimi, ki so zamenljivi za druge vrednostne papirje, s katerimi se lahko trguje na trgu, kakršen je borza, s čimer se od različnih prodajalcev pridobi nadzor v smislu člena 3 pod naslednjimi pogoji:

- (a) koncentracija se nemudoma priglasí Komisiji skladno s členom 4; in
- (b) pridobitelj ne uveljavlja glasovalnih pravic, ki izhajajo iz zadevnih vrednostnih papirjev, ali pa to počne le zato, da bi ohranil polno vrednost teh naložb na podlagi izjeme, ki jo Komisija podeli v skladu z odstavkom 3.«

Kot rečeno, dikcija šestega odstavka 44. člena ZPOmK-1 je povsem usklajena z unijskim določilom, zato je mogoče za interpretacijo namena in ciljev nacionalnega pravila uporabiti izdelano razlago drugega odstavka 7. člena Uredbe. Brez dvoma je namen te določbe (a) v prvi alineji omogočiti vzpostavitev ravnotežja med režimoma prevzemov na eni in koncentracij na drugi strani ter (b) v drugi alineji pripoznati položaje, do katerih prihaja zaradi legitimnih dejanj trgovanja z vrednostnimi papirji. Kaj je bil torej temeljni namen zakonodajalca pri vzpostavitvi dveh tako pomembnih zakonitih izjem od splošno veljavnega suspenzivnega učinka iz 44. člena ZPOmK-1 oziroma 7. člena Uredbe? Primarno je treba poudariti, da se režim Uredbe 139/2004 pomembno razlikuje od prej veljavnega sistema presoje koncentracij iz Uredbe 4064/89, saj slednji dokument sekundarne unijske zakonodaje ni *jasno in določno* urejal ravno položajev nakupov vrednostnih papirjev zunaj okvirov obveznih prevzemnih ponudb in je tako na področje presoje koncentracij vnesel nepotrebno zmedo in pravno nejasnost. Ta se je izkazovala predvsem kot dvom glede učinkovanja izjeme od suspenzivnega učinka za koncentracije, do katerih je prišlo na podlagi večjega števila *zaporednih transakcij* na trgu vrednostnih papirjev, ki pa niso rezultirale v sprožitvi obveznosti prevzemne ponudbe. Tudi v opisanem primeru (takšnega in podobne Komisija v svojih delovnih dokumentih poimenuje *creeping takeovers*) je – kot v primeru obveznih prevzemnih ponudb – mogoče govoriti o koncentracijah »*nepogodbena tipa*«; ne gre torej za primere, ko bo koncentracija nastala zaradi sklenitve zavezovalnega posla (npr. pogodbe o obvladovanju, pogodbe o prodaji poslovnega deleža ipd.) oziroma ob njej in se s suspenzivnim učinkom pravil, vsebovanih v prvem odstavku 7. člena Uredbe oziroma 44. člena zakona, preprečuje *izvršitev* koncentracij v smislu izvedbe *razpolagalnega* pravnega posla. V primerih, ki jih urejata določbi drugega odstavka Uredbe in šestega odstav-

ka zakona gre namreč za primere koncentracije, ki nastanejo kot posledica že izpeljanih transakcij (druga alineja šestega odstavka 44. člena ZPOmK-1) oziroma obveznih javnih prevzemnih ponudb. V prvem primeru je mogoče identificirati položaje, ko bo do prevzema oziroma spremembe nadzora v določenem (tarčnem) podjetju prišlo šele po nekaj zaporednih transakcijah, ki bodo pripeljale do deleža, kakršen omogoča nadzor. Režim Uredbe 139/2004 je spremenil predhodno ureditev na ta način, da je tudi opisane primere jasno izločil iz sistema splošne prepovedi izvrševanja koncentracij. To torej pomeni, da je v primerih, ko do koncentracije prihaja počasi, kradoma (*creeping* – torej predvsem v obliki sovražnih prevzemov), z večjim številom manjših, med seboj povezanih zaporednih transakcij, treba dovoliti tako (a) izvedbo koncentracije v smislu razpolagalnega posla kot (b) izvrševanje določenih pravic, ki iz koncentracije izhajajo, pri čemer mora slednje pridobitelj nadzora nemudoma javiti Komisiji. Časovna komponenta, ki je v okolju koncentracij izjemnega pomena, je tu razmeroma lahko razumljiva: obveznost *javljanja izvrševanja* pravic iz koncentracije je vezana na čas tiste transakcije, s katero je pridobitelj dejansko prevzel nadzor, in ne npr. na čas prve transakcije, ki naj bi v takšnih primerih pomenila začetek povezane celote večjega števila transakcij, ki so eventualno pripeljale do pridobitve kontrole.

Sumarno je tako mogoče določbo druge alineje šestega odstavka 44. člena ZPOmK-1 pojasniti kot pravilo, ki v položajih večjega števila zaporednih transakcij, ki pripeljejo do koncentracije, takšne transakcije dovoljuje v smislu dovoljenja za izvedbo razpolagalnih poslov, ki rezultirajo v pridobitvi kontrole, suspenzivni učinek glede glasovalnih pravic pa velja le glede tistih pravic, ki dejansko izhajajo iz koncentracije, oziroma natančneje, glede pravic, ki izhajajo neposredno iz bloka delnic oziroma deleža, s katerim je dejansko prišlo do spremembe nadzora. Pravice, ki izhajajo iz predhodno pridobljenih deležev, so lahko predmet suspenza zgolj v primerih, ko jih je mogoče pripisati transakcijam, ki so s transakcijo, ki je dejansko pripeljala do spremembe nadzora, v tesni časovni povezavi in glede katerih je mogoče dokazati, da so zgolj del predhodno izdelane strategije pridobitve kontrole po posameznih časovnih stopnjah.³⁷

Kar zadeva določila prve alineje šestega odstavka 44. člena ZPOmK-1, pa je namen in domet usmerjen predvsem v ustvarjanje prevzemom prijaznega okolja, saj bi lahko nekorrigirana uporaba režima koncentracij negativno vplivala na režim prevzemov, predvsem pa na njihovo dejansko intenziteto. Določbo je zato treba interpretirati kot dovoljenje za izvedbo razpolagalnih poslov z

³⁷ Gl. P. Grilc, nav. delo, str. 426. Gl. tudi F. J. Hirsch, F. Montag, G. Saecker, nav. delo, str. 2255.

delnicami tudi prek praga, ki že pomeni pridobitev kontrole v tarčnem podjetju.³⁸

Glede na dosedanje ugotovitve je določba petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 težko razumljiva in nenavadna. Očitno je želel zakonodajalec v ureditev režima koncentracij umestiti tudi določbo, ki bi Agenciji omogočala reakcijo v primerih, ko podjetja, udeležena v koncentrativnih dejanjih, svoje koncentracije ne bi priglasila (drugi stavek petega odstavka 45. člena ZPOmK-1) oziroma bi priglasitev pravilno izvedla, potem pa kršila zakonsko zapovedani suspenz in izvrševala koncentracijo (t. i. situacije *jumping the gun*) (prvi stavek petega odstavka 45. člena ZPOmK-1). Pristojnost izrekanja odločbe o prepovedi uresničevanja pravic naj bi tako pomenila *nadomestno, sekundarno možnost* prepovedi izvrševanja (dokončanja) koncentracije.

Po pregledu klasičnega nabora dokumentacije, ki omogoča uvid v (vsaj deklarirani) namen tako predlagatelja kot zakonodajalca (predlogi ZPOmK-1 v Poročevalcu DZ, magnetogrami in poročila s sej Odbora za gospodarstvo kot matičnega telesa; magnetogrami sej Državnega zbora RS), ni bilo mogoče ugotoviti, kakšen je zakonodajalčev namen – ta namreč ni razviden nič bolj kot namen predlagatelja, saj se določba petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 kot del predloga zakonskega besedila prvič pojavi na 37. redni seji Državnega zbora RS dne 27. marca 2008 v obliki amandmaja k 45. členu v okviru druge obravnave predloga ZPOmK-1. Iz magnetograma seje³⁹ izhaja, da predloga amandmaja na seji DZ niso ustrezno obrazložili niti predlagatelji (SDS, NSi)⁴⁰ niti vlada. Amandma – torej 45. členu dodani peti odstavek – je bil sprejet z absolutno večino. Na nadaljevanju 37. redne seje DZ RS 1. aprila 2008 je bila izpeljana tudi tretja obravnava predloga ZPOmK-1, ki je bil na tej seji tudi sprejet.

Morda gre določbo petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 konceptualno primerjati z določbo petega odstavka 8. člena Uredbe 139/2004. Slednja Komisiji v določenih primerih omogoča sprejem *začasnih ukrepov*, s katerimi naj se zagotovi ponovna vzpostavitev ali ohranjanje pogojev učinkovite konkurence.

³⁸ Gl. F. J. Hirsch, F. Montag, G. Saecker, nav. delo, str. 2253–2254.

³⁹ <www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/seje/evidenca?mandat=IV&type=sz&uid=497D2D0C6529C99AC125744E003FC8F4> (1. 4. 2015).

⁴⁰ Tako je npr. poslanec mag. Janez Drobnič v obrazložitvah predlaganega amandmaja povedal: »Ta amandma se nanaša, torej, da se zagotavljajo pristojnosti Agencije, da posredujejo in učinkujejo njegova dejanja, čeprav ti sklepi še niso pravnomočni. (...) Sam zakon, pa tudi ta amandma podpiram, ker daje večjo učinkovitost, in ravno to je bilo vprašanje vse do sedaj – ali bomo imeli resno inštitucijo za to, da se bo dosegalo svobodno gospodarsko poslovanje, svoboda in na osnovi tega tudi enakost, ali pa se bo nadaljevalo tisto, kar smo imeli žal videti v preteklosti.« Prav tam.

Določba je izrazito nejasna, predvsem kar zadeva naravo oziroma obliko ukrepov, ki naj bi jih Komisija smela uvajati, dikcija pa je natančnejša glede dejanskega stanja, ki uvedbo takšnih ukrepov dovoljuje oziroma pogojuje. Tako je mogoče ugotoviti, da lahko Komisija začasne ukrepe uvede tudi v primerih, ko so podjetja kršila režim, zapovedan s 7. členom Uredbe,⁴¹ ko torej bodisi *niso priglasila* koncentracije ali pa so priglašeno koncentracijo *začela izvrševati* (oziroma začela s koraki, ki so odkazovali na morebiten začetek izvrševanja) pred izdajo odločbe o skladnosti s konkurenco. Prva situacija vsebinsko spominja na kombinacijo sicer precej neposrečene dikcije drugega stavka petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 v povezavi z drugim odstavkom 45. člena ZPOmK-1, drugo situacijo pa si je po dikciji prvega stavka petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 le težko predstavljati – če koncentracija še ni bila izvršena, bo *prepoved izvrševanja pravic iz koncentracije* težavna. Seveda je treba tu termin *izvrševanje koncentracije* interpretirati v smislu *dokončanja* oziroma *implementacije* koncentracije (prim. ureditev v nemškem UWG – *Vollzug*).

Peti odstavek 8. člena Uredbe tako določa dodatno možnost Komisije. Ta lahko torej *poleg kaznovanja podjetij*, ki izvršujejo priglašene koncentracije ali jih ne priglasijo, reagira s *sprejemom začasnih ukrepov*. Ti so namenjeni – tako dikcija določila petega odstavka 8. člena Uredbe – ohranjanju ali vzpostavljanju stanja učinkovite konkurence. Gre torej za ukrepe, ki naj preprečijo *nadaljevanje izvrševanja koncentracije*. Očitno je, da je predpostavka stanja pred vklopom petega odstavka 8. člena Uredbe *izvedena, implementirana koncentracija* ali pa stanje tik pred tem. Ukrepi, ki naj bi bili Komisiji na voljo – ponavljam, določba 8. člena Uredbe jih ne navaja –, so predvsem vedenjske narave: Komisija se bo trudila, da ne pride do dejanske pridobitve kontrole oziroma (če je koncentracija že izvedena) da se pridobljeni nadzor ne izvršuje. Med navedeno lahko prištevamo⁴² preprečevanje izvrševanja glasovalnih pravic iz pridobljenih deležev/delnice, poseganje v strukturo organov vodenja in nadzora pridobljenega podjetja, vzpostavitev sistema poročanja, postavitve posebnega nadzornega organa, ki stalno spremlja poslovanje, ali zahtevo po ločenem računovodstvu/poslovodstvu. Dodati gre tudi, da Komisija od sprejema Uredbe 139/2004 do časa zaključka pisanja tega prispevka še ni izdala odločbe z začasnimi ukrepi iz petega odstavka 8. člena.⁴³

Posebej je treba opozoriti, da je izrekanje začasnih ukrepov iz petega odstavka 8. člena Uredbe vezano na enake procesne kavtele, kot veljajo v primeru

⁴¹ Gl. točko a petega odstavka 8. člena Uredbe 139/2004

⁴² Povzeto po F. J. Hirsch, F. Montag, G. Saecker, nav. delo, str. 2293.

⁴³ Zadnjič preverjeno 18. decembra 2014 na spletni strani <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=2>.

izreka sankcije prenehanja koncentracije (*dissolution*) iz četrtega odstavka 8. člena Uredbe, kar pomeni, da je tudi izrekanje začasnih ukrepov izrazito formalizirano in temelji na spoštovanju načela *audiatur et altera pars*. Tako je v skladu z določbami 18. člena Uredbe 139/2004 in 13., 14. in 17. člena Uredbe 802/2004 (Implementacijska uredba) stranka, zoper katero se izdaja začasni ukrep, upravičena do vpogleda v spis, predvsem pa ima pravico izreči se o navedbah Komisije (*right to a hearing*).⁴⁴ Seveda drži, da je ta pravica do zaslišanja v primeru začasnih ukrepov pod določenimi pogoji delno relativizirana v drugem odstavku 18. člena Uredbe 139/2004: Komisija lahko namreč ukrep izreče, ne da bi bila udeleženi osebam, podjetjem ali podjetniškim združenjem dana možnost za predhodno predstavitev lastnih pogledov, če jim Komisija to omogoči čim prej po sprejetju odločbe.

ZPOmK-1 v zvezi s postopkom sprejemanja začasnih ukrepov iz petega odstavka 45. člena ne pozna nikakršnih procesnih varoval. Pri tem je treba v skladu z načelom lojalne in konsistentne razlage⁴⁵ kot interpretacijski pripomoček pri presoji potrebe po kontradiktornosti uporabiti tudi opisani režim Uredbe 139/2004. Ker določbe ZPOmK-1 ne omogočajo zagotovitve naknadne kontradiktornosti v okviru postopka na prvi stopnji (na primer z vložitvijo ugovora zoper začasni ukrep), učinkovite naknadne kontradiktornosti pa tudi ni mogoče zagotoviti v postopku enostopenjskega sodnega varstva pred Vrhovnim sodiščem, ki praviloma odloča brez obravnave, je treba tudi pred izdajo odločbe po petem odstavku 45. člena ZPOmK-1 zagotoviti kontradiktornost, ki se kaže kot pravica stranke do zaslišanja in kot možnost dajanja izjav.⁴⁶

Določba 45. člena ZPOmK-1 kot ukrepe, ki jih lahko izdaja Agencija, navaja prepoved »podjetjem, pristojnim organom in nosilcem javnih pooblastil uresničevati glasovalne, upravljalске, premoženjske in druge pravice in obveznosti, ki izhajajo iz koncentracije, do izdaje odločbe o skladnosti koncentracije s pravili konkurence«. Zakonodajalec se je – verjetno tudi zaradi izjemno neprimerne načina uvrščanja v zakonsko besedilo (gl. zgoraj) – pri dikciji odločil torej zgolj za prepovedne ukrepe, pri čemer nikjer v določbi ne pojasni, kakšen je namen teh prepovedi (ponavljam, ukrepi iz petega odstavka 8. člena Uredbe so namenjeni zagotavljanju ali vzpostavljanju pogojev učinkovite

⁴⁴ Tako prvi odstavek 18. člena Uredbe 139/2004 določa: »Pred sprejetjem kakršne koli odločbe, predvidene v členu 6(3), členu 7(3), **členu 8(2) do (6)** ter členih 14 in 15, Komisija da udeleženi osebam, podjetjem in podjetniškim združenjem možnost, da **v vsaki fazi postopka vse do posvetovanja s svetovalnim odborom predstavijo svoje poglede na očitke**, ki se nanašajo nanje.«

⁴⁵ Prim. Sklep VS RS opr. št. G 8/2010-17 z dne 20. aprila 2010.

⁴⁶ Prim. prav tam.

konkurence). Peti odstavek 45. člena ZPOmK-1 tako omogoča Agenciji izdajo odločbe, s katero prepoveduje celo paleto ravnanj s pravicami, ki izhajajo iz koncentracije. Ponovno opozarjam, da gre lahko zgolj za pravice, ki izhajajo iz koncentrativnega ravnanja, kar torej pomeni, da je mogoče prepovedati zgolj izvrševanje tistih pravic, ki so bile pridobljene s samim aktom, ki je vodil v spremembo nadzora oziroma kakovosti nadzora. Tako je torej mogoče prepovedati denimo zgolj izvrševanje pravic iz tistih delnic, ki jih je pridobitelj pridobil v trenutku historičnega dogodka, ki je vodil v spremembo nadzora; če je pred tem že bil imetnik manjšega kapitalskega deleža, lahko prosto izvršuje pravice, ki iz njega izhajajo, saj s tem ne izvršuje nadzora. Zakonodajalec določa, da je mogoče prepovedati izvrševanje raznih oblik upravičenj, pri čemer našteva glasovalne, upravljavske in premoženjske »ter druge« pravice. V prvem in drugem primeru se deloma približa namenu petega odstavka 8. člena Uredbe 139/2004, saj je mogoče s prepovedjo izvrševanja upravljavskih in glasovalnih upravičenj onemogočiti nadaljnje izvrševanje koncentracije oziroma aktivno in učinkovito izvajanje pridobljenega nadzora. Manj je jasno, zakaj je zakonodajalec prepovedal izvrševanje premoženjskih upravičenj, čeravno tudi dejstvo uresničitve pravice do udeležbe pri dobičku lahko pomeni izvrševanje pridobljenega nadzora. Jasno je vidno, da zakonodajalec ni predvidel nikakršnih vedenjskih (mehkejših) tipov ukrepov, ki smo jih identificirali v okviru določbe petega odstavka 8. člena Uredbe 139/2004.

Kljub tej pomanjkljivosti pa iz dikcije (in predvsem iz logične razlage) določbe petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 izhaja, da zakonodajalec ni imel nikakršnega namena prepovedati razpolaganje z že pridobljenimi pravicami, ki pomenijo nadzor v smislu koncentracije. Prepoved prenosa pridobljenega deleža, ki omogoča nadzor, bi bila namreč popolno pojmovno in vsebinsko nasprotje namenu režima presoje koncentracij (širše) in vsebini določbe petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 (ožje). S prenosom deleža, ki je omogočil nadzor – in tako povzročil koncentracijo –, pridobitelj vzpostavi stanje pred koncentracijo (*de-merger*) in na ta način odpravi razlog za poostreni nadzor v obliki presoje ustreznosti koncentracije. Kot v primeru določbe 44. člena ZPOmK-1 tudi v tem primeru torej velja, da Agencija podjetju, ki je sicer pridobilo nadzor, ne more prepovedati, da bi odstopilo od koncentracije. Popolnoma nesmiselna bi bila namreč situacija, ko bi Agencija z odločbo (naslovljeno neposredno na podjetja ali – celo bolj invazivno – na tretje) podjetju lahko onemogočila razpolaganje s kontrolnim deležem: Agencija bi v takšnem primeru podjetje dejansko in pravno prisilila v imetništvo kontrolnega deleža in torej v koncentracijo, čeravno bi si podjetje želelo delež prodati in s tem izgubiti nadzor ter tako odpraviti temeljni opredelilni element koncentracije.

Dodatno težavo v zvezi s petim odstavkom 45. člena ZPOmK-1 je mogoče identificirati tudi v dejstvu, da zakonodajalec razširja prepoved na osebe, ki niso stranke postopka koncentracije in – bolj moteče – ki niso imetniki deležev. Če naj bi bila pristojnost izrekanja odločbe o prepovedi uresničevanja pravic *nadomestna, sekundarna možnost* prepovedi izvrševanja (dokončanja) koncentracije, ki je mogoča zgolj v primeru, ko podjetja kršijo zakonski suspenz, je razširitev prepovedi na tretja podjetja, nosilce javnih pooblastil in pristojne organe mogoče razumeti zgolj kot dodatno kavtelo, s katero naj se preprečijo vsa dejanja tretjih, ki **v skladu z interpretacijo določb 44. člena ZPOmK-1 in 7. člena Uredbe 139/2004** pomenijo izvrševanje pravic iz koncentracije. Mogočih je več dejanskih stanj. S prepovedjo izvedbe prenosa delnic klirinško depotni družbi je mogoče preprečiti **dokončanje koncentracije** v smislu dokončnega **prenosa deležev** (delnic). Gre torej za situacije t. i. pogodbenih koncentracij – zavezovalni posel o prenosu deleža, ki omogoča nadzor, je sklenjen, razpolagalni posel pa je v skladu s 44. členom ZPOmK-1 prepovedan, saj bi prenos delnic pomenil *dokončanje oziroma izvedbo koncentracije*. Tako je mogoče predvideti predvsem položaje, ko bo nadzor že pridobljen, pa bo s prepovedjo vpisa v sodni register mogoče preprečiti določene statusnopravne spremembe, ki bi pomenile dejansko izvrševanje kontrole in s tem izvrševanje pravic iz koncentracije. Tudi v primerih, ko Agencija začasne ukrepe izreka tretjim, npr. institucijam, ki skrbijo za pravni promet z nematerializiranimi vrednostnimi papirji (npr. KDD), posega v pravni položaj in temeljna lastninska upravičenja podjetij, ki so udeležena v koncentraciji, zato je treba njihove položaje varovati, kot da so stranke postopka.

Ugotovimo torej lahko, da dikcija petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 in njegova interpretacija (tudi v skladu z načelom konsistentne razlage in načelom lojalnosti prek upoštevanja Uredbe 139/2004 kot razlagalnega pripomočka) ne omogočata izreka začasnega ukrepa v smislu prepovedi razpolaganja z deleži oziroma delnicami, kadar bi razpolaganje s pridobljenim kontrolnim deležem (ali deležem, ki je obstajal pred koncentracijo) pomenilo vzpostavitev stanja pred koncentracijo, ko bi takšen prenos torej lahko analogno razumeli kot opustitev koncentracije.

7. SKLEP

Temeljni namen določbe 44. člena ZPOmK-1 je preprečiti izvrševanje (in dokončno izvedbo) koncentracije pred dokončno odločitvijo Agencije o njeni (ne)ustreznosti, kar pomeni, da je treba do trenutka, ko Agencija sprejme takšno odločitev, preprečiti nastanek vsakršnih posledic v smislu izvrševanja koncentracije. Z interpretacijo po namenu in jezikovno interpretacijo je

mogoče ugotoviti, da je treba onemogočiti izvrševanje zgolj tistih pravic, ki vzpostavljajo oziroma omogočajo izvajanje nadzora kot emanacije strukturne spremembe. Suspenzivni učinek 44. člena ZPOmK-1 velja zgolj za dejanja, ki pomenijo vplivanje na strateško poslovno vedenje prej samostojnega subjekta. Enako kot v primeru 7. člena Uredbe 139/2004 tudi v zvezi s 44. členom ZPOmK-1 ne moremo govoriti o suspenzu oziroma prepovedi izvrševanja pravice razpolaganja z deležem, ki ga je pridobilo (s tem pa je prišlo do spremembe nadzora in koncentracije) v koncentraciji udeleženo podjetje.

Razpolaganje s pravicami iz koncentracije v smislu odsvojitve pridobljenih deležev, ki omogočajo nadzor, je tako za Agencijo lahko predvsem pozitivno, saj odpravlja temeljni razlog za njeno delovanje na tem področju – obstoj koncentracije. Takšna možnost je posebej urejena v unijski zakonodaji: Evropska komisija v Prečiščenem obvestilu o pravni pristojnosti v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004 o nadzoru koncentracij podjetij odkazuje na možnost t. i. opustitve koncentracij. Ker koncentracija v takem primeru preneha obstajati, Komisija brez izdaje odločbe preprosto **preneha** s postopkom presoje. Podjetja, ki so koncentracijo že implementirala, morajo dokazati ponovno vzpostavitev položaja, ki je prevladoval pred uresničitvijo koncentracije. Pomembno je poudariti, da je vzpostavitev položaja, ki je prevladoval pred uresničitvijo koncentracije, mogoča na več načinov, nedvomno pa tudi s prodajo kontrolnega deleža tretjim.

Določba petega odstavka 45. člena ZPOmK-1 Agenciji omogoča, da v primeru nespoštovanja določb ZPOmK-1 o obveznosti priglasitve in suspenzivnem učinku podjetjem izreka začasne ukrepe v smislu prepovedi izvrševanja pravic iz koncentracije. Takšna prepoved ne more vsebovati prepovedi niti na podlagi 44. člena niti na podlagi petega odstavka 45. člena ZPOmK-1, če razpolaganje rezultira v prenehanju obstoja nadzora (torej se vzpostavi status *quo ante*) in s tem podjetje opusti koncentracijo.

Literatura

- Peter Grilc (ur.): Komentar Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Eduarne Navarro, Andrés Font, Jaime Folguera, Juan Briones: Merger Control in the EU. Oxford University Press, Oxford 2005.
- Franz-Jurgen Sacker, Frank Montag, Gunter Hirsch: Competition Law: European Community Practice & Procedure. Sweet and Maxwell, London 2007.
- John Cooke, Cristopher Kerse: E.C. Merger Control. 3. izdaja. Sweet & Maxwell, London 2000.

Ulrich Immenga, Ernst-Joachim Mestmaecker: **Wettbewerbsrecht:EG**, 4. izdaja. C. H. Beck, München 2007.

Ulrich Loewenheim, Karl Meessen, Alexander Riesenkauff: **Kartellrecht**, 2. izdaja. C.H. Beck, München 2009.

VARSTVO OSEBNOSTNIH PRAVIC OBDOLŽENCEV PRI MEDIJSKEM POROČANJU O KAZENSKIH POSTOPKIH

Miha Šošić,

*univerzitetni diplomirani pravnik, asistent na Pravni fakulteti Univerze
v Mariboru, višji pravosodni svetovalec na Vrhovnem sodišču RS*

1. UVOD

Mediji imajo v sodobnih družbah izjemen vpliv, ki se mu ne more izogniti niti pravo kot sistem normiranja družbenih odnosov. V medijskih družbah mora pravni sistem do določene mere uporabljati sodobne medijske mehanizme, da ne izgubi svojega družbenega vpliva in lahko opravlja svojo funkcijo.¹ Medijsko poročanje o kazenskih postopkih lahko prispeva k uresničevanju generalne prevencije kot ene od funkcij kazenskega prava (oziroma namenov kaznovanja), saj se s poročanjem o kazenskem postopku in izreku kazenske sankcije večja zaupanje ljudi do delovanja pravnega reda ter utrjuje zavest o pomenu spoštovanja temeljnih družbenih vrednot.² Po drugi strani pa lahko nestrokovno in nesorazmerno medijsko poročanje o kazenskih zadevah ogrozi temelje poštenega kazenskega postopka. Mediji namreč ne smejo prevzemati funkcije sodobnega sramotilnega stebra, saj to lahko ogrozi tako delovanje kazenskega prava kot delovanje medijev samih in uresničevanje njihove vloge v demokratični družbi.³

Tudi kadar je kazenski postopek zakonsko dobro urejen in sodišča dosledno izvršujejo njegove določbe, lahko medijsko poročanje, pri katerem se ne spoštujejo domneva nedolžnosti in osebne pravice obdolžencev,⁴ ogrozi po-

¹ V. Boehme-Neßler, nav. delo, str. 167.

² L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 36.

³ B. Zabel, nav. delo, str. 364.

⁴ Izraz obdolženec se tukaj in v nadaljevanju zaradi terminološke poenostavitve uporablja nekoliko širše, in sicer kot skupni izraz za osumljenca, obdolženca, obtoženca in obsojenca.

šten potek kazenskega postopka. Zato ima država pozitivno dolžnost, da zaradi poštenega poteka kazenskega postopka zagotovi tudi ustrezen ureditev medijskega poročanja o kazenskih zadevah. Pri tem pa ureditev medijskega poročanja o kazenskih postopkih ne sme iti tako daleč, da ne bi omogočala normalnega delovanja medijev in uresničevanja njihove svobode izražanja. Temu vprašanju se v Sloveniji doslej na strokovni ravni ni namenjalo veliko pozornosti.

Namen članka je sprožiti strokovno razpravo o varstvu osebnostnih pravic obdolžencev v zvezi z medijskim poročanjem o kazenskih zadevah, saj gre za problem, ki je neločljivo povezan z vprašanjem poštenega kazenskega postopka. V nadaljevanju so na splošno predstavljene osebnostne pravice, nato so analizirana ustavnopravna in teoretična izhodišča glede povezave med osebnostnimi pravicami obdolžencev in kazenskim postopkom, na kratko je predstavljena veljavna ureditev poročanja o kazenskih zadevah in razmisleki o možnih zakonodajnih rešitvah. Vprašanje, kako naj pravosodni organi obveščajo javnost in medije, je obravnavano samo bežno in bi potrebovalo posebno poglobljeno obravnavo.

2. SPLOŠNO O OSEBNOSTNIH PRAVICAH

Varstvo osebnostnih pravic je skupaj z nedotakljivostjo človekove telesne in duševne celovitosti ter njegovo zasebnostjo zagotovljeno v 35. členu Ustave RS.⁵ Iz navedene določbe sicer izhaja, da imajo osebnostne pravice pravno naravo temeljnih pravic,⁶ vendar s tem ni določena njihova vsebina. Tudi na zakonski ravni vsebina osebnostnih pravic ni določno opredeljena. Tako Obligacijski zakonik (v nadaljevanju OZ)⁷ osebnostne pravice omenja v okviru določb, ki zagotavljajo njihovo varstvo (npr. pri zahtevi za prenehanje s kršitvami osebnostnih pravic (134. člen OZ), objavi sodbe ali popravka (178. člen OZ) in pri denarni odškodnini za nepremoženjsko škodo (179. člen OZ)), nikjer pa ne opredeli njihove konkretne vsebine.

Takšna vsebinska odprtost osebnostnih pravic je povezana z njihovo pravno naravo, saj so osebnostne pravice pravice človeka, ki neposredno zadevajo njegovo osebo in njegove osebne dobrine.⁸ Ker človekova osebnost potrebuje celovito pravno varstvo na različnih področjih družbenega življenja, osebnostne

⁵ Ur. l. RS, št. št. 33/91-I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13 in 47/13.

⁶ A. Polajnar Pavčnik v: M. Pavčnik (ur.), A. Polajnar Pavčnik (ur.), D. Wedam Lukić (ur.), *Temeljne pravice* (1997), str. 150 in 151.

⁷ Ur. l. RS, št. 83/01, 28/06, 32/04 in 40/07.

⁸ A. Finžgar, nav. delo, str. 11.

pravice ne morejo biti omejene s sklenjenim krogom pravic, temveč morajo biti oblikovane tako, da se lahko prilagajajo različnim vidikom družbenih sprememb.⁹ Slovenski pravni red pri opredeljevanju osebnostnih pravic uporablja generalno klavzulo s ponazarjanjem značilnih primerov osebnostnih pravic.¹⁰ Tako na primer določba prvega odstavka 134. člena OZ omenja posamezne primere kršitev osebnostnih pravic, kot so kršitev nedotakljivosti človekove osebnosti, osebnega in družinskega življenja, te pa dopolni z generalno klavzulo »ali kakšne druge osebnostne pravice«. Ker morajo osebnostne pravice zagotavljati celovito varstvo človekove osebnosti, ima generalna klavzula funkcijo zapolnjevanja pravnih praznin.¹¹ Kot je poudarilo Ustavno sodišče RS,¹² so z jamstvom osebnostnih pravic »zagotovljeni tisti elementi posameznikove osebnosti, ki niso varovani z drugimi določbami Ustave (s svobodo vesti, izražanja itn.), a je šele skupaj z njimi posamezniku dana možnost, da se svobodno razvija in oblikuje svoje življenje v skladu z lastnimi odločitvami«.

Osebnostne pravice so namenjene varstvu človekove osebnosti, zato se v prvi vrsti nanašajo na fizične osebe, v določenem ožjem obsegu pa se lahko priznajo tudi pravnim osebam.¹³ So absolutne pravice, saj učinkujejo zoper vsakogar, omejiti pa jih je dopustno samo z enakovrednimi pravicami drugih ali s širšim, splošnim interesom, pri čemer je vselej treba upoštevati interesno vrednotenje v okviru načela sorazmernosti.¹⁴ Poleg tega je za osebnostne pravice značilno, da so individualne, nepremoženjske in neprenosljive.¹⁵

Ker pri osebnostnih pravicah ne gre za določno opredeljen in sklenjen krog (*numerus clausus*) posameznih pravic, tudi sistematika posameznih osebnostnih pravic ni jasno izdelana. Med osebnostnimi pravicami se navajajo: pravica do življenja, zdravja in telesne integritete, pravica do svobode gibanja, pravica do nedotakljivosti človekove osebnosti, pravica do časti in dobrega imena, pravica do osebnega in družinskega življenja, pravica na lastni podobi, pravica

⁹ M. Juhart in drugi, nav. delo, str. 265.

¹⁰ Prav tam.

¹¹ Smiselno enako nemška teorija in sodna praksa poudarjata pomen funkcije zapolnjevanja pravnih praznin pri t. i. splošni osebnostni pravici (nem. *allgemeines Persönlichkeitsrecht*); glej npr. sodbo nemškega ustavnega sodišča (nem. Bundesverfassungsgericht) 1 BvR 653/96 z dne 15. decembra 1999.

¹² Odločba U-I-226/95, z dne 8. julija 1999 in odločba Up-406/05, z dne 12. aprila 2007.

¹³ Prim. A. Finžgar, nav. delo, str. 11; M. Juhart in drugi, nav. delo, str. 267; in B. Sajovic, nav. delo, str. 66. Glede priznavanja določenega obsega varstva prostorske in komunikacijske zasebnosti pravnim osebam glej tudi odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-40/12, z dne 14. aprila 2013.

¹⁴ Prim. A. Polajnar Pavčnik, nav. delo, str. 154.

¹⁵ M. Juhart in drugi, nav. delo, str. 267 in 268.

na glasu, pravica do imena, pravica do osebne identitete in pravica do komunikacijske zasebnosti.¹⁶ Razmejitve med posameznimi osebnostnimi pravicami niso vedno jasne in med njimi prihaja tudi do vsebinskega prekrivanja.

Osebnostna pravica, ki je v okviru kazenskega postopka in poročanja o njem najbolj prizadeta, je pravica obdolženca do lastne podobe. Pravica do lastne podobe se v slovenski dogmatiki¹⁷ in sodni praksi¹⁸ povezuje predvsem s človekovo fizično podobo ter se zlasti nanaša na objavljane slik oziroma fotografij. Takšen koncept pravice do lastne podobe je mogoče poimenovati kot pravico do lastne podobe v ožjem pomenu, saj se po nemškem vzoru pravica do lastne podobe lahko razume tudi širše. Lastna podoba se namreč ne nanaša samo na zunanjo, fizično podobo posameznika, temveč tudi na njegovo družbeno podobo. Na posameznikovo družbeno podobo pa ne vpliva samo objava fotografij z njegovo zunanjo podobo, temveč tudi objava njegovega imena, glasu ter (domnevanih) dejstev iz njegovega osebnega, družinskega ali poklicnega življenja. Pravica do lastne podobe v širšem smislu zato obsega pravico posameznika do samoodločbe v zvezi z javnostjo lastne osebe.¹⁹ Nemško ustavno sodišče (nem. Bundesverfassungsgericht (BVerfG)) je v številnih odločbah²⁰ poudarilo, da je kot del splošne osebnostne pravice treba šteti tudi pravico posameznika, da načeloma sam odloča, na kakšen način se bo prikazoval tretjim osebam in javnosti oziroma kaj naj bo podlaga njegovega družbenega ugleda. Ta vidik splošne osebnostne pravice nekateri avtorji imenujejo tudi pravica do prikazovanja lastne osebe (nem. *Darstellung der eigenen Person*).²¹

Takšen širši koncept pravice do lastne podobe v določeni meri vsebuje nekatere druge osebnostne pravice (oziroma se z njimi prekriva), kot na primer pravico do nedotakljivosti človekove osebnosti, pravico do imena, pravico do glasu, pravico do zasebnosti, pravico do osebnega in družinskega življenja, pravico do časti in dobrega imena. Vendar je določeno vsebinsko prekrivanje značilno za večino osebnostnih pravic. Ne glede na poimenovanje ne more biti sporno,

¹⁶ Prim. A. Finžgar, nav. delo, str. 65–144; in M. Juhart in drugi, nav. delo, str. 266.

¹⁷ A. Finžgar, nav. delo, str. 102.

¹⁸ Glej na primer sodbo Višjega sodišča v Kopru I Cp 343/2003 z dne 12. maja 2004, sodbo Višjega sodišča v Mariboru I Cp 676/2011 z dne 5. julija 2011, sodbo Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 562/2012 z dne 19. decembra 2012, sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 421/2004 z dne 12. januarja 2006, sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 595/2004 z dne 23. novembra 2006 in sodbo Vrhovnega sodišča RS I Ips 5909/2011 z dne 18. julija 2013.

¹⁹ M. Mansdörfer, nav. delo, str. 573.

²⁰ Glej npr. sodbo 1 BvR 536/72 z dne 5. junija 1973, sklep 1 BvR 185/77 z dne 3. junija 1980, sklep 1 BvL 20/84 z dne 8. februarja 1983 in sklep 1 BvR 1696/98 z dne 25. oktobra 2005.

²¹ H. D. Jarass, D. Pieroth, nav. delo, str. 75.

da tudi slovenski pravni red v okviru varstva osebnostnih pravic posamezniku zagotavlja možnost, da se odloča o prikazovanju lastne osebe nasproti tretjim in javnosti, in sicer ne samo glede svoje zunanje podobe, temveč tudi v zvezi s trditvami, ki se nanašajo na njegovo družbeno podobo. Seveda je tudi osebnostna pravica s takšno vsebino lahko ob upoštevanju načela sorazmernosti omejena s pravicami drugih in javnim interesom.

Za obravnavanje obdolženčevih osebnostnih pravic v zvezi z medijskim poročanjem o kazenskih postopkih je že omenjeni koncept pravice do lastne podobe v širšem smislu posebej primeren, saj vsebinsko združuje prav tiste vidike osebnostnih pravic obdolženca, ki so pri medijskem obravnavanju kazenskih zadev najbolj ogrožene.

3. POMEN PRAVICE DO LASTNE PODOBE V KAZENSKEM POSTOPKU

Osebnostne pravice se po eni strani nanašajo na civilnopravna razmerja, pri čemer je posameznikom za njihovo varstvo zagotovljeno civilnopravno varstvo (npr. zahteva za prenehanje s kršitvami osebnostnih pravic, denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo in objava sodbe ali popravka). Po drugi strani pa imajo osebnostne pravice kot temeljne pravice tudi javnopravni pomen. Kot je v svojih odločbah poudarilo Ustavno sodišče RS,²² ima država v zvezi z varstvom človekovih pravic in temeljnih svoboščin negativne in pozitivne obveznosti, pri čemer negativne obveznosti pomenijo, da se mora vzdržati (nesorazmernih) posegov v človekove pravice in temeljne svoboščine, pozitivne obveznosti pa državo oziroma njene posamezne veje oblasti zavezujejo k aktivnemu ravnanju za čim učinkovitejše uresničevanje in varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin. V tem smislu je osebnostne pravice obdolžencev mogoče razumeti kot eno od ustavnih omejitev zakonodajalčeve svobode pri oblikovanju kazenskega postopka.²³

Zakonodajalec ima pri ureditvi kazenskega postopka torej obveznost, da pri uresničevanju legitimnega ustavnega cilja kazenskega postopka (učinkovitega pregona kaznivih dejanj)²⁴ v skladu z načelom sorazmernosti čim manj posega v osebnostne pravice obdolžencev (*negativne obveznosti države v zvezi*

²² Odločba Up-555/03, Up-827/04 z dne 6. julija 2006 in odločba Up-1082/12 z dne 29. maja 2014.

²³ Prim. odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-92/96 z dne 21. marca 2002.

²⁴ Učinkovit pregon kaznivih dejanj je ena temeljnih pozitivnih obveznosti države za zagotavljanje varnosti ljudi znotraj svoje jurisdikcije (odločba Ustavnega sodišča RS Up-1082/12 z dne 29. maja 2014).

z varstvom osebnostnih pravic obdolžencev). Po drugi strani ima zakonodajalec dolžnost sprejeti pozitivne ukrepe, ki naj prispevajo k čim večjemu in čim učinkovitejšemu varstvu osebnostnih pravic obdolžencev v kazenskem postopku (*pozitivne obveznosti države v zvezi z varstvom osebnostnih pravic obdolžencev*). Za učinkovit potek kazenskega postopka so nekateri posegi države v osebnostne pravice obdolžencev nujni, vendar morajo biti vselej sorazmerni. V osebnostne pravice obdolžencev pa ne posega samo država, temveč tudi mediji kot prirejeni subjekti, ko poročajo o kazenskih zadevah in poteku kazenskih postopkov. Država ima pozitivno dolžnost, da tudi v zvezi s poročanjem o kazenskih zadevah zagotovi varstvo osebnostnih pravic obdolžencev, zlasti njihove pravice do lastne podobe, pri čemer mora upoštevati tudi svobodo govora iz 39. člena Ustave RS in 10. člena Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin²⁵ (v nadaljevanju EKČP) ter v smislu načela sorazmernosti najti ustrezen kompromis med tema konfliktima temeljnima pravicama.

Z zvezi z varstvom osebnostnih pravic obdolžencev pri poročanju o kazenskih zadevah je treba urediti zlasti naslednje problemske sklope:

- vsebinsko poročanje o kazenskih zadevah, ki ne posega v načelo domneve nedolžnosti ter ne onemogoča izvedbe poštenega in nepristranskega sojenja;
- tehtanje med upravičenim interesom javnosti po informiranju ter varstvom obdolženčeve zasebnosti in njegove pravice do lastne podobe;
- medijsko poročanje pravosodnih organov o kazenskih zadevah in poteku kazenskih postopkov.

Svoboda govora je zajeta v pravici do svobode izražanja iz prvega odstavka 39. člena Ustave RS ter posamezniku zagotavlja izražanje misli in idej ter njihovo razširjanje v zunanji prostor.²⁶ Kot je v številnih odločbah poudarilo Ustavno sodišče RS,²⁷ ima svoboda govora »še poseben pomen, ko gre za izražanje v okviru novinarskega poklica, saj so široke meje svobode tiska eden izmed temeljev sodobne demokratične družbe«. V tem smislu je svoboda govora temeljni konstitutivni element svobodne demokratične družbe, ki pomaga vzpostaviti in oblikovati nepristransko informirano javnost, saj javna in odprta razprava o zadevah, ki so splošnega pomena, omogoča spopad mnenj o vprašanjih, ki zadevajo vsakogar, in tehtanje posameznih argumentov.²⁸ Pri tem je

²⁵ Ur. l. RS – Mednarodne pogodbe, št. 7/94.

²⁶ Sklep Ustavnega sodišča RS Up-91/02 z dne 12. marca 2004.

²⁷ Sklep Up-91/02 z dne 12. marca 2004, odločba Up-2940/07 z dne 5. februarja 2009 in odločba Up-1391/07 z dne 10. septembra 2009.

²⁸ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-226/95 z dne 8. julija 1999, odločba Ustavnega sodišča RS U-I-106/01 z dne 5. februarja 2004, odločba Ustavnega sodišča RS Up-2940/07

pomen svobode izražanja večplasten, saj ima po eni strani funkcijo varovanja svobode posredovanja informacij in mnenj (*aktivni vidik*), po drugi strani pa tudi varovanja svobode do sprejemanja informacij, torej pravice do obveščnosti (*pasivni vidik*).²⁹ Zaradi navedenega ima svoboda izražanja med človekovimi pravicami in temeljnimi svoboščinami poseben pomen in uživa posebno varstvo,³⁰ kar v svoji judikaturi glede 10. člena EKČP poudarja tudi Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP).³¹

Svoboda izražanja in svoboda govora imata poseben pomen tudi v zvezi s kazenskim postopkom, v okviru katerega je ustavno načelo javnosti sojenja (24. člen Ustave RS) ena temeljnih garancij poštenega postopka in možnosti nadzora javnosti nad delovanjem sodne veje oblasti. Načelo javnosti je namenjeno krepitvi javnega zaupanja v delo sodstva,³² za sodišče pa pomeni psihološko pregrado pred samovoljnostjo in spodbuja k pravični izvedbi kazenskega postopka.³³ Pomembno vlogo pri uresničevanju namenov, ki izhajajo iz načela javnosti sojenja, imajo mediji. Z obveščanjem javnosti o poteku kazenskih postopkov (zlasti glavne obravnave) mediji skrbijo, da je o kazenskem postopku obveščen tudi tisti del javnosti, ki ni neposredno navzoč na sojenju. V tem smislu mediji skrbijo za »represzentativno javnost«³⁴ pri sojenju. Poleg tega medijsko poročanje o (pravnomočno zaključenih) kazenskih zadevah prispeva k uresničevanju namena kazenskega prava, zlasti t. i. splošne prevencije,³⁵ saj omogoča, da je demonstracija veljavnosti pravne norme oziroma pravnega reda (nem. *die sichtbare Bestätigung der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung*)³⁶ vidna čim širšemu krogu javnosti.

Vendar pa mediji prispevajo k poštnemu kazenskemu postopku samo, če poročajo strokovno, nepristransko, na podlagi vestnega raziskovanja dejstev

z dne 5. februarja 2009, odločba Ustavnega sodišča RS Up-570/09 z dne 2. februarja 2012 in odločba Ustavnega sodišča RS Up-584/12 z dne 22. maja 2014.

²⁹ Odločba Ustavnega sodišča RS Up-1391/07 z dne 10. septembra 2009 in odločba Ustavnega sodišča RS U-I-67/09, Up-316/09 z dne 24. marca 2011.

³⁰ Odločba Ustavnega sodišča RS U-106/01 z dne 5. februarja 2004, odločba Ustavnega sodišča RS Up-2940/07 z dne 5. februarja 2009 in odločba Ustavnega sodišča RS Up-444/09 z dne 14. aprila 2012.

³¹ Glej na primer 43. točko sodbe v zadevi *Özgür Gündem proti Turčiji*, št. 23144/93, z dne 16. marca 2000.

³² C. Roxin, B. Schünemann, nav. delo, str. 370.

³³ Z. Dežman in M. Erbežnik, nav. delo, str. 258.

³⁴ G. Widmaier, nav. delo, str. 401.

³⁵ Prim. G. Widmaier, nav. delo, str. 399; G. Trüg, nav. delo, str. 1040; in preambulo Priporočila Sveta Evrope Rec(2003)13 z dne 10. julija 2003 glede medijskega poročanja o kazenskih postopkih.

³⁶ H.-H. Jescheck, T. Weigend, nav. delo, str. 4.

ter ob spoštovanju osebnostnih pravic udeležencev postopka. V nasprotnem primeru je učinek medijev na potek kazenskega postopka izrazito negativen, saj lahko vpliva na ravnanje prič, izvedencev, obdolžencev in celo sodišča.³⁷ V sodobnih družbah pojav medijskega sojenja pomembno vpliva na položaj obdolženca v kazenskem postopku, saj javnost pogosto ne opravlja več funkcije varovanja obdolženca pred samovoljo sodišča, čemur je načelo javnosti sojenja bilo izhodiščno namenjeno, temveč se vse bolj pojavlja potreba po varovanju obdolženca pred javnostjo oziroma mediji,³⁸ ki s senzacionalističnim in pristranskim poročanjem nemalokrat posegajo v načelo domneve nedolžnosti in v obdolženčeve osebnostne pravice. Tudi svoboda izražanja ni absolutna, temveč je v skladu s tretjim odstavkom 15. člena Ustave RS omejena s pravicami in svoboščinami drugih.³⁹

3.1. Vsebinsko poročanje o kazenskih zadevah

Svoboda izražanja zagotavlja svobodno izbiro tako glede vsebine kot glede oblike podajanja idej in informacij.⁴⁰ Svoboda izražanja je zagotovljena tudi v zvezi s poročanjem o kazenskih zadevah. Kot je poudarilo ESČP,⁴¹ dejstvo, da je za odločanje o obtožbi v kazenskem postopku pristojno izključno sodišče, ne pomeni, da se o kazenski zadevi ne bi smelo razpravljati tudi v javnosti in v medijih, bodisi v specializiranih revijah ali medijih, namenjenih širši javnosti. Svoboda izražanja, zlasti kadar gre za poročanje o kazenskih postopkih, seveda ni neomejena, temveč je pri njenem uveljavljanju treba upoštevati tudi druge ustavno zagotovljene dobrine. Tako je pri poročanju o kazenskih zadevah med drugim treba upoštevati domnevo nedolžnosti (27. člen Ustave RS in drugi odstavek 6. člena EKČP) ter pravico do poštenega in nepristranskega sojenja (22. in 23. člen Ustave RS ter 6. člen EKČP). Zato je pri medijskem poročanju o kazenskih zadevah v smislu tretjega odstavka 15. člena Ustave RS in drugega odstavka 10. člena EKČP treba najti ustrezen kompromis med navedenimi ustavnopravnimi dobrinami. Določeno vsebinsko usmeritev daje že določba drugega odstavka 10. člena EKČP, ki izrecno določa, da je izvrševanje svobo-

³⁷ C. Roxin, B. Schünemann, nav. delo, str. 370.

³⁸ G. Trüg, nav. delo, str. 1040.

³⁹ Sklep Ustavnega sodišča RS Up-246/00 z dne 9. oktobra 2002, sklep Ustavnega sodišča RS Up-91/02 z dne 12. marca 2004, odločba Ustavnega sodišča RS Up-1391/07 z dne 10. septembra 2009, odločba Ustavnega sodišča RS Up-570/09 z dne 2. februarja 2012, odločba Ustavnega sodišča RS Up-444/09 z dne 12. aprila 2012.

⁴⁰ Prim. sodbe ESČP v zadevah *Jerslid proti Danski*, št. 15890/89, z dne 23. septembra 1994, *News Verlags GmbH & Co. KG proti Avstriji*, št. 31457/96, z dne 11. januarja 2000, in *Verlagsgruppe News GmbH proti Avstriji*, št. 10520/02, z dne 14. decembra 2006.

⁴¹ Sodba v zadevi *Worm proti Avstriji*, št. 22714/93, z dne 29. avgusta 1997.

de izražanja dopustno podvreči obličnostnim pogojem, omejitvam ali kaznim med drugim tudi zaradi varovanja avtoritete in nepristranskosti sodstva ter varstva ugleda in pravic drugih ljudi,⁴² če je to nujno v demokratični družbi.

Pri vsebini poročanja o kazenskih zadevah oziroma o poteku kazenskih postopkov je treba upoštevati naslednje temeljne omejitve:

- dosledno spoštovanje domneve nedolžnosti;
- podajanje dejstev mora biti nepristransko in utemeljeno na skrbni raziskavi, pri tem pa ni dopustno vplivati na pošteno izvedbo postopka;
- pravilno podajanje strokovnih vprašanj.

Domnevi nedolžnosti je vselej treba dati prednost pred svobodo izražanja, saj je takšna omejitev poročanja o kazenskih zadevah v demokratični družbi nujna za doseg cilja poštenega kazenskega postopka ter varstva osebnosti fizičnih in pravnih oseb. Pri zahtevi, da do pravnomočne obsodilne sodbe posameznikov ni dopustno prikazovati kot storilcev kaznivih dejanj in domnevati njihovo krivdo ne gre za nesorazmerno omejitev svobode izražanja, saj je javnost mogoče seznanimi z vsemi bistvenimi informacijami tudi ob doslednem upoštevanju domneve nedolžnosti. Če gre za poročanje o kazenskem postopku, ki ni dosegel faze pravnomočne obsodilne sodbe, mora to biti iz poročanja vselej jasno razvidno. Pred pravnomočnostjo obsodilne sodbe ni nikogar dopustno imenovati ali prikazovati kot storilca kaznivega dejanja. Prav tako ni dopustno poročanje, pri katerem posameznik sicer ni izrecno poimenovan kot storilec kaznivega dejanja, iz vseh okoliščin poročanja pa jasno izhaja, da ga poročevalec prikazuje kot storilca kaznivega dejanja in domneva njegovo krivdo. Kot je poudarilo Vrhovno sodišče RS,⁴³ je »navedbe treba vedno presojati kot celoto, pri tem pa je treba imeti v mislih povprečnega bralca, ker ima lahko izjava več pomenov in razlag«. Tudi če je posameznik v kazenskem postopku ali zunaj njega krivdo priznal, morajo mediji pri poročanju pred pravnomočno odločitvijo sodišča biti še vedno zadržani in upoštevati domnevo nedolžnosti.⁴⁴

S poročanjem, ki krši načelo domneve nedolžnosti, se nedopustno posega v obdolženčeve osebnostne pravice in tudi v temeljna načela poštenega ka-

⁴² V zvezi s tem je ESČP večkrat poudarilo, da domneva nedolžnosti pomeni dopustno omejitev svobode izražanja. Glej sodbe ESČP v zadevah *Allenet de Ribemont proti Franciji*, št. 15175/89, z dne 10. februarja 1995, *Du Roy in Malaurie proti Franciji*, št. 34000/96, z dne 3. oktobra 2000, *Pedersen in Baadsgaard proti Danski*, št. 49017/99, z dne 17. decembra 2004, *Tourancheau in July proti Franciji*, št. 53886/00, z dne 24. novembra 2005 in *Dupuis in drugi proti Franciji*, št. 1914/02, z dne 12. novembra 2007.

⁴³ Sodba II Ips 784/2007 z dne 25. marca 2010.

⁴⁴ Potrebo po zadržanem in uravnoteženem poročanju, ki izhaja iz domneve nedolžnosti, je poudarilo tudi nemško ustavno sodišče v sklepu 1 BvQ 46/08 z dne 27. novembra 2008.

zenskega postopka. Zato poročanja, ki krši domnevo nedolžnosti, ni mogoče upravičiti s kasnejšim dejstvom pravnomočne obsodilne sodbe, saj je spoštovanje domneve nedolžnosti pri medijskem poročanju med drugim namenjeno prav preprečevanju nedopustnega vpliva medijskega poročanja na izid kazenskega postopka.⁴⁵ Kasnejša pravnomočna obsodilna sodba je vsekakor lahko relevantna pri presoji odškodninske odgovornosti zaradi posega v osebnostne pravice obdolženca.⁴⁶

Opozoriti je treba na problem, da tudi medijsko poročanje o kazenskih zadevah, ki spoštuje domnevo nedolžnosti, na posameznika meče senco dvoma. Z vidika domneve nedolžnosti in njene kasnejše pravnomočne potrditve v obliki oprostilne sodbe je zato sporna tudi intenzivnost javnega obravnavanja, ki jo mediji namenijo posamezni fazi postopka. Pogosto se namreč dogaja, da intenzivno poročajo o hišnih preiskavah, preiskavi ali glavni obravnavi, morebitni pravnomočni ustavitvi postopka ali oprostilni sodbi pa namenijo malo ali nobene pozornosti.

Pri medijskem poročanju o kazenskih zadevah je še posebej pomembno, da so dejstva **prestavljena nepristransko in utemeljena na skrbni raziskavi**.⁴⁷ Pri poročanju je treba vselej raziskati in javnosti predstaviti tudi razbremenilna dejstva in okoliščine.⁴⁸ V tem smislu mora novinar pred poročanjem poskušati pridobiti oziroma preveriti informacije tudi pri obdolžencu in mu dati možnost, da se izjavi o zadevi,⁴⁹ tudi če identiteta obdolženca pri poročanju ne bo razkrita. Zato je tudi obdolžencem, zoper katere je bil odrejen pripor, treba omogočiti stike s predstavniki medijev, razen kadar priporni razlogi, zaradi katerih je bil pripor odrejen, temu nasprotujejo.⁵⁰ V tem smislu daje določba 213.b člena Zakona o kazenskem postopku⁵¹ (v nadaljevanju ZKP) ustrezno pravno podlago za omogočanje stikov pripornikov z novinarji ter njihovo pre-

⁴⁵ Tako tudi avstrijsko ustavno sodišče (nem. Verfassungsgerichtshof) v odločbi G 249/94 z dne 28. septembra 1995.

⁴⁶ Tudi v skladu s prakso Vrhovnega sodišča RS lahko t. i. dokaz resničnosti izključuje odškodninsko odgovornost zaradi posega v čast in dobro ime, kljub temu pa lahko še vedno gre za nedopusten poseg v zasebnost prizadetega (glej sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 784/2007 z dne 25. marca 2010).

⁴⁷ Pomen skrbne raziskave je poudarilo tudi Ustavno sodišče RS v sklepu Up-91/02 z dne 12. marca 2004.

⁴⁸ Prim. sodbo nemškega ustavnega sodišča (BVerfG) 1 BvR 536/72 z dne 5. junija 1973 (Lebach I).

⁴⁹ Tako tudi G. Müller, nav. delo, str. 1618. Glej tudi sodbo nemškega vrhovnega sodišča (nem. Bundesgerichtshof (BGH)) VI ZR 386/94 z dne 30. januarja 1996.

⁵⁰ M. Mansdörfer, nav. delo, str. 574.

⁵¹ Ur. l. RS, št. 32/12 – UPB8 in 47/13.

poved, če bi to bilo v nasprotju s pripornimi razlogi ali nemotenim potekom kazenskega postopka.

Poročanje o kazenskih zadevah vsaj na načelni ravni ne sme biti takšno, da bi vplivalo na priče, izvedence, na pošten potek in izid kazenskega postopka. Vendar je pri tem na abstraktni ravni zelo težko začrtati natančno mejo, saj zahteve pri poročanju o kazenskih zadevah ne smejo biti takšne, da bi onemogočale normalno delovanje medijev in bi nesorazmerno posegale v svobodo izražanja.⁵² Kljub temu so se nekatere države, med njimi tudi Avstrija,⁵³ odločile, da zakonsko prepovejo poročanje o kazenskih zadevah, s katerim se lahko vpliva na izid kazenskega postopka. Vendar je opredelitev poročanja, ki lahko vpliva na izid kazenskega postopka, lahko težavna, saj medijem ni mogoče v celoti prepovedati raziskavo in do določene mere tudi vrednotenje dejstev, ki so povezana s konkretno kazensko zadevo. Na načelni ravni je sprejemljivo stališče, da imajo mediji pravico (oziroma celo dolžnost) raziskati in javno obravnavati dejstva, povezana s konkretno kazensko zadevo, če gre za zadevo, pri kateri je javni interes zelo močno izražen. V takšnih zadevah medijem tudi ni mogoče odrekat pravice, da do določene mere vrednotijo obstoj oziroma neobstoj dejstev,⁵⁴ povezanih s konkretno kazensko zadevo, vendar ob doslednem spoštovanju domneve nedolžnosti. Tudi pri poročanju o kazenskih zadevah, ki so širšega javnega pomena, pa ni dopustno širjenje očitno neresničnih navedb, vplivanje na priče in pozivanje sodišča k sprejemu točno določene odločitve, saj je ena izmed dopustnih omejitev svobode izražanja tudi varstvo avtoritete in neodvisnosti sodne veje oblasti.⁵⁵ Iz narave sodniške službe izhaja, da se mora sodnik znati pri odločanju upreti zunanjim vplivom in pritiskom.⁵⁶

Z zvezi s kazenskimi zadevami, ki niso širšega javnega pomena, se mora poročanje v skladu z načelom sorazmernosti omejiti na nepristransko poročanje objektivno preverljivih dejstev, saj interes javnosti, da bi pred pravnomočnim izidom kazenskega postopka bila seznanjena z vrednotenjem obstoja posameznih dejstev, načeloma ni podan.

⁵² Tako tudi G. Müller, nav. delo, str. 1618.

⁵³ Glej § 20 avstrijskega zakona o medijih (nem. Mediengesetz; BGBl., št. 314/1981 in nasl.).

⁵⁴ V tem smislu tudi ESČP v sodbi v zadevi *Dalban proti Romuniji*, št. 28114/95 z dne 28. septembra 1999. Glej tudi sodbo Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2852/2012 z dne 30. maja 2013.

⁵⁵ Glej na primer sodbe ESČP v zadevah *Weber proti Švici*, št. 11034/84, z dne 22. maja 1990, *Ernst in drugi proti Belgiji*, št. 33400/96, z dne 15. julija 2003 ter *Dupuis in drugi proti Franciji*, št. 1914/02, z dne 12. novembra 2007.

⁵⁶ Glede pomena čustev pri sodnem odločanju glej M. Jager, K. Šugman Stubbs, nav. delo, str. 135–147.

Glede načina poročanja o kazenskih zadevah ni nepomembna tudi zahteva po **strokovno korektnem poročanju**. Gre za vprašanje, ki predvsem spada na področje novinarske etike,⁵⁷ pravno relevantno pa lahko postane takrat, ko je medijsko poročanje strokovno do te mere nekorektno (zlasti glede pravnih problemov in pravne terminologije), da posega tudi v domnevo nedolžnosti, v garancije poštenega postopka ter osebnostne pravice obdolžencev in drugih procesnih udeležencev.

3.2. Varstvo obdolženčeve zasebnosti in pravice do lastne podobe

Pravica medijev do poročanja o kazenskih zadevah, ki izhaja iz svobode izražanja, ne vključuje nujno tudi pravice do objave obdolženčevega imena, fotografij ali zasebnih podatkov.⁵⁸ Pravica javnosti do informiranja (pasivni vidik svobode izražanje) o dejstvih v zvezi s kazenskimi zadevami ne vključuje nujno interesa, ki bi prevladal nad obdolženčevo pravico do zasebnosti in pravico do lastne podobe. Javnost je namreč velikokrat mogoče informirati že s podajanjem dejstev, brez navedbe imena obdolženca, objave njegove fotografije in razkrivanj podatkov iz njegovega zasebnega življenja. Radovednost in zvedavost javnosti namreč ne moreta pomeniti javnega interesa.⁵⁹ Zato se ni mogoče strinjati z nekaterimi stališči,⁶⁰ da bi objava osebnega imena ali drugih podatkov, iz katerih je mogoče identificirati obdolženca, bila vselej in brezpogojno dopustna.⁶¹ Tudi v zvezi z objavo imena, fotografij in zasebnih informacij o obdolžencu je treba v luči načela sorazmernosti opraviti tehtanje med osebnostnimi pravicami obdolženca in svobodo izražanja. Pri tem ni mogoče najti abstraktne rešitve, ki bi vselej dala prednost eni od teh ustavnih dobrin,⁶² mo-

⁵⁷ V zvezi s pravilno rabo terminov »obdolženec« in »obtoženec« glej na primer sklep Novinarskega častnega razsodišča v zadevi *Jasna Detiček proti novinarju in odgovornemu uredniku Slovenskih novic*, z dne 8. decembra 2010.

⁵⁸ Tako tudi G. Müller, nav. delo, str. 1618.

⁵⁹ Glej sodbo ESČP v zadevi *Von Hannover proti Nemčiji*, št. 59320/00, z dne 24. junija 2004.

⁶⁰ Tako na primer Informacijski pooblaščenec med osebnimi podatki iz zahteve za preiskavo, katerih objava bi lahko bila zaradi načela sorazmernosti sporna, omenja datum in kraj rojstva, naslov stalnega prebivališča in državljanstvo osumljenca, ne pa tudi njegovega imena (Varstvo osebnih podatkov in mediji, Informacijski pooblaščenec, str. 18; dostopno na spletni strani <www.ip-rs.si/fileadmin/user_upload/Pdf/smernice/OP_in_mediji.pdf> (12. 8. 2014)).

⁶¹ Glede poročanja, ki omogoča prepoznavo osumljenca določenemu krogu ljudi, glej sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 421/2004 z dne 12. januarja 2006.

⁶² Tako tudi nemško ustavno sodišče (BVerfG) v sodbi 1 BvR 536/72 z dne 5. junija 1973 (Lebach I) in sklepu 1 BvR 1107/09 z dne 10. junija 2009.

goče pa je izoblikovati določene splošne kriterije (na zakonski ravni ali v sodni praksi), ki jih je treba upoštevati glede na okoliščine konkretnega primera.

Glede dopustnosti objave obdolženčevega imena in fotografij pri poročanju o kazenski zadevi se kot upoštevni kažejo zlasti naslednji kriteriji:

- stopnja javnega interesa, ki izhaja iz konkretne kazenske zadeve;
- značilnosti obdolženca, zlasti z vidika javnosti njegove osebe;
- faza, v kateri je kazenski postopek.

V zvezi s poročanjem o obdolženčevem zasebnem življenju je poleg navedenih kriterijev treba upoštevati tudi sfero zasebnosti, v katero se s poročanjem posega.

Svoboda izražanja vselej zajema tudi pravico medijev do poročanja o kazenskih zadevah in kazenskih postopkih, samo kazenske zadeve **širšega javnega pomena** pa lahko pri takšnem poročanju utemeljijo poseg v zasebnost in osebnostne pravice obdolžencev. Za kazenske zadeve širšega javnega pomena gre pri kaznivih dejanjih, ki so posebno težka ali pa so bila izvršena v okoliščinah, ki presegajo pojav običajne kriminalitete in utemeljujejo zanimanje splošne javnosti, ki presega golo radovednost in željo po senzacionalističnem poročanju. Lažja kazniva dejanja (ali prekrški), izvršena v okoliščinah, ki ne utemeljujejo posebnega javnega interesa, zato praviloma ne morejo utemeljiti medijskega poročanja z objavo imena, fotografij in zasebnih podatkov o obdolžencu, saj je s takšnimi kazenskimi zadevami javnost mogoče dovolj kakovostno seznaniti brez objave navedenih podatkov. Vselej je namreč treba tehtati, v čem bi objava obdolženčevega imena in fotografije ter podatkov iz njegovega zasebnega življenja prispevala k razpravi širšega javnega pomena. Če takega prispevka ni ali je zanemarljiv, z njim ni mogoče upravičiti posega v obdolženčevo zasebnost in njegove osebnostne pravice.⁶³ V zvezi s hujšimi kaznivimi dejanji pa se lahko pojavi upravičen interes javnosti, ki presega golo radovednost, po podatkih, ki se nanašajo tudi na osebo storilca, njegove motive za izvršitev kaznivega dejanja in potek kazenskega pregona.⁶⁴

Pomembno vlogo pri presoji dopustnosti takšnega posega imajo tudi nekatere **značilnosti obdolženca**, zlasti z vidika javnosti njegove osebe ali posebne družbene ranljivosti. Kar zadeva družbeno ranljivost, morajo posebno varstvo

⁶³ V tem smislu je švicarsko vrhovno sodišče (nem. Bundesgericht) poudarilo, da je vsak poseg v osebnostne pravice pri poročanju o kazenskih zadevah, ki ni utemeljen na upravičenem interesu javnosti po informiranju, protipraven (sodba 5C.104/2003 z dne 8. avgusta 2003).

⁶⁴ Sodba BVerfG 1 BvR 536/72 z dne 5 junija 1973 (Lebach I).

uživati mladoletniki,⁶⁵ zato objava njihovega imena, fotografije ali podatkov iz zasebnega življenja ne more biti upravičena niti ob obstoju širšega javnega interesa, ki izhaja iz okoliščin kazenske zadeve.⁶⁶ Pri polnoletnih obdolžencih je vsekakor treba upoštevati okoliščino, ali gre za javne osebe ali ne. V skladu s prakso Ustavnega sodišča RS⁶⁷ je mogoče razlikovati med absolutnimi in relativnimi javnimi osebami; t. i. absolutne javne osebe so osebe iz sodobnega javnega življenja, ki uživajo splošno zanimanje javnosti, t. i. relativne osebe pa so tiste osebe, ki javnost zanimajo samo v zvezi s konkretnim dogodkom. Takšna opredelitev javnih oseb je bila upravičeno kritizirana,⁶⁸ saj Ustavno sodišče RS pri razmejitvi med absolutnimi in relativnimi javnimi osebami ni v zadostni meri razlikovalo med javnim interesom in »dejstvom, da določene osebe in zadeve v povezavi z njimi javnost enostavno zanimajo«. Pri t. i. relativnih osebah iz javnega življenja je interes javnosti utemeljen s posameznim dogodkom, in ne s kakšno lastnostjo osebe, zato gre za pogoj, ki se pravzaprav prekriva z že utemeljenim kriterijem širšega javnega pomena, ki izhaja iz posamezne kazenske zadeve. Kar zadeva javnost obdolženčeve osebe, je pomembna predvsem okoliščina, ali je obdolženec absolutna javna oseba ali ne. Tudi v skladu s prakso ESČP⁶⁹ je z vidika varstva posameznikove zasebnosti bistveni razlikovalni kriterij dejstvo, ali gre za osebo, ki deluje v javnem kontekstu, ali za zasebnika, ki ni znan širši javnosti in zato lahko upravičeno pričakuje širše varstvo zasebnosti. Pri javnih osebah gre zlasti za osebe, ki imajo javno izpostavljen položaj na političnem,⁷⁰ gospodarskem⁷¹ ali drugem področju družbenega življenja. Javni položaj obdolženca v družbi lahko pri poročanju o kazenskih zadevah upravičuje objavo njegovega imena, fotografije in tudi določenih podatkov iz zasebnega življenja, zlasti kadar je kaznivo dejanje povezano z njegovim predhodnim javnim delovanjem. Vendar je tudi v tem primeru poseg v obdolženčevo zasebnost dopusten samo, če ni namenjen zgolj zadovoljevanju javne radovednosti, temveč gre za podatke, ki so povezani s kazensko zadevo

⁶⁵ Prim. 56. člen Ustave RS.

⁶⁶ Prim. 2. točko drugega odstavka § 7a avstrijskega zakona o medijih (glej opombo št. 49).

⁶⁷ Odločba Up-50/99 z dne 14. decembra 2000.

⁶⁸ A. Teršek, nav. delo, str. 3.

⁶⁹ Glej na primer sodbi v zadevah *Minelli proti Švici*, št. 14991/02, z dne 14. junija 2006 in *Petrenco proti Moldaviji*, št. 20928/05, z dne 30. marca 2010.

⁷⁰ Glej na primer sodbo ESČP v zadevi *Dupuis in ostali proti Franciji*, št. 1914/02, z dne 7. junija 2007.

⁷¹ Glej na primer sodbo ESČP v zadevi *Verlagsgruppe News GmbH proti Avstriji*, št. 10520/02, z dne 14. decembra 2006.

in njihova objava lahko prispeva k razpravi splošnega pomena v demokratični družbi.⁷²

Pri presoji dopustnosti posega v obdolženčevo zasebnost in njegove osebnostne pravice v zvezi s poročanjem o kazenskih zadevah je treba upoštevati tudi **fazo, v kateri je kazenski postopek**. Vsaka faza kazenskega postopka je namreč povezana z določenim dokaznim standardom, torej z določeno stopnjo verjetnosti, da je bilo izvršeno kaznivo dejanje oziroma da ga je izvršila bolj ali manj določena oseba; ta verjetnost se z napredovanjem kazenskega postopka iz predhodne v naslednjo fazo povečuje.⁷³ Glede na to, da so dokazni standardi pomembno varovalo pri poseganju države v osebno integriteto posameznikov,⁷⁴ je dokazne standarde, ki izhajajo iz posamezne faze kazenskega postopka, treba upoštevati tudi pri presoji sorazmernosti posegov medijskega poročanja v zasebnost in osebnostne pravice obdolžencev. Predkazenski postopek, za začetek katerega zadostuje že najnižji dokazni standard »razlogov za sum«,⁷⁵ ali posamezna preiskovalna dejanja, ki se opravljajo še pred uvedbo preiskave in zanje zadostuje dokazni standard »utemeljenih razlogov za sum« (npr. hišna preiskava),⁷⁶ ne morejo utemeljevati posegov v obdolženčevo zasebnost in osebnostne pravice v enaki meri kot faze postopka, v katerem je pravnomočno potrjen obstoj utemeljenega suma ali je nepravnomočno izrečena obsodila sodba. Poleg tega je treba upoštevati tudi dejstvo, da faze kazenskega postopka pred glavno obravnavo niso javne.⁷⁷ Pri presoji dopustnosti posega v obdolženčevo zasebnost in osebnostne pravice v zvezi z medijskim poročanjem o kazenskih zadevah je zato skupaj z drugimi kriteriji treba upoštevati tudi fazo, v kateri je kazenski postopek, ter z njo povezan dokazni standard stopnje verjetnosti, da je obdolženec storilec kaznivega dejanja. Treba pa je poudariti, da javnost glavne obravnave ne pomeni nujno tudi podlage za medijsko objavo vseh podatkov, ki so na glavni obravnavi razkriti.⁷⁸ Javnost glavne obravnave je namreč namenjena nadzoru demokratične družbe nad delovanjem sodne veje oblasti, ne razširjanju podatkov iz obdolženčevega osebnega in družinskega življenja. Z upoštevanjem tega dejstva je nemško ustavno sodišče celo poudarilo, da imajo

⁷² Prim. sodbo ESČP v zadevi *Von Hannover proti Nemčiji*, št. 59320/00, z dne 24. junija 2004.

⁷³ K. Šugman Stubbs, nav. delo, str. 246 in 247.

⁷⁴ Prav tam, str. 253.

⁷⁵ Prvi odstavek 148. člena ZKP.

⁷⁶ Prvi odstavek 214. člena ZKP.

⁷⁷ Tako tudi G. Trüg, nav. delo, str. 1042.

⁷⁸ V tem smislu tudi višje deželno sodišče (nem. Oberlandesgericht) v Kölnu v sodbi 15 U 125/11 z dne 14. februarja 2012.

obdolženčeve osebnostne pravice vse do prvostopenjske (torej nepravnomočne) obsodilne sodbe pogosto prednost pred svobodo medijskega poročanja.⁷⁹

Kar zadeva medijsko poročanje o obdolženčevem zasebnem življenju, je poleg treh opisanih kriterijev treba upoštevati tudi **sfero zasebnosti**, v katero se s takšnim poročanjem posega, vselej pa je takšen poseg v zasebnost dopusten samo pod pogojem, da gre za podatke, ki so povezani s kazensko zadevo ter bistveno prispevajo k informiranju javnosti o motivih in okoliščinah izvršitve kaznivega dejanja. Ustavno sodišče RS⁸⁰ je opredelilo tri različne sfere posameznikove zasebnosti: (1) področje življenja posameznika v javnosti, (2) področje zasebnega življenja, ki ne poteka v javnosti, in (3) področje intimnega in družinskega življenja.⁸¹ Pri tem »na splošno velja, da čim manj intimno je področje zasebnega življenja posameznika, tem manjšo pravno zaščito uživa, kadar pride v kolizijo z interesi in pravicami drugih posameznikov«, vendar tudi pri absolutnih in relativnih osebah javnega življenja brez privolitve prizadetega ni dopustno objavljati stvari iz njihovega intimnega življenja.⁸² Jedro najbolj intimnega področja življenja torej uživa absolutno varstvo.⁸³

Ne nazadnje je treba poudariti, da obdolženec tudi v okviru kazenskega postopka svobodno razpolaga s svojo zasebnostjo in osebnostnimi pravicami, zato je poseg medijev pri poročanju o kazenskih zadevah v te pravice dopusten tudi na podlagi obdolženčeve izrecne privolitve ali njegovega lastnega predhodnega razkritja podatkov.⁸⁴ Vendar morajo mediji tudi v tem primeru vsebinsko o zadevi poročati nepristransko in ob spoštovanju domneve nedolžnosti. Domnevo nedolžnosti je mogoče opredeliti kot nerazpoložljivo procesno jamstvo,⁸⁵ ki za državo ustvarja pozitivne obveznosti tudi zunaj samega kazenskega postopka. Država ima torej obveznost, da zagotovi spoštovanje domneve nedolžnosti tudi pri medijskem poročanju o kazenskih zadevah.

3.3. Sodelovanje pravosodnih organov z mediji

Kriteriji za dopustnost javnega poročanja pravosodnih organov o kazenskih zadevah morajo biti strožji od kriterijev, ki veljajo za medije, saj naloga pravo-

⁷⁹ Sklep 1 BvR 1107/09 z dne 10. junija 2009.

⁸⁰ Odločba Up-50/99 z dne 14. decembra 2000.

⁸¹ A. Teršek, nav. delo, str. 5.

⁸² Glej opombo št. 76.

⁸³ Tako tudi nemško ustavno sodišče v sodbi 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99 z dne 3. marca 2004.

⁸⁴ Tako tudi G. Trüg, nav. delo, str. 1044.

⁸⁵ Varstvo obdolženčeve osebnosti in dostojanstva je namreč pomemben kriterij za presojo razpoložljivosti posameznega procesnega jamstva (P. Gorkič, nav. delo, str. 808–811).

sodnih organov ni v uresničevanju svobode izražanja in informiranju javnosti, temveč morajo pravosodni organi odkrivati (policija), preganjati (tožilstvo) in soditi (sodišča) kazniva dejanja. Pravica medijev, da poročajo o kazenskih zadevah, namreč ne pomeni nujno tudi dolžnosti pravosodnih organov, da medije oskrbujejo z informacijami.⁸⁶ Na potrebo po posebni zadržanosti pravosodnih organov pri komunikaciji z mediji je opozorilo tudi ESČP.⁸⁷ Pravosodni organi imajo lahko upravičenje in dolžnost, da javnost seznanjajo s kazenskimi zadevami samo, kadar je to v prevladujočem javnem interesu in ne ovira poteka kazenskega postopka.

4. PREGLED VELJAVNE UREDITVE POROČANJA O KAZENSKIH ZADEVAH V REPUBLIKI SLOVENIJI

V skladu s prvim odstavkom 294. člena ZKP je glavna obravnava javna, prav tako sta javna predobravnavni narok⁸⁸ in narok za izrek kazenske sankcije.⁸⁹ V skladu z 295. členom ZKP je javnost glavne obravnave mogoče izključiti tudi zaradi varstva osebnega ali družinskega življenja obdolženca, vendar pa navedena določba ni v prvi vrsti namenjena varstvu obdolženčevih osebnostnih pravic v zvezi z medijskim poročanjem o kazenski zadevi. Kljub temu, da je javnost sojenja procesno jamstvo, namenjeno zagotavljanju poštenega postopka, ostaja sporno,⁹⁰ ali se lahko obdolženec temu procesnemu jamstvu zaradi varstva svoje zasebnosti in osebnostnih pravic odpove. Zakonodajalec je priznal posebno potrebo po varstvu osebnostnih pravic mladoletnikov v kazenskih postopkih, zato je javnost v skladu s prvim odstavkom 480. člena ZKP vselej izključena, kadar se sodi mladoletniku. Objava osebnih podatkov mladoletnika, ki je udeleženec v sodnem postopku, je tudi kazenskopravno sankcionirana v okviru kaznivega dejanja kršitve tajnosti postopka po drugem odstavku 287. člena Kazenskega zakonika⁹¹ (v nadaljevanju KZ-1).

Faze postopka pred glavno obravnavo (oziroma predobravnavnim narokom) niso javne. Za varstvo osebnega ali družinskega življenja lahko v skladu z določbo 188. člena ZKP uradna oseba, ki opravlja posamezno preiskovalno dejanje, naloži tistim, ki jih zaslišuje ali so navzoči pri preiskovalnih dejanjih ali

⁸⁶ Podobno tudi G. Trüg, nav. delo, str. 1044. O potrebi po zagotavljanju neodvisnega in nepristranskega sojenja tudi v zvezi z dostopom do informacij javnega značaja glej S. Curk, nav. delo, str. 8.

⁸⁷ Glej sodbo v zadevi *Buscemi proti Italiji*, št. 29569/95, z dne 16. septembra 1999.

⁸⁸ Prvi odstavek 285.a člena ZKP.

⁸⁹ Tretji odstavek 285.č člena ZKP.

⁹⁰ P. Gorkič, nav. delo, str. 797.

⁹¹ Ur. l. RS, št. 55/08, 66/08, 39/09, 91/11 in 50/13.

pa pregledujejo preiskovalne spise, da morajo posamezna dejstva ali podatke ohraniti v tajnosti. Kršitev odrejene tajnosti pomeni kaznivo dejanje kršitve tajnosti postopka po prvem odstavku 287. člena KZ-1.

Dejstvo, da lahko v osebnostne pravice posega medijsko poročanje o neupravičeni obsodbi ali neupravičenem odvzemu prostosti, je zakonodajalec upošteval v 543. členu ZKP. Navedena določba daje prizadetemu neodvisno od pogojev za povračilo škode pravico od sodišča zahtevati, da v časopisu ali drugem sredstvu javnega obveščanja objavi sporočilo o odločbi, iz katere izhaja neupravičenost prejšnje obsodbe oziroma neutemeljenost odvzema prostosti. S to določbo zakonodajalec na načelni ravni priznava, da so z medijskim poročanjem o kazenski zadevi lahko prizadete osebnostne pravice obdolžencev. Kljub temu pa slovenski pravni red⁹² ne vsebuje določb, ki bi v tem smislu upoštevale škodo, ki lahko nastane na posameznikovem ugledu, kadar se medijsko intenzivno poroča o kazenskem postopku zoper njega, kasnejši pravnomočni izid kazenskega postopka pa ne doživi ustrezne medijske obravnave, ki bi posameznika v očeh javnosti vsaj delno oprala suma, vzpostavljenega zaradi predhodne medijske pozornosti. Zakon o medijih⁹³ (v nadaljevanju ZMed) v določbah 26. do 44. člena sicer ureja pravico do popravka in pravico do odgovora. S pravico do popravka je tudi obdolžencem omogočeno, da zahtevajo objavo popravka zatrjevanih napačnih ali neresničnih navedb oziroma prikaz nasprotnih dejstev v zvezi z medijskim poročanjem o kazenskih zadevah, ki se nanaša nanje. Zaradi roka, v katerem je v skladu z drugim odstavkom 26. člena ZMed⁹⁴ treba vložiti zahtevo za objavo popravka, pa s tem institutom obdolženec od medijev, ki so predhodno poročali o njegovem kazenskem postopku, ne more zahtevati, da v primerljivem obsegu poročajo tudi o pravnomočnem izidu kazenskega postopka.⁹⁵

Razen splošne določbe 6. člena ZMed, ki v zvezi s svobodo izražanja poudarja tudi nedotakljivost in varstvo človekove osebnosti in dostojanstva, ZMed ne vsebuje posebnih določb, ki bi urejale vsebino medijskega poročanja o kazenskih zadevah (na primer z vidika spoštovanja domneve nedolžnosti) ter varstvo zasebnosti in osebnostnih pravic obdolžencev. Kodeks novinarjev Republike Slovenije vsebuje določbe o preverjanju točnosti zbranih informacij

⁹² Uzakonjene rešitve tega problema tudi primerjalnopravno ni mogoče zaznati.

⁹³ Ur. l. RS, št. 35/11 in nasl.

⁹⁴ Glede načina izvrševanja te določbe glej odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-95/08, Up-419/09 z dne 21. oktobra 2010.

⁹⁵ Ustrezne pravne podlage ne daje niti 178. člen OZ, saj se ta nanaša na objavo sodbe oziroma popravka, kadar gre za kršitev osebnostnih pravic, obdolženec pa ima lahko pravni interes, da se poroča o pravnomočnem izidu kazenskega postopka tudi, če pri predhodnem medijskem poročanju niso bile kršene njegove osebnostne pravice.

(1. člen), pridobivanju odziva tistih, na katere se nanašajo obtožbe (3. člen), in spoštovanju posameznikove zasebnosti (17. člen). V zvezi s kazenskim postopkom 18. člen Kodeksa novinarjev Republike Slovenije določa dolžnost spoštovanja domneve nedolžnosti, glede omembe imena in objave fotografij obdolžencev pa novinarje poziva k pazljivosti, pri čemer ne ponuja kriterijev za tehtanje morebitne upravičenosti posega v zasebnost in osebnostne pravice obdolžencev.

Na podlagi določbe 134. člena OZ lahko obdolženec v zvezi z medijskim poročanjem o kazenskem postopku, s katerim se krši nedotakljivost njegove osebnosti, osebnega ali družinskega življenja ali katera druga osebnostna pravica, zahteva civilnopravno varstvo za prenehanje s kršitvami. Na podlagi 178. člena OZ je v primeru kršitve osebnostnih pravic mogoče zahtevati tudi objavo sodbe oziroma popravka, na podlagi 179. člena OZ pa tudi plačilo denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo.

5. NEKAJ RAZMISLEKOV O MOGOČIH ZAKONODAJNIH REŠITVAH

Glede na vlogo in učinek, ki ga ima medijsko poročanje v sodobni družbi, se pozitivna obveznost države, da zagotovi pošten potek kazenskega postopka in varstvo obdolženčevih osebnostnih pravic, ne nanaša samo na konkretno ureditev kazenskega postopka. Država mora ob spoštovanju svobode izražanja zagotoviti, da mediji s pristranskim poročanjem in neutemeljenimi posegi v obdolženčeve osebnostne pravice ne izničijo nekaterih temeljnih garancij poštenega kazenskega postopka. Zgolj civilnopravno varstvo za uresničitev te dolžnosti države praviloma ne zadostuje. V Sloveniji bi zato bilo treba sprejeti zlasti določbe, ki bi se nanašale na prepoved pristranskega medijskega poročanja in spoštovanje domneve nedolžnosti, varstvo obdolženčeve zasebnosti in njegovih osebnostnih pravic ter posebno pravico do popravka ob pravnomočnem končanju kazenskega postopka. Najbolj smiselno bi bilo te določbe uvrstiti v posebno poglavje ZMed, ki bi urejalo medijsko poročanje o kazenskih postopkih.

Smiseln bi bil sprejem določbe, ki bi prepovedovala medijsko poročanje o kazenskih zadevah oziroma kazenskih postopkih v nasprotju z načelom domneve nedolžnosti. Pri tem bi moralo biti izrecno prepovedano poročanje, ki posameznika pred pravnomočno obsodilno sodbo označuje ali prikazuje kot storilca kaznivega dejanja oziroma izhaja iz njegove krivde brez ustreznega opozorila, da gre samo za sum storitve kaznivega dejanja.⁹⁶ Kršitev takšne pre-

⁹⁶ Primerjaj določbo § 7b avstrijskega zakona o medijih (glej opombo št. 49).

povedi bi bilo treba opredeliti kot prekršek,⁹⁷ za katerega bi lahko odgovarjala fizična oseba, ki ga izvrši, izdajatelj medija in njegova odgovorna oseba.

Prepovedati bi bilo treba tudi objavo obdolženčevega imena, fotografije in zasebnih podatkov, če se s tem brez upravičenega in prevladujočega interesa javnosti posega v obdolženčevo zasebnost in osebnostne pravice.⁹⁸ Pri tem bi bilo smiselno vsaj na abstraktni ravni oblikovati kriterije, ki jih je pri upravičenosti posega v obdolženčevo zasebnost in osebnostne pravice treba upoštevati. Za večjo strokovnost in doslednost pri tehtanju upravičenosti posegov v obdolženčevo zasebnost in osebnostne pravice bi lahko bilo koristno oblikovanje strokovnega telesa,⁹⁹ s katerim bi se novinarji lahko ali celo morali posvetovati pred posegom v obdolženčevo zasebnost in osebnostne pravice.¹⁰⁰ Ker gre v zvezi s presojo upravičenosti posega v obdolženčevo zasebnost in osebnostne pravice za tehtanje, ki ga je na podlagi abstraktnih kriterij treba opraviti v vsakem konkretnem primeru, bi bila opredelitev kršitev teh določb kot prekrška z vidika načela zakonitosti (*lex certa*) izrazito sporna.¹⁰¹ Zato se v primeru neupravičenih posegov v obdolženčevo zasebnost in osebnostne pravice zdi ustrezno in zadostno obstoječe civilnopravno varstvo (zlasti v okviru zahteve za prenehanje s kršitvami osebnostnih pravic in denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo).

K učinkovitejšemu varstvu domneve nedolžnosti bi lahko prispevala ureditev posebne pravice do popravka v zvezi s poročanjem o kazenskih zadevah in kazenskih postopkih, ki bi obdolžencu podobno kot pri že urejeni splošni pravici do popravka omogočala, da v določenem roku od pravnomočnega konca kazenskega postopka od medijev, ki so o kazenskem postopku poročali v predhodnih fazah, zahteva, da na primerljiv način poročajo o njegovem pravnomočnem izidu. V preostalem delu bi se lahko smiselno uporabljale določbe, ki urejajo (splošno) pravico do popravka.

6. SKLEP

Medijsko poročanje o kazenskih zadevah, ki zanemarja standarde nepristranskega poročanja in spoštovanja osebnostnih pravic udeležencev postopkov, se

⁹⁷ Primerjalnopravno obstajajo tudi druge rešitve. Tako na primer 9-1. člen francoskega civilnega zakonika (Code Civil) daje sodišču možnost, da odredi vse potrebne ukrepe, namenjene zagotovitvi spoštovanja domneve nedolžnosti, npr. objavo popravka ali sporočila.

⁹⁸ Primerjaj določbo § 7a avstrijskega zakona o medijih.

⁹⁹ Za to idejo se zahvaljujem izr. prof. dr. Tomažu Kerestešu.

¹⁰⁰ Podobno 17. člen Kodeks novinarjev Republike Slovenije novinarjem nalaga obveznost, da pred objavo, s katero se posega v posameznikovo zasebnost, pridobijo mnenje odgovornega urednika.

¹⁰¹ Podobno tudi C. Roxin, nav. delo, str. 155.

lahko hitro sprevrže v medijsko sojenje, ki ogroža temeljna načela poštenega kazenskega postopka. Zato se zdi pomembno opozoriti, da se pozitivna obveznost države v zvezi z zagotavljanjem poštenega kazenskega postopka razteza tudi na zagotovitev ustreznih varoval glede medijskega poročanja o kazenskih zadevah. Tej problematiki v Sloveniji ni namenjena zadostna strokovna pozornost. Rezultat tega zanemarjanja je mogoče vsak dan videti v časopisih, televizijskih poročilih in drugih medijih. Predhodno zanemarjena in neurejena področja pogosto pomenijo skušnjava za zelo strogo normiranje. Zato je pri urejanju problematike medijskega poročanja o kazenskih zadevah treba ohraniti zavest, da mediji tudi v zvezi s kazenskim sodstvom opravljajo pomembno vlogo v demokratični družbi. Posegi države glede medijskega poročanja o kazenskih zadevah se morajo omejiti na vzpostavitev mehanizmov za nepristransko poročanje ter tehtanje upravičenosti posegov v zasebnost in osebne pravice obdolžencev, pri tem pa se svoboda izražanja ne sme čezmerno omejiti.

Literatura

- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Matjaž Ambrož, Katja Filipčič: *Kazensko pravo: Splošni del*, 6. izdaja. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2013.
- Volker Boehme-Neßler: *Insziniertes Recht?*, v: *Rechtstheorie*, 42 (2011) 2, str. 167–201.
- Staša Curk, *Pravica do dostopa do informacij javnega značaja in sodni postopki*, v: *Pravna praksa*, 29 (2010), 19, str. 8–10.
- Zlatan Dežman, Anže Erbežnik: *Kazensko procesno pravo Republike Slovenije*. GV Založba, Ljubljana 2003.
- Alojzij Finžgar: *Osebnostne pravice*, SAZU, Ljubljana 1985.
- Primož Gorkič: *Odpoved procesnim jamstvom v kazenskem postopku: vprašanje njihove razpoložljivosti*, v: *Pravnik*, 65 (2010), 11/12, str. 793–814.
- Matjaž Jager, Katja Šugman Stubbs: *Čustveni sodniki?*, v: Matjaž Ambrož (ur.), Katja Filipčič, Aleš Završnik: *Zbornik za Alenko Šelih*. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, SAZU, Ljubljana 2013, str. 135–147.
- Hans D. Jarass: *Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar*, 11. izdaja. C. H. Beck, München 2011.
- Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. izdaja. Duncker & Humblot, Berlin 1996.

- Miha Juhart, Damjan Možina, Barbara Novak, Ada Polajnar-Pavčnik, Viktorija Žnidaršič Skubic: Uvod v civilno pravo, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2011.
- Marco Mansdörfer: Das Recht des Beschuldigten auf Selbstdarstellung im Ermittlungsverfahren, v: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 123 (2011) 3, str. 570–594.
- Gerda Müller: Probleme der Gerichtsberichterstattung, v: Neue Juristische Wochenschrift, 60 (2007) 23, str. 1617–1712.
- Marijan Pavčnik (ur.), Ada Polajnar-Pavčnik (ur.), Dragica Wedam-Lukić (ur.): Temeljne pravice, Cankarjeva založba, Ljubljana 1997.
- Claus Roxin: Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung, v Neue Zeitschrift für Strafrecht, 11 (1991) 4, str. 153–160.
- Claus Roxin, Bernd Schünemann: Strafverfahrensrecht, 26. izdaja. C. H. Beck, München 2009.
- Bogomir Sajovic: O pravni naravi osebnostnih pravic. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1996.
- Katja Šugman Stubbs: Pomen dokaznih standardov v kazenskem postopku, v: Zbornik znanstvenih razprav, 67 (2007), str. 245–267.
- Andraž Teršek: Svoboda medijev in varstvo zasebnosti, Dnevi civilnega prava, Portorož 2006; dostopno na <www.ip-rs.si/fileadmin/user_upload/Pdf/clanki/Tersek_Mediji_in_zasebnost.pdf> (12. 8. 2014).
- Gerson Trüg: Medienarbeit der Strafjustiz – Möglichkeiten und Grenzen, v: Neue Juristische Wochenschrift, 64 (2011) 15, str. 1040–1045.
- Gunter Widmaier: Gerechtigkeit – Aufgabe von Justiz und Medien?, v: Neue Juristische Wochenschrift, 57 (2004) 7, str. 399–403.
- Benno Zabel: »Öffentlicher Pranger« und reformierter Strafprozess, v: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 158 (2011) 1, str. 347–364.

DER PERSÖNLICHKEITSSCHUTZ DES BESCHULDIGTEN BEI DER MEDIENBERICHTERSTATTUNG ÜBER STRAFVERFAHREN

Miha Šošić,

*Universitäts-Diplom Jurist, wissenschaftlicher Assistent an der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität in Maribor, fachlicher
Mitarbeiter am Obersten Gerichtshof der Republik Slowenien*

Die Medien üben in den modernen Gesellschaften einen großen Einfluss aus, dem sich auch das Recht nicht entziehen kann. In Zeiten der sogenannten Mediengesellschaft muss sich auch das Rechtssystem im gewissen Maße der Medienmechanismen bedienen, damit es seinen gesellschaftlichen Einfluss nicht verliert und es seine gesellschaftliche Funktion verwirklichen kann. Die Medienberichterstattung über Strafverfahren kann zur Verwirklichung der generalpräventiven Funktion des Strafrechts dienen, da die Berichterstattung zum größerem Vertrauen der Bürger in das Rechtssystem beitragen kann. Auf der anderen Seite kann aber eine unsachgemäße und unverhältnismäßige Berichterstattung die Fundamente eines fairen Strafverfahrens gefährden. Die Medien dürfen nicht die Rolle eines modernen Prangers übernehmen, weil das nicht mit ihrer Funktion und der Funktion des Strafrechts in einer demokratischen Gesellschaft vereinbar wäre. Besondere Aufmerksamkeit muss dabei dem Schutz der Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten, besonders dem Recht auf Darstellung der eigenen Person, gewidmet werden.

Die Persönlichkeitsrechte beziehen sich auf der einen Seite auf zivilrechtliche Verhältnisse, auf der anderen Seite haben sie aber auch einen wichtigen öffentlich-rechtlichen Bezug. Der Gesetzgeber hat im Bezug auf Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten nicht nur die negative Pflicht in sie nur in dem Maße einzugreifen, wie es für die effektive Ausführung des Strafverfahrens notwendig ist, sondern auch die positive Pflicht für eine Gesetzgebung zu sorgen, die

den Persönlichkeitsrechten des Beschuldigten genügenden Schutz gewährt. Der Staat hat also die positive Pflicht den Schutz der Persönlichkeitsrechte auch bei der Medienberichterstattung über Strafverfahren zu gewährleisten. Dabei muss aber auch die Pressefreiheit berücksichtigt werden und im Sinne der Verhältnismäßigkeit ein Kompromiss gefunden werden der beide Verfassungsrechte (Persönlichkeitsschutz, Pressefreiheit) genügend beachtet.

Bei der Frage des Persönlichkeitsschutzes des Beschuldigten im Bezug auf die Medienberichterstattung über Strafverfahren müssen besonders folgende Aspekte beachtet werden:

1. die Frage der inhaltlichen Gestaltung der Berichterstattung, bei der die Unschuldsvermutung beachtet werden muss und die negative Beeinträchtigung auf die Fairness des Verfahrens und die Unvoreingenommenheit des Gerichts vermieden werden soll;
2. die Abwägung von Interessen, die den Persönlichkeitsschutz und die Privatsphäre des Beschuldigten auf der einen sowie die Pressefreiheit auf der anderen Seite betreffen;
3. das Informieren der Medien über aktuelle Strafverfahren von Seiten der Justizbehörden;

Es muss beachtet werden, dass die Medien in einer demokratischen Gesellschaft einen wichtigen Beitrag zur Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren leisten. Die Medienberichterstattung ermöglicht es auch den Teil der Öffentlichkeit über den Verlauf von aktuellen Gerichtsverfahren in Kenntnis zu setzen, der nicht bei den Verhandlungen anwesend gewesen ist. Somit erleichtern die Medien eine effektive Kontrolle der Zivilgesellschaft über die Arbeit der Gerichte. In diesem Sinne kann die Medienberichterstattung auch zu einem faireren Strafverfahren beitragen. Jedoch kann dies nur mit einer ausgewogenen und sachlichen Berichterstattung erzielt werden. Eine Berichterstattung, die die Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten nicht beachtet und nicht auf einer ausgewogenen Recherche basiert, ist den Zwecken des fairen Strafverfahrens nicht behilflich. Im Gegenteil, eine unausgewogene, einseitige und die Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten missachtende Berichterstattung kann einen sehr negativen Einfluss auf die Arbeit der Gerichte, der Sachverständigen sowie auf Zeugenaussagen und Aussagen der Beschuldigten haben. In modernen Mediengesellschaften spricht man deshalb oft über die Notwendigkeit des Schutzes des Beschuldigten vor den Medien (Persönlichkeitsschutz) und nicht mehr über den Schutz des Beschuldigten durch Medien (Kontrolle über die Arbeit der Gerichte).

Die Medienberichterstattung über Strafverfahren muss folgenden inhaltlichen Anforderungen genügen:

1. die Unschuldsvermutung muss stets beachtet werde;
2. die angegebenen Fakten müssen genügend recherchiert sein und in einer unvoreingenommenen Weise dargestellt werden;
3. rechtliche und andere fachliche Fragen müssen fachlich korrekt dargestellt werden.

Darüber hinaus muss der Persönlichkeitsschutz und der Schutz der Privatsphäre des Beschuldigten bei der Medienberichterstattung über Strafverfahren gewährleistet sein. Insbesondere müssen klare Kriterien erarbeitet werden, die die volle Namensnennung und die Veröffentlichung von Bildern des Beschuldigten betreffen. Dabei sollten besonders die Bedeutung der konkreten Strafsache für das öffentliche Interesse, die Öffentlichkeit bzw. Nichtöffentlichkeit der Person des Beschuldigten und die Phase des konkreten Strafverfahrens berücksichtigt werden.

In Slowenien ist die Medienberichterstattung über Strafverfahren nicht genügend rechtlich geregelt. Aus diesen Grund werden einige Neuerungen vorgeschlagen, da der Staat die positive Pflicht hat auch äußere nichtstaatliche Einflüsse zu bewältigen, die die Fairness von Strafverfahren negativ beeinträchtigen könnten. Vor allem müsste ein rechtlicher Rahmen, der die voreingenommene Berichterstattung untersagt und die Befolgung der Unschuldsvermutung fördert, geschaffen werden. Es bedarf auch spezieller Vorschriften, die den Persönlichkeitsschutz und den Schutz der Privatsphäre des Beschuldigten bei der Medienberichterstattung gewährleisten. Vor allem sollen Kriterien geschaffen werden, die auch den Journalisten helfen, Eingriffe in die Privatsphäre und Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten abzuwägen. Es sollte auch über die Schaffung einer besonderen Regelung der Gegendarstellung in Bezug auf abgeschlossene Strafverfahren nachgedacht werden.

Immer wenn ein Gebiet lange Zeit unternormiert gewesen ist, ist die Versuchung für den Gesetzgeber groß es sehr strikt und detailliert zu regulieren. Aus diesen Grund ist besondere Vorsicht geboten. Auch im Falle einer neuen Gesetzgebung, die die Medienberichterstattung über Strafverfahren normiert, dürfen die Medien nicht gehindert werden ihre Aufgabe der zivilen Aufsicht in einer demokratischen Gesellschaft zu erfüllen.

ARGUMENTACIJA V PRAVU. OD ŽIVLJENJSKEGA PRIMERA DO PRAVNE ODLOČITVE*

Marijan Pavčnik: Argumentacija v pravu (Od življenjskega primera do pravne odločitve). 3., spremenjena in dopolnjena izdaja. GV Založba, Ljubljana 2013, 540 strani.

1. PRO PRIMO

Monografija profesorja Marijana Pavčnika, posvečena pravni argumentaciji, je izšla v slovenščini kot 47. zvezek zbirke Pravna obzorja, predstavlja pa razširjeno prvo izdajo iz leta 1991 (ponatis: 1998, 12. zvezek) in dopolnitev druge izdaje iz leta 2004 (25. zvezek).¹ Avtor knjige je znana osebnost v svetu pravne filozofije, ki že dolgo deluje kot profesor na Katedri za teorijo in sociologijo prava v Ljubljani. Kot štipendist ustanove Alexandra von Humboldta je dvakrat preživel po pol leta na Inštitutu pravne filozofije in informatike münchen-ske univerze (1986 in 1990) pri enem od vodilnih predstavnikov nemške pravne filozofije po 2. svetovni vojni, profesorju Arturju Kaufmannu (1923–2001), deloval pa je tudi v Centru za interdisciplinarna raziskovanja na Univerzi v Bielefeldu.² Na začetku devetdesetih let se je proslavil z briljantno študijo Pravno razumevanje in odločanje,³ ki je v nemščini izšla pri založbi Springer. Njen

* Prva objava v: *Právny obzor*, 97 (2014) 5, str. 543–546. Iz slovaščine prevedla Bilka Matè.

¹ Imenovana zbirka izhaja od leta 1994, poleg del slovenskih avtorjev pa so v njej izšli tudi prevodi nekaterih znanih avtorjev s področja pravne filozofije preteklosti in sedanjosti (npr.: C. Beccaria, G. Radbruch, H. Kelsen, A. Kaufmann, R. Posner, R. Dworkin).

² Druga razširjena izdaja Kaufmannove Filozofije prava je izšla v založbi C. H. Beck. Glej: Kaufmann, A.: *Rechtsphilosophie*. München: C. H. Beck, 1997, 365 strani.

³ Pavčnik, M.: *Juristisches Verstehen und Entscheiden. Vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung. Ein Beitrag zur Argumentation im Recht. Forschungen aus Staat und Recht* 102. Dunaj – New York 1993, 182 str. Pavčnik je tudi avtor najpomembnejšega slovenskega učbenika o teoriji prava – *Teorija prava*. Ljubljana 1997, 2001 in 2007 (672 strani), soavtor in urednik knjig *Ustavno sodstvo* (2000) in *Pravna država* (2009). Od leta 2011 je

podnaslov je Prispevek k teoriji argumentacije, predstavlja pa osnovo recenzirane publikacije.

2. DA MIHI FACTA, DABO TIBI IUS?

Daj mi dejstva in dal ti bom pravico. Ali je to tako preprosto? Stranke navedejo dejstva in sodnik razsodi o pravici. Doktrina aplikacije prava razume razsodbo v konkretnem primeru kot prenos vsebine zakona na konkretno situacijo, kot prenos s prava kot dogmatično izoblikovanega sistema.

Pavčnikova teorija daje prej prednost »normativni konkretizaciji« kot »aplikaciji prava«, pri čemer pa odklanja vsebinsko prazno konkretizacijo prava (npr. zakona), s katero se zadovoljuje čista teorija prava. Odklanja tudi pravni decizionizem, saj ta ne vidi zakona in absolutizira pomen življenjske situacije, kot tudi pravni determinizem, ker ta absolutizira pomen zakona in zanemarja pomen življenjske situacije kot resničnega izhodišča odločanja (edina prava odločitvev je v popolni podobi zajeta že v zakonu).

V luči normativne konkretizacije je pravna odločitev vedno ustvarjalni akt, ki ne temelji na vnaprej danem pravu, ampak to pravo tudi soustvarja, pri čemer se opira na formalne vire prava, ki mu to možnost nudijo, in izhaja iz življenjske situacije s pravno pomembnimi prvinami. Ustvarjalni akt terja odgovor na vprašanje, kako se odvija povezava med normativnim in dejanskim, pojasnilo, kako se je oblikoval abstraktni dejanski stan in kako konkretni dejanski stan, pričakuje pa tudi utemeljitev, kako in zakaj sta se povezala. V ta »ustvarjalni« prostor po Pavčnikovem mnenju vstopa teorija pravne argumentacije. Ta lahko učinkovito prispeva h kvaliteti pravne odločitve v konkretnih primerih. Sinteza vrednotenja se razlikuje od primera do primera: njen okvir se oblikuje iz veljavnega pravnega sistema, iz njegovih pravnih principov in vrednot, pri čemer se ne more opreti na hierarhično lestvico argumentov. Vedno so primerna vprašanja: Kaj ima prednost – *argumentum a simile* ali *argumentum a contrario*, načelo razdeljevanja po zasluženju ali po solidarnosti, zgodovinska razlaga ali sistematična razlaga?

Pavčnik v kontekstu razvoja analizira razlago kot »rekonstrukcijo misli, ki je v zakonu«, in sicer v smislu von Savignyja in njegove klasične teorije načinov razlage, ki jo je prevzela moderna hermenevtika. Opozarja na to, da je razlaga zakona tako vrednostna konstrukcija, končno oblikovanje misli, ki se mora izraziti v pravni odločitvi (Radbruch), kot posledica razumevanja zakona in procesa razlage.

tudi član izvršilnega odbora svetovnega Mednarodnega združenja za pravno in socialno filozofijo (IVR).

Zaradi poroznosti in nepopolnosti zakonskega besedila Pavčnik preiskuje možnosti dopolnitve zakona in prava. Kot primere navaja različne pravne principe kot osnovne zamisli razlage, argumente povezave in dopolnitve pravnega sistema (*argumentum a cohaerentia*, *argumentum a completudine*), podprte z »naravo stvari, s pravnim občutkom« in z argumenti skupnih mest (*topoi*). To področje vsebuje tudi argument pravne države, načelo sorazmernosti pa tudi argument neprava.

Za teorijo normativne konkretizacije zakona je njegovo resnično bistvo in (končno) stanje stvari dosežek obojestranskega vrednotenja – normativnega z upoštevanjem dejanskega in dejanskega z upoštevanjem normativnega. V rezultatu se dovolj natančno ujemata. Njuna povezava ne pomeni poenotenja, poenotenje je mogoče šele tedaj, ko je odločitev že *de facto* dosežena in jo je treba le še prenesti v subsumpcijski vzorec, v logično neizogibni in neizbežni sklep. Dvostopenjsko vsebinsko »potovanje pogleda sem in tja« vstopa v sfero odločanja prek veznega člena, konkretno prek normativne hipoteze, ki je neposredno povezana zgolj z življenjsko situacijo, takoj za tem pa, ko je hipoteza izdelana, se povezuje še z zakonom, ki naj bi jo potrdil ali ovrgel.

Nevarnost prevrednotenja – bodisi dejanskega bodisi normativnega – po Pavčnikovem mnenju preprečujeta tipična norma in tipični primer, in sicer tako, da se opirata na tipično, na tip, ki povezuje normativno in dejansko v novo celoto: v dejansko normativnost in normativno dejanskost. Teorija norme za konkretni primer vztraja pri tej tradiciji, a hkrati spregleda, da norma kot merilo za konkretne primere ne more biti izčrpna. Razdalja med normativnim in dejanskim je očitno tako velika, da jo je mogoče premostiti šele s človekovim ustvarjalnim dejanjem in z njegovo vrednostno sintezo, ki se mora opirati na ustrezen *tertium comparationis*.

Pavčnik meni, da je problem tako imenovanega pravnega silogizma v procesu odločanja o konkretnih primerih neproblematičen: če sta izoblikovani obe premisi, gre torej samo za to, da bi bil izrečen sklep, pravna odločitev. Sklep (*conclusio*) izhaja iz dveh drugih odločitev (*terminus maior* in *terminus minor*), ki sta povezani s srednjim pojmom (*terminus medius*).

Temi o utemeljevanju pravne odločitve je avtor še pred to tretjo izdajo svojega dela dodal »sedem glos«. Utemeljitev mora biti strokovna, ustrezna, toda ne povsem subsumpcijska, mehanična.⁴ Temeljiti mora na argumentaciji, vendar ne na zatirjevanju. Biti mora reflektirajoča, vendar ne reproduksijska, preprič-

⁴ Pavčnik se je udeležil mednarodne konference o tej temi 9.–10. novembra 2010 na Ustavnem sodišču Češke republike v Brnu. Glej: Tichy, L. – Hollander, P. – Bruns, A. : Odôvodnenie súdneho rozhodnutia – The Judicial Opinion – Begründung von Gerichtsentscheidung. Praga 2011, str. 357–370.

ljiva, a ne »epsko« dolgočasna, vključevati mora argumente in protiargumente, v kazenskih primerih pa mora utemeljevati subjektivno plat kaznivega dejanja in odločitve o sankciji, ohraniti pa mora tudi pravo mero.

3. DISKUSIJSKI FORUM: TEORIJA PRAVNE ARGUMENTACIJE

Pavčnik se ukvarja tudi z osnovnimi smermi teorije argumentacije (pri tem izhaja iz Aristotelovih in Ciceronovih del). Gre za topično jurisprudenca Theodorja Viehwega, novo retoriko Chaïma Perelmana⁵, teorijo racionalnega pravnega razpravljanja Roberta Alexyja, pravnocivilizacijski racionalizem Aulisa Aarnija in pravo kot razlagalno celoto Ronalda Dworkina⁶.

Viehwegovo pionirsko delo Topika in jurisprudenca je pred več kot polstoletjem⁷ opozorilo na problemsko razmišljanje v povezavi s pravnim odločanjem: topika mora najprej pokazati, kako najti predpostavke (premise). Logika jih sprejema in predeluje. Kot opiranje na sistem vpliva na rešitev problemov, tako tudi problem išče sistem, ki prispeva k njegovi rešitvi.

Perelman podobno kot Viehweg izhaja iz tega, da se pravno razpravljanje (sodna odločitev) osredotoča na izbiro predpostavk (premis), ki morajo biti ustrezne in utemeljene. Vloga formalne logike je oblikovati sklep, ko so predpostavke (premise) že izdelane, vloga pravne logike pa jim je dati vsebino in tudi dokazati, da bi bila pravna odločitev ustrezna za avditorij, ki mu je namenjena.

Alexy se v nasprotju s Perelmanom zavzema predvsem za preskriptivno raven pravnega odločanja. Pravno razpravljanje (pravni diskurz) razume kot poseben način splošnega praktičnega razpravljanja, ki ga omejujejo mnoge okoliščine: vezanost na zakone, na precedense, na pravno dogmatiko in na procesna pravila. Alexy razlikuje (kot pred tem že Wróblewski) med interno utemeljitvijo (sodba logično izvira iz obeh premis) in eksterno utemeljitvijo (pravilnost premis), dobro pa se zaveda tega, da racionalno razpravljanje ne more biti sa-

⁵ Perelman, CH.: *Právna logika*. Bratislava 2014.

⁶ Med deli, ki se ukvarjajo z analizo posameznih teorij pravne argumentacije, glej npr.: Feteris, E. T.: *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*. Dordrecht – Boston – London 1999 in Atria, F.: *On Law and Legal Reasoning*. Oxford – Portland – Oregon 2001.

⁷ Viehweg, T.: *Topik und Jurisprudenz*. 1. Auflage. München 1953.

mozadostno. Poudarja zahtevo po pravilnosti in jo vključuje v pojem prava:⁸ po njegovem gre za pravno pravilnost v okviru veljavnega pravnega reda.

Aarnijeva teorija je delno drugačna. Za razliko od Alexyja meni, da naj bi se odločanje znotraj pravnega okvira odvijalo v soglasju s »pravili in formami« racionalnega razpravljanja in naj bi bilo podrejeno dominantnemu kodeksu vrednot. Ne gre za idealno in najboljšo rešitev, ampak gre za odločitev, ki se ne more izogniti ambivalentnosti prava in izoblikovanemu sistemu vrednot kot osnovi pravne legitimnosti.

Pavčnik poudarja tudi neprecenljivo zaslugo Ronalda Dworkina (Carstvo prava) za razlago in argumentacijo v pravu. Njegova teorija razlage izhaja iz prava kot »integritete«: od sodnikov zahteva, naj bi govorili kot poosebljena integriteta. Pravo kot integriteta želi povezati načela pravičnosti, poštenosti in prava v pravičen proces: z njihovo pomočjo je mogoče doseči »najboljšo konstruktivno razlago družbene pravne prakse«.

Po Pavčnikovem mnenju je v naravi pravnega pojava to, da niti teorija argumentacije ne more ponuditi dokončnih rešitev, ki bi jih lahko neposredno uporabili. Z vidika pravnih odločitev v konkretnih primerih so dane le življenjske situacije, formalni pravni viri in pravne vrednote, ki so se uveljavili v pravnem redu. Teorija argumentacije pojasnjuje pomen povezave med temi prvini, ki tvorijo okvir pravnega odločanja in ga vsebinsko definirajo. Te prvine niso relevantne same po sebi, ampak pridobijo pomen glede pravne odločitve šele tedaj, ko jih med seboj povežemo in ocenimo njihove medsebojne odnose.

4. VARIACIJE NA DANO TEMO

Samostojen drugi del publikacije obsega šest študij, ki jih je avtor napisal za različne priložnosti v obdobju po prvi izdaji osrednjega dela besedila. Njihov skupni imenovalec je tesna povezanost s teorijo pravne argumentacije, razvijanje njenega jasnega aspekta. Gre za študije Odziv na Antigonin izziv (Teze o naravi prava, 1998), Jezik in pravo (2002), Pravičnost in uporabljanje prava (2002), Razlaga (razumevanje) ustave (2003), (Ne)etičnost prava, pravnikov in pravoznanstva (2007), ki jo je navdihnilo delo Juliusa von Kirchmanna⁹, in Krhkost človekovega dostojanstva (2011). Zadnja med njimi se dotika tudi Radbruchove formule, o kateri je razmišljal tudi znani slovenski pravni teore-

⁸ Alexy, R.: Begriff und Geltung des Rechts. München 1992, str. 202. (Glej slovaški prevod Pavla Holländra: Alexy, R.: Pojem a platnost' práva. Bratislava 2009.)

⁹ Kirchmann, J.: Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Berlin 1848.

tik Leonid Pitamic (1885–1971),¹⁰ in vsebuje presojo avtorja o odločitvi Ustavnega sodišča RS (U-I-109/10-11) o poimenovanju »Titova cesta«.

Marijan Pavčnik gradi svoj veličasten filozofsko-pravni projekt z veliko domiselnostjo in natančnostjo, s čutom za notranjo koherenco, občudovanja vrednim opozarjanjem na literaturo (str. 479–520), pri tem pa ponuja mnogo originalnih in navdihujočih rešitev problemov. Njegova knjiga lahko nedvomno z marsičim pritegne tudi slovaško teorijo in filozofijo prava, v kateri je tema pravne argumentacije še vedno zapostavljena.

Alexander Brörtl,
doktor pravnih znanosti,
redni profesor za teorijo prava in države
na Pravni fakulteti Univerze v Košicah (Slovaška)

¹⁰ Pavčnik je imel o Pitamicu enega od najpomembnejših plenarnih referatov na 25. svetovnem kongresu IVR v Frankfurtu na Majni (18. avgusta 2011): Methodologische Klarheit und/oder gegenstandliche Reinheit des Rechts? Nadalje piše o njem v slavnostnem zborniku za Friedricha Lachmayerja: Pavčnik, M.: Der Staat von Leonid Pitamic, v: Schweighofer, E. – Handstanger, M. – Hoffman, H. – Kummer, F. – Primosch, E. – Schefbeck, G. – Withalm, G.: Zeichen und Zauber des Rechts. Bern 2014, str. 35–54.

OTROKOVE PRAVICE V SLOVENIJI

Irena Jager Aguis (ur.) in drugi: Otrokove pravice v Sloveniji od normativnih standardov do učinkovitega varstva, Zbornik ob 25-letnici Konvencije o otrokovih pravicah. Zbirka Mednarodno pravo, Fakulteta za družbene vede, Založba FDV, Ljubljana, in Ministrstvo za zunanje zadeve Republike Slovenije. Ljubljana 2014. 310 strani.

Decembra 2014 je izšel zbornik *Otrokove pravice v Sloveniji od normativnih standardov do učinkovitega varstva*, posvečen 25-letnici Konvencije o otrokovih pravicah.¹

V zborniku so ugledni avtorji, teoretiki in praktiki, vladni in nevladni strokovnjaki, predstavili svoje delovne in strokovne izkušnje s področja otrokovih pravic, njihovega urejanja, varstva in spremljanja v Republiki Sloveniji. Pri vpogledu v našo prakso in stanje na tem področju izhajajo iz mednarodno-pravnih temeljev varstva otrokovih pravic, predvsem Konvencije o otrokovih pravicah s svojimi protokoli. Obravnavajo slovensko ureditev na tem področju, ki temelji na mednarodnopravnih standardih, pri čemer se osredinijo na posamezne ožje vsebinske vidike problematike.

V uvodni predstavitvi je urednica zbornika Irena Jager Aguis podala osnovno informacijo o Konvenciji o otrokovih pravicah in njenem pomenu za varstvo otrokovih pravic, kot tudi o treh protokolih k tej konvenciji. Posebej poudari prizadevanja Slovenije za višanje standardov spoštovanja in varstva otrokovih pravic in njeno prepoznavnost na tem področju v mednarodnih organizacijah, kar vpliva na notranje normativne, politične in socialne standarde.

Knjiga je razdeljena na tri dele. Prvi del vsebuje prispevke, posvečene normativnim temeljem varstva otrokovih pravic, zlasti s Konvencijo o otrokovih pravicah, pregledom prakse Ustavnega sodišča Republike Slovenije in institucijami za spodbujanje zagotavljanja varstva otrokovih pravic. Avtorica prvega

¹ Besedilo knjige je v celoti na voljo na <www.mzz.gov.si/fileadmin/pageuploads/foto/1412/Otrokove_pravice_v_Sloveniji_book.pdf> (9. 4. 2015).

prispevka Alenka Šelih zgodovinsko oriše nastajanje Konvencije o otrokovih pravicah in navede dejavnike, ki so spodbudili njen nastanek. Po razčlembi temeljnih načel konvencije podrobno obdelala eno izmed njih, načelo največje koristi. Predstavi tudi slovensko ustavnopravno ureditev, ki opredeljuje otrokove pravice, in izbrano prakso Ustavnega sodišča s tega področja. Gre za poglobljen prispevek o najpomembnejših mednarodnopravnih standardih za varstvo otrokovih pravic in ureditvi teh standardov v slovenski ustavi, ki je podkrepljen z ustavnimi odločbami, v katerih je odločeno o konkretnih otrokovih pravicah.

Jerica Trefalt v drugem prispevku daje kronološki vpogled v pomembnejše odločitve Ustavnega sodišča Republike Slovenije s področja otrokovih pravic. Analizira odločbe, v kateri je to sodišče presojevalo člene ustave, ki neposredno določajo otrokove pravice, pa tudi tiste, v katerih je tehtalo ustavo in zakone, ki zadevajo otrokove pravice le posredno. Avtorica ugotavlja, da je glavno vodilo pri ustavni presoji otrokova korist, pri čemer ustavno sodišče upošteva tako pravice iz ustave, kot iz področnih mednarodnih pogodb, ki zavezujejo Republiko Slovenijo. Dodana vrednost prispevka je prav v tem, da so na enem mestu pregledno zbrane najpomembnejše odločbe ustavnega sodišča, ki zadevajo otrokove pravice. Navedeno bo nedvomno v pomoč vsakomur, ki se utegne ukvarjati z analizo stanja na področju varstva človekovih pravic v Sloveniji, saj lahko v omenjenem prispevku najde informacijo o praksi ustavnega sodišča kar zadeva konkretno otrokovo pravico.

Tone Dolčič v svojem prispevku opiše vlogo in delo Varuha človekovih pravic kot osrednje institucije v državi za varstvo otrokovih pravic. Osredini se na varuhovo delo v zvezi z njimi in predstavi skupino za otrokove pravice, ki deluje v okviru urada. Posebej razčleni delovna področja skupine, opozori na njene uspehe in tudi pomanjkljivosti ter prikaže varuhovo sodelovanje z različnimi institucijami v Sloveniji in tujini. Po avtorjevem mnenju je njegovo delovanje na splošni ravni prispevalo k priznanju otrokovih pravic, ki jih je treba spoštovati, in na konkretni ravni rešilo nezanemarljivo število prijav različnih kršitev.

Liana Kalčina, Majda Struc, Sara Geiger Smole in Alja Otavnik v svojem prispevku predstavijo nevladne organizacije, ki se ukvarjajo z otrokovimi pravicami, ter njihovo vlogo, medsebojne povezave in delo. Posebej se seznanimo s pionirskim delom Zveze prijateljev mladine Slovenije (ZPMS), ki je že pred sprejemom Konvencije o otrokovih pravicah opozarjala na otrokove pravice in dosegla njihovo vključitev v ustavo tedanje Socialistične republike Slovenije, si prizadevala za čimprejšnjo ratifikacijo konvencije v tedanji zvezni državi in za ustanovitev varuha otrokovih pravic. Seznanimo se tudi s pomenom in delovanjem nevladnih organizacij v Sloveniji glede na uresničevanje posamez-

nih otrokovih pravic, posebno z vlogo, delovanjem in poslanstvom Središča za zagovorništvo in informiranje o pravicah otrok in mladostnikov (Središče ZIPOM), novoustanovljene koalicije nevladnih organizacij. V drugem delu prispevka sta prikazana vpliv civilnodružbenih organizacij na položaj oziroma stanje otrokovih pravic pri nas in njihova vloga pri poročanju naše države Odboru za otrokove pravice.

Drugi del zbornika zajema nekatera aktualna področja varstva otrokovih pravic, na katerih je bila dopolnjena in nadgrajena Konvencija o otrokovih pravicah. Avtorji obravnavane vidike varstva umestijo tudi v slovenski prostor. V prvem prispevku Dominika Maver predstavi dve področji zaščite beguncev: začasno zatočišče in mednarodno zaščito, oboje v povezavi z zaščito otrok, in sicer od osamosvojitve Republike Slovenije do danes. Avtorica prikaže tudi vpliv prava Evropske unije, predvsem na postopke mednarodne zaščite mladoletnikov brez spremstva v Republiki Sloveniji.

Prispevek Vasilke Sancin je namenjen shematični predstavitvi mednarodno-pravnega normativnega in institucionalnega okvira zaščite otrok v oboroženih spopadih, vključno s poudarki na vlogi Slovenije in izpolnjevanju prevzetih obveznosti. Osrednja pozornost je na analizi, pomenu in oceni Izbirnega protokola h Konvenciji o otrokovih pravicah glede vključevanja otrok v oborožene spopade.

Lea Javornik Novak se je v svojem prispevku posvetila širšemu obsegu kršitev pravice do zaščite pred nasiljem – različnim oblikam zlorabe otrok in družinskega nasilja. Opozorila je, da je nasilje v družini poznano vsem družbenim ureditvam in pojasnjuje, da različni konteksti te družbene prakse ustvarjajo različne načine reševanja te problematike. Avtorica poudari pomemben prispevek Zakona o preprečevanju nasilja v družini k dvigu občutljivosti družbe za problem nasilja v družini in nasilja nad otroki, ki je vse dotlej veljal za intimno področje vsake družine, v katero nima nihče pravice posegati.

Anton Toni Klančnik v svojem prispevku zoži temo nasilja na spolno izkoriščanje in spolne zlorabe. Najprej predstavi zgodovinski prerez med sprejemom Konvencije o otrokovih pravicah in njenim izbirnim protokolom glede prodaje otrok, otroške prostitucije in otroške pornografije, oriše potrebo in pomen izpopolnitev konvencije ter spregovori o ureditvi področja na regionalni in mednarodni ravni s predstavitvijo pomembnejših mehanizmov in instrumentov za varstvo in pomoč otrok pred tovrstnimi zlorabami. V ta okvir umesti tudi Slovenijo in navede nekatere pravne vidike tega področja, vključno s tistimi, ki bi jih bilo treba še uvesti. Avtor obravnava tudi pojem »otroška«pornografija«ter v sklepnem delu prispevka razpravlja o sedanjih in prihodnjih

izzivih in dilemah uporabe interneta ter t. i. informacijsko-komunikacijskih tehnologij.

Zadnji prispevek v drugem delu knjige je posvečen tretjemu izbirnemu protokolu h Konvenciji o otrokovih pravicah glede postopka sporočanja kršitev. Eva Tomič, Anja Marija Arko in Nina Lenardič Purkart ponovno opozorijo na skoraj univerzalno uveljavitev konvencije, vendar donedavno odsotnost mehanizma za nadzor implementacijo t. i. pritožbenega postopka po konvenciji in navedejo razloge za to. V nadaljevanju podrobno predstavijo začetek in nadaljnji potek pobude za pripravo protokola, v katero je bila zelo močno vključena tudi slovenska diplomacija, ter natančen potek pogajanj za njegov sprejem. Prav tako podrobno je razložena vsebina protokola ter sam postopek s pritožbo in njegov cilj.

Zadnji, tretji del zbornika vsebuje besedila Konvencije o otrokovih pravicah in njenih treh protokolov. To so uradna besedila aktov, pri čemer je zaradi starejšega prevoda opravljena delna uredniška redakcija nekaterih izrazov v prevodu konvencije.

Zbornik je vsekakor koristen pripomoček za teoretike in praktike, ki se ukvarjajo s problematiko varstva otrokovih pravic v Sloveniji, saj vsebuje splošni pregled mednarodnopravnega varstva otrokovih pravic in slovensko ureditev na tem področju, s poudarkom na nekaterih specifičnih vidikih otrokovih pravic.

Morda bi bilo z vidika praktične uporabnosti koristno, če bi publikacija vsebovala bolj poglobljeno informacijo o tem, kakšna je ureditev otrokovih pravic v Sloveniji, zlasti v Zakonu o zakonski zvezi in družinskih razmerjih in številnih drugih področjih, kot sta na primer socialno varstvo ter vzgoja in izobraževanje, kot tudi procesne vidike uveljavljanja teh pravic. Iz vsebinskega vidika bi bilo zelo dobrodošlo, če bi bilo v zborniku poleg vseh posebnih področij, ki jih zadeva Konvencija o otrokovih pravicah in njeni protokoli, zajeto še kakšno posebno področje, ki zadeva otroke, kot je na primer varstvo otrok s posebnimi potrebami, katerih pravice omenjena konvencija ureja in ki so zelo občutljiva in ranljiva skupina otrok, katerim so posvečeni mednarodni pravni in drugi instrumenti, hkrati pa slovenska pravna ureditev, kljub nekaterim dobrim rešitvam, potrebuje ustrezno nadgradnjo.

Zbornik je vsekakor pomemben prispevek k ozaveščanju slovenske javnosti o pomenu Konvencije o otrokovih pravicah in njenih protokolov, še zlasti Tretjega izbirnega protokola k Konvenciji o otrokovih pravicah o postopku sporočanja kršitev, ki pod določenimi pogoji omogoča tudi posamezniku, da se obrne na Odbor Organizacije združenih narodov za otrokove pravice, če meni, da mu je pogodbenica Konvencije o otrokovih pravicah in tretjega izbirnega

protokola kršila katero izmed pravic iz konvencije. Ker Slovenija tretjega izbirnega protokola še ni ratificirala, predstavlja tudi zbornik svojevrsten opomnik o tem, da bi bilo treba pospešiti postopke za ratifikacijo tega protokola.

Jasna Murgel,
univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti,
docentka za mednarodno pravo na
Doba Fakulteti za uporabne poslovne in družbene študije v Mariboru,
poslanka Državnega zbora RS

AVTORSKI SINOPSIS

*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 340.12:342.7

HASANBEGOVIĆ, Jasminka: (Ne)enakost človeških bitij: večen – predmoderen, moderen in postmoderen – ali zastarel pravni pojem?**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 3-4**

Razprava se osredotoča na pojem pravne enakosti človeških bitij in zastavlja naslednja vprašanja: Imata oba Petra (Peter Westen in Peter Unger) prav, ko ob kritiki analitične filozofije vsak zase govorita o praznem pojmu enakosti in praznih pojmihi sploh? Je pojem pravne enakosti človeških bitij prazen, to je zastarel? Ali lahko brez pojma enakosti obstaja pojem pravičnosti? Kdaj je enakost človeških bitij postala pravni pojem? Je bilo to v stari Grčiji? Kateri sofisti so se zavzemali zanj? Kako ga je pojmoval Aristotel? Kaj so si predstavljali stoiki? Kakšen je bil na ta pojem pozneje pogled krščanstva in vseh njegovih različnih nauk (tj. cerkva) kakor tudi na pravne prakse, ki ga v sodobnem času radikalno odklanjajo? Kdo je bil *liber homo* iz *Magne Carte Libertatum* in kako je *liber homo* postal *homo*? In kako se je v sodobnih časih mož preoblikoval v človeško bitje, ki je lahko oboje, moški in ženska? Ali obratno, kako so v sodobnih časih ženske, temnopolti, ubogi, nepismeni, drugoverski in tujci postali človeška bitja? Kateri so tisti pravni problemi moderne dobe, ki so jih postmodernistične posledice enakosti dodatno razširile in zapletle, še preden so bili rešeni (na primer pozitivna diskriminacija, novi, širši koncept pravne subjektivitete, pravna zaščita manjšin, spremenjeni pogled na človeško homoseksualnost)?

Original Scientific Article

UDC: 340.12:342.7

HASANBEGOVIĆ, Jasminka: (In)equality of Human Beings: Eternal – Premodern, Modern and Postmodern – or Outdated Legal Idea?

Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 3-4

This paper focuses on the idea of legal equality of human beings, and raises the following questions: Have the two Peters, Peter Westen and Peter Unger, been right when talking respectively of the empty idea of equality and empty ideas in general while criticizing analytic philosophy? Is the idea of legal equality of human beings empty, i.e. outdated? Can the idea of justice exist without the idea of equality? When did the equality of human beings arise as a legal idea? Was it in Ancient Greece? Which sophists argued for it? How did Aristotle understand it? What did the stoics think? Then, what was afterwards the perspective of Christianity and of all its different teachings (i.e. churches) on this idea, as well as on the legal practices radically denying it in modern times? Who was the *liber homo* from *Magna Carta Libertatum*, and how did *liber homo* become *homo*? And how did in modern times man transform into a human being who can be both male and female? Or, conversely, how did in modern times women, the coloured, the poor, the illiterate, the heterodox and foreigners become human beings? What are the legal problems of the modern era that, before even being resolved, have been further enlarged and complicated by the postmodern equality issues (e.g. positive discrimination, the new, wider concept of legal subjectivity, legal protection of minorities, changed view on human homosexuality)?

Izvirni znanstveni članek

UDK: 340.132.3

NOVAK, Aleš: Retroaktivnost in narava prava**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 3-4**

Razprava skuša pokazati, da se najprimernejše razumevanje retroaktivnosti izogiba dvema skrajnostma. Prvo šteje retroaktivnost za nemogočo, saj naj bi pravo ne moglo učinkovati za nazaj. Drugo trdi, da je retroaktivnost pravno nesporna, čeprav je morda neučinkovita. Po srednji poti pravo sicer deluje v sferi, ki je ne omejujejo naravne zakonitosti (kot npr. potek časa), vendar mora tudi pravo ostajati zvesto svojemu namenu. Tega avtor prepozna v urejanju človeškega ravnanja. Retroaktivnost je zato sporna, saj omejuje človekovo avtonomijo in zato krši njegovo dostojanstvo. Razprava razlikuje med različnimi vidiki retroaktivnosti, (i) pravo retroaktivnostjo v ožjem pomenu besede, pri kateri pravni predpisi učinkujejo za nazaj, (ii) pravo retroaktivnostjo v širšem pomenu besede, pri kateri pravni predpisi sicer učinkujejo za naprej, vendar se nanašajo na že pretekla dejstva, in (iii) nepravo retroaktivnostjo, ki z učinkom za naprej posega v pravna razmerja. Avtor skuša skozi celotno razpravo pokazati na tesno vez med določenim razumevanjem prava in njegovega namena ter pojmom retroaktivnosti.

Original Scientific Article

UDC: 340.132.3

NOVAK Aleš: Retroactivity and the Nature of Law**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 3-4**

The paper argues that the most adequate understanding of retroactivity steers clear of two extreme positions. The first position considers retroactivity to be impossible, since law could not really be effective for the past. The second claims that retroactivity might be ineffective but is from the legal point of view unobjectionable. The intermediate position accepts that the law is operative in a sphere where natural laws (such as the passage of time) do not apply, but insists that law has to remain faithful to its purpose. The law's purpose is to guide human behaviour. Retroactivity is therefore inherently problematic as it limits human autonomy and infringes upon personal dignity. The paper also draws distinction among several aspects of retroactive effect: (i) retroactivity *stricto sensu* describing laws which purport to have become operative before their entry into force, (ii) retroactivity *lato sensu* describing laws operating for the future but pertaining to already completed events, and (iii) retrospectivity describing law operating for the future and regulating an already ongoing legal relation. The paper tries to expose the close connection between our understanding of law and its purpose on the one hand and the concept of retroactive operation on the other.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.232.4:347.26

DAMJAN, Matija, BERGANT RAKOČEVIĆ, Vesna: Dobra vera pri priposestvovanju služnosti: vidik priposestvovalca**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 3-4**

Članek obravnava dobro vero priposestvovalca kot enega od pogojev za priposestvovanje služnosti po Občem državljanskem zakoniku, Zakonu o temeljnih lastninskopravnih razmerjih in Stvarnopravnem zakoniku. Razpravlja o vsebini pojma dobre vere in o načinu njenega dokazovanja oziroma izpodbijanja. Zlasti gre za vprašanje, katere so tiste dejanske podlage, na katerih lahko temelji dobra vera priposestvovalca, ki ravna z dolžno skrbnostjo: zemljiškoknjižno nerealizirana pogodba, odločba državnega organa, lastnikovo neformalno pisno soglasje. Ker je dobra vera notranje prepričanje, so pomembni zunanji znaki, po katerih lahko ugotavljamo njen obstoj.

Original Scientific Article

UDC: 347.232.4:347.26

DAMJAN, Matija, BERGANT RAKOČEVIĆ, Vesna: Good Faith Relating to Prescriptive Easements: The Possessor's Aspect**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 3-4**

The article analyses the possessor's good faith as one of the conditions for acquiring an easement by prescription under the Austrian Civil Code, the Yugoslav Basic Property-Law Relations Act and the Slovenian Property Code. The concept of good faith is discussed as well as the methods of proving or disproving it. A focal question is on what factual basis a possessor acting with due diligence may rely to justify his good faith: a non-registered contract, a state authority's decision or the owner's informal written consent. Since good faith is basically an internal belief that cannot be determined directly, external clues are relevant by which the existence of good faith can be assessed.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.72.04:346.546(497.4)

PODOBNIK, Klemen: Suspenzivni učinek nadzora nad koncentracijami v Sloveniji**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 3-4**

Prispevek izjemno podrobno analizira slovensko ureditev suspenzivnega učinka nadzora nad koncentrativnimi procesi. Avtor predstavi številne pomembne izsledke, ki igrajo odločilno vlogo pri razumevanju postopka presoje koncentracij. Članek odstira tudi podrobnosti v zvezi z zakonodajnim postopkom sprejemanja novel Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence-1 in kritično ocenjuje nekatere določbe tega zakona, ki po avtorjevem mnenju nimajo vzporednice v evropski ali primerjalnih zakonodajah. Posebej natančno je analiziran režim 44. in 45. člena ZPOmK-1, pri čemer avtor opozori predvsem na interpretacijo, ki pridobitelju nadzora omogoča izvrševanje pravic v smislu njihove odsvojitve, saj slednja rezultira v stanju, kakršno je bilo pred začetkom koncentracije.

Original Scientific Article

UDC: 347.72.04:346.546(497.4)

PODOBNIK, Klemen: Suspensive Effect of Merger Review in Slovenia**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 3-4**

The article consists of a very detailed presentation and analysis of the suspensive effect of merger review in Slovenia, whereby the author underscores numerous important concepts, crucial for a coherent process of control over concentrations. The article also unveils certain specifics regarding the legislative history of the Prevention of restriction of competition Act (PRCA-1) and critically dissects its particular sections that are without appropriate parallels in comparative legislation. Special attention is reserved for the analysis of Articles 44 and 44 of the PRCA-1. The author presents an important interpretation of the said articles whereby the acquirer of control is allowed to exercise rights arising from a concentration if the exercise results in the status before the concentration.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 343:121:347.121.2:070.133(497.4)

ŠOŠIĆ, Miha: Varstvo osebnostnih pravic obdolžencev pri medijskem poročanju o kazenskih postopkih**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 3-4**

Mediji imajo v sodobnih demokratičnih družbah pomembno vlogo in izjemen vpliv na dojetje družbene resničnosti. To se kaže tudi pri poročanju o kazenskih postopkih, kjer lahko mediji opravljajo pomembno vlogo informiranja javnosti in nadzora civilne družbe nad delovanjem sodne veje oblasti. Tako lahko mediji prispevajo k poštenemu poteku kazenskega postopka, vendar samo, če poročajo strokovno, nepristransko, na podlagi vestnega raziskovanja dejstev ter ob spoštovanju osebnostnih pravic udeležencev postopka. V nasprotnem primeru je učinek medijev na potek kazenskega postopka izrazito negativen. V preteklosti je javnost opravljala pomembno vlogo pri varovanju obdolžencev pred samovoljo sodstva, v sodobnih družbah pa se vse bolj pojavlja potreba po varovanju obdolžencev pred javnostjo oziroma mediji. Posebno vlogo pri tem ima varstvo obdolženčeve zasebnosti in njegovih osebnostnih pravic, saj se z nesorazmernimi posegi vanje pri medijskem poročanju o kazenskih zadevah lahko ogrozijo temeljne garancije poštenega kazenskega postopka. V članku so obravnavana ustavna in teoretična izhodišča varstva osebnostnih pravic obdolžencev pri medijskem poročanju o kazenskih zadevah. Na tej podlagi so nato predstavljeni veljavna ureditev medijskega poročanja o kazenskih zadevah v Sloveniji in razmisleki o nekaterih možnih zakonodajnih rešitvah.

Original Scientific Article

UDC: 343:121:347.121.2:070.133(497.4)

ŠOŠIĆ, Miha: The Protection of Personality Rights of the Accused Regarding Media Coverage of Criminal Proceedings*Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 3-4*

The media has an important function in modern democratic societies and a tremendous effect on the construction of social reality. It can play an important role of informing the public about ongoing criminal proceedings and in this way enable the control of civil society over the judiciary. The media can thus be helpful in ensuring a fair criminal trial, but only under the condition that the reporting on criminal proceedings is professional, unbiased, based on prudential research, and ensuring the personality rights of the trial participants are respected. Otherwise, the media can have an extremely negative effect on the conduct of a fair criminal trial. The public used to have an important role in protecting the defendant from arbitrary acts of the judiciary; however, in modern societies the need for protecting the defendant from the public and trial by media is becoming more and more necessary. The protection of the defendant's right to privacy and his personality rights is of crucial importance, since disproportionate interference in these rights when reporting on criminal proceedings can undermine the fundamental guarantees of a fair criminal trial. The article analyses the constitutional and theoretical outlines for the protection of the defendant's personality rights with regard to media coverage of criminal matters. On this basis, the current regulation of media reporting on criminal proceedings in Slovenia is presented and some ideas for the change of the relevant legislation are introduced.

Recenzija

UDK: 340.132.6(049.3)

BRÖSTL, Alexander: Argumentacija v pravu. Od življenjskega primera do pravne odločitve**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 3-4**

Monografija profesorja Marijana Pavčnika, posvečena pravni argumentaciji, je izšla v slovenščini kot 47. zvezek zbirke Pravna obzorja. Gre za razširjeno prvo izdajo, iz leta 1991 (ponatis: 1998, 12. zvezek) in dopolnitev druge izdaje, iz leta 2004 (25. zvezek). Po Pavčnikovem mnenju je v naravi pravnega pojava to, da niti teorija argumentacije ne more ponuditi dokončnih rešitev, ki bi jih lahko neposredno uporabili. Z vidika pravnih odločitev v konkretnih primerih so dane le življenjske situacije, formalni pravni viri in pravne vrednote, ki so se uveljavili v pravnem redu. Teorija argumentacije pojasnjuje pomen povezave med temi prvinami, ki tvorijo okvir pravnega odločanja in ga vsebinsko definirajo. Te prvine niso relevantne same po sebi, ampak pridobijo pomen glede pravne odločitve šele, ko jih med seboj povežemo in ocenimo njihove medsebojne odnose. Avtor gradi svoj filozofsko-pravni projekt domiselno in natančno, s čutom za notranjo koherenco ter občudovanja vrednim opozarjanjem na literaturo (str. 479–520), pri tem pa ponuja mnogo izvirnih in navdihujočih rešitev problemov.

Review

UDC: 340.132.6(049.3)

BRÖSTL, Alexander: Argumentation in Law. From Life Case to Legal Decision**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 3-4**

The monograph of Prof. Marijan Pavčnik dedicated to legal argumentation was published in Slovenian language as Vol. 47 of the book series *Pravna obzorja* (Legal Horizons) and is an expanded first edition of 1991 (reprint: 1998, Vol. 12) and a supplemented second edition of 2004 (Vol. 25). In Pavčnik's opinion, it lies in the nature of the phenomenon of law that not even the theory of argumentation can offer final solutions that could be directly applied. Concerning legal solutions in concrete cases, there are only given life cases, formal legal sources and legal values that have gained acceptance in the legal order. The theory of argumentation explains the importance of connecting these elements, which form the framework of legal decision-making and define it as to its content. These elements are not relevant by themselves but only acquire relevance for legal solutions when they are connected and their interrelations are assessed. The author sets up his legal-philosophical project with ingenuity and preciseness, displaying a keen sense of inner coherence and presenting an admirable list of pertinent literature (pp. 479–520). At the same time, he offers numerous original and inspiring solutions to problems.

Prikaz knjige

UDK: 342.7-053.2(497.4)(049.3)

MURGEL, Jasna: Otrokove pravice v Sloveniji**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 3-4**

Predstavljen je Zbornik Otrokove pravice v Sloveniji od normativnih standardov do učinkovitega varstva, ki je izšel ob 25-letnici Konvencije o otrokovih pravicah v založbi Založbe FDV in Ministrstva za zunanje zadeve Republike Slovenije decembra 2014. V zborniku je predstavljena Konvencija o otrokovih pravicah in njena implementacija v slovenskem pravnem sistemu, vključno s potrebo po ratifikaciji tretjega izbirnega protokola h Konvenciji o človekovih pravicah v Sloveniji.

Book Review

UDC: 342.7-053.2(497.4)(049.3)

MURGEL, Jasna: Children's Rights in Slovenia**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 3-4**

Collection of papers The Rights of the Child in Slovenia, from the normative standards to efficient protection, was published on the 25th anniversary of the Convention of the Rights of the Child by the publishing house Založba FDV and the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Slovenia in December 2014. In the book the authors have presented the Convention on the Rights of the Child and its protocols as well as their implementation in the Slovenian legal system, including the ratification of the third optional protocol to the Convention on the Rights of the Child by the Republic of Slovenia.

NAVODILA ZA AVTORJE

1.

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

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

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

2.

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

Prispevki morajo biti jezikovno neoporečni, sicer bo besedilo avtorju vrnjeno v 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, Ius, d. d., Ljubljana.

— 3.

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

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

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

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

— 4.

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

— 5.

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

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

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

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

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

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

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

— 6.

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

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

— 7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8.

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

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

Če uradne krajšave ni, jo izbere pisec.

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

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

Primer: Ur. l. RS, št. 50/07.

9.

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

Primer navajanja odločbe Ustavnega sodišča RS:

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

10.

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

davčno številko in davčni urad, naslov stalnega bivališča (ulica, hišna številka, poštna številka, kraj), naslov za dostavo gradiva v zvezi z objavo v reviji *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 has it been sent for publication. The author has to point out the distinctions between the both manuscripts, e.g. in the scope of the manuscript, new information or new data, new sources. It is for the editorial board to decide whether the manuscript is suitable for publication. If the author repeats some of the findings already publicised in some other manuscript, it is only fair to the other publisher to state in the footnote that he/she has already discussed the issue and where the arguments could be found. The same goes *vice versa*, i.e. if the same arguments, already published in *The Jurist*, are used in another manuscript, it has to be stated that the matter has already been discussed in *The Jurist* and in which issue. If the manuscript has been prepared on the basis of another text, i.e. a text prepared for another purpose (doctoral thesis, master's thesis, research etc.), this fact has to be pointed out in footnote 1 of the manuscript.

2.

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

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

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

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

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

3.

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

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

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

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

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

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

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

4.

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

5.

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

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

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

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

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

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

Example: *Ibidem*.

Example: *Ibidem*, p. 56.

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

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

6.

Full bibliographical information should comprise:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

—— 7.

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

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

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

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

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

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

—— 8.

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

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

—— 9.

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

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

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

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

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

UPUTE ZA AUTORE*

1.

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

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

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

2.

Radovi moraju biti poslani putem 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, odvjetničke vježbenice u Odvjetničkom društvu Rojs, Peljhan, Prelesnik & partneri o.p., d.o.o., Ljubljana.

Primjer: **Janez Novak**, sveučilišni diplomirani pravnik, doktor upravnih zna-
nosti, savjetnik uprave, Ius, d. d., Ljubljana.

3.

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

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

Autor može, ako želi, pripremiti i duži sažetak na engleskom ili njemačkom jeziku, koji će biti objavljen nakon članka na slovenskom jeziku. Time će postići jednostavnije širenje ideja djela među inozemnim čitateljima.

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

4.

Opseg djela zavisi od teme koju autor obrađuje, ali pritom je potrebno poštivati temeljnu sadržajnu osnovu revije koja bi trebala pokrivati što više pravnih područja. U rubrici Članci radovi trebaju imati maksimalan opseg od dvije autor-ske 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 bi-

lješkama (ispod crte) navodi se samo prvo slovo imena i prezime s napomenom „nav. rad“ i stranom upotrijebljenog izvora.

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

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

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

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

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

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

— 6.

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

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

— 7.

Potpuni bibliografski podaci obuhvaćaju:

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

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

- **kod zbirke članaka i poglavlja u knjigama:** osim pisca članka i naslova te strana opsega citiranog članka odnosno poglavlja i naslov zbirke odnosno knjige te imena i prezimena autora odnosno potencijalnih redaktora, s oznakom, ako su redaktori ili urednici (ur.).

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

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

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

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

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

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

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

8.

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

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

Ako službena skraćenica naziva ne postoji, skraćenicu odabire pisac.

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

Istovremeno se u **bilješki 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