

številka 11-12/2013

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Pravnik letnik 68 (130)

Ljubljana 2013
letnik 68 (130)
številka 11-12
strani 775–942

izdaja
Zveza društev pravnikov Slovenije

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik **68** (130)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka **11-12/2013**

Slovenski pravnik je prvič izšel leta 1862 (izdajatelj dr. J. R. Razlag), v letih 1870–1872 so izšli trije letniki revije *Pravnik slovenski* (izdajatelj dr. J. R. Razlag). Leta 1881 je kot 1. letnik izšla revija *Slovenski pravnik* in nato še leta 1882 in 1883 (izdajatelj dr. Alfons Mosche). Leta 1888 je izšel 4. letnik revije (izdajatelj društvo 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:

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

Pravnik

Izdajatelj in založnik: **Zveza društev pravnikov Slovenije**

Naslov: **Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana**

Tisk: **Grafika Soča, d. o. o., Nova Gorica**

Naklada: **560 izvodov**

Izide 12 števil na leto.

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

Naročila

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

Letna naročnina (cene z DDV):

- za pravne osebe 80,02 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za posameznike 60,05 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

- | | |
|-----------------------------|--|
| Janez Kranjc | Ozadje Jugoslovanske velike noči – 779
<i>On the Backgrounds of the “Yugoslav Easter”</i>
(daljši povzetek v angleščini) – 812 |
| Erik Kerševan | Odškodninska odgovornost za odločanje
v upravnem postopku – 815 |
| Maša Hribar | Vnaprejšnja dokazna ocena v slovenskem
kazenskem postopku – 835
<i>Anticipated Evaluation of Evidence in the Slovenian
Criminal Procedure</i> (daljši povzetek v angleščini) – 858 |
| Simona Drenik | Mednarodno sodstvo: <i>bric-à-brac</i> ali sistem? – 867 |
| Nina Scortegagna
Kavčnik | Dedna pogodba – 903 |

Avtorski sinopsisi – 933

Navodila za avtorje – 943

CONTENTS

Articles

- | | |
|-----------------------------|---|
| Janez Kranjc | On the Backgrounds of the “Yugoslav Easter” – 779
<i>Longer Summary in English</i> – 812 |
| Erik Kerševan | Tort Liability for Administrative Decision-Making – 815 |
| Maša Hribar | Anticipated Evaluation of Evidence in the Slovenian
Criminal Procedure – 835
<i>Longer Summary in English</i> – 858 |
| Simona Drenik | International Judiciary: Bric-à-Brac or a System? – 867 |
| Nina Scortegagna
Kavčnik | Contract of Inheritance – 903 |

Authors' Synopses – 933

Guidelines for Authors – 947

OZADJE JUGOSLOVANSKE VELIKE NOČI

Janez Kranjc,

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

1. JUŽNOSLOVANSKE SANJE

Lansko leto nas je GV Založba prijetno presenetila z objavo knjige, ki po svoji vsebini ni pravniška, vendar bi jo veljalo priporočiti v branje vsakemu razmišljujočemu in družbeno kritičnemu pravniku. Gre za knjigo zgodovinarja in diplomata Andreja Rahtena *Jugoslovanska velika noč – slovenski pogledi na balkanski vojni (1912–13) in jugoslovansko vprašanje*.¹

Knjiga prikazuje odzive slovenskih in nemškonacionalnih avstrijskih politikov ter medijev na t. i. južnoslovansko vprašanje v luči bosenske krize in balkanskih vojn. Avtor je poskušal iz obsežnega arhivskega gradiva in literature sestaviti mozaik različnih pogledov na dogajanje na Balkanu in na vprašanje, ali naj Slovenci svojo prihodnost iščejo znotraj monarhije ali v povezavi z južnimi Slovani v novi državni tvorbi. Nasprotovanje ogrskih in nemškonacionalnih krogov avtonomiji slovanskega prebivalstva v monarhiji je hromilo avstrijsko politiko pri iskanju rešitve, ki bi bila sprejemljiva za slovansko prebivalstvo. Verjetno je bil to eden od vzrokov, da so začeli južni Slovani razmišljati o možnosti rešitve svojih problemov zunaj monarhije. Vojaški uspehi »slovanskih bratov« v prvi balkanski vojni so okrepili slovensko narodno samozavest. Tradicionalna slovenska zvestoba do dinastije se je začela krhati, pogledi pa so se začeli vse bolj odkrito obračati k Srbiji, v kateri so mnogi videli »naš Pijemont«, kot se je spomladi 1913 v avdienci pri vodilnem srbskem državniku Nikoli Pašiću izrazil Ivan Hribar. Prosil ga je, da naj poslej ne dela več samo srbske politike, »temveč jugoslovansko«.²

¹ Andrej Rahten: *Jugoslovanska velika noč – slovenski pogledi na balkanski vojni (1912–13) in jugoslovansko vprašanje*. GV Založba, Ljubljana 2012, 282 strani.

² Prav tam, str. 231.

Zanimivo je, da je bilo prosrbsko navdušenje med slovenskimi politikami kljub siceršnjim nasprotovanjem in razdorom splošno ter se ni omejevalo le na en političen pol. Med najvidnejšimi slovenskimi politikami je bil določena izjema le deželni glavar in vodja vseslovenske ljudske stranke Ivan Šusteršič, ki pa so ga ostali strankarski prvaki, zlasti Janez Evangelist Krek povsem preglasili.

Prosrbsko stališče večine slovenskih politikov in medijev je bilo nekritično. Tako je katoliški *Slovenec* novembra istega leta v zvezi z divjanjem srbske vojske med kosovskimi Albanci zapisal:

»Mohamedanski Albanci so najhujše zveri, kar jih je človeška mati kdaj rodila. [...] Kar pa so Albanci počeli v tej vojni, pa je tako nezaslišano, da se je le čuditi, da srbska armada v razumljivem srdu teh beštij ni od prve do zadnje iztrebila.«

Res nenavadno je, da so ljudje, ki so se pritoževali nad bistveno manjšimi krivicami, tako zlahka sprejeli idejo kolektivne krivde in pobijanje civilnega prebivalstva!

V Rahtenovi knjigi je vrsta podobnih navedkov, ki prikazujejo stanje duha v času balkanskih vojn med slovenskimi, nemškonacionalnimi in drugimi politikami, bolj ali manj uspešna prizadevanja avstrijske vlade, mešetarjenje velesil in pretkano taktiziranje Italije in Črne gore. Bolj kot zelo nenavadna stališča različnih politikov in razumnikov presenečajo stereotipi in idealiziranje, ki ga tudi kot posledico zmag slovanskega orožja v balkanski vojni srečamo pri najvišjih in najbolj prominentnih slovenskih politikih. Tako je Janez Evangelist Krek dejal:

»Povsod, koder tečejo naše reke, povsod tam se je naselil tudi naš narod. Treba nam je kar iti za Savo in Dravo naprej proti vzhodu in povsod bomo našli rod, ki se našemu srcu v posebni meri prilega. Naše reke pa tečejo proti Beogradu in Črnemu morju, nobena reka pa ne teče npr. proti Dunaju. Ob naši Savi od Triglava do Črnega morja biva isti narod kakor mi, narod, med katerim se čutimo bolj domače nego kjerkoli drugod na svetu.«³

Ideja, da bi rešitev slovenskega narodnega vprašanja iskali v povezavi z balkanskimi narodi,⁴ ni bila omejena na en sam politični tabor. Zastopali so jo predstavniki vseh političnih smeri. Razlika je bila le v tem, ali naj bi se Slovenci po-

³ Navedek po A. Rahten, nav. delo, str. 177.

⁴ Zanimiv in podroben pregled razvoja jugoslovanske ideje v slovenski politiki v času od sredine 19. stoletja do prve svetovne vojne daje disertacija Легенькова, Елена Александровна, Югославянская идея в контексте словенской национальной политики. Словенско-хорватское сближение (60-е годы XIX в – 1914 г.), Москва 2002. Posebno poglavje (§ 4) je posvečeno razvoju jugoslovanske ideje v času balkanskih vojn.

vezali z vsemi južnimi Slovani ali le s Hrvati. Ideolog slovenskega katoliškega gibanja Aleš Ušeničnik je leta 1913 ugotavljal, da imajo Slovenci le dve možnosti: ali Nemci ali Hrvati. Asimilacija s Hrvati bi bila zaradi istega plemena bolj naravna, saj bi s tem »svoje narodnosti ne žrtvovali, ampak bi svojo narodnost šele dobili«. To naj bi bilo po njegovem potrebno, ker so »Slovenci sami za uspešno tekmo z Germani preslabotni«. ⁵ V smislu slovensko-hrvaškega povezovanja je predsednik pripravljalnega odbora skupnega, slovensko-hrvaškega katoliškega shoda v Ljubljani Josip Gruden avgusta 1913 goste pozdravil z besedami, da niso gostje, ker so »prišli semkaj na svojo zemljo, med svoj narod«. ⁶ Katoliški časopis *Slovenec* je istega leta ugotovil:

»Živela združena velika Hrvaška! Razširila se je v tem trenutku slovenska domovina daleč preko dosedanjih mej ob obali Jadranskega morja in daleč notri v Balkan. In razširila se je hrvaška domovina preko vseh slovenskih dežel gori v koroške hribe in do najsevernejše slovensko-nemške jezikovne meje na Štajerskem.« ⁷

V znameniti anketi kulturne revije *Veda*, ki je 32 južnoslovanskih razumnikov med drugim vprašala, ali so za to, da bi Slovenci opustili svoj jezik, se je šest slovenskih razumnikov izreklo za to možnost, med njimi predsednik Slovenske matice Fran Ilešič in Ivan Hribar.

Med slovenskimi politiki in izobraženci so bili le redki, ki so imeli pomisleke proti ideji, da bi se Slovenci odpovedali svojemu jeziku in se zlili z ostalimi južnimi Slovani v enoten narod. Svetli izjemi v tem pogledu sta bila Ivan Cankar in Mihajlo Rostohar. V pogovoru z Izidorjem Cankarjem je Ivan Cankar leta 1912 dejal:

»Ilešič je res škodljivec, zlasti s svojim delovanjem v Matici, ki jo je zapeljal v ilirski gnoj. Slovenska matica, ki je imela biti naš prvi knjižni zavod, je postala z njim ilirska agentura. [...] Izvirek tega rogovilastega ilirizma je nepoznanje naroda, malovernost ljubezni ter tista strahopetnost: Kaj bo z nami. Tista strahopetnost, ki škili na jugoslovansko teto in češkega strica, namesto da bi pogledala v zdravo srce naroda. Če smo se držali v klavrnosti petnajst sto let, se bomo držali še sedaj, ko smo kulturni. Nase se zanesimo, to je vse!« ⁸

Cankarjevo nasprotovanje jezikovnemu zlitju z južnoslovanskimi jeziki, ki je prišlo do izraza tudi na znamenitem predavanju v ljubljanskem Mestnem

⁵ Navedek po A. Rahten, nav. delo, str. 178.

⁶ Prav tam, str. 179.

⁷ *Slovenec*, 21. september 1912. Navedek po A. Rahten, nav. delo, str. 85.

⁸ Navedek po A. Rahten, nav. delo, str. 184.

domu aprila 1913, sta ostro napadla tako katoliški *Slovenec* kot tudi liberalni *Slovenski narod*.

Mihajlo Rostohar je opozarjal na to, da »ideal jugoslovanskih romantikov« o eni krvi Srbov, Hrvatov in Slovencev nima nobene znanstvene podlage in da je »s stališča individualnosti popolnoma vseeno, če se Slovenci pohrvatijo ali ponemčijo ali poitalijančijo, kajti v vsakem slučaju izginejo«. Po njegovem ilirizem »za Slovence ne pomeni nič drugega, kakor naroden samomor«, ki je posledica »skrajnega narodnega pesimizma«. Rostohar se je bal velikosrbskih teženj in se je zato zavzemal za »svobodno združeno Slovenijo v okviru Avstrije«. V južnoslovanski državi pod srbsko prevlado bi lahko prišlo »do enakega razmerja med Slovenci in Srbi, kakršno je danes med katoliškimi Poljaki in pravoslavnimi Rusi«.⁹

To stvarno gledanje ni imelo posebnega vpliva na stališča slovenskih politikov in razumnikov. Njihov naivni idealizem je bil verjetno tudi posledica tega, da niso poznali dejanskih razmer na Balkanu, tako kot na Balkanu niso kaj prida vedeli o Slovencih. Lep dokaz za to je prigoda dveh navdušenih »Jugoslovancev« iz vrst preporodovcev, ki sta poleti 1912 dobila avdienco pri Pašiću. Ta ju je pozdravil: »Vas dvojica ste Slovaci, studenti.« Na odgovor, da sta Slovence, je Pašić zamahnil z roko in dejal: »Pa jest, znam ja to, Slovaci, Slovenci ...«¹⁰ Očitno se Pašić, ki je bil sogovornik velesil, ni ukvarjal s podrobnostmi.

Ideja južnoslovanskega bratstva je bila, kot se je pokazalo pozneje, velika iluzija. Del te iluzije je bila tudi vera nekaterih slovenskih razumnikov v poslanstvo Slovencev na Balkanu. Slovenci naj bi bili, kot je zapisal *Slovenski narod*, »dober kvas, dober ferment v Jugoslovanstvu, noseč zapadno kulturo doli na slovanski jug«.¹¹ V istem duhu je Juš Kozak zapisal:

»Ker je jugoslovanska rasa še najmlajša in najbolj zdrava izmed vseh slovanskih, bo naš narod s svojim preporodom stopil v krog onih narodov, ki bodo ustvarili bodoče slovanstvo, njegovo kulturo, njegovo moč.«¹²

Bati se je, da tudi sodobne ideje o tem, kako bomo Slovenci pomagali balkanskim narodom na pot evropeizacije in napredka, nimajo veliko več substance.

Romantične predstave o slovanskem bratstvu so imele vsaj dve praktični ozadji. Po eni strani jih je spodbujal strah pred agresivnim nemškim nacionalizmom, po drugi strani pa jih je krepil občutek nemoči in brezizhodnosti spričo

⁹ Prav tam, str. 181.

¹⁰ Prav tam, str. 146.

¹¹ Prav tam, str. 36.

¹² Prav tam, str. 146.

počasnega reševanja temeljnih zahtev Slovencev v monarhiji, ki so bile zajete v programu Zedinjene Slovenije ter so se v glavnem sukale okrog jezikovne enakopravnosti in združitve slovenskega prebivalstva v isti upravno-teritorialni enoti. Zaradi tega občutka, katerega dejanske utemeljenosti ni nihče kritično preverjal, se je širilo navdušenje nad tistimi, ki so monarhiji nasprotovali, in prepričanje, da je to slaba in krivična država, v kateri za Slovence ni prihodnosti. Zato se je zdelo logično, da je treba poiskati rešitev v povezavi s Slovani zunaj monarhije. Romantično idealiziranje je dobilo tak zagon zaradi nevednosti in nepoznavanja (ali nepriznavanja) dejanskih razmer. Zagovorniki južnoslovanske prihodnosti za Slovence so na primer povsem prezrli kulturne razlike, pa tudi dejstvo, da je bila habsburška monarhija veliko bolj pravna država, z več svoboščinami in bistveno višjo kulturo kot na primer Srbija, v kateri so mnogi videli trajno rešitev svojih težav.

Vendar pa je imelo idealiziranje južnoslovanskega bratstva tudi povsem pragmatično politično ozadje. Z njim so hoteli slovenski politiki vplivati na notranjo politiko habsburške monarhije. To lepo ponazarja članek, ki ga je oktobra 1912 objavil katoliški časopis *Slovenec*. V njem je med drugim rečeno »da bi Avstrija, katera bi se zdaj postavila na pot osnutju zgodovinske Velike Bolgarije in Velike Srbije, ki bi hotela preprečiti končno zmago krščanstva nad izlamom – do skrajnosti razburila svoje Slované, da bi s tem popolnoma odbila od sebe zlasti svoje Jugoslovane«.

In čeprav lahko verjamemo, da so nekateri politiki, kot npr. Ivan Hribar, verjeli v panslovanske ideje, je treba, kot smo že dejali, vsaj del razlogov za neracionalno naivnost slovenskih politikov iskati v konkretnih političnih razmerah v monarhiji.

Pri uveljavljanju svojih pravic so se Slovenci v času monarhije ves čas srečevali z nasprotovanjem nemškonacionalnih krogov. Ti so proti Slovincem pogosto nastopali ponižujoče in s pozicije večvrednosti. Slovenski razumniki, ki so se soočali s takšnimi diskvalifikacijami, so videli v nemškem nacionalizmu najhujšo obliko nacionalizma. Zato so se bali povezovanja avstrijskih Nemcev z Nemci zunaj Avstrije, kar bi moč nemškega nacionalizma še povečalo.¹³ Slovenski politiki in razumniki so vedeli, da je zaradi majhnega števila Slovencev in razdrobljenosti med šest dežel njihova politična teža neznatna. Da bi se ta teža v monarhiji povečala, so iskali (resnične ali namišljene) zaveznike zunaj nemških krogov. Za ta namen so bili najbolj pri roki južnoslovanski prebivalci

¹³ V tem smislu se je tč. 3. programa Zedinjene Slovenije glasila: »Da bode naša Slovenija obstojni del Austrijanskega ne nemškega cesarstva. Mi nočemo, da bi bila naša dežela pri nemškemu zboru namestvana, le tiste postave nas bodo vezale, ktere nam bode Cesar z našimi poročniki dal.«

monarhije in Čehi. Že na prvi pogled naivno govorjenje o južnoslovanskem bratstvu, ki vrh tega ni imelo nobene dejanske podlage, jim je vzbujalo občutek moči in števila,¹⁴ ki bi se lahko uspešno postavilo po robu nemškemu nacionalizmu.

Govorjenje o povezavi z južnimi Slovani in predvsem s Srbi zunaj monarhije je bilo v političnem smislu provokacija, katere namen je bil pri oblasteh izsiliti koncesije in nove pravice. Odkrito in neverjetno složno »navijanje« za Srbe v balkanski vojni to morda še najbolj dokazuje. Pri tem verjetno ne more biti dvoma, da so, kot lahko povzamemo iz navedkov v Rahtenovi knjigi, zlasti nekateri študentje in mlajši izobraženci tudi dejansko verjeli v idealistično zasnovane sanje o južnoslovanskem bratstvu, o poklicanosti Srbov, da vodijo južne Slované, itd. Slovenski nacionalizem tega časa je bil zanimiva mešanica med samopomilovanjem, željo po samožrtvovanju in idealiziranjem drugih. Žal to zmes vedno znova srečujemo v slovenski politiki, nazadnje morda v predlogu, da naj se samostojna Slovenija enostransko odpove oboroženim silam in s tem da dober zgled drugim, ali pa da naj zapusti Evropsko unijo in se poda na pot iskanja ekološkega socializma.

Ko ne bi bile balkanske vojne, ki so – vsaj prva – povzročile tak razcvet proslovanskih čustev med slovenskimi razumniki in politiki, le uvod v prvo svetovno vojno in s tem v razpad Avstro-Ogrske, bi se vse skupaj verjetno končalo precej drugače. Verjetno bi idealistično prosrbstvo do določene mere delovalo kot argument v političnem boju za uveljavljanje pravic Slovencev v monarhiji. Najbrž bi prišlo do neke vrste teritorialne povezave južnih Slovanov znotraj monarhije. Ta bi po vsej verjetnosti prej poslabšala kot izboljšala položaj Slovencev. Skupne probleme bi morali namreč reševati neposredno znotraj nove teritorialne enote. Ker ne bi bilo več mogoče za vse kriviti Dunaja, bi se v boju interesov kmalu pokazale dejanske pomanjkljivosti južnoslovanskega bratstva, ki so prišle do polnega izraza tako v prvi kot tudi v drugi Jugoslaviji in vojnah, ki so sledile njenemu razpadu.

Prva svetovna vojna in razpad avstrijske monarhije sta zato dokončno napravila konec tovrstnemu taktiziranju slovenskih politikov. S svojo idealistično retoriko in nerealnimi pričakovanji so se nenadoma znašli na popolni čistini, na kateri jih je čakala spretna in pragmatična srbska politika. Ker je bila njihova politika preteklih let v veliki meri zgrajena na ideji, da je mogoče probleme slovenskega naroda rešiti le v povezavi z južnoslovanskimi narodi, so bila njihova pogajalska izhodišča zelo omejena. Idealistično prosrbstvo, ki bi verjetno lahko do določene mere delovalo kot argument v političnem boju za uveljavljanje

¹⁴ V tem smislu je treba razumeti tudi znano črnogorsko modrost: »Nas i Rusa dvesto milijuna«, ki ima včasih nadaljevanje »a nas bez Rusa, pola kamiona«.

pravic Slovencev v monarhiji, je bilo nenadoma soočeno s povsem drugačno stvarnostjo v obliki povsem konkretnih interesov. V soočenju z realno srbsko politiko so bili slovenski politiki v veliki meri talci lastnih pretirano prosrbskih stališč iz preteklosti, ki so se v dejanskem stiku s srbsko politiko izkazala za zgrešena in škodljiva za nadaljnji razvoj slovenskega naroda.

V želji, da Slovenci čim prej zapustijo Avstrijo in se tako dokončno izognejo germanizaciji in nemškemu nacionalizmu, slovenska politika ni izoblikovala nobene druge ideje, nobenega rezervnega scenarija. V tem pogledu je bila uglašena med obema političnima poloma brez dvoma škodljiva, saj sta se oba oklepala v bistvu iste ideje. Tako slovenski politiki po koncu prve svetovne vojne niso imeli nobene druge izbire kot Jugoslavijo. In čeprav so verjetno mnogi slovenski politiki iskreno verjeli v južnoslovansko bratstvo, je bila izkušnja prve Jugoslavije verjetno dokaj boleča. Pravne države in reda vajeni Slovenci so se znašli v povsem drugačnem kulturnem okolju. Spoznali so, da pravna država ni nekaj samoumevnega, in da poleg nemškega obstajajo tudi drugi, nič manj neprijetni nacionalizmi in hegemonizmi. Tega so se nekateri zavedali že pred prvo svetovno vojno. Pisatelj Ivo Šorli, ki je živel med Hrvati v Pulju, je o tem leta 1912 zapisal, da približevanje med Slovenci in Hrvati nima smisla, »ker nas noben zaveden Hrvat kot Slovencev noče. Za take Slovence-Kranjce, se noben inteligenčen Hrvat ne zanima in nima tudi nobenih simpatij za nas. Večjega prezira naše kulture nisem našel niti v srcu Nemca ali Italijana, in kar je na vrhu tega omalovaževanja, je – fraza ...«¹⁵ Čeprav bi bilo narobe, ko bi tako gledanje posplošili na vse Hrvate, je poznejši razvoj dogodkov pokazal, da sta obstajala konkretni hrvaški in srbski nacionalizem, ki sta kljub morda drugačni retoriki videla le lastne interese.

In če je Slovincem pri uveljavljanju njihovih pravic na neki način ponagajala prva svetovna vojna, jih je druga svetovna vojna v bistvu rešila pred nadaljnjim zlivanjem treh južnoslovanskih plemen v en narod in jezik¹⁶ ter s tem pred izgubo narodne samobitnosti. In čeprav slovensko narodno vprašanje tudi v drugi Jugoslaviji ni bilo rešeno optimalno, se je slovenski narod kot tak lahko obdržal in razvijal. Ko je prišlo do napada na njegov obstoj, se je odločil za edino realno opcijo, za samostojnost, o kateri si slovenski politiki v času monarhije niso upali niti razmišljati.

¹⁵ Navedek po A. Rahten, nav. delo, str. 183.

¹⁶ Obe ustavi prve Jugoslavije sta v 3. členu kot uradni jezik kraljevine določali srbsko-hrvatsko-slovenski. Gl. Ustav kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, Službene Novine kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, 28. junija 1921, št. 142A, Ustava Kraljevine Srbov, Hrvatov in Slovencev, Uradni list deželne vlade za Slovenijo, 27. julij 1921, št. 233/87 in Službene novine kraljevine Jugoslavije, z dne 3. septembra 1931, št. 200 in pril. z dne 9. septembra 1931, št. 207/LXVI-427. Uradni slovenski prevod je bil objavljen v Službenem listu kraljevske banske uprave Dravske banovine št. 338/53 iz leta 1931.

Žal pa se naivnost in čustveni pristop nadaljujeta tudi v razmerju do Evropske unije in drugih povezav, v katere smo se kot samostojna država vključili. Nad njimi smo bodisi navdušeni ali ogorčeni. Ta odnos, ki navadno ne temelji na dejstvih, je v veliki meri odraz notranjepolitičnih nasprotij, ki žal pretirano obvladujejo politične odločitve naše elite. Namesto da bi se odzivala na dejanske razmere, sledi vnaprejšnjim političnim opredelitvam, ki jih v glavnem porajajo notranjepolitična nasprotja. Ta pristop onemogoča oblikovanje jasno opredeljenih prioritet in strategije nadaljnjega razvoja naše države.

Ob tem naše elite predvsem pozabljajo, da nas v mednarodni politiki nihče nima a priori rad, marveč nam je naklonjen le toliko, kolikor se to sklada z njegovimi interesi. Verjetno je modrost politikov majhnih držav prav v tem, da znajo izrabiti interese velikih v lastno korist in si pridobiti zaveznitva, ki lahko v čim večji meri izničijo njihovo majhnost in nepomembnost. Da lahko to dosežejo, morajo predvsem vedeti, kaj so resnični interesi njihovih držav. Pri njihovem uveljavljanju morajo biti realisti – tako v zmožnosti dojemanja dejanske stvarnosti kot tudi v zmožnosti prilagajati dolgoročne interese svoje države nenehno spreminjajočim se razmeram.

2. RAZVOJ JEZIKOVNE ENAKOPRAVNOSTI V HABSBURŠKI MONARHIJI

Naivno gledanje slovenskih politikov in razumnikov v času donavske monarhije je bilo, kot smo že ugotovili, v določenem obsegu rezultat prizadevanja, da bi z zaveznitvi povečali svojo težo in s tem možnost pritiska na oblasti pri reševanju problemov, ki so zavirali razvoj slovenskega naroda. Med njimi je bilo na prvem mestu vprašanje jezikovne enakopravnosti oziroma položaja slovenskega jezika.

Slovenski jezik je temeljna prvina slovenske narodne identitete. Uveljavljanje jezikovnih pravic se je zato vedno štelo za ključno vprašanje obstoja slovenskega naroda.

Pojem slovenskega naroda se je izoblikoval v krogu prosvetnega izobraženstva na začetku 19. stoletja.¹⁷ Jezikovna zavest je postopoma preraščala v narodno zavest, ki je izpodrivala lokalno identiteto.¹⁸ Precejšen zagon je to gibanje do-

¹⁷ Bogo Grafenauer: *Zgodovina Slovencev*. Ljubljana 1979, str. 387. Gl. tudi povzetek Slomškove pridige, ki jo je imel 4. junija 1838 v Možberku, v: *Slovenska kronika XIX. stoletja, 1800–1860*. Ljubljana 2005, str. 229 in nasl. Slomšek je v pridigi poudarjal pomen slovenskega jezika in njegove uporabe.

¹⁸ Splošno o tem Ferdo Gestrin in Vasilij Melik: *Zgodovina Slovencev*. Cankarjeva založba, Ljubljana 1979, str. 408 in nasl. ter 437 in nasl.

bilo v času Ilirskih provinc. Razlogov za to je bilo več. Pretežni del slovenskega narodnega telesa se je za nekaj let znašel v isti državni tvorbi, Marmontova reforma šolskega sistema¹⁹ je uvedla redni pouk v osnovnih šolah v slovenskem jeziku, ustanovila univerzo v Ljubljani, ki je bila v tem času glavno mesto strateško pomembne pokrajine. Predvsem med izobraženci so se pospešeno širile liberalne ideje. Kljub težavam, povezanim s francosko upravo, se je v deželi čutil nov duh²⁰ in zlasti med izobraženci se je krepila narodna zavest.

Zanimivo pri tem je, da izraz *slovenski* oziroma *Slovenija* ni obstajal kot enoten pojem, marveč so ga v začetku 19. stoletja različni ljudje razlagali dokaj različno. Pojem slovenskega jezika se je v veliki meri izkristaliziral v času Ilirskih provinc. Prvotni francoski načrt reorganizacije šolstva je namreč za pouk v osnovnih šolah in nižjih gimnazijah predvideval poučevanje v deželni, »ilirskem« jeziku. Zoisovemu krogu, predvsem jezikoslovcu Jerneju Kopitarju in pesniku Valentinu Vodniku je ob tem takratne oblasti uspelo poučiti, da je jezik prebivalcev, ki so poseljevali danes slovenski del ozemlja Ilirskih provinc, pravzaprav slovenščina. Ob tem izraz slovenščina, čeprav so ga uporabljali različni pisci, kot rečeno, ni imel enotnega pomena. Neredko je pomenil *slovan-ski*. Tako npr. Kopitar v svoji »Slovnici slovanskega jezika na Kranjskem, Koroškem in Štajerskem«²¹ ne uporablja izraza *slovenščina*, marveč govori (str. XX) o (kajkavski) hrvaščini in slovenščini kot jeziku, ki ga govorijo na Kranjskem, Štajerskem in Koroškem (nem. Kroatisch mit dem Windischen in Krain, Steyermark und Kärnten).

¹⁹ Gl. Arrêté relatif à l'Organisation de l'Instruction publique, Télégraphe Officiel, Trimestre I, N. 3, 10 Octobre 1810.

²⁰ To je poudarjal tudi Vodnik v svoji Iliriji oživljeni, ki jo je 6. oktobra 1810 objavil Télégraphe Officiel, Trimestre I, N. 2: »Duh stopa v' Slovénze / NAPOLEONOV. / En sarod poganja / Prerojen ves nov«. Zanimivo je, da Vodnik uporablja izraz Slovenec za vse Slovane Ilirskih provinc. Morda je bil ta novi duh glavni razlog za idealiziranje francoske uprave, ki se je uveljavilo predvsem med slovenskimi izobraženci. V zvezi s tem gl. npr. Ivan Prijatelj: Slovenščina pod Napoleonom, v: Veda 1, 1911, str. 599 in nasl.: »Zagospodoval je visoko kulturni narod nad ljudstvom, živečim skoraj v nekulturni temoti, in je postavil za podlago krajevnega šolstva, kateremu je tvorila glavo pariška univerza, – jezik tega malone barbarskega naroda. Kakor pod čarovnikovo palico so oživele roke otrpnelega narodnega telesa in »delo je kipelo«. Slovenci niso imeli niti samoslovenskega abecednika pred Francozi, sedaj so dobili samoslovensko slovnico, katere razlaga se je prednašala z gimnazijskega katedra.« Ivan Tominec je v zborniku Napoleon in Ilirija, Izdal odbor za proslavo 120 letnice Ilirije oživljene, 1929, str. 26, med drugim zapisal: »Francozom, ki so zavzeli naše pokrajine, ni bilo do tega, da nas raznarode, temveč da dvignejo v nas zavest naše samobitnosti. Ker je francoska uprava upoštevala faktične razmere in se jim skušala prilagoditi, je bila upravičena nada slovenskih kulturnih mož tedanje dobe, da čaka Slovenec v novi državi lepša bodočnost.«

²¹ Grammatik der Slavischen Sprache in Krain, Kärnten und Steyermark, Laibach bey Wilhelm Heinrich Kota, 1808.

Tudi izraz *Slovenec* ni imel enotnega pomena. Uporabljal ga je, čeprav ne vedno, Valentin Vodnik. Sicer je v »dramilu« svojim rojakom²² še zapisal »*Krajnz, tvoja deshela je sdrava*«, vendar je na koncu predgovora k svojim »Pesmim za brambovce« leta 1809 že pozval:

»Pojite tedaj, lubi Slovenzi, te pesmi, vnémajte se s' petjam k pravimu junashtvu, k brambi nashiga svetiga Zesarstva; kar dopolnit nam Bog vezhni pomagaj!«²³

Izraz *Slovenci* je uporabil tudi v Iliriji oživljeni. Kljub temu bi težko rekli, da je šlo pri tem za zavesten razvoj od lokalnega (*Krajnc*) k splošnemu poimenovanju (*Slovenec*).

Izraza *slovenski* in *Slovenzi* je verjetno prvi dosledno uporabljal Janez Nepomuk Primic, ki je leta 1812 postal prvi profesor na novo ustanovljene stolice za slovenski jezik na liceju v Gradcu.²⁴ Kljub temu bi težko verjeli, da je že v predmarčnem času občutek pripadnosti slovenskemu narodu prevladal nad lokalno identiteto pripadnosti posamezni deželi.

Zanimivo je, da v tem pogledu tudi Prešeren ni bil dosleden. Izraze *Kranj*, *Kranjc*, *kranjski*, *kranjš'na*, *Slovenec*, *slovens'na* in *slovenski* je uporabljal nedosledno in pogosto kot sinonime, glede na potrebe rime in metruma. Tipičen primer take uporabe je njegova pesem *Nova pisarija*.²⁵ Tudi v *Sonetnem vencu*

²² Velika pratika ali kalender sa tu leitu 1795 ali MD.DCC.XC.V. Stiskan per Jan. Fridr. Egerju. V' Lublani. Se najde per Wilhel. Heinrihu Kornu. Pratika nima oznak strani.

²³ Pesmi sa Brámbovze, 1809. Brez navedbe kraja izida, str. 6.

²⁴ Stolico so verjetno ustanovili kot protiutež koncesijam, ki so jih Francozi dajali slovenskemu jeziku v Ilirskih provincah. Žal je Primic predaval le tri semestre, ker je jeseni 1813 duševno zbolel. V zvezi z uporabo izrazov »slovenski« in »Slovenec« gl. njegova dela: Abezeda sa Šlovénze katéri se hózhejo Šlovénsko brati nauzhiti, V' Gradzu natisnjena ino se najde per Aloisiju Tushu 1812; Némshko-slovénske branja v' katérih se snajdejo rasne pravlice, basnje ali fabule v' svésanim ino prostim govóru, pogóvori, pripovisti véstniga sadershánja, pésmi, vgánke, kratek obras histórije starih Slovánov, prigóvori, mnogitére koristne vade v'govorjénju, ino sgodbe svéte na kratkim, V' Némshkim Gradzu v' salógi napródaj pri Joséfi Milerzi, 1813; Novi némshko-slovénshki bukvar, al A. B. C. otrokon léhko sastoplen = Neues Slovenisch-Deutsches der Fassungskraft der Kinder angemessenes A. B. C. welches auserlesene, leichte und belehrende Aufgaben, Erzählungen und Unterhaltungen enthält, Grätz, im Verlag bey Josepha Miller, 1814. Več o Janezu Nepomuku Primicu: J. Polec, Janez Nepomuk Primic, Slovenski biografski leksikon. Druga knjiga, Maas – Qualle. Uredila France Kidrič in Franc Ksaver Lukman, v Ljubljani 1933–1952, str. 579 in nasl., J. Šumrada, *Janez Nepomuk Primic und die Gründung der slowenischen Lehrkanzel am Grazer Lyceum 1811*, v: *Anzeiger für slavische Philologie*, Band XXX, Herausgegeben von Wolfgang Eismann und Klaus Trost, Graz 2002, str. 7 in nasl.

²⁵ Gl. npr.: »... De zděj – ko že na Kranjskem vsak pisari ... kako in kaj ušec se Kranjcam poje ... De kranjšina zaklad ti svoj odklene ... lahkó boš v kozji rog ugnal Slovence ... Slovensko ljuljko bomo rešetalí, ... in iz novink Slovenec v Koratani, / ne bo razumel

najdemo v istem sonetu oba izraza v brez dvoma enakem pomenu.²⁶ Zdi se, da je ponekod izraz *Slovenec* uporabljal tudi v širšem pomenu Slovanov.²⁷ In čeprav pri Prešernu morda že prevladujeta izraza *Slovenec* in *slovenski*, je očitno, da v njegovem času še nista bila izključni oznaki za pripadnost slovenskemu narodu in jeziku, kot je to danes. Vprašljivo pa ni bilo le poimenovanje, temveč tudi raven samega jezika, ki predvsem ni imel strokovnega izrazja. Slovenski jezik v Prešernovem času ni bil razvit do stopnje, ki bi omogočala uresničitev vseh jezikovnih pravic, pridobljenih z marčno revolucijo.

Proces oblikovanja narodne identitete, ki bi nadomestila lokalno, je potekal počasi. Pomembna prvina tega procesa je bilo oblikovanje enotnega jezika ter njegovo uveljavljanje v uradih in šolah.

Eden od pogojev za to je bila povezava slovenskega prebivalstva znotraj ene same upravno-teritorialne enote. Oblikovanje take možnosti je postalo ena od bistvenih zahtev programov Zedinjene Slovenije, ki so se pojavili v revolucionarnem letu 1848.²⁸ Ob tem se je pojavila tudi zahteva po povezavi Slovencev z drugimi južnoslovanskimi narodi na območju monarhije v enotno upravno enoto. V tem smislu je Matija Majar - Ziljski oblikoval posebno spomenico, v kateri je med drugim zahteval,

»da se imaju Slovenci kao jedan narod smatrati i posebni sabor deržati [...] da bi s našom carskoj dynastii vernom bratjom u Hervatskoj, Slavonii i Dalmaciji u bližnji savez stupiti mogli.«²⁹

Kakšno povezavo si je predstavljal in kakšne bi bile njene posledice za slovenščino, je mogoče razbrati iz ilirskega jezika, ki ga je uporabljal.

Štajerc, ne Ljubljanka ... Slovenci bodo brali bukve čiste ... de bi Kranjice strupa 'z njih ne pile ... O, zlati vek zděj muzam kranjskim pride.«

²⁶ Gl. drugi sonet Sonetnega venca: »Ran mojih bo spomin in tvoje hvale / glasil Slovincam se prihodnje čase, ... Vreména bodo Kranjcam se zjasnile, ...«

²⁷ Gl. sedmi sonet Sonetnega venca: »De bi nebesa milost nam skazale! / otajat' Krajna našega sinove, / njih in Slovincov vseh okrog rodove, / z domačmi pesmam' Orfeja poslale! // De bi nam srca vnel za čast dežele, / med nami potolažil razprtije, / in spet zedinil rod Slovenš'ne cele!« Zdi se, da Prešeren s *Slovenš'no* misli na širše slovansko okolje in ne le na Slovence. Tudi v Zdravici, v kateri med drugim izrecno pravi »otrok, kar ima Slava«, je verjetno z besedami »Bog živi ves slovenski svet« mislil na širše slovansko okolje.

²⁸ Zanimiv in lep pregled temeljnih zahtev Slovencev v marčni revoluciji daje Л.А. Кирилина, *Словенцы и революция 1848-1849 гг. Ответственный редактор доктор исторических наук В. И. Фрейдзон*, Москва 2000. Delo je zanimivo, ker odraža poglede sodobne ruske historiografije na razvoj slovenskega narodnega vprašanja.

²⁹ Navedek po F. Gestrin in V. Melik, nav. delo, str. 448.

Podobno so odposlanci iz čeških in hrvaških dežel aprila 1848 izdali proglas »bratom Slovencem na Kranjskem, Primorskem, Štajerskem in Koroškem«. Proglas je med drugim pozival:

»Odpravite predsodke in provincialne spore, od slovanske obale Jadrana do bregov Drave se objemite bratsko vsi Slovenci, ustvarite si v duhu in v srcih Slovenijo, ki politično še ne obstoji, preložite najvišjemu prestolu svoje prošnje za politično obmejitev Slovenije.«³⁰

Iz povedanega vidimo, da je želja po političnem povezovanju južnih Slovanov znotraj monarhije nastajala in rasla vzporedno s slovensko narodno zavestjo. Navzoča je bila pri nekaterih razumnikih, ki so menili, da se bo iz dokaj neizoblikovanih jezikov različnih slovanskih narodov izoblikoval enotni jezik. Omenili smo že zaslugo Valentina Vodnika in Zoisovega kroga, da je o nerealnosti takega pričakovanja prepričala maršala Marmonta, ki je zaradi nepoznavanja razmer verjel, da bo v Ilirskih provincah mogoče uveljaviti enoten jezik za vse prebivalce.

Društvo Slovenija, ki mu je v tem času predsedoval Fran Miklošič, je 20. aprila 1848 kot »Slovenski zbor v Beču (na Dunaju)«, oblikovalo t. i. Program Zedinjene Slovenije. V prvi točki je bila oblikovana zahteva po povezavi vseh Slovencev v kraljestvo Slovenija:

»Da se politiško razkropljeni narod Slovencev na Kranjskim, Štajerskim, Primorskim in Koroškim kakor jeden narod v eno kraljestvo z imenom »Slovenija« zedini, in da ima za-se svoj deželni zbor.

Časi so minuli, v katerih so vladarji in njih malopridni svetovavci mislili, da ljudstvo ni zavoljo drugiga na svetu, kakor k temu služiti, de vladarji in njih prilizovavci s potam in kervijo podložnih njih strastim služijo. Hvala Bogu! ti časi so minuli, resnice večna luč je žalostne dni dolge in britke služnosti končala. Zdaj nam je pripušeno, vse državne naprave večni pravici, katero je Bog v serce vsakiga človeka zapisal, primeriti, da se bodo zvile naprave serca in uma tlačile in tamnile, ampak da se um prost dvigne k večni resnici, in da čutno serce vse dobro z gorečnostjo objame. Nas vboge Slovence je, kakor zgodba kaže, meča sila ločila in razkropila, sila pa ni pravica. Ako ravno krivica in hudo skozi stoletja obstoji, za to ne bode nikdar pravica in dobro. Zakaj bi nam tedaj ne bilo pripušeno, našiga milostljivega Cesarja prositi, da nam pripusti se zjediniti. Zloga moč rodi; mi bi zamogli toljko bolj krepko Cesarja braniti, toljko bolj močni steber njegovega prestola biti. Bog ve, ako mu se bode pred ko mislimo, naše pomoči potreba. Kar korist Slovencev zadene, kateri jih po tem zjedinenji čaka, vsako sam lahko presodi.«

³⁰ Prav tam.

Druga točka tega programa je zajemala zahtevo po enakopravnosti slovenskega jezika z nemškim:

»Da ima slovenski jezik v Sloveniji popolnoma tiste pravice, katere ima nemški jezik v nemških deželah, da bode tedaj naši volji pripuščeno, kdaj in kako bomo slovenski jezik v šole in pisarnice (kanclije) upeljali.

Večna pravica nam kaže, da imajo vsi narodi enake pravice. Komu od nas bi na misel padlo govoriti, da imajo Evropejci pravico, vboge zamorce v Afriki kakor živino loviti in v daljno služnost peljati. Človek, božja podoba, nima nikdar služen drugega človeka biti. Toljko bolj gerdo ravna, božjo podobo in božjo voljo z nogami tare tisti narod, kateri druge narode, zapopadek toljko oseb, zatira in v jekleni jarem britke služnosti vprega. Dolgo je našo narodnost nemško zatiranje terlo, alj časi krivic so minuli, zato terjamo za nas večne pravice.

Kar potrebo našiga jezika zadene, je brez dvombe gotovo, da ga ne moremo dalje pogrešovati: da smo brez njega kakor nesrečnež, kteriga oči žalostna tema obdaje, da ne vidi sonca in lepe narave.«³¹

Zahteva po povezavi Slovencev v enotno kraljestvo v okviru monarhije se ni uresničila. Pač pa je presenetljivo hitro prišlo do uresničitve zahteve po priznanju enakopravnosti jezika. Cesar je pod pritiskom revolucionarnega gibanja aprila 1848 izdal t. i. Pillersdorffovo ustavo,³² ki je v § 4 določala, da je vsem narodom zajamčena nedotakljivost njihove narodnosti in jezika.³³ Vsebinsko enako določilo je vsebovala tudi t. i. oktroirana marčna ustava, ki jo je izdal cesar Franc Jožef I. naslednje leto.³⁴ Ustava je v § 5 določala, da so vsi narodi (nem. *Volksstämme*) enakopravni in da ima vsak narod nedotakljivo pravico

³¹ Gl. faksimile programa Zedinjene Slovenije, kakor ga je sestavilo dunajsko društvo Slovenija, 20. aprila 1848, Zgodovina Slovencev, Cankarjeva založba, Ljubljana 1978, str. 449.

³² Cesar je ustavo razglasil s patentom 26. aprila 1848. Gl. Sr. k. k. Majestät Ferdinand des Ersten politische Gesetze und Verordnungen für sämtliche Provinzen des Oesterreichischen Kaiserstaates, mit Ausnahme von Ungarn und Siebenbürgen. Auf Allerhöchsten Befehl, und unter Aufsicht der höchsten Hofstellen herausgegeben. Sechs und siebenzigster Band, welcher die Verordnungen vom 1. Januar bis 2. December 1848 enthält. Wien. Aus der k. k. Hof- und Staats-Aerarial-Druckerey. 1851, Nr. 49, str. 145 in nasl. Več o tej ustavi in nadaljnjem ustavnem razvoju gl. Ludwig Adamovich, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 5. Aufl. von H. Spanner, Wien 1957, str. 8 in nasl.

³³ § 4: Allen Volksstämmen ist die Unverletzlichkeit ihrer Nationalität und Sprache gewährleistet.

³⁴ Ustava je bila razglašena 4. marca 1849. Gl. Kaiserliches Patent vom 4. März 1849, die Reichsverfassung für das Kaiserthum Oesterreich enthaltend, Allgemeines Reichs-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich. Jahrgang 1849. Wien 1850. Aus der kaiserlich-königlichen Hof- und Staatsdruckerei. Nr. 150, str. 151 in nasl.

varovati in gojiti svojo narodnost in jezik.³⁵ Enako določilo so vsebovale tudi deželne ustave dežel, v katerih je živel slovensko prebivalstvo. Objavljene so bile decembra 1849.³⁶

Cesar se je zavedal, da je jezikovna enakopravnost jamstvo za nadaljnji obstoj monarhije. To je izrecno omenil v svojem programu, ki ga je predstavil ministrom 27. novembra 1848. Po njegovih besedah naj bi novo vez, ki naj bi povezovala vse dežele in narode v enotno državno telo, zagotavljala enakopravnost in nemoten razvoj vseh narodnosti. Na temelju resnične enakopravnosti vseh ljudstev države, enakosti vseh državljanov pred zakonom (nem. *der wahren Gleichberechtigung aller Völker des Reiches und der Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetze*) in združitve vseh dežel in narodov monarhije v eno državo bi prišlo do prenove in pomladitve monarhije.³⁷

Kot prvi korak na poti k enakopravnosti jezikov so uvedli izdajanje državne in deželnih zakonodaj v deželno običajnem jeziku (nem. *landesübliche Sprache*).³⁸ V ta namen so ustanovili »Državni zakonik in vladni list avstrijskega cesarstva« (Allgemeines Reichs- Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich) kot tudi »deželne zakonike in vladne liste« v posa-

³⁵ § 5: Alle Volksstämme sind gleichberechtigt, und jeder Volksstamm hat ein unverletzliches Recht auf Wahrung und Pflege seiner Nationalität und Sprache.

³⁶ § 3: Die im Lande wohnenden Volksstämme sind gleichberechtigt und haben ein unverletzliches Recht auf Wahrung und Pflege ihrer Nationalität und Sprache. Gl. cesarske patente z dne 30. decembra 1849, s katerimi so bile razglašene deželne ustave za Kranjsko (R. G. Bl. Jahrgang 1850, Nr. 9, str. 95 in nasl.), Koroško (R. G. Bl. Jahrgang 1850, Nr. 8, str. 73 in nasl.) in Štajersko (R. G. Bl. Jahrgang 1850, Nr. 12, str. 153 in nasl.) ter cesarski patent z dne 25. januarja 1850 (R. G. Bl. Jahrgang 1850, Nr. 26, str. 397 in nasl.), s katerim je bila razglašena deželna ustava za Gorico in Gradiško ter Istro.

³⁷ Gl. Einleitung zu dem Reichs-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich, Allgemeines Reichs- Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich, Jahrgang 1849, Wien 1850, str. I.

³⁸ Gl. Einleitung zu dem Reichs-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich, Allgemeines Reichs-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich, Jahrgang 1849, Wien 1850, str. II, § 1, 1. odst: Es wird von einem nachträglich zu bestimmenden Zeitpunkt ein allgemeines Reichs-Gesetz- und Regierungsblatt in allen landesüblichen Sprachen ausgegeben werden. Izraz »v deželi običajni jezik« (nem. *landesübliche Sprache*) je uvedel § 13 Občnega sodnega reda Jožefa II iz leta 1781. Gl. Patent vom 1sten May 1781 – Allgemeine Gerichtsordnung v: Joseph des Zweyten Römischen Kaisers Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache. Für Böhmen, Mähren, Schlesien, Oesterreich ob und unter der Enns, Steyermark, Kärnthen, Krain, Görz, Gradisca, Triest, Tyrol und die Vorlande. In den ersten vier Jahren seiner Regierung. Wien 1817, str. 6 in nasl. Več o pojmu *landesübliche Sprache* po ustavi iz leta 1867 gl. Dietmar Baier, Sprache und Recht im alten Österreich. Art. 19 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867, seine Stellung im System der Grundrechte und seine Ausgestaltung durch die oberstgerichtliche Rechtsprechung (Veröffentlichungen des Collegium Carolinum, Bd. 4) München, R. Oldenbourg 1983, str. 150 in nasl.

meznih deželah, v katerih so sproti objavljali državne in deželne predpise v desetih jezikih monarhije.³⁹ Prevodom v deželne jezike so pri objavi dodajali nemško besedilo. Posebnost nove ureditve je bila v tem, da sta imela tako nemško besedilo kot tudi njegov prevod v deželni jezik status avtentičnega zakonskega besedila.⁴⁰

Med v deželi običajnimi jeziki, v katere se je prevajala zakonodaja, je bila tudi slovenščina. Iz načina njene omembe je jasno vidna že omenjena zadrega glede poimenovanja slovenskega jezika. Uredba uporablja zvezo »*in slovenischer (zugleich windischer und krainerischer Schriftsprache)*«. Iz nje je mogoče povzeti, da gre pri vseh treh izrazih za sopomenke, s tem, da se je v nemščini v teku devetnajstega stoletja za slovenščino dokaj redno uporabljal izraz »windisch«,⁴¹ ki še ni imel političnega prizvoka oziroma ni bil povezan s poznejšimi »vindišarskimi« teorijami.

Izdajanje zakonov v slovenskem jeziku je bilo velik izziv za prevajalce. Izkazalo se je, da problem uradne rabe slovenščine ni bil le politične, marveč predvsem strokovne narave. Manjkalo je ustaljeno izrazje in manjkali so kvalificirani jezikovno podprti pravniki, ki so bili nujni za nemoteno prevajanje nemških predpisov v slovenščino.⁴² Leta 1853 je sicer komisija za slovansko pravno-politično terminologijo (nem. *Commission für slavische juridisch-politische Terminologie*) izdala v obliki ločene izdaje »pravno politične terminologije za slovanske jezike Avstrije« nemško-hrvaško, srbsko in slovensko terminologijo.⁴³ Slovenski del sta pripravila Matija Dolenc in Janez Navratil, v komisiji pa je slovenski jezik zastopal Fran Miklošič. Kot izhaja iz uvoda, ki ga je na-

³⁹ Gl. Einleitung zu dem Reichs-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich, Allgemeines Reichs- Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich, Jahrgang 1849, Wien 1850, str. VI.

⁴⁰ Gl. Einleitung zu dem Reichs-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich, Allgemeines Reichs- Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich, Jahrgang 1849, Wien 1850, str. II, § 1, 2. odst.: »[...] Die Texte in den verschiedenen Landessprachen sind gleich authentisch. Den nichtdeutschen Texten ist die deutsche Uebersetzung beizufügen.«

⁴¹ Zanimivo je, da Wolfov Nemško-slovenski slovar (Deutsch-slovenisches Wörterbuch, Herausgegeben auf Kosten des hochwürdigen Herrn Fürstbischofes von Laibach, Anton Alois Wolf, ... Laibach 1860) izraza ne omenja. Juridisch-politische Terminologie für die slavischen Sprachen Oesterreichs (gl. op. 43) pa vsebuje izraz Windische Mark, ki ga prevaja kot »slovenska meja, krajina«.

⁴² Več o tem Janez Kranjc: Slovenski Pravnik in razvoj slovenske pravne terminologije, v: Pravnik, 43 (1988), 8–10, str. 458 in nasl.

⁴³ Juridisch-politische Terminologie für die slavischen Sprachen Oesterreichs. Von der Commission für slavische juridisch-politische Terminologie. Deutsch-kroatische, serbische und slovenische Separat-Ausgabe, Wien. Aus der kaiserlich-königlichen Hof- und Staatsdruckerei. 1853.

pisal Matevž Cigale, so nastale ločene terminologije kljub prvotni želji »tu in tam brez ozira na djanske razmere izrečeni, da bode plod komisije [...] ena in enaka pravoslavna terminologija ako ne vseh avstrijskih Slavjanov, saj vseh južnih Slavjanov«. ⁴⁴ Namen skupne izdaje je bil, kot je zapisal Cigale, »da bi se tu nasvetovani pravoslavni izrazi in izreki vzajemno podpirali, opravičevali in dopolnovali«. Iz povedanega vidimo, da je bilo uradno slovensko pravno izrazje v tem času tako rekoč v nastajanju in da so ga skušali izoblikovati tudi s pomočjo drugih južnoslovanskih terminologij.

Proces oblikovanja slovenskega pravnega izrazja, ki je seveda trajen proces vsakega živega jezika, je dosegel svoj vrhunec z izdajo »nemško slovenske pravne terminologije«, ki jo je ob tvornem sodelovanju številnih slovenskih pravnikov uredil Janko Babnik. ⁴⁵ Verjetno bi lahko šele od tega trenutka naprej govorili o poenotenem in celovitem naboru slovenskega pravnega izrazja. Zato lahko razumemo zadrege in razhajanja, do katerih je prihajalo pred tem pri prevajanju nemških pravnih besedil v slovenski jezik.

Potrebe po znanju deželnega jezika se je zavedala tudi vlada. Notranji minister Bach, ki ga navadno prikazujemo kot reakcionarnega absolutista, je avgusta 1849 s posebnim odlokom, ki ga je naslovil na šefe dežel (*Länderchefs*), da bi jim razložil svoje poglede na zaupano mu nalogo notranjega ministra, med drugim opozoril, da mora državni uradnik na območjih z več narodnostmi znati tudi v deželi običajni jezik. Če ga ne zna, si mora tako znanje pridobiti in si tudi sicer prizadevati za dejansko uveljavitev enakopravnosti vseh narodov. ⁴⁶ V tem duhu je mogoče razumeti tudi cesarski patent o določitvi organizacije vrhovnega in kasacijskega sodišča na Dunaju. Patent je kot uradni jezik sodišča sicer določil nemščino, vendar je hkrati dopustil izjemo za primer, da je tekel postopek pred nižjim sodiščem v drugem jeziku (nem. *in einer anderen als der deutschen Sprache*). V takem primeru bi morale vrhovno sodišče izdati svojo odločitev in njeno utemeljitev (nem. *seine Entscheidung samt den Gründen*) v nemščini in v jeziku, v katerem je tekla obravnava na prvi instanci (nem. *in der Sprache, in welcher die Verhandlung in erster Instanz geführt wurde, und*

⁴⁴ Juridisch-politische Terminologie ..., str. XIII.

⁴⁵ Gl. Nemško-slovenska pravna terminologija. V imenu društva »Pravnika« vredil dr. Janko Babnik, c. kr. sodni pristav. Na Dunaju. Tiskala in založila c. k. dvorna in državna tiskarnica. 1894.

⁴⁶ Gl. odlok (Erlaß) z dne 15. avgusta 1849, R.G. Bl. Jahrgang 1849, Nr. 362, str. 644: »Als ein wesentliches Mittel zur Erreichung dieses Zweckes erscheint es, darüber zu wachen, daß in jenen Kronlandgebieten, welche mehrere Nationalitäten umfassen, sich jeder Beamte die Kenntnis der landesüblichen Sprache Verschaffe, und überhaupt sich angelegen seyn lasse, die gleiche Berechtigung aller Stämme zu vermitteln und thatsächlich zur Geltung zu bringen.«

in der deutschen Sprache).⁴⁷ Zanimivo je, da kljub jasnemu predpisu in prizadevanju slovenskih pravnikov vrhovno sodišče monarhije, v nobeni od zadev, ki so na nižji stopnji tekle v slovenščini in so prišle do njega, ni izdalo odločbe v slovenskem jeziku.

Decembra 1852 je cesar izdal patent, s katerim je spremenil zasnovo Državnega zakonika in vladnega lista,⁴⁸ ki se je poslej imenoval Državni zakonik avstrijskega cesarstva (*Reichs-Gesetzblatt für das Kaiserthum Oesterreich*). Po novem je Državni zakonik izhajal le še v nemškem jeziku, prevode predpisov pa so objavljali v deželnih uradnih listih (§ 3). Avtentično je bilo poslej samo nemško besedilo. Notranji minister je to ureditev leta 1853 dopolnil z uredbo, s katerim je določil, da je treba § 2 omenjenega cesarskega patenta razlagati retroaktivno.⁴⁹ Tako so za nazaj odrekli naravo avtentičnega besedila vsem prevodom predpisov, ki so izšli v Državnem zakoniku in vladnem listu od njegove ustanovitve leta 1849 naprej. Prvega januarja 1860 je cesar s patentom ukinil deželne uradne liste.⁵⁰ Odločitve o tem, ali je treba katerega od predpisov, objavljenih v Državnem zakoniku, prevesti v katerega od jezikov monarhije in ga v obliki posebnega odtisa poslati v katero od dežel, so sprejemali Centralni uradi.

Našteti predpisi so bistveno oslabili položaj nenemških jezikov monarhije. Mnogi so v tem videli utrjevanje prevlade nemškega jezika in nemškonacionalnih elementov ter načrtno oviranje razvoja svojih narodov. In čeprav je bila pri oblikovanju navedenih predpisov verjetno navzoča tudi ta težnja, je bil glavni razlog brez dvoma povsem pragmatične narave. Obstoje desetih jezikovnih različic istega predpisa, ki so bile kljub zelo različni kakovosti prevodov vse avtentične, je nujno zmanjševal pravno varnost in povečeval možnost sporov. V prid enemu samemu uradnemu jeziku je govorila tudi potreba po učinkoviti in enotni državni upravi.

⁴⁷ Gl. § 27 cesarskega patenta o določitvi organizacije vrhovnega in kasacijskega sodišča na Dunaju (betreffend die Einrichtung eines Obersten Gerichts- und Cassationshofes) z dne 7. avgusta 1850, R. G. Bl. Jahrgang 1850, Nr. 325, str. 1362 in nasl. Gl. tudi sklicevanje na ta predpis v prispevku O določi najvišjega c. kr. sodišča o rabi slovenščine pri sodnijah na Kranjskem, Slovenski pravnik, 1881, str. 252 in nasl., zlasti str. 254.

⁴⁸ Gl. cesarski patent z dne 27. decembra 1852, B. G. Bl. Jahrgang 1852, Nr. 260, str. 1143 in nasl.

⁴⁹ Gl. uredbo notranjega ministra (Verordnung des Justizministeriums) z dne 19. marca 1853, B. G. Bl. Jahrgang 1853, Nr. 51, str. 257: »[...] die Vorschrift [...] wonach [...] der deutsche Text als der alleinige authentische anzusehen ist, auch auf alle schon früher in dem Reichsgesetzblatte erschienenen Gesetze und Verordnungen anzuwenden ist.«

⁵⁰ Gl. § 1 cesarskega patenta z dne 1. januarja 1860, B. G. Bl. Jahrgang 1860, Nr. 3, str. 4 in nasl.

Izid deželnega zakonika, tj. uradnega lista za vojvodino Kranjsko v slovenskem in nemškem jeziku, je znova odredil šele cesarski zakon iz leta 1869. Po tem zakonu sta bili avtentični obe besedili, ki sta se v dvomljivih primerih enako upoštevali tudi pri razlagi deželnih predpisov.⁵¹

Kljub navedenim spremembam bi težko rekli, da je bil položaj slovenskega jezika pred sodišči brezupen. Novembra 1850 je »Deželni zakonik in vladni list za kranjsko kronovino« objavil »Predpis zastran sodnijskega jezika v kazenski ravnavi na Koroškem in Kranjskem«,⁵² ki je temeljil na odloku Ministrstva za pravosodje z dne 29. oktobra 1850. Slednje je, kot beremo v objavljenem slovenskem prevodu,

»c. kr. koroški in krajnski višji sodnji to le zaukazalo: Praviloma ima na Krajnskem kakor tudi v slovenskih okrajih Koroškiga ne samo nemški, ampak tudi slovenski jezik kot sodnijski jezik veljati. Protokoli, ki se imajo v kazenskih rečeh z obdolženci in pričami pisati, se imajo tedaj, ako zaslišanec samo slovensko ume, v slovenskem jeziku pisati, in treba je tukaj tomača po §§. 169 in 210 kazenske pravnice postaviti samo tedaj privzeti, če ne ume ne sodnik ne zapisovavec zaslišancoviga jezika. Zavoljo razmer pa, ktere sta c. kr. višja deželna sodnija kakor tudi občji prokurator razkazala, se pripusti, protokol samo nemško pisati in njegov zapopad zaslišancu slovensko brati, kadar sodnik zapisavca nima, ketri bi slovenski jezik tudi gladko pisati umel, in s pogodbo, de sodnik in zapisavec jezik zaslišanca umeta. Kadar je tako, se ima spolnovanje tega predpisa kakor tudi vzrok v protokol izrazno zapisati, zakaj de se protokol ni mogel slovensko pisati.«

Zanimivo je, da nemško besedilo ne uporablja izraza »slovenisch« marveč »slavisch« (slovanski) oziroma »windisch«, ko omenja slovenske okraje na Koroškem. Slovenski prevod predpisa kaže na precejšnje terminološke težave in nedoslednosti prevajalca (v istem odstavku npr. uporablja izraz zapisovavec in zapisavec) oziroma slovenskega pravnega jezika, ki so bile brez dvoma pomemben razlog za počasno uveljavljanje slovenščine v upravnih in sodnih postopkih. Razlog za tako stanje je bil predvsem v dejstvu, da je bilo šolanje v slovenskem jeziku v tem času omejeno na osnovno šolo in da Slovenci nismo

⁵¹ Gl. Gesetz für das Herzogthum Krain betreffend die Kundmachung der Landesgesetze und der Verordnungen der Landesbehörden, Landesgesetzblatt für das Herzogthum Krain. Jahrgang 1870. III. Stück – Deželni zakonik za vojvodstvo kranjsko. Leto 1870. III. del, Nr. 3, str. 142, § 2: »Jeder dieser beiden Texte ist gleich authentisch. In zweifelhaften Fällen hat die Auslegung der Landesgesetze und der Verordnungen der Landesbehörden unter Vergleichung beider Texte nach ihrem Wortlaute und Sinne stattzufinden.«

⁵² Gl. Deželni zakonik in vladni list za kranjsko kronovino. II. tečaj 1850 – Landes-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kronland Krain. II. Jahrgang 1850. V. Ljubljani. Natisnila Rozalija Eger – Laibach. Druck aus der Eger'schen Buchdruckerei, Nr. 561, str. 472 in nasl.

imeli univerze, na kateri bi se v okviru sistematičnega znanstvenega raziskovanja razvijale strokovne terminologije.

Podobno določilo kot prej omenjeni predpis je vseboval tudi odlok pravosodnega ministrstva iz leta 1862 za ozemlje višjih deželnih sodišč v Gradcu in Trstu, kjer so bili naseljeni *Slovani* (nem. *alle jene Gerichtssprengel, welche von Slaven bewohnt werden*). Po tem odloku so morale biti osebe, ki so znale samo *slovansko*, kot obdolženci ali priče zaslišane v svojem jeziku, pri čemer je bilo treba v *slovanskem* jeziku napisati tudi vsaj bistvene točke zapisnika (tč. 1). Isto je veljalo za prisega, ki jih je bilo treba po možnosti zapisati v *slovanskem* jeziku (tč. 2), sprejemati *slovanske* vloge in jih v istem jeziku tudi reševati (tč. 4) oziroma v njem pripraviti različne obrazce (tč. 5) itd.⁵³ Ob tem je treba opozoriti, da je odlok izraza *Slovani* in *slovanski* uporabljal kot zbirna pojma. Na območju višjega deželnega sodišča v Trstu so namreč poleg slovenskih živeli tudi prebivalci, ki so govorili srbohrvaško.⁵⁴

Pravosodno ministrstvo je leta 1866 sodišča opozorilo, da je treba njegov odlok iz leta 1862 z vidika uporabe slovenskega jezika uporabiti tudi v pravnem postopku,⁵⁵ leta 1867 pa so odpravili pogojno veljavo jezikovnih določb za Kranjsko, kjer je bila poslej uporaba slovenščine pri protokoliranju zaslišanj in priseg obvezna za stranke, ki so znale samo ta jezik.⁵⁶

⁵³ Gl. Erlaß des Justizministeriums vom 15. März 1862, Z. 865 praes. An die Oberlandesgerichts-Präsidien Graz und Triest. Besedilo navaja: Das österreichische Sprachenrecht. Eine Quellensammlung, eingeleitet und herausgegeben von Dr. Alfred Fischel. Zweite vermehrte bis zur Gegenwart ergänzte Auflage, Brünn 1910. Druck und Verlag von Friedr. Irrgang (v nadaljevanju: Fischel). Nr. 275, str. 145 in nasl. Slovenski prevod je objavil Slovenski pravnik, 1881, str. 54 in nasl.

⁵⁴ To izrecno omenja odlok pravosodnega ministrstva iz leta 1893, v zvezi z izdajanjem odločitev v slovenskem in srbohrvaškem jeziku (nem. *betreffend die oberlandesgerichtlichen Erledigungen in slovenischer und serbo-kroatischer Sprache*). Odlok opozarja sodišče, da mora izdajati svoje odločitve v jeziku, v katerem je tekel postopek, in poskrbeti za jezikovno enakopravnost (nem. *sprachliche Gleichberechtigung*) v jezikovno mešanih postopkih (nem. *in Fällen gemischtsprachiger Verhandlung*). Gl. Justiz-Ministerial-Erlass vom 10. Juni 1893, Z. 9234 an das Oberlandesgerichts-Präsidium in Triest. Besedilo odloka navaja Fischel, Nr. 410 b., str. 242.

⁵⁵ Gl. Odlok pravosodnega ministrstva (... Erlaß des Justizministeriums vom 20. Oktober 1866, Z. 1861 praes. an die Oberlandesgerichts-Präsidien in Graz und Triest). Odlok opozarja na to, da uporaba slovanskega jezika ni omejena le na kazenske zadeve, marveč je dopustna tudi v civilnih zadevah (nem. ... *so erscheint jedenfalls auch die Annahme von Rechtsklagen und anderen Eingaben in streitigen Rechtsangelegenheiten in den bezeichneten Gerichtssprengeln als zulässig*). Ministrstvo prosi prezidij višjih deželnih sodišč, da o tem obvestijo nižja sodišča na svojem območju. Besedilo odloka navaja Fischel, Nr. 294, str. 160.

⁵⁶ Gl. Odlok pravosodnega ministrstva (Erlass des Justizministeriums) z dne 5. septembra 1867 Z. 8636, (besedilo navaja Fischel, Nr. 303, str. 166 in nasl.): »[...] daß bei den Gerichtshöfen, Staatsanwaltschaften und Bezirksgerichten in Krain Protokolle über

Življenje teh predpisov v praksi ni bilo nujno tako kot na papirju, saj so jih neredko razlagali restriktivno in v škodo slovenskega jezika. Da pri tem ni šlo za uradno politiko do slovenskega jezika, dokazujejo številni odloki, s katerimi je skušala vlada zagotoviti dosledno izvajanje jezikovnih predpisov. Tako sta ministrstvo za pravosodje in notranje ministrstvo z več odloki opozarjali na neprimerne prakse in dajali točna navodila glede uradnih opravil, ki jih je treba opraviti v slovenskem jeziku.⁵⁷ Ker je smel zagovornik pred sodiščem nastopati v slovenskem jeziku, je npr. pravosodno ministrstvo opozorilo prezidij višjega deželnega sodišča v Gradcu, da je treba tudi pri izbiri zagovornika po uradni dolžnosti paziti, da zna jezik obtoženca, in da sme tudi na zaključni obravnavi nastopati v slovenskem jeziku.⁵⁸

Vernehmungen von Parteien, welche nur der slovenischen Sprache kundig sind, von nun an stets in der slovenischen Sprache aufgenommen werden [...]« Gl. tudi odloke notranjega ministrstva, s katerimi poziva politične gremije dežel s slovenskim prebivalstvom, naj pri občeivanju s slovenskim prebivalstvom uporabljajo slovenski jezik ter sprejemajo vloge v slovenščini: Erlaß des Ministeriums des Inneren vom 6. August 1867 Z. 3968 M. I. (besedilo navaja Fischel, Nr. 300, str. 165), naslovljen na deželnega predsednika v Celovcu (*»[...] dafür Sorge zu tragen, daß sich die politischen Behörden in ihrem Verkehr mit der slovenischen Bevölkerung die Bestimmungen dieses Erlasses gegenwärtig halten [...]«*), Erlaß des k.k. Ministeriums des Inneren vom 6. August 1867 Z. 3968 (besedilo navaja Fischel, Nr. 301, str. 165 in nasl.), naslovljen na predsednika deželne vlade v Ljubljani, in istočasno izdani odlok z enako vsebino, ki je bil naslovljen na namestnika v Trstu Z. 3989 M. I. (besedilo navaja Fischel, Nr. 302, str. 166). Gl. tudi Okrožnico deželne vlade v Ljubljani, z dne 20. septembra 1867 Z. 2450 P. (besedilo navaja Fischel, Nr. 304, str. 167 in nasl.), ki se sklicuje na prej navedeni odlok ministrstva (*»Auch für die politischen Behörden gilt somit der vom hohen Justizministerium den Gerichten vorgeschriebene Modus, daß die Aussagen oder Erklärungen der nur der slovenischen Sprache kundigen Parteien in dieser Sprache nicht bloß anzuhören sondern auch in derselben zu Protokoll zu nehmen sind [...]«*), in deželni prezidialni odlok, naslovljen na okrajne glavarje na Kranjskem, z dne 21. julija 1870 Z. 962 Pr. (besedilo navaja Fischel, Nr. 344, str. 187), ki opozarja na to, da se nekateri okrajni in davčni uradi v pismenem občeivanju s strankami, ki znajo samo kranjsko (nem. *im schriftlichen Verkehr mit Parteien, die nur krainerisch verstehen*) poslužujejo le nemškega jezika.

⁵⁷ Gl. npr. Erlaß des Ministeriums des Inneren vom 6. August 1867 Z. 3968 M. I. an den Landespräsidenten Grafen Hohenwart in Klagenfurt (besedilo navaja Fischel, Nr. 300, str. 165); Erlaß des K. K. Ministeriums des Inneren vom 6. August 1867, Z. 3968 M. I. an den Landesregierungs-Präsidenten v. Conrad in Laibach (besedilo navaja Fischel, Nr. 301, str. 165 in nasl.); Erlaß des Ministeriums des Inneren vom 6. August 1867, Z. 3989 M. I. an den Statthalter Freih. v. Bach in Triest (besedilo navaja Fischel, Nr. 302, str. 166); Erlaß des Justizministeriums v. 5. September 1867, Z. 8636, an das Oberlandesgerichts-Präsidium in Graz (besedilo navaja Fischel, Nr. 303, str. 166 in nasl. – Ministrstvo ugotavlja, da je med uradniki na sodiščih in tožilstvih kot tudi med notarji dovolj ljudi, ki znajo dovolj slovensko, da lahko za tiste, ki znajo le slovensko, zapisnike pišejo v slovenskem jeziku. Odlok natančno navaja, katere zapisnike je treba pisati v slovenskem jeziku.); Erlaß des k. k. Justizministeriums vom 4. Juni 1869, Z. 6299, an das k. k. Oberlandesgerichts-Präsidium in Graz (besedilo navaja Fischel Nr. 327, str. 178 in nasl.) itd.

⁵⁸ Erlaß des k. k. Justizministeriums vom 4. Juni 1869, Z. 6299, an das k. k. Oberlandesgerichts-Präsidium in Graz (besedilo navaja Fischel Nr. 327, str. 178 in nasl.).

Položaj nenemških jezikov monarhije je dodatno okrepil sprejem državne, t. i. »decembrske« ustave (nem. *Staatsgrundgesetz*) o pravicah državljanov, 21. decembra 1867. Ta je v 19. členu določala nedotakljivo pravico narodov, da varujejo in gojijo svojo narodnost in jezik. Ustava je vrh tega določala, da država priznava enakopravnost v deželah običajnih jezikov v šolah, uradih in v javnem življenju.⁵⁹ In čeprav je bilo to določilo povsem jasno in nedvomno, je bila praksa, kot smo že omenili, pogosto drugačna. Uradništvo je večkrat odklanjalo uporabo deželne jezika in je tudi v občevaranju s strankami, ki niso znale nemško, uporabljalo izključno nemščino. Deželno predsedstvo v Ljubljani je zato leta 1870 štel za potrebno, da s posebno okrožnico opozori na tovrstne nedopustne prakse nekaterih uradnikov. Opozorilo je, da bo morebitne kršitve jezikovnih predpisov v skladu z disciplinskimi predpisi obravnavalo kot kršitev uradniške dolžnosti.⁶⁰

Slovenske pravnike in politike, ki so si prizadevali za čim doslednejšo uveljavitev slovenskega jezika v sodnih postopkih, je zelo razburila odločitev Vrhovnega sodišča, ki je 16. februarja 1881 potrdilo odločitev višjega deželnega sodišča v Gradcu. To je od sodišča v Kamniku zahtevalo, da mora odločbo, ki jo je izdalo v slovenščini, nadomestiti z nemško. Svojo odločitev je Vrhovno sodišče utemeljilo z ugotovitvijo »da se zdi redni in neovirani tek pravosodja v največji meri ogrožen, če je prepuščeno samovolji strank, njihovih zastopnikov ali sodišč, da se pri vlogah in odločitvah poljubno poslužujejo enega ali drugega jezika«. ⁶¹ Spričo dejstva, da je postopek tekkel delno v nemškem in delno

⁵⁹ Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, B. G. Bl. für das Kaiserthum Oesterreich, Jahrgang 1867, Wien 1867. Nr. 142, str. 394 in nasl. Art. 19: »Alle Volksstämme des Staates sind gleichberechtigt, und jeder Volksstamm hat ein unverletzliches Recht auf Wahrung und Pflege seiner Nationalität und Sprache.

Die Gleichberechtigung aller landesüblichen Sprachen in Schule, Amt und öffentlichem Leben wird vom Staate anerkannt. [...]«. Več o nastanku 19. člena in o predlogu dr. Lovra Tomana, ki je hotel zagotoviti enakopravnost jezikov v sodnem postopku, gl. pri Gerald Stourzh, Die Gleichberechtigung der Nationalitäten in der Verfassung und Verwaltung Österreichs 1848–1918. Wien 1985, str. 53 in nasl. Gl. tudi Dietmar Baier, Sprache und Recht im alten Österreich. Art. 19 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867. Avtor podrobno obravnava konkretne vidike uveljavljanja jezikovne enakopravnosti. Med drugim obravnava problem opredelitve nacionalnosti (str. 146 in nasl.).

⁶⁰ Landes-Präsidialerlass ddto. Laibach 21. Juli 1870, Z. 962/Pr., an alle Herren Bezirkshauptmänner in Krain (besedilo navaja: Fischel, Nr. 344, str. 187).

⁶¹ Gl. Sammlung von Civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes. Herausgegeben von Dr. Julius Glaser, Dr. Joseph Unger und Joseph v. Walthner. Neunzehnter Band. (Mit dem Verzeichnisse der Gesetzesstellen und dem systematischen Register für Band XIX.) Zweite Auflage. Wien. Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn. 1887. Nr. 8296, str. 89: »[...] daß der regelmäßige und unbehinderte Gang der Rechtspflege im höchsten Grade gefährdet erscheint, wenn es der Willkür der Parteien, ihrer Vertreter oder der Gerichte

v slovenskem jeziku, deluje ta utemeljitev dokaj prepričljivo. Tudi pravno pa je bila nesprejemljiva ugotovitev sodišča, da je bila od uvedbe Občega sodnega reda pred sodišči na Kranjskem v deželi običajni jezik izključno nemščina.⁶² Odločba je pri slovenskih pravniki sročila pravi vihar.⁶³ Slovenski odvetniki so napisali posebno spomenico, slovenski poslanec vitez Schneid pa je marca 1881 v državnem zboru vložil interpelacijo.⁶⁴ Avtorji spomenice in interpelacije so se sklicevali na protiustavnost take razlage § 13 Občega sodnega reda, saj je že omenjeni 19. člen »decembrske« ustave iz leta 1867 zagotavljal enakovrednost jezikov.

Kot odgovor na interpelacijo je pravosodni minister Alois Pražák 18. aprila 1882 izdal odlok za območje Višjega deželnega sodišča v Gradcu (t. i. Pražakove jezikovne naredbe).⁶⁵ V odloku, ki je delno pisan v prvi osebi ednine, je minister opozoril na dejstvo, da so Slovenci dosegli tako stopnjo izobrazbe in razširjenosti slovenskega knjižnega jezika, da ne more biti več pomisleka proti njegovi uporabi pred sodišči. Sodišča niso sprejela dejstva, da je slovenščina v smislu § 13 splošnega občinskega reda »v deželi običajni jezik« in v smislu § 4 zakona o nepravdnem postopku »običajen jezik pred sodiščem«. Zato mora ministrstvo za pravosodje sodiščem po administrativni poti pomagati napraviti preboj pri tem zamujenem priznanju. Minister je med drugim zapisal:

»Kot vodja ministrstva stojim na stališču, ki ga je pravosodno ministrstvo v zadnjih dvajsetih letih v svojih odločbah spoznalo kot pravilno, da imata le vlada in izvršilna oblast na temelju pripomočkov in virov, ki jih imata v polnem obsegu na voljo samo oni dve, edini možnost, ugotoviti dejstvo,

überlassen bleibe, in den gerichtlichen Eingaben und Erledigungen nach Belieben der einen oder der anderen Sprache sich zu bedienen.«

⁶² »[...] daß in Herzogthume Krain seit Einführung der allgemeinen Gerichtsordnung die deutsche Sprache ausschließlich die bei Gericht landesübliche Sprache war.«

⁶³ Gl. Slovenščina pred sodnijo, II, SP 1881, 88–90 in O zadnji določbi najvišjega sodišča o rabi slovenščine pri sodnijah na Kranjskem; SP 1881, 93 s. Gl. tudi Sergij Vilfan, Društvo Pravniki in njegovo glasilo v boju za slovensko uradovanje, v: Pravniki, 43 (1988), 8–10, str. 452 in nasl., zlasti str. 452 in nasl.

⁶⁴ Besedilo spomenice in interpelacije je skupaj z odgovorom ministra Pražaka objavil Slovenski Pravniki (SP 1881, 97–101). Tu so tudi navedeni glavni podpisniki interpelacije.

⁶⁵ Gl. Erlaß des Justizministeriums vom 18. April 1882, Z. 20.513 ex 1881, an das Oberlandesgerichts-Präsidium Graz. Besedilo navaja Fischel, Nr. 379, str. 213 in nasl. Gl. Slovensko uradovanje, SP 1883, str. 145 in nasl. V komentarju izraža nepodpisani avtor (po vsej verjetnosti Alfonz Moshe) precej dvomov o tem, da bi se stanje pred sodišči zaradi tega kaj bistveno spremenilo. Drugače nepodpisani avtor prispevka Slovenščina pred sodnijami, SP 1881, str. 318: »Gospodu ministru dr. Pražaku, ki je vendarle jedenkrat nekaj napravil, pa kličemo slavo!« Podobno Dr. I. T. (verjetno Ivan Tavčar): Justičnega ministra ukaz na prezidij graške nadsodnije od 18. aprila 1882, št. 20613, SP 1882, str. 129 in nasl.: »Vsekakor je ta ukaz najboljši in največji uspeh, kojega smo dosegli pod vladno grofa Taaffeja.«

kako daleč sta napredovala slovenski jezik in njegova primernost za rabo pred sodišči. Sodišča niso poklicana, da od primera do primera preverjajo to dejstvo in ga izpostavljajo možnosti nasprotujočih si odločitev, marveč morajo dejanske razmere, ki jih je pristojna stran enkrat za vselej ugotovila, vzeti kot temelj svojih sodniških uradnih dejanj.

Sploh pa menim, da ni naloga sodišč, trajno preprečevati z zakonom zagotovljeni dostop do sodišča jeziku, ki ga je državna uprava priznala kot v deželi običajen. In če sodišča *a limine* zavračajo slovenske vloge le zato, ker vlagatelj zna tudi nemško, vidim v tem sicer preprosto, nikakor pa ne zakonito sredstvo, da se celotno vprašanje enakopravnosti (jezikov) *a limine* zavrne.«

Minister je sodiščem naročil, »da uredé rabo slovenskega jezika mej sodišči in strankami na Kranjskem in po onem delu Štajerske, kjer prebivajo Slovenci, tako kakor odgovarja potrebam pravico zahtevajočemu prebivalstvu, ter da, v kolikor sedanji odnošaji dopuščajo, postavijo v dejansko veljavo ravnopravnost, zagotovljeno v čl. 19. državnega temeljnega zakona.«⁶⁶ Minister je izrazil pričakovanje, da se bodo uradniki, ki službujejo v slovenskih in jezikovno mešanih okrajih, čim prej (nem. *baldigst*) naučili slovensko. Opozoril je na to, da morajo sodišča sprejemati vloge v slovenskem jeziku in da lahko v istem jeziku izdajajo tudi sodbe.

Seveda odlok ni rešil problema uporabe slovenščine v pravosodju. Zato je minister Pražák v zvezi z uradno rabo slovenščine pred sodišči izdal še nekaj odlokov. Med drugim je opozoril na to, da jezikovna navodila ne veljajo le za sodišča II. stopnje. Ker je namen navodil uveljavitev enakopravnosti med v deželi običajnimi jeziki, je tudi višje deženo sodišče, kadar odloča kot sodišče druge stopnje v postopku, ki je na prvi stopnji tekel v slovenskem jeziku, svojo odločitev dolžno po možnosti (nem. *nach Thunlichkeit*) izdati v slovenščini.⁶⁷ Višje državno tožilstvo v Gradcu je leta 1883 opozoril, da se morajo uslužbenci tožilstva, ki še ne obvladajo dovolj slovenskega jezika, v čim krajšem času (nem. *in möglich kürzester Frist*) naučiti slovensko, da bodo mogli v tem jeziku brez težav oblikovati obtožnice proti slovenskim obdolžencem in potem nastopali pred sodiščem v primerih, ko se bo obtoženec branil v slovenščini. Minister je višjemu državnemu tožilstvu tudi naročil, naj strogo pazi na uresničevanje odloka z dne 15. marca 1862 pri državnih tožilstvih v Celju in Ljubljani.⁶⁸

⁶⁶ Tako je preveden ta del odloka v prispevku Slovensko uradovanje, SP 1883, str. 145.

⁶⁷ Gl. Justiz-Ministerial-Erlass vom 8. April 1883, Z. 4224, an das k. k. Oberlandesgericht in Graz (besedilo navaja Fischel, Nr. 388 a., str. 223).

⁶⁸ Gl. Justiz-Ministerial-Erlass vom 25. Juni 1883, Z. 9250, an die Oberstaatsanwaltschaft in Graz (besedilo navaja Fischel Nr. 389 a., str. 224).

Naslednje leto je višje deželno sodišče v Gradcu opozoril, da ni v duhu predpisov, če odločitve sodišča v postopkih, ki so v celoti ali delno potekali v slovenskem jeziku, vedno ali najprej objavijo v nemščini. Sodišče se mora ozirati na jezikovno znanje udeležencev in nič ni narobe, če svojo odločitev objavi samo v slovenskem jeziku. Minister je prezidij višjega deželnega sodišča v Gradcu prosil, da o odloku obvesti prezidij okrožnega sodišča v Celju, po potrebi pa tudi prezidij okrožnega sodišča v Novem mestu in deželnega sodišča v Ljubljani, da bodo pozorni na enako ravnanje v podobnih primerih.⁶⁹ Minister je leto pozneje višje deželno sodišče v Gradcu v svojem odloku opozoril, da bi moralo deželno sodišče v Celovcu sprejeti vlogo za vpis »Posojilnice v Slovenjem Plajbergi« v register v slovenščini in da je neutemeljeno zahtevalo avtentični nemški prevod njenega statuta.⁷⁰

Leta 1886 je minister izdal odlok, ki ga je naslovil na prezidij višjega deželnega sodišča v Trstu, ki je bilo verjetno jezikovno najbolj mešano. V njem je ponovno poudaril nujnost upoštevanja odloka iz leta 1862, o tem, da mora potekati glavna obravnava proti osebam, ki znajo samo slovensko, v slovenskem jeziku, in da je treba v tem jeziku izdati tudi sodbo ter njeno utemeljitev. Opozoril je, da se v nasprotju s predpisi pišejo zapisniki zaslišanja prič in obdolžencev na jezikovno mešanih območjih vedno v italijanskem jeziku in brez prevajalca, v slovenskih okrajih pa v italijanskem ali nemškem jeziku, in to tudi takrat, ko poteka zaslišanje v slovenskem jeziku. Minister je opozoril, da mora biti sodišče v stanju, da vsaj bistvene točke razprave zapiše v slovenskem jeziku. Če tega ni zmožno, bi si lahko z nekaj dobre volje tako spretnost pridobilo (nem. *sich doch bei einigem guten Willen diese Fertigkeit anzueignen*).⁷¹

Iz povedanega izhaja, da si je uradna politika v resnici prizadevala za udejanjenje jezikovne enakopravnosti med jeziki monarhije. Že v prestolnem govoru 1. maja 1861 je cesar dejal, da bodo »svobodne institucije ob vestnem varovanju in izvajanju načel enakopravnosti vseh narodov, enakosti vseh državljanov pred zakonom in udeležbe predstavnikov ljudstva v zakonodaji pripeljale do odrešilnega preoblikovanja celotne monarhije«. ⁷² Kljub temu pa so se na terenu tej politiki neredko upirali in jo sabotirali. Kar zadeva pravo-

⁶⁹ Gl. Erlaß des Justizministeriums-vom 14. September 1884, Z. 15.126. (Mit Erlaß des Oberlandesgerichts-Präsidenten in Graz vom 19. September 1884, Z. 7983 an die Gerichtshof-Präsidenten in Cilli, Laibach und Rudolfswerth kundgemacht). Besedilo navaja Fischel, Nr. 392., str. 226.

⁷⁰ Gl. Erlaß des k. k. Justizministeriums vom 24. November 1885, Z. 20.486, an das k. k. Oberlandesgericht in Graz (besedilo navaja Fischel, Nr. 395, str. 227 in nasl.).

⁷¹ Gl. Justiz-Ministerial-Erlaß vom 26. Mai 1886, Z. 2668, an das Oberlandesgerichts-Präsidium in Triest (besedilo navaja Fischel Nr. 395 a. str. 228 in nasl.).

⁷² »[...] freie Institutionen unter gewissenhafter Wahrung und Durchführung der Grundsätze der Gleichberechtigung aller Völker, der Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz

sodje, bi bilo verjetno preveč poenostavljeno, če bi vse pripisali zagrizenosti nemškonacionalnih krogov, ki so delovali v pravosodju in so težili h germanizaciji. Taki ljudje so brez dvoma obstajali, še zlasti na jezikovno mešanih območjih, kjer ni manjkalo tovrstne zadrtnosti. Vendar pa je bilo razlogov za nasprotovanje uporabi slovenskega jezika verjetno več. Gotovo so mnogi slovenski jezik omalovaževali in ga šteli za nerazvitega ter s tem neprimerne za uradno uporabo. Na to posredno kaže tudi zgoraj omenjeni Pražakov argument, da je slovenski knjižni jezik že dovolj razvit, da ga je mogoče uporabljati pred sodišči.

Nasprotovanje večjezičnosti pa je bilo lahko tudi načelno. Tudi iz zgoraj omenjenega argumenta Vrhovnega sodišča je mogoče povzeti, da so mnogi v večjezičnosti videli nevarnost za enotnost države in za učinkovito delovanje pravosodja in uprave.⁷³ V prevladi nemškega jezika (morda bi celo lahko rekli: v enotnem državnem jeziku) so videli jamstvo za obstoj in enotnost monarhije kot velesile, pa tudi pogoj za kakovostno delo pravosodja.

Tako gledanje se je pojavilo že v času absolutizma. Jožef II. je videl v enotnem jeziku pomembno orodje države. Nemščino je imenoval »univerzalni jezik svojega cesarstva«. Ogrskemu magnatu, ki je imel pomisleke proti enotnemu jeziku, je odgovoril, da se je odločil za nemščino kot cesar nemškega cesarstva. Ko bi bila Ogrska najpomembnejši del njegovega cesarstva, bi naredil za uradni jezik madžarščino.⁷⁴ Z dvornim dekretom, naslovljenim na moravski gubernij, je leta 1784 določil, da naj izhajajo predpisi tudi v češkem jeziku le takrat, kadar se nanašajo na ves kmečki stan. To naj bi se čim bolj omejilo, saj se je cesar odločil, da naj predpisi izhajajo le v nemščini, katere raba naj se splošno in povsod razširi.⁷⁵ Cesar, ki je dejal, da »ima celotna država korist, če

und der Theilnahme der Volksvertreter an der Gesetzgebung zu einer heilbringenden Umgestaltung der Gesamtmonarchie führen werden.« Navedek po Fischel, str. LXXI.

⁷³ Gl. npr. Ilse Reiter, Die autochthonen Volksgruppen Österreichs. Ein Überblick über die Rechtslage von 1848 bis in die Gegenwart: <www.rewi.hu-berlin.de/FHI/01_08/reiter.htm>, 14. avgust 2001, str. 6 in nasl. Gl. tudi Ilse Reiter: Nationalitäten-, Minderheiten-, Volksgruppenrecht Zur Rechtsstellung der autochthonen Ethnien in Österreich von 1848 bis in die Gegenwart, v: Rosita Rindler-Schjerve in Peter H. Nelde (Hrsg.): Der Beitrag Österreichs zu einer europäischen Kultur der Differenz. Sprachliche Minderheiten und Migration unter die Lupe genommen (= Plurilingua, Bd. 26), St. Augustin: asgard 2003, str. 11–76, in Ilse Reiter: Das österreichische Volksgruppenrecht seit 1867 – Ein uneingelöstes Versprechen?, v: Peter H. Nelde in Rosita Rindler-Schjerve: Minorities and Language Policy. Minderheiten und Sprachpolitik. Minorités et l'aménagement linguistique (= Plurilingua, Bd. 22), St. Augustin: asgard 2001, str. 209–215.

⁷⁴ »Die deutsche Sprache ist die Universalsprache meines Reiches.« Navedek po Fischel, str. XLII.

⁷⁵ Gl. Hofdecret vom 21. Juni 1784 an das mährische Gubernium (das. praes. am 27. Juni 1784. G. Z. 12.232 (besedilo navaja Fischel, Nr. 53, str. 32): »[...] nur jene Gesetze,

se različne province ene in iste vlade med seboj tesneje povežejo z vezjo skupnega jezika«, je tudi določil rok treh let, v katerem naj bi se uradniki naučili nemško.⁷⁶

Po poteku tega roka je bila pred sodišči načelno dovoljena samo še uporaba nemškega jezika. Znanje nemščine je bilo tudi pogoj za to, da je nekdo postal sodnik ali advokat.⁷⁷

Nekoliko manj dramatičen kot v pravosodju je bil jezikovni razvoj na področju šolstva, kjer je bilo že leta 1860 z odlokom ministrstva določeno, da je slovenščina za slovenske šolarje obvezen učni predmet.⁷⁸ Čeprav je bil položaj slovenskega jezika na tem področju razmeroma zadovoljiv, je bila prva popolna slovenska gimnazija ustanovljena šele leta 1905 kot zasebna gimnazija s pravico

die zum Beispiel auf Robothsachen, auf Unterthansprästationen etc. und sohin vorzüglich auf den gesammten Bauernstand einen Bezug haben, zugleich auch in böhmischer Sprache abgefaßt und gedruckt werden sollen, besonders weil Se. Majestät selbst nach und nach diese Gesetze lediglich in der deutschen Sprache, die allgemein und überall ausgebreitet werden soll, herauszugeben entschlossen sind.»

⁷⁶ Gl. Hofentschließung vom 1. December 1785 (besedilo navaja Fischel, Nr. 59, str. 34): »Die Vortheile, welche sich auf den ganzen Staat verbreiten, wenn die verschiedenen Provinzen einer und derselben Regierung durch das Band einer gemeinschaftlichen Sprache unter sich näher vereinigt sind [...] räumen Wir den galizischen Gerichtsstellen zu allgemeinen Einführung dieser Sprache eine Zeitfrist von 3 Jahren [...].«

⁷⁷ Gl. Hofdecret vom 26sten März 1787, J. G. S. Nr. 655 an das Inner- und Ober-Oesterreichische Appellations-Gericht, in Folge höchster Entschließung über Vortrag der obersten Justizstelle vom 19. März 1787, Joseph des Zweyten Römischen Kaisers Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache. Für Böhmen, Mähren, Schlesien, Oesterreich ob und unter der Enns, Steyermark, Kärnthen, Krain, Görz, Gradisca, Triest, Tyrol und die Vorlande. In dem siebenten Jahre seiner Regierung. Jahrgang von 1786 bis 1787, Wien. aus kaiserlich-königlichen Hof- und Staats-Aerarial-Druckerey. 1817, Nr. 655, str. 110 in nasl. (besedilo navaja tudi Fischel, Nr. 68, str. 37): »[...] Nach Verlauf von 3 Jahren soll bei allen Gerichtshöfen der wälschen Confinen, dann von Görz, Gradisca und Triest der Gebrauch der italienischen Sprache abgestellt und in der ganzen gerichtlichen Verhandlung von Parteien, Richter und Advocaten sodann keiner anderen als der deutschen Sprache sich bedient werden. Daher von nun an Niemand zum Richteramte oder auch zu einer unteren mit dem Richteramte verbundenen Dienstkatégorie anzustellen, auch Niemanden der stallus advocandi zu verleihen, der sich nicht über die Kenntniß der deutschen Sprache auszuweisen vermag.« Italijansko pravdanje je bilo v Trstu kot svobodnem pristanišču dopustno le, če je bila ena od strank tujec.

⁷⁸ Gl. Ministerialerlass vom 9. Juni 1860, Z. 7052, an die Statthalterei für Steiermark (besedilo navaja Fischel, Nr. 249, str. 126). Več o šolstvu v tem času Hannelore Burger, Sprachenrecht und Sprachgerechtigkeit im österreichischen Unterrichtswesen 1867–1918, Studien zur Geschichte der österreichisch-ungarischen Monarchie, Band XXVI, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 1995. Gl. tudi Handbuch des österreichischen Verwaltungs-Gesetzkunde. Nach dem Stande der Gesetzgebung bearbeitet von Dr. Moriz von Stubenrauch ..., Zweiter Band. Dritte verbesserte und vermehrte Auflage. Wien 1861. Verlag von Friedrich Manz, str. 252 in nasl.

javnosti.⁷⁹ Do ustanovitve slovenske univerze v času monarhije kljub obsežnim pripravam ni prišlo. Ob tem je treba poudariti, da glavne ovire za ustanovitev slovenske gimnazije in univerze niso prihajale s centralne oblasti. Načrte za slovensko univerzo so ovirala predvsem medsebojna obračunavanja med obema političnima taboroma na Slovenskem, ki so tudi sicer hromila opredelitev in uveljavljanje skupnih interesov.

Večjezičnost se je uveljavila tudi v avstrijski vojski. Skladno z odlokom vojnega ministrstva⁸⁰ so bili oficirji in kadeti dolžni poleg nemščine obvladati vsaj še enega od jezikov monarhije. Svoje jezikovno znanje so morali dokazati na izpitu pred komisijo. Štelo se je, da je znanje zadovoljivo, če je bil kandidat zmožen izvajati teoretični pouk v jeziku regimenta in dajati navodila enoti v službi na fronti in v boju. Po tem odloku neznanje nemškega jezika ni bilo ovira za napredovanje podčastnika, ki je izpolnjeval ostale pogoje.

Prizadevanje za enotni državni jezik je bilo v absolutni in centralizirani državi vsekakor logično. Še danes lahko opazimo, da imajo vse velike države en sam uradni jezik, ki je pogosto prevladal z zatiranjem manjših jezikov. Celo v Evropski uniji, ki vztraja pri enakopravnosti jezikov članic, je število jezikov, ki se uporabljajo pri operativnem delu večine institucij, bistveno manjše. In čeprav se, kot smo videli, unitaristična politika v habsburški monarhiji ni obnesla, je gotovo, da je bil vsaj del odpora proti dejanski uveljavitvi jezikovne enakopravnosti tudi posledica prepričanja, da je za delovanje države bolje, če se uporaba nenemških jezikov čim bolj omeji in okrepi uporaba enega samega uradnega jezika. Kot rečeno, so bile v nasprotovanju jezikovni enakopravnosti navzoče tudi težnje nemškonacionalnih krogov po prevladi, ki sicer niso bile del uradne politike, so pa pomembno ovirale njeno uresničevanje.

Odpor proti slovenskemu jeziku je bil močan predvsem na jezikovno mešanih območjih. Tu so nemškonacionalni krogi v drugi polovici 19. stoletja bili pravo sveto vojno proti slovenščini in za ohranitev izključne prevlade nemščine. Prepričani so bili, da varujejo »Južno marko« pred navalom Slovanov. V tem tonu je bila ubrana njihova retorika in pogosto tudi dejanja. Znan je primer poskusa uvedbe slovenskih paralelk na celjski gimnaziji leta 1895, ki je pripeljala do padca vlade na Dunaju.⁸¹ Občutek, da branijo nemško kulturo, je dajal vsemu skupaj mesijanski pridih. Mariborčan Franz Waidacher je marca

⁷⁹ Gl. Škofijska gimnazija, Slovenska kronika XX. stoletja. Nova revija, Ljubljana 1995, str. 56.

⁸⁰ Gl. Erlass des k. u. k. Kriegsministeriums vom 19. November 1903, praes. num. 7946 (Pitreichscher Reservaterlass) an alle Militär-Territorialcommandanten (besedilo navaja Fichler, Nr. 449, str. 288 in nasl.).

⁸¹ Več o tem Hannelore Burger, Sprachenrecht und Sprachgerechtigkeit im österreichischen Unterrichtswesen 1867–1918, str. 159 in nasl.

1892 v celjskem časopisu *Deutsche Wacht* objavil »Pesem Južne marke« (*Lied der Südmark*), ki povzema cilj in čustva verjetno večine nemškonacionalnih prebivalcev današnjega slovenskega ozemlja:

»Od izvira Ennsa do srebrnega toka Savinje naj zadoni: Živi dežela Štajercev s svojimi nemškimi sinovi. // Pradavna je slava našega rodu, kakor ponosni hrasti, Bog te varuj vojvodina, da se ne bi nikoli umaknila Slovanom.«⁸²

Različna združenja so uporabljala gesla, ki delujejo danes smešno, takrat pa so jih razumeli kot neke vrste sveto zavezo: »Nemška pesem iz nemških ust, ohranja srce nemškega moža zdravo«, »V veselih krogih / le nemška beseda, / naj bo kolesarjevo geslo, / naj bo kolesarjev zaklad« itd.⁸³

Leta 1892 so v Laškem odprli samo nemško šolo. Dvojezično šolo, ki je v trgu že obstajala,⁸⁴ so nemškonacionalni krogi zavračali, saj so menili, da bi učenje slovenskega jezika ogrozilo narodno pripadnost njihovih otrok. V šoli z izključno nemškim poukom, ki so jo ustanovili celjski in laški Nemci, so videli zmago v vojni proti prodirajočemu slovenstvu. Časopis *Deutsche Wacht* je ob tem zapisal:

»V nedeljo praznujemo dan veselja. V trgu Laško je bilo slovesno odprto poslopje nove nemške šole. Za nas, ki živimo v južni nemški marki, ki smo z vseh strani obkoljeni s slovansko govorečimi mešanci, ki moramo na vsakem koraku gledati, kako so ogroženi in v nevarnosti dosežki naše prastare kulture, za nas mora biti ustanovitev novega nemškega okopa še posebej dragocena.«

Takih in podobnih primerov bi lahko naštevali še veliko.

Gotovo je, da so v tem spopadu dveh nacionalizmov svoje doprinesli tudi Slovenci, ki so se navduševali nad povezavami s »slovanskimi brati« in so med

⁸² Vom Quell der Enns, zum Silberband / Der Sann, soll es ertönen: / Es lebe hoch das Steirerland / Mit seinen deutschen Söhnen. // Uralt ist unser Stammes-Ruhm/Sowie die stolzen Eichen, / Gott schirme dich, du Herzogthum! / Magst nie den Slaven weichen! *Deutsche Wacht*, Nr. 22, Cilli, Donnerstag den 17. März 1892, XVII Jahrgang, str. 4.

⁸³ Ein deutsches Lied aus deutschem Mund / Hält deutschen Mannes Herz gesund. Tako je bilo konec 19. stoletja geslo moškega pevskega zbora iz Celja. Drugo geslo, ki se je v izvirniku glasil »In fröhlichen Kreisen / Nur deutsches Wort, / Sei Radfahrers Losung, / Sei Radfahrers Hort!«, je bilo geslo celjskega kolesarskega društva iz istega časa. Gesli navaja Martin Pollack, *Der Tote im Bunker. Bericht über meinen Vater*, Paul Zsolnay Verlag Wien, 2004, str. 22. Slovenski prevod Amalije Maček pod naslovom *Smrt v bunkerju*. Poročilo o mojem očetu, je izšel leta 2005 pri Slovenski matici.

⁸⁴ Več o problemu utrakvističnega šolstva na ozemlju s slovenskim prebivalstvom Hannelore Burger, *Sprachenrecht und Sprachgerechtigkeit im österreichischen Unterrichtswesen 1867–1918*, str. 116 in nasl.

drugim lansirali parolo »svoji k svojim«.⁸⁵ Ločevanje seveda ni bila posebnost Slovencev. Ob uprizoritvi enodejanke z naslovom »Heinzelmannchen« v hotelu Horiak v Laškem, na katero so prišli tudi slovenski poslušalci, je časopis *Deutsche Wacht* zapisal:

»V današnjih težkih bojnih časih, ko se skuša slovanstvo deloma s predrzno vojno, deloma pa skrivaj po vseh znanih družbenih bližnjicah prebiti v naše kroge, bi si ob tako lepi svečanosti v Laškem želeli jasno ločitev, da bi bila dobrodelna prireditel v resnici nemška.«⁸⁶

Čeprav tudi med slovenskimi nacionalisti verjetno ni manjkalo skrajnežev, slovenski nacionalizem ne po samozavesti ne po aroganci ni bil kos nemškemu, ki je nastopal na neki način s pozicije gospodarja, tj. uveljavljenih pravic uradnega jezika nemške Avstrije. Vrh tega je slovenski nacionalizem v tej zvezi drugotnega pomena, saj je šlo za vprašanje, kako to, da se jasna določila predpisov o jezikovni enakopravnosti oziroma navodila uradnih institucij o nujnosti njihovega spoštovanja niso uveljavila. Tudi sicer lahko rečemo, da je bil ton slovenskih časopisov, npr. *Slovenskega naroda*,⁸⁷ manj bojevit in polemičen kot ton omenjenega celjskega časopisa.

V svojem nasprotovanju Slovcem in Slovanom so se nemškonacionalni krogi pogosto ozirali proti Nemčiji, ki je z združitvijo postala njihovo upanje za ohranitev nemške prevlade. Tako so celjski Nemci leta 1895 organizirali proslavo Bismarckove osemdesetletnice. S tem so hoteli po besedah avtorja članka v časopisu *Deutsche Wacht* pokazati, da »na Južnem Štajerskem še vedno živi veliko in pomembno število Nemcev, in da ima na Južnem Štajerskem praznik nacionalni pomen«. Tu je praznik

»protest proti temu, da se tla, ki od nekdaj pripadajo močni in v temelju nemški Avstriji, sedaj tako gnojijo in orjejo, da se iz njih napaja strupena ovijalka panslavizma. In če naši narodni nasprotniki menijo, da je potreben shod, na katerem protestirajo proti praznovanju Bismarckovega rojstnega dne, ker naj bi bilo to nepatriotsko, je hinavščina njihovega ravnanja očit-

⁸⁵ *Deutsche Wacht*, Nr. 22, Cilli, Donnerstag den 17. März 1892, XVII Jahrgang poroča v članku »Jeder zu den Seinen« na naslovni strani o tem pozivu nekega slovenskega časopisa.

⁸⁶ »In den heutigen kampfschweren Tagen, da das Slawentum teils im frechen Kriege, teils auf seinen bekannten gesellschaftlichen Schleichwegen sich in unsere Kreise eindrängt, hätten wir auch bei dem so schönen Feste in Tüffer eine reinliche Scheidung gerne gesehen und gewünscht, daß das Wohltätigkeitsfest ein deutsches gewesen wäre.« Navedek po Martin Pollack: *Der Tote im Bunker. Bericht über meinen Vater*. Zsolnay Verlag Wien 2004, str. 20.

⁸⁷ Gl. elektronske kopije časopisa na spletni strani Digitalne knjižnice Slovenije – <www.dlib.si/results/?pageSize=20&query=rele%3d%27Slovenski+narod%27&sortDir=DESC&sort=date&fyear=1872> (29. 11. 2013).

na. Nepatriotsko! Tisti gospodje, ki ob zvoku ruske besede omedlevajo od navdušenja, katerih srce sanja zdaj o Zvonimirovi državi, zdaj o starem slovanstvu in katerih usta pogosto govorijo o teh srčnih sanjah, ti gospodje drugim očitajo nepatriotičnost.«⁸⁸

Opazimo torej podoben refleks kot pri slovanskih nacionalistih. Tudi nemški nacionalisti so se, da bi povečali svojo težo in pomen, skušali čim bolj opreti na Veliko Nemčijo. Seveda je tudi tu veliko pretiravanja in idealiziranja.

Očitek o tem, da se Slovenci preveč navdušujejo nad Rusi, ni bil povsem iz trte izvit. Najbolj navdušeni občudovalci slovanstva so svoja imena spreminjali, da bi zvenela bolj rusko, po ruskem vzoru so dodajali ime očeta, se podpisovali v cirilici itd.⁸⁹ Verjamemo lahko, da jim je to – podobno kot sklicevanje nemško-nacionalnih krogov na Nemčijo – vzbujalo občutek moči in varnosti.

Na temelju povedanega lahko ugotovimo, da je bil položaj slovenskega jezika kot najbolj vidnega izraza narodne samobitnosti v času habsburške monarhije *de iure* dober. Prenašanje predpisov v dejansko življenje pa je bilo kot vedno v rokah ljudi, ki so bili, kot smo skušali pokazati z zgoraj navedenimi primeri, podvrženi predsodkom in čustvom. Zato so se pogosto trudili, da predpisi o jezikovni enakopravnosti ne bi zaživel. Koliko je bilo v tem nacionalizma in koliko strahu pred »slovanstvom«, je težko reči. Gotovo pa je, da so bili med najbolj zagrizenimi nasprotniki slovenskega jezika pogosto ljudje s slovenskimi koreninami.

Kljub vsemu pa za neuresničenje jezikovnih pravic Slovencev ni bil kriv le nemški nacionalizem. Pomembna ovira na poti do uradne rabe slovenskega jezika je bilo brez dvoma tudi slabo znanje slovenščine med uradniki. V nemščini šolani izobraženci so slabo obvladali strokovno izrazje in so zato v uradnih zadevah ali pri javnem nastopanju pogosto raje uporabljali nemščino.

⁸⁸ Deutsche Wacht, Nr. 25. Cilli, Donnerstag den 38. März 1895. XX. Jahrg., str. 1 in nasl. Splošno se z idejo panslavizma ukvarja disertacija Ane A. Grigorjeve (Григорьева, Анна Александровна, Панславизм: идеология и политика (40-е годы XIX — начало XX вв.), Иркутск, 2010). Za našo razpravo prihaja v poštev str. 92 in nasl., kjer obravnava teorijo in pojav panslavizma v Srednji in Jugovzhodni Evropi ter habsburški monarhiji.

⁸⁹ Tak primer je bil slovenski pravnik Matej Andrejevič Ternovec (1842–1913). Kot navaja Vladimir Travner (Naši sodniki in državni pravdniki, Pol stoletja društva »Pravnik«. Spominska knjiga. Uredil dr. Rudolf Sajovic, Ljubljana 1939, str. 47), je bil »navdušen rodoljub, ne le Slovenec, temveč predvsem Slovan«. V svojem navdušenju je »spise pridno rusificiral, n. pr. 'Pravda Franja Trstenjaka Matjejeviča, bivajočega na Lesnoj Ploščadi (= Piazza delle Legna) protiv Blaža Ščuka Ivanova zastran motjene (!) posesti' ...«. Da bi pospešil zbližanje Slovanov, je reformiral cirilico in v njej objavil nekaj slovenskih pesmi in prevodov tuje literature. Ker je bil poliglot, je prevajal veliko tuje literature. Žal so njegovi prevodi zaradi preveč 'slovanskega' jezika neberljivi. Več o njem Alfonz Gspan, v: Slovenski biografski leksikon, dvanajsti zvezek. SAZU, Ljubljana 1980, str. 59 in nasl.

To pomanjkljivost je med drugimi opazil oče slovenske univerze dr. Danilo Majaron. Možnost za odpravo te pomanjkljivosti je videl v ustanovitvi slovenske univerze, ki bi lahko zagotovila, »da se slovenska pravna terminologija znanostno presodi in znanostno dovrši«. ⁹⁰ Pomembna prvina jezika je namreč prav strokovno izrazje, ki omogoči prodor jezika v ustvarjalne in uradne sfere, v katerih se oblikuje razvoj in s tem prihodnost skupnosti. Z vidika preživetja slovenskega jezika zato ni nepomembno, ali slovenski znanstveniki objavljajo svoje razprave tudi v slovenščini in tako skrbijo za razvoj strokovnega izrazja. Brez tega je jezik obsojen na propad oziroma na klavrn obstoj sredstva za prostočasno sporazumevanje. Ob tem pa pogosto pozabljamo še na nekaj. Da je namreč jezik zunanji izraz določene kulture. Čim višja bo, tem bolj prefinjen bo jezikovni izraz in tem večja bo jezikovna samozavest, ki sta jih tuja tako jezikovni purizem kot nestrpnost do drugih jezikov.

3. OD SANJ K RESNIČNOSTI

Zgodovina je kot ogledalo, v katerem lahko vidimo dogodke in procese, ki jih, ko smo vanje vpleteni, navadno niti ne opazimo ali pa se nam zdijo drugačni. Ko namreč opazujemo trenutne pojave, imamo zelo pogosto popačeno sliko. Vzrokov za to je več. Lahko ne poznamo vseh dejstev, morda jih nismo zmožni ali pa jih nočemo videti, morda jih ne znamo pravilo ovrednotiti, ker nimamo ustreznega znanja, ali pa jih sprejemamo in vrednotimo z določenim predznakom ter jih zato podrežemo vnaprejšnji sodbi ali ciljem ipd.

Napake pri vrednotenju dejanskega stanja so lahko namerne ali nenamerne. Med namerne napake lahko vsekakor štejemo različne stereotipe, ki dajejo posameznemu pojavu, osebi ali celotnemu obdobju vnaprejšen negativni ali pozitivni predznak. S tem skušamo izničiti ali olepšati dosežke in značilnosti posameznega obdobja in tako po možnosti spremeniti pogled na čas, v katerem živimo. Taki stereotipi so žal dokaj reden spremljevalec pouka zgodovine. Morda bi lahko celo rekli, da objektivnega pouka zgodovine ni, saj so nam nekatere ideje, skupine, pojavi ipd. preprosto bližji in jih raje vidimo v lepši luči, drugih pa ne maramo in zato raje poudarjamo njihove negativne lastnosti, ki jih po možnosti poudarjamo ali pa si jih enostavno izmislimo. Če se temu pridružijo še ideološki motivi ali politična prisila, sta lahko podajanje ali razlaga zgodovinskih dogodkov povsem drugačni od resničnosti.

Med značilne stereotipe, ki so bili redni spremljevalci pouka zgodovine na naših šolah v preteklih desetletjih, vsekakor spadajo trditve o avstrijski monarhiji kot

⁹⁰ Gl. prispevek Danila Majarona K slovenski pravni terminologiji, v: Slovenski pravnik 6 (1890), str. 266 in nasl. ter 326 in nasl.

»ječi narodov«, o »gnili« prvi Jugoslaviji, o brezupni zaostalosti carske Rusije, o južnoslovanskem bratstvu, o odrešilni naprednosti socialistične ideje ipd.

Nekateri od teh stereotipov so bili oblikovani zato, da bi z diskvalifikacijo predhodnega obdobja poudarili kakovosti novega in še posebej pridobitve revolucije. Drugi so nastali kot posledica naivnega idealizma, ki ga lepo ponazarja hrvaški pregovor »Što se babi htelo, to se babi snilo«. V to vrsto stereotipov vsekakor sodijo ideje o bratstvu južnoslovanskih plemen, o potrebnosti jezikovne asimilacije, o tem, da bo povezava z njimi rešila vse probleme slovenskega naroda itd.

Dokler so take ideje sen literatov in morda političnih amaterjev, ki ob skodelici kave ali vrčku piva razpravljajo o dnevi politiki, je še vse v redu. Ko pa se fantazija zaje v realno politiko, tako da začno ljudje, ki sprejemajo politične odločitve, vanjo verjeti in morda celo tekmovati med seboj, kdo bo pri njeni promociji bolj radikalen, lahko vse skupaj postane usodno.

Dojemanje družbene stvarnosti, ki ga obvladujejo čustva, se toliko odmakne od resničnosti, da ne opazi več meje med željami in stvarnostjo in zato nima kritične distance do lastnih odločitev. Ker slednje obvladujejo čustva, se svet zlahka spremeni v črno-belo podobo »bratov« in prijateljev, ki so v vseh pogledih idealni, ter sovražnikov, ki imajo le slabe lastnosti. Iz tega hitro pride tudi prepričanje, da je sovražnik mojega sovražnika moj prijatelj in prijatelj mojega sovražnika moj sovražnik.

Verjetno je čustven pristop temeljna napaka pri dojemanju objektivne stvarnosti. Zmanjšuje namreč možnost nepristranskega prepoznavanja dejstev v njihovem kontekstu. Čustven pristop je kot svetlobni filter ali cenzura, ki popači podobo in s tem vse, kar iz nje sledi. Odločitvam, ki nastanejo v takem kontekstu, zato nujno sledi streznitev, ki deluje kot šok in navadno poraja nove fantazije in utvare.

Realna politika je igra interesov. Enako so jim podrejena prijateljstva in zavezništva kot nasprotja in rivalstva. Če konkretna odločitev ne izhaja iz varovanja lastnega interesa, bodo posledice za prizadetega nujno slabe in škodljive. Ko gre za politiko določenega naroda, je pri vsem skupaj ključnega pomena vprašanje, kaj je nacionalni interes, kako ga opredeliti in kako določiti konkretne ukrepe za njegovo uresničitev. Pri tem ne gre le za vprašanje, kako preiti iz splošnega, v veliki meri abstraktno opredeljenega dolgoročnega interesa določene skupnosti na raven konkretnih interesov in njihovega uveljavljanja. Gre tudi za vprašanje, kako preprečiti zlorabo t. i. nacionalnih interesov za notranje obračune med političnimi skupinami, predvsem pa kako doseči, da uresničevanje nacionalnega interesa ne bo postalo preveč okorno ali neprilagodljivo in ne bo s tem hromilo oblikovanja konkretnih političnih odločitev.

Uveljavljanje interesov je že po naravi egoistično in se (ne glede na retoriko, ki jo uporablja) ozira predvsem nase. Zato je govorjenje o egoizmu v tem kontekstu naivno, zavajajoče in cinično. K taktiki velesil spada tudi prizadevanje, da (moralno) očrnijo uveljavljanje interesov drugih in s tem spretno prikrijejo lastna ravnanja, ki so enaka ali slabša. To se še posebej kaže v odnosu do majhnih in predvsem mladih držav. Velike države in še posebej velesile jih praviloma poučujejo in opozarjajo na moralno ali siceršno nesprejemljivost določenih ravnanj, predvsem na nespoštovanje človekovih pravic ipd. Če taka »poročila o stanju demokracije« pogledamo nekoliko pobliže in v kontekstu, opazimo, da gre navadno za uveljavljanje lastnih interesov oziroma za odvrčanje pozornosti od lastnih ravnanj.

Stališča slovenskih politikov v času pred prvo svetovno vojno, o katerih piše v svoji knjigi Andrej Rahten, kažejo, da niso bili kos svoji nalogi in da so bili preveč dovzetni za različne iluzije. Čeprav so bili praviloma izobraženi in v svojih poklicih izkušeni ljudje, ki so imeli večinoma tudi izkušnje v lokalni ali državni politiki, so očitno nasledili romantičnemu idealiziranju pojmov, ki jim ne bi smelo biti mesta v ocenjevanju dejanskih razmer in oblikovanju političnih odločitev.

Njihovo nezadovoljstvo z obstoječim stanjem in nerazpoloženje do oblasti, ki so se na različne načine izogibale uresničitvi njihovih zahtev, je bilo v veliki meri razumljivo, čeprav je bila habsburška monarhija veliko bolj pravna država kot države, ki so jo na slovenskem ozemlju nasledile. Vendar pa glavni problem ni bil v tem, marveč v naivni veri, da so hegemonizen, nestrpnost in velikonemške ambicije nemškonacionalnih krogov lastnost, ki lahko obstaja le pri Nemcih, medtem ko je slovanskim bratom povsem tuja. Predvsem pa jih je bilo, kot je dejal Cankar, strah prihodnosti, ker niso zaupali lastnemu narodu. Pozabili so, da so naporni medsebojni odnosi nujno zlo vsake večnacionalne države, in da bi bila samostojna Slovenija, ki jo je zahteval že program zedinjene Slovenije, najboljša rešitev. Za to, da bi s Cankarjem rekli »Nase se zanesimo, to je vse!« jim je žal manjkalo poguma. Verjetno je bila prav v tem njihova največja in najbolj usodna napaka.

ON THE BACKGROUNDS OF THE "YUGOSLAV EASTER"

Janez Kranjc,

*LL.B., Ph.D. in legal sciences, professor at the Faculty of Law,
University of Ljubljana*

During the first Balkan war in which four Balkan states defeated the Ottoman Empire Slovenian politicians gave a wholehearted support to Serbians and Bulgarians fighting the Turks. They rejoiced at their victories and saw them as a proof of the strength of South Slavic peoples. Slovenian politicians were convinced that invoking the necessity of South Slavic peoples to unite would strengthen their position in the monarchy and help them achieve their rights. Their main demands dated back to 1848, the time of the March revolution and were essentially two: to unite all Slovenians in one administrative unit inside the monarchy and to achieve official use of Slovenian language.

Many Slovenian politicians and intellectuals of that time were convinced that strong bonds existed between South Slavic peoples and that it was possible and necessary to create a common language and eventually also a common nation of different South Slavic tribes. Daydreaming about a Slavic brotherhood they even argued that for Slovenians it was necessary to give up their language and to merge with Croats or with other Southern Slavs in one nation.

It is possible to imagine that part of this enthusiasm was inspired by the desire to use the South Slavic rhetoric as a lever intended to exert pressure upon the authorities of the Austro-Hungarian Empire. They aspired to the realization of basic rights regarding the equal treatment of Slovenians especially of their right regarding the official use of Slovenian language. By invoking a close union with South Slavs Slovenian politicians felt stronger in relation to German nationalists. These, too, had a habit of stressing close connections with the Germans, especially after the creation of the German empire in 1871, in order to increase their weight and importance in relation to the non-German nations of the Monarchy.

The naïve enthusiasm for a union with South Slavs that was meant to increase the leverage of Slovenians inside the Monarchy turned into a disadvantage after the First World War. When negotiating the union with Serbia, Slovenian negotiators were in a way handicapped by pre-war rhetoric which was exclusively focused on a South Slavic union, giving them very limited space for maneuvering.

Slovenian language had been the core element of Slovenian national identity since the so called 'March revolution' of 1848. The Pillersdorf Constitution of 1848 guaranteed all the tribes (*Volksstämme*) of the Monarchy the inviolability of their nationalities and languages (Art. 4). The official Gazette was published in eleven languages of the Monarchy, including Slovenian. All versions were authentic. From 1852 the Official Gazette (*Reichs-Gesetzblatt für das Kaiserthum Oesterreich*) was published only in German language. Eventual translations of the laws and bylaws were published only in provincial Official Gazettes, the German version being the only authentic one.

Yet the problem of the official use of the Slovenian language was not only political. In the middle of the 19th century Slovenian literary language and Slovenian legal terminology had not been officially established. Adherents of the Illyrian movement aiming at linguistic and ethnic unity among South Slavs were working against an independent Slovenian language slowing down its official formation. All Slovenian lawyers of that time were trained at Austrian universities in German and their knowledge of Slovenian legal language was deficient. In the course of the second half of the 19th century the Society of Slovenian lawyers launched a project to create a modern dictionary of Slovenian legal terms. It was accomplished in 1894 by Janko Babnik and replaced the first Slovenian legal terminological dictionary of 1853.

A new quality regarding the equality of languages in the Monarchy was brought about by the Austrian Constitution of 1867, called the Fundamental Law Concerning the General Rights of Citizens. In Art. 19 it stipulated that "All the races of the state shall have equal rights, and each race shall have the inviolable right of maintaining and cultivating its nationality and language. The state recognizes the equality of the various languages in the schools, public offices, and in public life. In the countries populated by several races, the institutions of public instruction shall be so organized that each race may receive the necessary instruction in its own language, without being obliged to learn a second language."

The provisions of the Constitution were rendered operational by several by-laws and instructions of different Ministries. Of particular importance were

instructions of the justice minister Alois Pražák in 1882 opening a road to a full and comprehensive official use of Slovenian language in all the courts.

Despite a clear legal regulation the rights of Slovenian language had never been fully implemented in practice. The Justice ministry issued several instructions and admonitions but there seemed to be a silent resistance of those who were against the official use of the Slovenian language. There were in general two reasons behind this resistance. Some believed that the legal security and the efficiency of the judiciary and the public administration required only one official language. There were also German nationalists who were opposed to the official use of non-German languages because they wanted to retain the dominant position of the German language in the Monarchy. The attempts to frustrate the language equality were also aimed at the official politics trying to implement it.

ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST ZA ODLOČANJE V UPRAVNEM POSTOPKU

Erik Kerševan,

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

1. UVOD

V zadnjem času so tako strokovne razprave kot tudi sodna praksa precej obsežno obravnavale vprašanje odškodninske odgovornosti sodnikov za sprejemane odločitve v okviru sojenja. V tej luči se kaže kot pomembno navedeno razpravo dopolniti prav z vprašanji, kako se odškodninska odgovornost izraža v drugi veji oblasti, ki je pooblaščen za odločanje v konkretnih primerih, torej v okviru izvršilne veje oblasti. Primerov potencialne odškodninske odgovornosti je v današnji praksi veliko, od protipravnosti pri izdaji upravnih dovoljenj, nezakonite odmere davčne obveznosti itd. O pravicah in obveznostih posameznikov upravni organi kot nosilci izvršilne funkcije praviloma in pretežno odločajo v upravnem postopku, tako da se kaže osredotočiti prav na vprašanje, ali – in v katerih primerih – je mogoče uveljavljati odškodninsko odgovornost osebe, ki je v upravnem postopku izdala odločbo skladno s svojimi zakonskimi pooblastili. Razprava je toliko bolj zanimiva tudi zato, ker se pri tem vprašanju prekrivata dve po svojih značilnostih sicer v marsičem različni veliki pravni področji upravnega in civilnega prava.¹

Uprava je v sistemu državne oblasti tisti aktivni, delujoči segment, ki pri svojem delovanju neposredno oblikuje pravna in dejanska razmerja nasproti posameznikom, tako da pri navedenih interakcijah poleg želenih lahko nastopijo tudi neželeni in nepričakovani učinki. Možnost, da uprava krši materialne in procesne zakone, vzpostavlja potrebo po učinkovitem sodnem varstvu, brez katerega bi bilo pravno varstvo posameznikov in pravnih oseb v razmerju do

¹ Tako poudarja nekdanji predsednik Zveznega ustavnega sodišča v Zvezni republiki Nemčiji Hans-Jürgen Papier, nav. delo, komentar k 839. členu BGB.

državne oblasti močno okrnjeno. Dejstvo pa je, da lahko pri protipravnem delovanju upravnih organov in uradnih oseb nastane tudi škoda, ki je posledica nespoštovanja njihovih javnopravno vzpostavljenih obveznosti, določenih z zakoni in drugimi predpisi. Za zagotovitev ustreznega pravnega varstva prizadetega posameznika je tako ob postopkih pritožb in drugih pravnih sredstev znotraj upravnega sistema ter sodnega nadzora nad samo zakonitostjo odločitev uprave potrebna tudi možnost zahtevati povračilo nastale škode pred pristojnim sodiščem. Vloga sodišč je v vseh navedenih primerih in oblikah torej to, da posamezniku ponujajo možnost nepristranskega in neodvisnega foruma za spor nasproti državi v zvezi s pravno pravilnostjo upravnih odločitev upravnega organa, z namenom vzpostaviti zakonito stanje in odpraviti nastale posledice.

Ne glede na to, da država zasleduje javne interese, je poseg v zasebno pravno sfero posameznika dopusten le pod zakonsko urejenimi pogoji. Morebitna kršitev teh zakonskih omejitev je tako podlaga, da se nedovoljeni poseg v subjektivne pravice ali pravne interese posameznika odrazi v zahtevku po vzpostavitvi stanja, ki bi obstajalo, če tovrstnega posega ne bi bilo, in po povračilu s tem povezane škode. Priznavanje, da je tudi državo treba obravnavati kot nosilca obveznosti in s tem kot subjekt, ki odgovarja za škodo, ki jo povzroči drugim osebam pri izvrševanju svojih (upravnih) nalog, je eden temeljnih civilizacijskih dosežkov sodobne pravne države.² V navedeni razpravi pa je ključno vprašanje, kako opredeliti in utemeljiti razmejitve med odgovornostjo države za nastalo škodo ter odgovornostjo tiste osebe, ki v njenem imenu odloča v upravnem postopku in torej izda upravno odločbo kot konkretni in posamični akt, s katerim so lahko pravice (ali obveznosti) posameznika protipravno določene oziroma prizadete. Navedena razprava se tako dotika splošnih vprašanj odškodninske odgovornosti države le v omejenem obsegu, saj je bilo o navedenih vprašanjih že veliko zapisanega.³

2. IZHODIŠČA ODŠKODNINSKE ODGOVORNOSTI DRŽAVE ZA ODLOČANJE V UPRAVNEM POSTOPKU

Glede na široko soglasje tako v teoriji kot sodni praksi je skoraj nesporno temeljno izhodišče, da – ob odsotnosti posebne zakonske ureditve – sodišča presojujejo o predpostavkah odškodninske odgovornosti države po splošnih načelih odškodninske odgovornosti in da zato država odgovarja za škodo po istih

² Tako tudi Ustava Republike Slovenije v 26. členu vzpostavlja odškodninsko odgovornost države in drugih nosilcev oblasti.

³ Glej npr. M. Bukovec, nav. delo, str. 1182.

pravilih kot vsi zasebnopravni subjekti. Posebnosti regulacije odgovornosti države za škodo tako načeloma ne smejo izhajati iz posebnega statusa države, temveč iz posebnosti funkcij, ki jih uprava opravlja, in s tem povezanih specifičnih značilnosti. Če torej izhajamo iz splošnih predpostavk civilnega prava, lahko ugotovimo, da je pogoj za nastanek odškodninske odgovornosti države krivdno protipravno delovanje, ki je povzročilo nastanek škode posamezniku, torej v primeru odločanja upravnih organov v upravnem postopku protipravno izvajanje procesnih dejanj in v zvezi s tem nezakonita upravna odločba, ki je na podlagi dokazane krivde pristojne uradne osebe povzročila škodo prizadeti tretji osebi.

Pri delovanju organov uprave je mogoče ugotoviti, da se najprej pojavi temeljno vprašanje odškodninske odgovornosti za izvrševanje oblastvenih dejanj, in sicer, kateri je tisti **subjekt**, ki za tako protipravno dejanje odgovarja. Upravne postopke in upravno odločanje, ki jih sicer *de iure* izvršujejo organi uprave, *de facto* izvršujejo pristojne uradne osebe, torej prav tako subjekti pravic in obveznosti, s tem pa tudi potencialni nosilci odgovornosti za škodo, ki jo povzročijo s svojim ravnanjem. Ali ima torej kršitev pravic posameznika, ki jo z nezakonitim dejanjem povzroči določena uradna oseba, za posledico tudi odškodninsko odgovornost te osebe? Ker se krivda pri upravnem delovanju presoja glede na ravnanje prav te uradne osebe in se tako ne presoja »krivda upravnega sistema«, bi bila to logična interpretacija. Po drugi strani pa uradna oseba upravnih nalog v okviru upravnega postopka v sodobni pravni državi ne izvršuje v svojem imenu (in za svoj račun), temveč v imenu upravnega organa ali drugega nosilca javnega pooblastila, zaradi česar se pojavi vprašanje, ali je res primerno, da nosi odgovornost za nastalo škodo. Ali je torej za nastalo škodo v celoti odgovorna le država (ali druga javnopravna oseba, npr. lokalna skupnost) kot pravni subjekt, v imenu katerega se izvršuje odločanje v upravnem postopku?

V zvezi s tem je seveda možnih več – celo skrajnih – stališč in opredelitev. Nekatere starejše teorije so se na primer postavile na stališče, da država lahko deluje zgolj na podlagi predpisov, tako da je vsako delovanje, ki krši pravni red, »nedržavno« in tako zgolj v odgovornosti neposrednega izvrševalca, torej uradnika, ki je tako kršitev storil. Po drugi strani pa se označuje kot povsem neprimerno, da bi uradna oseba, ki je delovala kot del celotnega upravnega sistema in je lahko vezana na mehanizme usmerjanja v takem sistemu (npr. na upravna navodila) tudi v primeru njihove protipravnosti, hkrati sama nosila odgovornost za izvrševanje upravnih nalog.⁴

⁴ O tem obsežno H.-J. Papier, nav. delo, komentar k 839. členu BGB, Rn. 8 in nasl.

Z vidika cilja zagotavljanja povračila škode (tretji) prizadeti osebi je izolacija odgovornosti za nastalo škodo na posamezno uradno osebo, torej osebo, ki odloča v okviru upravnega postopka, nesmiselna: uprava sprva deluje nasproti tretjemu kot celotni sistem državne oblastvene prisile, v primeru ugotovljene nezakonitosti pa naj odgovarja zgolj uradnik, ki je odločil v upravnem postopku? V takem primeru bi bila za oškodovano osebo tudi bistveno zmanjšana zmožnost poplačila škode, saj bi se omejila samo na premoženje uradne osebe, ki je škodo neposredno povzročila, čeprav je imel morebitno korist od povzročene kršitve celotni fiskus.

Zaradi tega se utemeljuje kot nesporna odškodninska odgovornost države v primeru škode, povzročene posamezniku zaradi nezakonitega izvrševanja njenih funkcij, med njimi tudi odločanja v upravnih postopkih kot dela izvrševanja upravne funkcije. Tako se je pojavil funkcionalni vidik opredeljevanja odškodninske odgovornosti države: če je posameznik nezakonito deloval pri izvrševanju upravne funkcije, potem je država odškodninsko (so)odgovorna. To vprašanje se presoja v vsakem posameznem primeru posebej. Prav tako se tudi možnost regresnega zahtevka države nasproti posamezniku presoja na podlagi konkretnega primera krivde vsakega posameznika.

Navedeno pa bi lahko pomenilo, da sta v primeru nastanka škode, ki jo tretji osebi povzroči uradna oseba s svojim protipravnim ravnanjem pri izvrševanju svojih nalog v okviru upravnega postopka, odgovorna tako ta uradna oseba kot tudi država, v imenu katere je uradna oseba navedene naloge opravljala. Na prvi pogled torej odgovornost države tako izhaja iz odgovornosti uradne osebe in iz medsebojnega razmerja delodajalca in delavca: za škodo, ki jo povzroči uradna oseba pri delu ali v zvezi z delom tretji osebi, odgovarja država kot delodajalec, razen če dokaže, da je uradna oseba v danih okoliščinah ravnala »tako, kot je bilo treba«.⁵ Po drugi strani pa se prav pri odločanju v upravnem postopku kaže izrazita povezanost med uporabo pooblastila za odločanje in posebnostjo položaja osebe, ki v tem postopku odloča, kar bi narekovalo drugačno odločitev in sistemsko izhodišče osebne odgovornosti.

3. PRISTOJNI ORGAN IN URADNA OSEBA V UPRAVNEM POSTOPKU

Odločanje v upravnem postopku pomeni izvrševanje oblasti. Izdaja upravnih aktov, s katerimi se enostransko, oblastveno odloča v posamičnih in konkretnih razmerjih ter se z njimi posameznikom, pravnim osebam in drugim

⁵ Glej 147. člen Obligacijskega zakonika – OZ (Ur. l. RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, s spremembami) o odgovornosti delodajalcev.

strankam postopka naložijo pravice ali obveznosti v okviru upravnopravnega razmerja, je ena temeljnih nalog izvršne veje oblasti. Upravne odločbe in drugi akti, izdani v okviru upravnega postopka, pridobijo kot oblastveni pravni akti tudi značilnost dokončnosti in pravnomočnosti, tako da sta njihova pravna veljavnost in tudi poseganje vanje predmet ustavnih načel in garancij.⁶ Prav zaradi pomena navedenega izvrševanja oblasti v imenu države ali samoupravnih lokalnih skupnosti (*iure imperii*) so pristojnosti, postopek in pooblastila za to vselej z zakonom izrecno predpisani, tako z Zakonom o splošnem upravnem postopku⁷ kot tudi s specialnimi zakoni, ki urejajo posamezna upravna področja.⁸

Po naši sistemski ureditvi in tudi po specialnih zakonskih ureditvah⁹ je namreč jasno, da nosilci pooblastila za odločanje ne odločajo v svojem imenu, temveč v imenu organa, ki je pristojen za izvrševanje upravne funkcije. To razlikovanje izhaja že iz temeljnih načel upravnega postopka, npr. načela samostojnosti pri odločanju (12. člen ZUP), po katerem **organ** vodi upravni postopek in odloča v upravnih zadevah samostojno v okviru in na podlagi zakonov ter drugih predpisov, **uradna oseba** pa samostojno opravlja dejanja v upravnem postopku in v tem okviru ugotavlja dejstva in okoliščine ter na podlagi ugotovljenih dejstev in okoliščin uporablja predpise oziroma splošne akte, izdane za izvrševanje javnih pooblastil.

To je v zakonu konsistentno izpeljano prek določb o pristojnosti, saj se le upravnemu organu z zakonom dodelujeta tako stvarna kot tudi krajevna pristojnost za odločanje v upravnem postopku (15. člen ZUP in naslednji), pa tudi prek drugih določb ZUP, na primer glede oblike odločbe (navedba organa, ki odločbo izdaja, v uvodu odločbe, prvi odstavek 212. člena ZUP), pravnih sredstev (zadeva se vrne v odločanje organu, ki je odločbo izdal na prvi stopnji, tretji odstavek 251. člena ZUP) itd. Nosilec oblastvene funkcije je torej v primeru odločanja v okviru izvršilne veje oblasti – še bolj kot v primeru odločanja sodišč – izrazito sam **upravni organ** in ne posameznik, ki je v okviru zakona pooblaščen, da v imenu organa vodi postopek ali odloči v upravnih zadevah. To je v veliki meri lahko tudi odraz ustavne ureditve, po kateri zakoni splošno

⁶ Tako zavezuje načelo pravne države iz 2. člena Ustave Republike Slovenije, varstvo pravnomočnosti upravnih odločb in z njimi urejenih pravnih razmerij iz 158. člena Ustave itd.

⁷ Zakon o splošnem upravnem postopku – ZUP (Ur. l. RS, št. 24/06 – uradno prečiščeno besedilo, 126/07, 65/08 in 8/10).

⁸ Na primer z Zakonom o graditvi objektov, Zakonom o državljanstvu Republike Slovenije, Zakonom o preprečevanju omejevanja konkurence in drugimi.

⁹ Tako tudi po Zakonu o davčnem postopku – ZDavP-2 (Ur. l. RS, št. 13/11 – uradno prečiščeno besedilo, 32/12 in 94/12).

opredeljujejo pristojnosti upravnih organov (120. člen Ustave), pooblastilo za odločanje v upravnih postopkih pa ni le v rokah demokratično legitimiranih nosilcev oblasti, temveč ga je mogoče na podlagi zakona zaupati precej širokemu krogu oseb, pri čemer to pooblastilo podeljuje le sam predstojnik. Pri sodstvu pa je poudarek na pristojnosti in odgovornosti za izvrševanje funkcije drugačen in temelji na posameznem sodniku, ki mu je mandat za izvrševanje sodne funkcije podeljen z izvolitvijo v Državnem zboru in njenega izvrševanja sam ne more prenesti na drugega (glej 130. člen Ustave).

Pri položaju uradnih oseb, ki so v pristojnih upravnih organih pooblašcene za odločanje oziroma vodenje postopka, gre tako predvsem za organizacijsko opredelitev pravil, kdo lahko v imenu organa sprejme odločitev oziroma vodi upravni postopek.¹⁰ Zakonska ureditev ločuje med različnimi pooblastili in vlogami pooblaščenih oseb v upravnih postopkih. Zato kaže omeniti, da se lahko v upravnem postopku oseba, ki izda odločbo, razlikuje od osebe, ki vodi upravni postopek do njene izdaje, kar je v veliki meri specifičnost upravnega odločanja. V dani razpravi pa je seveda primarno vprašanje odgovornosti tiste osebe, ki je pooblaščen za izdajo upravne odločbe, torej za izražanje oblastvene volje upravnega organa. Šele upravna odločba lahko namreč povzroča pravne učinke nasproti tretjim osebam, ki bi lahko bili tudi podlaga za odškodninsko odgovornost, če so izkazani vsi pravni elementi, ki so za to potrebni.¹¹

Navedeno vprašanje položaja uradne osebe, ki je pooblaščen za odločanje, je po vsebini povezano z dodatnim sistemsko zanimivim – ali občutljivim – dejstvom. Po zakonu je namreč za odločanje v imenu organa pooblaščen uradna oseba, ki ima položaj **predstojnika** tega organa (prvi odstavek 28. člena ZUP), če je za odločanje pristojen kolegijski organ, pa izda odločbe sam kolegijski organ (prvi odstavek 29. člena ZUP). Navedeni določbi bi se lahko brali izrazito tehnično, če ne bi iz njune vsebine izhajala pristojnost nosilcev najvišjih političnih funkcij v okviru izvršilne veje oblasti v državi: predstojnik ministrstva kot temeljnega organa državne uprave je minister, kolegijski organ, ki lahko izdaja odločbe v (najpomembnejših) upravnih zadevah, je vlada, v okviru občin pa je za odločanje pooblaščen po zakonu (tudi) župan. Res je sicer, da imajo drugi predstojniki praviloma položaj javnih uslužbencev (npr. predstojnik organa v sestavi, načelnik upravne enote, direktor občinske uprave, itd.) oziroma nosilcev strokovnih funkcij (npr. direktor javne agencije), vendar pa se vprašanje odškodninske odgovornosti vsaj v prvih navedenih primerih lah-

¹⁰ Glej tudi V. Androjna in E. Kerševan, nav. delo, str. 146 in nasl.

¹¹ Ob tem v prispevku ni obravnavano vprašanje, ali lahko posamezna dejanja v povezavi z upravnim postopkom ali ob njegovem izvajanju tudi vzpostavljajo samostojno odškodninsko odgovornost, neodvisno od posledic same upravne odločbe (npr. odlašanje z izdajo upravne odločbe po izdaji sodb, ki tako obveznost naloži, itd.).

ko poveže tudi z vprašanjem odgovornosti političnih funkcionarjev, s tem pa na prvi pogled pridobi širše sistemske dimenzije.¹²

V povezavi z navedenim je mogoče najprej poudariti, da se glede morebitne odškodninske odgovornosti osebe, ki je pooblaščen za odločanje, položaj nosilca politične oblasti po zakonu ne razlikuje od osebe, ki takega položaja nima, pa tudi ne od osebe, ki je pooblastilo za odločanje pridobila šele na podlagi odločitve predstojnika skladno z zakonom. V vseh primerih izdaja navedena uradna oseba odločbe samostojno (12. člen ZUP) in brez potrebe po dodatni predhodni privolitvi ali soglasju druge osebe v konkretnem primeru, vse tako izdane upravne odločbe pa imajo isto pravno kvaliteto in trdnost, saj zakon v ničemer ne razlikuje njihovega pravnega učinkovanja in nastopa pravne trdnosti (dokončnosti, pravnomočnosti).¹³ Vse ugotovitve, ki se nanašajo na odškodninsko odgovornost uradne osebe, ki je pooblaščen za odločanje v upravnem postopku, bi se torej morale enotno nanašati na vse osebe, ki tako pooblastilo imajo in ga uporabijo, ne glede na njihove siceršnje značilnosti.

4. ODGOVORNOST URADNE OSEBE ZA ŠKODO, POVZROČENO Z AKTOM, IZDANIM V UPRAVNEM POSTOPKU

4.1. Ustavni temelji odgovornosti

Uradna oseba nastopa v funkciji upravnega organa s tem, ko v okviru zakonskih pooblastil sodeluje pri oblikovanju oblastvene volje kolegijskega organa oziroma jo v zakonsko določenih primerih oblikuje sama kot predstojnik organa ali z njegove strani pooblaščen oseba (zgoraj). Ta oblastvena volja se izrazi v obliki upravne odločbe ali drugega akta, ki je sprejet v okviru upravnega postopka, skladno s pravili ZUP in specialnih predpisov. V tem primeru je torej njegovo delovanje *iure imperii* usmerjeno v upravno odločanje o tem, ali stranki priznati določeno pravico oziroma naložiti določeno obveznost v razmerju do države, torej v oblikovanje javnopravnega razmerja med državo

¹² Tudi odškodninska odgovornost je lahko pomemben dejavnik za kvaliteto izvrševanja javnih pooblastil, čeprav odgovornost ne sme biti edini vzvod za zagotavljanje ustrezne kvalitete dela. D. Jadek Pensa, nav. delo, str. 153–154.

¹³ S tega vidika je morda bolj zanimivo vprašanje, ali je s podelitvijo pooblastila za odločanje v upravni zadevi drugi uradni osebi res mogoče prenesti celotno, tudi odškodninsko odgovornost na to osebo oziroma ali je predstojnik, ki svoje zakonsko pooblastilo prenese dalje, za izbiro primerne osebe lahko odgovoren (*culpa in eligendo*), vendar to odstopa od temeljnega vprašanja, ki je predmet obravnave v tem prispevku.

in stranko.¹⁴ Nesporno je, da po Ustavi za protipravno povzročeno škodo odgovarja država, v primeru nezakonnosti upravne odločbe (oziroma drugega akta, s katerim se upravni postopek konča) pa se zastavlja vprašanje, ali lahko glede na veljavne pravne podlage pooblaščen uradna oseba za izdajo odločbe tudi osebno odškodninsko odgovarja.

Temelj odškodninske odgovornosti za protipravna dejanja organov oblasti vsebuje 26. člen Ustave, ki določa:

»Vsakdo ima pravico do povračila škode, ki mu jo v zvezi z opravljanjem službe ali kakšne druge dejavnosti državnega organa, organa lokalne skupnosti ali nosilca javnih pooblastil s svojim protipravnim ravnanjem stori oseba ali organ, ki tako službo ali dejavnost opravlja.

Oškodovanec ima pravico, da v skladu z zakonom zahteva povračilo tudi neposredno od tistega, ki mu je škodo povzročil.«

Tako je v prvem odstavku 26. člena Ustave vzpostavljena odgovornost nosilcev oblasti, torej države, samoupravne lokalne skupnosti ali nosilca javnega pooblastila, za škodo, ki jo povzroči s protipravnim ravnanjem organ ali oseba, ki opravlja oblastvene in druge naloge v imenu teh nosilcev oblasti. Ta določba Ustave torej ne predvideva neposredne odgovornosti za škodo, ki bi jo lahko uveljavljala prizadeta oseba nasproti tistemu, ki je to škodo povzročil. V zvezi z osebno odškodninsko odgovornostjo in s pasivno legitimacijo uradne osebe, ki je pooblaščen za odločanje v upravnem postopku, se torej zastavlja le vprašanje pomena in vsebine navedenega drugega odstavka 26. člena Ustave. Vprašanje torej je, ali je zakonodajalec sprejel zakon, po katerem ima oškodovanec pravico, da bi v skladu z zakonom zahteval povračilo tudi neposredno od uradne osebe, ki je izdala nezakonito upravno odločbo, s katero je bila povzročena škoda tretji osebi.¹⁵

4.2. Zakonski temelji odgovornosti

Na tej točki se lahko spet pojavi vprašanje, ali siceršnji status uradne osebe, ki je pooblaščen za odločanje v upravnem postopku, lahko vpliva na odškodninsko odgovornost te osebe, čeprav bi bilo – kot navedeno – to lahko

¹⁴ Temeljno pravilo urejanja javnopravnih razmerij med posameznikom in državo je, da se lahko pravni položaj pravne ali fizične osebe določi oziroma spremeni le na podlagi posamičnega in konkretnega pravnega akta, izdanega v zakonsko predpisanem postopku, torej na podlagi upravne odločbe, o tem več v E. Kerševan, nav. delo, str. 14.

¹⁵ Tako 34. člen Temeljnega zakona (Grundgesetz, GG) Zvezne republike Nemčije določa primarno odgovornost države prav z namenom razbremenitve delovanja uradnih oseb pri izvrševanju javnih funkcij, glej H.-J. Papier, nav. delo., komentar k 839. členu BGB, Rn. 119–121.

sistemske vprašljivo. Glede odgovornosti nosilcev političnih funkcij v okviru izvršilne veje oblasti se sicer predvideva splošna politična odgovornost za nezakonitost dela (npr. prek instituta nezaupnice po 116. členu ali interpelacije po 118. členu Ustave), poleg tega pa za primer kršitve Ustave in zakonov pri opravljanju njihovih funkcij tudi obtožba predsednika vlade in ministrov pred Ustavnim sodiščem (119. člen), kar lahko vodi do prenehanja njihove funkcije; v slednjem primeru odgovornost za nezakonito izdano upravno odločbo seveda ni izključena. S tem pa se vpliv specifičnosti njihovega položaja tudi konča, saj ne Ustava in ne zakoni ne vzpostavljajo tudi posebne odškodninske odgovornosti navedenih političnih funkcionarjev, ki bi pomenila njihovo osebno odškodninsko odgovornost v smislu drugega odstavka 26. člena Ustave.

Dalje kaže obravnavati vprašanje osebne odškodninske odgovornosti oseb, ki imajo pooblastilo za odločanje v upravnem postopku kot predstojniki s statusom javnega uslužbenca na vodstvenem delovnem mestu (položaju) oziroma s statusom javnega uslužbenca, zaposlenega v organu. Tako se lahko glede vprašanja odškodninske odgovornosti take osebe najprej postavi vprašanje, ali bi oškodovanec od nje lahko s tožbo zahteval povrnitev škode na podlagi specialne zakonske ureditve, ki ureja položaj javnih uslužbencev. Zakon o javnih uslužbencih namreč ureja odškodninsko odgovornost javnih uslužbencev v XVIII. poglavju, v katerem v zvezi z odškodninsko odgovornostjo nasproti tretjim osebam določa, da je za škodo, ki jo na delu ali v zvezi z delom protipravno povzroči javni uslužbenec tretji osebi, nasproti tej osebi odškodninsko odgovoren delodajalec, tretja oseba pa lahko kot oškodovanec zahteva povračilo škode tudi od tistega, ki ji je protipravno povzročil škodo, če je bila škoda povzročena naklepno (135. člen). Navedena ureditev vsebinsko ustreza splošni ureditvi odškodninske odgovornosti delodajalca za delavca, ki jo določa 147. člen Obligacijskega zakonika.

Tako specialna ureditev kot splošna ureditev torej predvidevata osebno odškodninsko odgovornost javnega uslužbenca, če je bila škoda povzročena naklepno oziroma namenoma.¹⁶ Ob jezikovni pravni razlagi bi to lahko pomenilo, da so pod pogoji iz zakona na podlagi te zakonske določbe neposrednim odškodninskim zahtevkom lahko izpostavljeni vsi javni uslužbenci, ki so izdali nezakonite upravne odločbe, s katerimi je nastala škoda tretjim osebam. Vendar pa taka razlaga odpira vrsto vprašanj in težav.

¹⁶ Zakaj taka terminološka razlika v primerjavi s splošno ureditvijo OZ in kakšne so njene posledice, ni razvidno niti iz spremnih gradiv k predlogu ZJU niti iz sodne prakse. Na posledice različnega pomena »naklepa« in »namenoma« opozarja D. Jadek Pensa, v: N. Plavšak in drugi, nav. delo, str. 979.

Javni uslužbenec, ki je skladno z zakonom pooblaščen za odločanje v upravnem postopku, pri izdaji upravne odločbe nalog ne opravlja v podrejenem in odvisnem položaju za državo kot delodajalca, kar je v naravi uslužbenskega razmerja, temveč izvršuje oblast neposredno v imenu države, torej kot njen **organ**. Tako navedene določbe tretjega odstavka 135. člena ZJU, v katerem je utemeljena osebna odgovornost javnega uslužbenca, ki opravlja naloge za državo kot njen zaposleni, ni mogoče uporabiti za primer, ko določena oseba pri izvrševanju oblastvenih pooblastil ne deluje v svojstvu javnega uslužbenca: uradna oseba, ki ima skladno z zakonom pooblastilo za odločanje v upravnem postopku, pri odločanju deluje kot organ države in izdaja odločbe v imenu upravnega organa, torej deluje neposredno kot organ in nosilec izvršne veje oblasti, ne pa kot na navodila vezani in delodajalcu podrejeni javni uslužbenec. Pri tem gre torej za oblastveno delovanje tako v imenu oblasti kot s ciljem povzročati oblastvene učinke, saj je izraz tega prav izdana upravna odločba.

Odškodninske odgovornosti predstojnikov ali članov kolegijskih organov, ki v imenu upravnih in drugih državnih organov odločajo v upravnem postopku, tako ne urejajo niti določbe predpisov, ki bi vzpostavljale posebno odškodninsko odgovornost političnih funkcionarjev, niti določbe ZJU, poleg tega pa tudi ne določbe ZUP ali Zakona o upravnem sporu.¹⁷ Za njihovo odškodninsko odgovornost se torej lahko uporabijo edinole določbe Obligacijskega zakonika, ki urejajo splošna pravila odškodninske odgovornosti.¹⁸ Pojavi se torej zgolj vprašanje, ali je z Obligacijskim zakonikom vzpostavljen pravni temelj za njihovo osebno odškodninsko odgovornost. Seveda je tudi tu mogoče poudariti, da se odsotnost posebne ureditve odškodninske odgovornosti države in drugih nosilcev oblasti lahko kaže kot sistemska pomanjkljivost, ki lahko vodi tudi do tega, da je uporabljivost splošnih pravil odškodninske odgovornosti, utemeljene predvsem na ravnanju in medsebojnih razmerjih med neoblastvenimi, zasebnopravnimi subjekti, bistveno otežena ali pa ta pravila postanejo celo neuporabljiva.¹⁹

5. ODGOVORNOST URADNIH OSEB KOT ORGANOV DRŽAVE

V zvezi z vprašanjem zakonske podlage za odškodninsko odgovornost uradnih oseb, ki odločajo v upravnem postopku, je treba ob navedeni odsotnosti

¹⁷ Zakon o upravnem sporu – ZUS-1 (Ur. l. RS, št. 105/06, 62/10 in 109/12).

¹⁸ Pri uporabi OZ pa so seveda splošna pravila o odgovornosti delavcev za škodo (zgoraj) iz enakih razlogov kot pravila o odgovornosti javnih uslužbencev izključena.

¹⁹ Način uresničevanja človekove pravice iz 26. člena Ustave ni opredeljen s specialnimi določili, prilagojenimi naravi te pravice. Glej D. Jadek Pensa, nav. delo, str. 154.

specialne zakonske ureditve opozoriti tudi na pomemben razvoj sodne prakse, ki je nedavno razreševal vprašanje osebne odškodninske odgovornosti za izvrševanje oblasti. Po novejši judikaturi Vrhovnega sodišča²⁰ je bilo jasno vzpostavljeno precedenčno stališče, da se za sodnike kot nosilce oblasti, ki odločajo v sodnih postopkih, pa tudi za državne tožilce, ki sicer spadajo v izvršilno vejo oblasti,²¹ uporabljajo v primerih, ko te osebe sprejemajo odločitve kot organi države, določbe 148. člena OZ, ki urejajo odgovornost pravne osebe za odločanje njenih organov. Po tej zakonski določbi pravna oseba odgovarja za škodo, ki jo njen organ povzroči tretji osebi pri opravljanju ali v zvezi z opravljanjem svojih funkcij. Če za posamezni primer zakon ne določa kaj drugega, ima pravna oseba pravico zahtevati povrnitev plačanega zneska od tistega, ki je škodo povzročil namenoma ali iz hude malomarnosti (drugi odstavek 148. člena OZ).

Po argumentaciji Vrhovnega sodišča je v danih primerih OZ izključil osebno odškodninsko odgovornost sodnikov in drugih oseb, ki odločajo v imenu organov, saj ne določa možnosti, da bi oškodovanec uveljavljal škodo neposredno od njih v smislu drugega odstavka 26. člena Ustave:

»19. V navedenih primerih ni mogoče ločiti delovanja fizične osebe (državnega tožilca, sodnika ...) od delovanja državnega organa oziroma države, saj so njegova dejanja v konkretni zadevi dejanja državnega organa oziroma države.²² Tako v teh primerih odpade ločevanje med dejanjem in odgovornostjo, ki je sicer značilno v primerih, ko škodo povzročijo javni uslužbenci. Zato za škodo, ki jo povzroči fizična oseba, ki predstavlja državni organ, odškodninsko odgovarja država. Zakon, ki bi določal neposredno odškodninsko odgovornost personalnega substrata organa, ne obstaja.²³ Zoper personalni substrat organa bi bil v primeru naklepne povzročitve škode možen le regresni zahtevek (preventivna funkcija odškodninskega prava).²⁴ Če pa škoda izvira iz dejanja kolegijskega organa pravne osebe, bi bilo mogoče regresno pravico uveljaviti le proti tistim članom, ki so s preglasovanjem dosegli sporno odločitev.«

²⁰ Glej npr. sodbo Vrhovnega sodišča II Ips 111/2009 z dne 9. septembra 2012.

²¹ Glej odločbo US št. U-I-42/12 z dne 7. februarja 2013 (Ur. l. RS, št. 17/13): »Glede na ustavnopravno vsebino državnotožilske funkcije, v okviru katere se z izvrševanjem kazenske zakonodaje izvaja pregon storilcev kaznivih dejanj v imenu države in v javnem interesu kot represivna dejavnost države, je državno tožilstvo del izvršilne veje oblasti.«

²² Prim. F. Grad, nav. delo, str. 182–183 in 328–329.

²³ Podobno Zobec, ki meni, da bi neposredno odškodninsko odgovornost sodnikov lahko predpisal le zakon, ki pa ne obstaja, J. Zobec, nav. delo, str. 6.

²⁴ Tako D. Jadek Pensa, nav. delo, str. 159.

Vrhovno sodišče tako ugotavlja, da je s tem varovana tudi neodvisnost sodnikov in tožilcev pri odločanju, da ne bi bili neposredno izpostavljeni nadlegovanju z odškodninskimi zahtevki in tožbami, kar bi jih oviralo pri izvrševanju njihove funkcije. Položaj oškodovanca pa je v teh primerih dovolj zaščiten s tem, da lahko povrnitev nastale škode uveljavlja neposredno od države, slednja pa ima lahko nasproti članom svojih organov regresni zahtevek (glej navedeno sodbo, 21. točka obrazložitve in naslednje).

Vsa navedena argumentacija drži tudi v primeru uradnih oseb, ki kot organi izvršne veje oblasti odločajo v upravnih postopkih.²⁵ Prav v primeru upravnega odločanja je očitno, da v upravnih postopkih uradna oseba, ki ima pooblastilo za odločanje, deluje *iure imperii* kot sam pristojni upravni organ: izda upravne akte, za katere je bila po ZUP ali po specialnem predpisu pooblaščen, da jih izda samostojno. Enako velja za primer, da take upravne akte izda uradna oseba kot član kolegijskega organa, ki jih skladno s predpisi sprejme organ v kolegijskem odločanju (npr. vlada). V primeru odločanja v upravnem postopku so edini zunanji in pravno učinkujoč izraz oblastvenega delovanja, ki bi lahko povzročil škodo tožniku, le navedeni akti, izdani v upravnem postopku pristojnega organa.²⁶ Tega morebiti škodnega ravnanja pa predstojnik ali druga uradna oseba, ki je pooblaščen za odločanje, ne opravlja – in ga po zakonu niti ne more opravljati – v lastnem imenu, temveč le v imenu pristojnega organa in nosilca oblasti (npr. Republike Slovenije), ki ga ta organ predstavlja.²⁷

Navedeno argumentacijo podpira tudi veljavna zakonska ureditev sodnega nadzora nad upravo, saj se v upravnem sporu zoper upravne akte upravnega organa države skladno z ZUS-1 tožba lahko vloži le zoper Republiko Slovenijo kot toženo stranko (tako izrecno peti odstavek 17. člena ZUS-1); uradna oseba, ki je pooblaščen za odločanje v upravnem postopku, v navedenih sporih ne nastopa v svojem imenu in tudi nima nobene samostojne vloge v postopku. Tudi v primeru, da bi sodišče v upravnem sporu (oziroma v postopku specializiranega sodnega nadzora) po sprejemu sodbe odločilo o zahtevku za povrnitev škode ali napotilo tožnika na pravdo glede nadaljnjega uveljavljanja od-

²⁵ Enako stališče se je uveljavilo tudi že v starejši sodni praksi ZDA prav iz razloga varstva neodvisnega in učinkovitega izvrševanja javne upravne funkcije, glej K. Culp Davis, nav. delo, str. 232–234.

²⁶ O tem, da je dogmatično preseženo razlikovanje med civilno- in upravnopravnim vidikom presoje zakonitosti določenega upravnega akta, glej npr. kritiko ustavnega sodnika Zveznega ustavnega sodišča ZRN v vodilnem komentarju zakona, ki ureja upravni spor, M. Gerhardt, nav. delo. Komentar k 113. členu, Vorb. Rn 16, str. 15.

²⁷ Seveda gre lahko tudi za organ občine ali druge samoupravne lokalne skupnosti, kjer ta organ torej predstavlja to samoupravno lokalno skupnost.

škodnine (67. člen ZUS-1), bi se ta odločitev ali napotitev na pravdo nanašala zgolj na odškodninsko odgovornost Republike Slovenije kot tožene stranke in nikakor ne (tudi) na predstojnika organa ali drugo uradno osebo, ki je na podlagi pooblastila izdala upravno odločbo ali drug izpodbijani akt.

Tudi argument zagotavljanja neodvisnosti in samostojnosti odločujoče osebe, ki ga je v svoji precedenčni sodbi navedlo Vrhovno sodišče, je v obravnavanem primeru več kot očiten. Predstojniki in druge uradne osebe, ki prejmejo ustrezno pooblastilo, da v imenu upravnih organov sprejemajo pomembne odločitve v zvezi z varstvom javnega interesa, morajo pri tem imeti položaj, ki je ustrezno pravno varovan, da učinkovito in z zakonom skladno izvrševanje teh pristojnosti ne bi bilo prizadeto. Lep primer so upravni postopki, povezani s preprečevanjem omejevanja konkurence, ki lahko posegajo v pravni položaj ter s tem v pravice in obveznosti velikih tujih in domačih podjetij in jim omogočajo ali prepovedujejo izvedbo različnih pravnih poslov. S temi postopki se varuje javni interes, ki ga terjajo Ustava Republike Slovenije (svoboda gospodarske pobude in varstvo konkurence na trgu, 74. člen), zakoni in predpisi Evropske unije, ki jih je Republika Slovenija kot članica dolžna učinkovito izvajati.²⁸ Če bi bile uradne osebe pristojnega organa (torej Javne agencije Republike Slovenije za varstvo konkurence) lahko izpostavljene neposrednim odškodninskim zahtevkom, bi bilo delovanje in odločanje tega organa in seveda tudi navedenih uradnih oseb z namenom varstva navedenega javnega interesa bistveno omejeno, saj bi se te osebe zavedale svoje izpostavljenosti neposrednim odškodninskim zahtevkom in bi se dejansko morale z uporabo lastnih sredstev braniti zoper tožbe navedenih subjektov, tudi velikih korporacij. To bi seveda povzročalo finančne in druge obremenitve pri njihovem delu, hkrati pa tudi postavljalo pod vprašaj njihovo dejansko neodvisnost in motiviranost za sprejem ukrepov, ki bi jih lahko neposredno izpostavili takim tožbenim zahtevkom. Prav zato je jasno, da je varstvo neodvisnosti in samostojnosti predstojnikov upravnih organov ter drugih uradnih oseb s pooblastili za odločanje v upravnem postopku enako utemeljeno kot varstvo neodvisnosti sodnikov (in državnih tožilcev), kot izhaja iz citirane sodbe Vrhovnega sodišča, in da zato ni mogoče niti trditi, da bi taka osebna odškodninska odgovornost morala biti zakonsko vzpostavljena po drugem odstavku 26. člena Ustave.

²⁸ V primeru kršitev obveznosti, ki jih ima država članica po pravu Evropske unije, po judikaturi Sodišča Evropske unije in pod pogoji, opredeljenimi v njej, država odgovarja za škodo posamezniku, ki mu je bila s tako kršitvijo povzročena; glej temeljni primer C-6/90 in C-9/90 *Francovich* (1991) ECR I-5357 (1993) 2 CMLR 66. O tem širše H. Maurer, nav. delo, str. 827–829. Odškodninska odgovornost države po pravu Evropske unije pa ne zahteva tudi posebne oblike odškodninske odgovornosti sodnika ali uradne osebe, ki odloča v upravnem postopku, katere dejanje je povzročilo ali prispevalo k nastanku navedene škode.

6. REGRESNI ZAHTEVEK NASPROTI ODGOVORNI OSEBI

Navedeno stališče sicer kar kliče po ugovoru, da se z izključevanjem osebne odškodninske odgovornosti predstojnikov upravnih organov in drugih uradnih oseb, ki odločajo v upravnih postopkih, vzpostavlja njihova splošna neodgovornost za izvrševanje oblasti, saj so druge oblike odgovornosti in postopki za njihovo uveljavljanje (npr. kazenska odgovornost, politična odgovornost, disciplinska odgovornost) pogosto v upravnem sistemu težko izvedljivi in v praksi skoraj neobstoječi. Odgovor na to je seveda mogoče najti že v sistemskih poudarkih teorije o odškodninski odgovornosti, da ima poleg osebne odgovornosti podobno preventivno funkcijo tudi regresni zahtevek države zoper odgovorno osebo, ki tudi po našem pravu ni izključen.²⁹ To pomeni, da lahko pod zakonskimi pogoji prizadeta oseba uveljavi odškodninsko odgovornost od države, ta pa v primeru strožje oblike krivde tudi od odgovorne osebe, s čimer je zadoščeno tudi preventivni funkciji odškodninske odgovornosti.³⁰ To velja skladno s stališči sodne prakse v povezavi s splošnimi pravili odškodninske odgovornosti (navedena določba 148. člena OZ) lahko tudi za predstojnika upravnega organa ali drugo osebo, ki je odločila v upravnem postopku na podlagi podeljenega pooblastila: če je bila z nezakonito upravno odločbo protipravno povzročena škoda tretji osebi, ki jo je bila država (ali npr. samoupravna lokalna skupnost) dolžna povrniti, potem ima država pravico zahtevati povrnitev plačanega zneska od tistega, ki je škodo povzročil namenoma ali iz hude malomarnosti.

Ob odsotnosti specialne zakonske ureditve odškodninske odgovornosti nosilcev oblasti in ob navedenih stališčih, da se tudi za odškodninsko odgovornost upravnih organov uporabljajo splošna pravila OZ, ki so bila oblikovana predvsem za subjekte zasebnega prava, se izrazito pokažejo tudi odprta vprašanja, ki deloma postavljajo pod vprašaj uporabljivost ali ustreznost navedenih splošnih zakonskih podlag za primere odškodninske odgovornosti nosilcev izvršne veje oblasti.

Prvič se pojavi vprašanje, kdaj je ravnanje posameznika in izdaja upravne odločbe v okviru njegovih oblastvenih pooblastil primerno – ali sploh mogoče – šteti za škodno ravnanje v smislu splošnih pravil obligacijskega prava. Posledica npr. odvzema in omejitve pravic ali naložitve obveznosti z upravno odločbo je vselej zavestna in hotena ter se ob domnevi, da je izdana na podlagi in v okviru procesnega in materialnega zakona, ne more brez resnih (ustavno)

²⁹ D. Jadek Pensa, nav. delo, str. 159.

³⁰ Prav tam, glej tudi sodbo Vrhovnega sodišča II Ips 111/2009.

pravnih dvomov šteti za protipravno povzročanje škode – pa čeprav je posledica lahko zmanjšanje premoženja ali izguba dobička naslovnika take odločbe oziroma nastanek druge oblike pravno priznane škode.³¹ Upravno odločanje se po svoji pravni naravi ne more šteti za nedopustno povzročanje škode, razen če se pojavijo jasni elementi protipravnosti, npr. zloraba oblasti in izdaja nezakonite odločbe z namenom škodovati tretji osebi.

Nadalje se postavi vprašanje razumevanja temeljev odgovornosti uradnih oseb, ki bi lahko bila podlaga (tudi) za regresni zahtevek države nasproti njim. Odločanje v upravni zadevi je posledica zakonske dolžnosti, ki je vselej povezana z določenim varstvom javnega interesa poleg interesov strank upravnega postopka – ali celo v nasprotju z njimi. Izvrševanje teh oblastvenih pooblastil torej ni stvar avtonomije volje, ki pripada subjektom zasebnega prava, in tako ni izraz svobodne odločitve upravnega organa in uradnih oseb, ali bodo zakonske določbe izvrševane ali ne. Pri tem pa lahko predstojniki in druge pooblaščenice osebe v upravnem postopku v okviru svojih oblastvenih pooblastil samostojno presojaajo dejansko stanje, samostojno interpretirajo in uporabijo predpise ter na tej podlagi izdajo upravno odločbo. Ali je torej odgovornost osebe, ki je v imenu upravnega organa odločala v upravnem postopku na podlagi podeljenega pooblastila, mogoče uveljavljati že tedaj, ko je izdana odločba spoznana za nezakonito v (drugačni) presoji dejanskih in pravnih vprašanj v tej upravni zadevi, ki jo opravi višji upravni organ oziroma sodišče v okviru sodnega nadzora?³² Glede na navedena načelna izhodišča o samostojnosti položaja uradne osebe v naši ureditvi je odgovor negativen. Zgolj drugačna pravna presoja (in celo odprava upravnega akta) tudi po sodni praksi ni niti temelj odškodninske odgovornosti države, če niso bile ob tem izkazane kakšne tudi težje nepravilnosti (očitna napačnost, zlonamernost, nespoštovanje ustaljene prakse itd.).³³ To pa tudi pomeni, da niti ugotovljena nezakonnost upravnega akta v ustreznem postopku, ki je temu namenjen, ne sme pomeniti (vselej) že zadostnega temelja regresnega zahtevka za izplačano škodo.³⁴

³¹ Delovanje organov oblasti v okviru pristojnosti, opravljeno brez napake, seveda ne more biti podlaga za pravico do povrnitve škode, do katere je pri tem prišlo, saj je bil poseg v premoženjsko sfero morebiti prav cilj postopka. D. Jadek Pensa, nav. delo, str. 155.

³² Zanimiva razprava, v: M. Spitzer, nav. delo, str. 48–61.

³³ Glej sodbo Vrhovnega sodišča II Ips 120/2002 z dne 11. decembra 2002.

³⁴ Za sodnike D. Jadek Pensa poudarja, da je neodvisnost razlog za to, da ni odškodninske odgovornosti za »nepravilno« uporabo materialnega prava, torej za razlago prava, dokler je ta znotraj meja pooblastil, ki jih sodišče ima, in da bi zunaj teh meja sodnik ravnal na primer tedaj, če v postopku ne bi uporabil povsem jasne določbe zakona ali če bi odločil povsem pristransko, nav. delo, str. 157–158. Čeprav ustavno določene neodvisnosti uprave ni mogoče povsem enačiti z neodvisnostjo sodišč, pa pri tem vprašanju ni videti bistvenih razlogov za razlikovanje.

Če se kot nujni (in ne zadostni) pogoj za uveljavljanje regresnega zahtevka zaradi izplačane odškodnine uporabi izdaja nezakonite upravne odločbe,³⁵ pa se pojavi vprašanje presoje po OZ zakonsko zahtevanih pogojev krivde, torej presoje namena ali velike malomarnosti uradne osebe.³⁶ Seveda je že v izhodišču lahko težavno šteti, da je upravna odločba sploh lahko izdana drugače kot namenoma, torej s hotenjem in vedenjem za odločanje pooblaščen osebe, da se odločba oblikuje v določeni obliki in da iz nje nastanejo v njej zapisane in z oblastveno voljo hotene posledice. Izdajo upravne odločbe in povzročanje njenih oblastvenih učinkov iz malomarnosti si je v tem smislu težko predstavljati. Dejanje izdaje odločbe, torej odločitve v upravni zadevi, je vselej po presumpciji *iuris et de iure* utemeljeno na vedenju in volji, da se izda odločba s prav določeno vsebino in da bodo iz nje nastale določene pravne posledice, s katerimi se uresničuje namen izdaje odločbe.³⁷ Vprašanje pa je, ali se oseba, ki v upravnem postopku izvršuje navedeno oblastveno voljo, tudi po (enaki) domnevi vselej zaveda vseh pravnih in dejanskih podlag svojega ravnanja, torej vseh vidikov (ne)zakonitosti in (ne)pravilnosti odločbe, ki jo je sprejela, in ali kaže na tej podlagi presojeti njeno krivdo za nastalo škodo in za njeno dolžnost povrnitve škode na podlagi regresnega zahtevka s strani države.

³⁵ Ob tem kaže poudariti razlikovanje med pojmom nezakonite upravne odločbe in protipravnega ravnanja, saj je odločba (oziroma sodba sodišča) lahko nezakonita, vendar pa glede na standarde ravnanja uradnih oseb njihovo dejanje ni bilo protipravno. Navedeno razlikovanje upošteva tudi prevladujoča nemška teorija in sodna praksa, vendar o tem kritično H.-J. Papier, nav. delo, komentar k 839. členu BGB, Rn. 11 in nasl. O tem pri nas D. Jadek Pensa, nav. delo, str. 157, drugače G. Virant, nav. delo, str. 154, ki je zavzel stališče, da nezakonitost odločbe že sama po sebi pomeni protipravnost ravnanja uradne osebe tudi v smislu odškodninske odgovornosti, vendar pri tem poudarja, da je krivda take uradne osebe vprašljiva.

³⁶ V nemški ureditvi odškodninske odgovornosti države in uradnih oseb je poudarjeno, da se ugotavljanje krivde presoja drugače kot v drugih primerih odškodninske odgovornosti, saj se mora krivdno ravnanje nanašati zgolj na kršitev dolžnosti uradne osebe, ne pa na nastanek škode, glej H.-J. Papier, nav. delo, komentar k 839. členu BGB, Rn. 284 in nasl.: »Die Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit brauchen nur hinsichtlich der Amtspflichtverletzung, nicht aber (auch) hinsichtlich des schädigenden Erfolges vorzuliegen.« Glede sodnikove odgovornosti D. Jadek Pensa poudarja, da je po večinskem stališču odškodninska odgovornost sodnika podana, če je sodnik zavestno kršil sodniško dolžnost ali če bi se tega moral in mogel zavedati; nekateri pa zahtevajo, da je podana tudi volja ali vsaj zavest sodnika, da se s kršitvijo prizadetemu povzroči škoda, glej nav. delo, str. 160.

³⁷ Tako N. Plavšak, v: N. Plavšak in drugi, nav. delo, str. 727, poudarja, da je predvidljivost negativne posledice ključna kot merilo protipravnosti in skrbnosti (krivde). Predvidljivost nastanka posledice iz upravne odločbe pa seveda po navedenem izhodišču ne more biti ne v zavestni ne v nezavestni malomarnosti (da bi odgovorna oseba teh posledic ne želela, ker manjka voljni element), ampak le v namenu uradne osebe, da prav ta posledica nastane.

Glede na stališča sodne prakse je sicer razvidno, da namen izdaje protipravne odločbe ni postavljen kot neizpodbojna domneva, ki bi vodila k *de facto* objektivni odgovornosti države, in da se pri presoji odškodninske odgovornosti države zaradi izdaje nezakonitih upravnih odločb ne izključujejo stopnje krivde uradnih oseb, ki so nižje od namena, torej njihovega ravnanja iz malomarnosti.³⁸ Tako je vprašanje odgovornosti uradne osebe za pravno pravilnost upravne odločbe mogoče ločiti od odgovornosti za izdajo in učinkovanje te upravne odločbe, čeprav to sicer ni povsem nesporno:³⁹ uradna oseba namenoma izda upravno odločbo, vendar se ne zaveda njene nezakonitosti in je ne bi izdala, če bi vedela, da je nezakonita (ko predstojnik svojega protipravnega ravnanja v resnici noče itd.⁴⁰). To je treba upoštevati tudi pri presoji zakonskih pogojev, ki so temelj za uveljavljanje regresnega zahtevka nasproti uradni osebi v primeru, da je država škodo tretjemu že poravnala. V tem smislu je ob uporabi 148. člena OZ⁴¹ uradna oseba lahko odgovorna državi na podlagi regresnega zahtevka – poleg primerov namenoma protipravnega ravnanja – tudi tedaj, ko je pri svojem odločanju ravnala z veliko malomarnostjo, torej tako, kot ne bi ravnal noben povprečen uradnik »pri izpolnjevanju svojih dolžnosti, vzdrževati se ravnanja, ki utegne povzročiti škodo«. ⁴² To obliko krivde pa je kot temelj regresnega zahtevka v primeru upravnega oblastvenega odločanja težko presojati; nedvomno bi se lahko vsaka uradna oseba izognila izdaji odločbe, ki bo tretji osebi povzročila škodo (npr. odstranitev nezakonite gradnje), vendar tega ne stori, ker ravna po zakonski dolžnosti, da zavaruje javni interes, in ob prepričanju, da je odločba zakonita in pravilna. Ali bi se morala zgolj zaradi zavedanja možnosti, da je odločba kasneje v postopkih s pravnimi sredstvi lahko spoznana za nezakonito (neenotnost sodne prakse, nov zakon itd.), vzdržati izdaje take upravne odločbe in s tem povzročitve škode subjektu zaradi varstva javnega interesa? Ali je že zato, ker se je zavedela oziroma bi se morala vselej zavedati, da je njena odločba lahko spoznana za nezakonito, že podana tudi njena krivda v smislu velike malomarnosti? Odgovori na navedena vprašanja se morda

³⁸ Tako izhaja tudi iz citirane sodbe Vrhovnega sodišča II Ips 120/2002.

³⁹ L. Adamovich in C. Funk, nav. delo, str. 441. Zanimivo je, da je po nemški ureditvi temelj odškodninske odgovornosti kršitev obveznosti, ki jo ima uradnik nasproti državi, D. Erichsen in H. Ehlers, nav. delo, str. 690, ker pa je nujno, da je ta obveznost hkrati v interesu prizadetega subjekta, pride *de facto* do izenačitve s kršitvijo javnih pravic posameznika; H. Maurer, nav. delo, str. 664–665.

⁴⁰ Glej D. Jadek Pensa, v: N. Plavšak in drugi, nav. delo, str. 798. Zanimiva primerjal-nopravna analiza v zvezi s tem tudi B. Steininger in N. Wallner-Friedl, v: W. Berka in A. Fenyves, nav. delo, str. 501 in nasl.

⁴¹ Kar izhaja kot temelj uveljavljanja regresnega zahtevka »zoper personalni substrat organa« tudi iz citirane sodbe Vrhovnega sodišča II Ips 111/2009, 19. točka obrazložitve.

⁴² D. Jadek Pensa, v: N. Plavšak in drugi, nav. delo, str. 798.

zdijo preprosti, vendar imajo vselej lahko tudi globlje dimenzije in povzročajo težave zaradi uporabe splošnih pravil OZ za specifične situacije odgovornosti nosilcev oblasti, zato bi bilo dobro resno razmisliti o posebni zakonski ureditvi te odgovornosti. Razrešitev tovrstnih vprašanj je seveda mogoča (tudi) prek razvoja prava v smeri preciziranja standardov odškodninske odgovornosti, npr. standarda dolžnega ravnanja, ki temelji na dolžnosti »povprečno skrbnega uradnika«,⁴³ vendar je to lahko le posledica precizne in dolgotrajne sodne prakse. Ob tem pa kaže dodati, da bo regresni zahtevke nedvomno vselej utemeljen tedaj, ko bo uradna oseba v zvezi z izvedenim upravnim postopkom in izdano upravno odločbo pravnomočno obsojena za kaznivo dejanje in bodo v kazenski sodbi spoznani vsi relevantni elementi odškodninske odgovornosti na podlagi obravnavanja identičnega dejanskega stanja, kot bo (lahko) obravnavano v pravdi.⁴⁴

Glede na posebno naravo razporeditve pooblastil v upravnem postopku se lahko pojavi tudi vprašanje, ali ni vloga osebe, ki odloča v upravnem postopku, tako formalna, da je s tem odškodninska odgovornost te osebe izključena. Postopek do izdaje odločbe lahko v celoti vodi oseba, ki ima pooblastilo (le) za vodenje postopka in je edina neposredno in osebno seznanjena s celotnim postopkom, izvedenimi dokazi in nastankom osnutka odločbe. Skladno s tem je mogoče tudi šteti, da oseba, ki pa je pooblaščenca za odločanje v upravnem postopku (npr. minister), s podpisom na odločbi le formalno izrazi oblastveno voljo – kar je pogosto povezano tudi z dejstvom, da sta število navedenih aktov in njihov obseg v praksi lahko zelo velika. Tako je v zvezi z odškodninsko odgovornostjo lahko zastavljeno vprašanje, ali ni domneva, da je predstojnik seznanjen z vsebino vseh upravnih odločb kot oblastvenih aktov, ki jih izda, v resnici postala zgolj pravno neupoštevna fikcija, tako da se kot podlaga za odškodninsko odgovornost takega predstojnika lahko pojavi le vprašanje velike malomarnosti pri izdaji določene odločbe, ki pa glede na opisane značilnosti upravnega postopka skoraj ne more biti podana. V nasprotju s tem stališčem je mogoče poudariti, da bi tako omejevanje odgovornosti lahko privedlo celo do popolne izključitve odgovornosti uradnih oseb, torej vsake odškodninske odgovornosti nosilcev oblasti, in to ne le pri uveljavljanju regresnega zahtevka nasproti uradni osebi: predstojnik ne bi bil odgovoren zaradi »formalnosti« svoje vloge pri odločanju (pa mu zaradi rutinskega podpisovanja desetih odločb ni mogoče očitati neustrezne skrbnosti), oseba, ki je vodila postopek, pa tudi ne, saj sama odločbe ni izdala (in s tem škodnega dogodka ni povzročila). Zato bi bilo v smislu preventivne funkcije odškodninskega prava boljše zavzeti

⁴³ H. Maurer, nav. delo, str. 669.

⁴⁴ O vezanosti sodišča v pravdi na izrečeno kazensko sodbo glej A. Galič, v: L. Ude in drugi, nav. delo, str. 140 in nasl.

stališče, da je oseba, ki odločbo izda, zanjo vselej odgovorna in torej lahko izpostavljena regresnemu zahtevku – v primeru, da predstojnik glede na znanje ali obremenitve ni sposoben ustrezno preverjati zakonitosti izdanih upravnih odločb, pa je dolžan pooblastilo za odločanje prenesti na osebo, ki je to glede na svoj položaj in strokovne kvalifikacije sposobna opravljati.

7. SKLEP

Vprašanje odškodninske odgovornosti uradnih oseb, ki odločajo v upravnih postopkih, je seveda pravno zahtevno. Odsotnost posebne, specialne zakonske ureditve odškodninske odgovornosti nosilcev oblasti se izrazi v uporabi splošnih pravil obligacijskega prava, čemur sledi tudi novejša sodna praksa, ki je odgovorila na vprašanje pravnih podlag za odgovornost države v primeru protipravnega ravnanja sodnikov in tožilcev kot organov države. Temu lahko z vsebinsko enakimi kriteriji sledi tudi razreševanje vprašanja odgovornosti nosilcev izvršne veje oblasti, kar pomeni, da predstojniki upravnih organov in druge osebe, ki so pooblaščenice za odločanje v upravnem postopku, ne morejo biti osebno odškodninsko odgovorni za škodo tretjim osebam, povzročeno s protipravnimi upravnimi akti. Hkrati pa uporaba splošnih pravil odškodninske odgovornosti tudi v povezavi z odgovornostjo nosilcev upravnega odločanja povzroča določene težave pri razumevanju pravnih podlag za uveljavljanje regresnega zahtevka nasproti navedenim uradnim osebam. Zaključek, ki ga ponuja navedena razprava, pa je (tudi) v tem, da se mora prek izvajanja mehanizmov odškodninske odgovornosti hkrati ščititi tudi samostojnost uradnih oseb pri odločanju v upravnih postopkih in omejiti njihova izpostavljenost odškodninskim tožbam. V primeru preširoke možnosti uveljavljanja odškodninske odgovornosti teh oseb bi se kaj hitro pojavile velike težave pri pripravljenosti javnih uslužbencev za sprejemanje navedenih oblastvenih pooblastil oziroma pri kandidiranjih na ustrezna položajna mesta v upravi, hkrati pa tudi – kot navedeno – veliko tveganje za ustrezno izvajanje upravnih funkcij in učinkovito in neobremenjeno sprejemanje odločitev za zaščito javnega interesa, ki bi uradno osebo lahko izpostavile tveganju glede odškodninskih tožb in visokih zahtevkov.

Literatura

- Ludvig K. Adamovich in Bernd-Christian Funk: Allgemeines Verwaltungsrecht, Dritte Auflage. Springer, Dunaj 1987.
- Vilko Androjna in Erik Kerševan: Upravno procesno pravo. GV Založba, Ljubljana 2006.
- Walter Berka in Attila Fenyves: European Court of Human Rights: Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. De Gruyter, Dunaj 2011.
- Martina Bukovec: Odškodninska odgovornost države, v: Podjetje in delo, 7 (2004), str. 1182.
- Kenneth Culp Davis: Administrative Officers' Tort Liability, Michigan Law Review, 55 (1956) 2, str. 201–234.
- Hans-Uwe Erichsen in Dirk Ehlers (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, De Gruyter Recht, Berlin 2002.
- Aleš Galič: Ustavno civilno procesno pravo. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Michael Gerhardt, v: Friedrich Schoch in Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar. Verlag C. H. Beck, München 2003.
- Hans-Jürgen Papier, v: Franz Jürgen Säcker in Roland Rixecker (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Verlag C. H. Beck, München 2013.
- Dunja Jadek Pensa: Sodnikovo protipravno ravnanje in civilni delikt, v: Pravniki, 51 (1996) 4-5, str. 153–167.
- Erik Kerševan: Izdajanje upravnih odločb kot vidik uresničevanja človekovih pravic, v: Pravna praksa, (2013) 12, str. 14.
- Harmut Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage. C. H. Beck, München 2002.
- Nina Plavšak in drugi: Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, 1. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Martin Spitzer: Die Bindungswirkung der Verwaltungsakten im Zivilprozess, v: Österreichische Juristen-Zeitung, 2 (2003), str. 48–61.
- Lojze Ude in drugi: Pravdni postopek s komentarjem, 1. knjiga. Uradni list Republike Slovenije in GV Založba, Ljubljana 2005.
- Gregor Virant: Odškodninska odgovornost države v zvezi z ravnanji javne uprave, v: VI. Dnevi javnega prava, zbornik referatov, 2000, str. 149–163.
- Jan Zobec: Neposredna civilna odgovornost sodnikov, v: Pravna praksa, 19/2005, str. 6.

VNAPREJŠNJA DOKAZNA OCENA V SLOVENSKEM KAZENSKEM POSTOPKU*

Maša Hribar,

*univerzitetna diplomirana pravnica, sodniška pripravnica
na Višjem sodišču v Ljubljani*

1. UVOD

O vnaprejšnji dokazni oceni je mogoče govoriti takrat, ko sodnik še pred zaključkom faze izvedbe dokazov presodi verodostojnost določenega dokaza in naredi sklep o (ne)resničnosti dejstva, ki se z njim želi dokazati. Takšna ocena se običajno izkaže za problematično takrat, ko sodnik na njeni podlagi zavrne dokazni predlog obrambe in posledično pri obdolžencu vzbudi občutek, da mu je bila kršena ustavna pravica do predlaganja izvedbe dokazov v njegovo korist.¹ Ker tovrstni problematiki strokovna literatura ne namenja veliko pozornosti, je namen članka najprej predstaviti institut vnaprejšnje dokazne ocene, nato pa opisati njegov položaj v slovenskem kazenskem postopku.

2. LOČENOST FAZE IZVAJANJA DOKAZOV IN DOKAZNE OCENE

Vnaprejšnjo dokazno oceno lahko znotraj kazenskega postopka umestimo v postopek dokazovanja, saj jo je mogoče zaslediti pri odločanju sodišča o tem, kateri dokazi bodo med postopkom izvedeni.

* Prispevek je bil pripravljen na podlagi diplomske naloge z naslovom Vnaprejšnja dokazna ocena, ki sem jo pod mentorstvom doc. dr. Primoža Gorkiča uspešno zagovarjala 20. junija 2013 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

¹ Pravico zagotavlja tretja alineja drugega odstavka 29. člena Ustave Republike Slovenije (URS), Ur. l. RS, št. 33/91-I, 42/97, 66/00, 24/04, 69/04, 68/06, 47/13.

Postopek dokazovanja je mogoče razdeliti »v posamezne faze, etape ali stadije«,² ki si zaporedno sledijo v določenem vrstnem redu. Za presojo vprašanja vnaprejšnje dokazne ocene je najbolj pomembno preučiti vrstni red dveh faz dokazovanja – faze izvajanja dokazov in faze dokazne ocene. Časovno bi se morala v postopku najprej opraviti faza izvajanja dokazov, za njo in *ločeno* od nje pa faza dokazne ocene.³ Glede na omenjeni vrstni red faz se torej od sodnika pričakuje, da bo najprej izvedel vse predlagane dokaze in dokaze po uradni dolžnosti, šele po zaključku te faze pa se bo spustil v naslednjo ter ocenil še spoznavno vrednost izvedenih dokazov. To implicitno izhaja tudi iz ureditve postopka v Zakonu o kazenskem postopku (v nadaljevanju ZKP), kjer je v svojem podpoglavju najprej urejeno izvajanje dokazov,⁴ v ločenem poglavju pa potem še dokazna ocena.⁵

Če kljub načelni ločenosti faze izvajanja dokazov in faze dokazne ocene pride do njunega medsebojnega prepletanja, lahko govorimo o vnaprejšnji dokazni oceni. Sodnik v tem primeru še pred zaključkom faze izvajanja dokazov te tudi ocenjuje in na takšni podlagi sprejme sklep, ali posamezno dejstvo šteje za dokazano ali ne.

Mozetičeva realistično priznava,⁶ da je pričakovanje, da bo ocena dokazov dejansko nastopila šele po izvedbi dokazov, verjetno neuresničljivo. Sodnik je namreč človek in njegov um ne deluje tako, da bi najprej pasivno sprejel vse podatke, šele naknadno pa potem ocenjeval njihovo spoznavno vrednost. Percepcija in interpretacija sta namreč kognitivni fazi, ki se med seboj prepletata in nista ločeni ena od druge. Sodnik tako dokaze že med izvajanjem neizogibno tudi interpretira oziroma ocenjuje ter si s tem ustvarja svoje vmesne

² D. Požar, nav. delo, str. 119.

³ P. Mozetič, nav. delo, str. 58. Glej tudi K. H. Kunert, nav. delo, str. 123.

⁴ Členi 329–343 Zakona o kazenskem postopku (ZKP), Ur. l. RS, št. 63/94 (70/94 – popr.), 25/96 – Odl. US, 39/96 – Odl. US, 5/98 – Odl. US, 49/98 (66/98 – popr.), 72/98, 6/99, 42/00 – Odl. US, 66/00, 111/01, 32/02 – Odl. US, 3/03 – Odl. US, 21/03 – Odl. US, 44/03 – Odl. US, 56/03, 92/03 – Odl. US, 114/03 – Odl. US, 116/03, 43/04, 68/04 – Odl. US, 83/04 – Odl. US, 96/04, 101/05, 8/06, 14/07, 32/07, 40/07 – Odl. US, 102/07, 21/08 – Odl. US, 23/08, 65/08 – Odl. US, 68/08, 89/08 – Odl. US, 77/09, 88/09 – Odl. US, 109/09 – Odl. US, 29/10 – Odl. US, 58/11, 91/11, 105/11 – Odl. US, 32/12, 36/12 – Odl. US, 55/12 – Odl. US. Podpoglavje zakona sicer govori o »dokaznem postopku«, vendar pa je iz vsebine členov mogoče razbrati, da je s tem mišljena faza izvajanja dokazov. Člen 329 tako določa, kdaj se sprejemanje dokazov začne, 343. člen pa, kdaj se izvajanje dokazov konča. Faza izvajanja dokazov je torej samostojna faza postopka, z določenim začetkom in koncem.

⁵ Člen 355 ZKP, umeščen v poglavje zakona, ki ureja izdajo sodb, govori o tem, da mora sodišče »vestno pretehtati vsak dokaz posebej in v zvezi z drugimi dokazi in na podlagi take presoje storiti sklep, ali je kakšno dejstvo dokazano ali ne«. Drugi odstavek 355. člena ZKP.

⁶ Povzeto po P. Mozetič, nav. delo, str. 98.

hipoteze o zadevi. Ustvarjanje takšnih hipotez v našem kazenskem postopku spodbuja še instruksijska maksima, saj je za odločitev o tem, katere dokaze bo sodišče izvedlo po uradni dolžnosti, nujno, da ima o zadevi dokazovanja izdelano mnenje. Ker je sodnik tisti, ki odloča o tem, kateri predlagani dokazi bodo v postopku izvedeni, obstaja nevarnost, da bo odobril zgolj izvedbo dokazov, ki potrjujejo njegovo videnje zadeve.⁷ Čeprav je torej sodnikovo ustvarjanje vmesnih hipotez nemogoče preprečiti, pa je treba v postopku zagotoviti, da te ne bi vplivale na obdolženčevo in tožilčevo možnost doseči izvedbo dokazov, ki so po njunem mnenju potrebni.

Če sodišče izvedene dokaze oceni že v fazi izvajanja dokazov, ko ima obdolženec še možnost predlagati izvedbo dodatnih dokazov oziroma ko sodišče o prejetih dokaznih predlogih še odloča, se lahko zgodi, da bo na podlagi ocene že izvedenih dokazov (ter morebitne vnaprejšnje dokazne ocene še neizvedenih dokazov) zavrnilo njegov dokazni predlog ter mu tako onemogočilo predstavitev njegove različice dogodka. Smisel ločitve faze izvajanja dokazov in dokazne ocene je namreč ravno v tem, da obramba (in tožilstvo) prevzame glavno vlogo pri izvajanju dokazov ter tako nista omejena z vmesnimi hipotezami sodnika v zadevi, na podlagi katerih njunih predlaganih dokazov ne bi izvedel.⁸ Ločitev faz je mogoče doseči tako, da se odločanje sodišča o tem, ali bo predlagane dokaze izvedlo ali ne, zasnuje na kriterijih, ki so ločeni od dokazne ocene,⁹ zavrnitev izvedbe predlaganega dokaza pa je možna le v primeru neizpolnjevanja takšnih kriterijev. Obdolžencu takšna ureditev omogoča dejansko, in ne le navidezno možnost izvrševanja pravice do predlaganja izvedbe dokazov, ki so mu v korist. V postopku ima takó možnost, da s svojim predlogom uspe ne glede na mnenje, ki si ga je o predmetu dokazovanja ustvarilo sodišče, s tem pa tudi možnost, da vpliva na končno odločitev sodišča tako, da ga prepriča o svoji različici sporne zadeve.¹⁰

3. VNAPREJŠNJA DOKAZNA OCENA V SLOVENSKEM KAZENSKEM POSTOPKU

ZKP vnaprejšnje dokazne ocene izrecno ne ureja, institut pa zgolj implicitno izhaja iz ločenosti faz izvajanja dokazov in dokazne ocene. Če sta fazi zakon-

⁷ Prav tam, str. 150. Takšno ravnanje v psihologiji imenujejo potrditvena pristranskost (angl. *confirmation bias*). Gre za podzavestno težnjo ljudi, da izbirajo oziroma interpretirajo dokaze, ki bodo podprli njihovo prepričanje, pričakovanje ali že izoblikovano hipotezo. Povzeto po R. S. Nickerson, nav. delo, str. 175–177 in 193–194.

⁸ P. Mozetič, nav. delo, str. 151.

⁹ Prav tam.

¹⁰ Prav tam, str. 150.

sko ločeni in zakon ne dopušča možnosti, da bi prišlo do njunega mešanja, to torej namiguje na rešitev, da je vnaprejšnja dokazna ocena po našem zakonu prepovedana. Glede na to, da šele dosledna ločenost dveh različnih faz postopka dokazovanja obdolžencu omogoča, da s svojim dokaznim predlogom uspe ne glede na mnenje, ki si ga je o predmetu dokazovanja ustvarilo sodišče, je takšna rešitev za obdolženca tudi procesno ugodna, saj lahko svojo pravico do predlaganja izvedbe dokazov, ki mu jo podeljuje že Ustava Republike Slovenije (v nadaljevanju URS), v postopku tudi dejansko izvršuje. Tako je mogoče že iz ustavnopravne pravice obdolženca do poštenega postopka oziroma ožje pravice do predlaganja izvedbe dokazov, ki so mu v korist, izpeljati (načelno) prepoved vnaprejšnje dokazne ocene. Ustavno sodišče (v nadaljevanju US) izrecno o tej problematiki na področju kazenskega procesnega prava še ni odločalo, nekaj stališč do vnaprejšnje dokazne ocene pa je sprejelo Vrhovno sodišče.

V skladu s tezo, da je vnaprejšnja dokazna ocena v našem kazenskem postopku prepovedana, je stališče Vrhovnega sodišča v zadevi *I Ips 257/2004*, kjer je navedlo, da zavrnitev dokaznega predloga, pri kateri »sodišče, četudi zgolj z verjetnostjo, sklepa na domnevno vsebino dokaza, in ga smiselno tudi že ocenjuje, še preden je bil ta sploh izveden,« nasprotuje »temeljnim pravilom odločanja v postopku dokazovanja«. ¹¹ Tudi v zadevi *I Ips 335/2007* je Vrhovno sodišče zapisalo, da »vnaprejšnja ocena verodostojnosti dokazov, še preden so ti izvedeni na glavni obravnavi in še preden je bilo obsojencu omogočeno, da se z njimi sooči, gotovo omejuje obsojenčeve pravice do učinkovite obrambe in je v nasprotju z načeli neposrednosti in poštenosti postopka.« ¹²

Iz zadeve *I Ips 356/2002* izhaja, da mora sodišče predlagane dokaze izvesti, če so pravno relevantni in je bila izkazana zadostna stopnja verjetnosti, da bo z njimi mogoče dokazovati zatrjevana dejstva. Vrhovno sodišče je v sodbi ugotovilo, da je nižje sodišče predlagane dokaze kljub izpolnjevanju naštetih meril »zavrnilo s tem, da jih je vnaprej ocenilo, ne da bi jih izvedlo«. ¹³ Ker bi predlagani dokazi utegnili zbuditi dvome o zaključkih, sprejetih v izpodbijani sodbi, je bila z zavrnitvijo predlogov za njihovo izvedbo obdolžencem kršena pravica do predlaganja izvedbe dokazov v njihovo korist.

O problematiki vnaprejšnje dokazne ocene v zvezi z zavrnitvijo dokaznega predloga obrambe iz razloga, ker je določeno dejstvo ali celotno dejansko stanje že dokazano, Vrhovno sodišče obširneje razpravlja v sodbi *I Ips 337/2004* z dne 16. februarja 2006. Pri svoji odločitvi najprej poudari načelo proste presoje dokazov, po katerem lahko sodišče samo odloča o tem, katere dokaze bo

¹¹ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 257/2004 z dne 13. oktobra 2005.

¹² Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 335/2007 z dne 2. julija 2008.

¹³ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 356/2002 z dne 27. maja 2004.

izvedlo in kako bo presojalo njihovo verodostojnost, nato pa kot njegovo protitež opiše še ustavno pravico obdolženca do predlaganja izvedbe dokazov v svojo korist. Ker ta ni absolutna, sodišče poudari, da mora sodnik v postopku upoštevati tudi načelo učinkovitosti in ekonomičnosti postopka. Na tem mestu je prvič v tej sodbi tudi omenjena vnaprejšnja dokazna ocena, in sicer Vrhovno sodišče navede, da lahko sodišče zavrne »izvedbo predlaganega dokaza za ugotovitev nekega dejstva, ki je že dokazano (pri čemer se praviloma ne bo smelo spustiti v vnaprejšnjo dokazno oceno)«. ¹⁴ Iz povedanega bi bilo mogoče zaključiti, da vnaprejšnja dokazna ocena pri odločanju, ali je določeno dejstvo že dokazano ali ne, praviloma ni dovoljena. Sodišče pomena pojma tu ne opredeli, vendar v nadaljevanju iz obrazložitve sodbe izhaja, da je šlo v konkretnem primeru za vnaprejšnjo dokazno oceno zato, ker se je sodišče vnaprej spustilo v oceno verodostojnosti še neizvedenih dokazov.

Čeprav Vrhovno sodišče sprva zavzame stališče, da pri odločanju o že dokazanem dejstvu vnaprejšnja dokazna ocena (sicer praviloma) ni dovoljena, pa nato že čez nekaj odstavkov zapiše:

»Prepoved vnaprejšnje dokazne ocene sicer res ni brezizjemna, kot je to bilo že opisano, oziroma je dopustno dokaze zavrniti tedaj, ko je bilo že iz izvedenih dokazov mogoče z vso zanesljivostjo sklepati o obstoju odločilnih dejstev.« ¹⁵

Če je morda tu uporaba veznika »oziroma« malce nerodna, pa v zadevi *I Ips 240/2009* Vrhovno sodišče še bolj jasno zapiše:

»Prepoved vnaprejšnje dokazne ocene ... ni absolutna, saj je dopustno dokaze zavrniti tedaj, ko je iz že izvedenih dokazov mogoče z vso zanesljivostjo sklepati o obstoju odločilnih dejstev.« ¹⁶

V obrazložitvi omenjene sodbe sodišče tudi natančno opiše miselni tok sodnika v takšnem primeru:

»Sodišče lahko zavrne dokazni predlog, če presodi, da je določeno dejstvo ali celo celotno dejansko stanje že dokazano, v takem primeru *mora oceniti dokazno moč že izvedenih dokazov in anticipirati dokazno oceno predlaganega dokaza*. To stori med dokaznim postopkom, kar pomeni, da takšna ureditev predpostavlja, da se faza izvajanja dokazov prepleta z dokazno oceno.« ¹⁷ [Poudarila M. H.]

¹⁴ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 337/2004 z dne 16. februarja 2006.

¹⁵ Prav tam.

¹⁶ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 240/2009 z dne 23. septembra 2010, § 14.

¹⁷ Prav tam. Vrhovno sodišče je v svoji odločitvi očitno sprejelo stališče, ki ga je pred tem izrazila že Mozetičeva. Glej P. Mozetič, nav. delo, str. 149.

Sprva navedena načelna prepoved vnaprejšnje dokazne ocene v primeru, ko sodišče odloča o tem, ali je dejstvo že dokazano, je s povedanim razvrednotena, saj Vrhovno sodišče samo prizna, da gre v primeru, ko je iz že izvedenih dokazov mogoče z vso zanesljivostjo sklepati o obstoju odločilnih dejstev, tj. ko so ta dejstva že dokazana, *vselej* za vnaprejšnjo dokazno oceno.

Obrazložitev sodbe *I Ips 337/2004* sodišče zaključi z ugotovitvijo, da v konkretni kazenski zadevi ni šlo za situacijo, ko bi bilo že iz izvedenih dokazov mogoče z vso zanesljivostjo sklepati o obstoju odločilnih dejstev, zato torej izjema od prepovedi vnaprejšnje dokazne ocene ne pride v poštev. Ker je sodišče dokaze kljub temu zavrnilo na podlagi vnaprejšnje dokazne ocene, je s tem za obdolženca ustvarilo slabši položaj, kot če bi ugotovilo, da predlaganih dokazov iz objektivnih razlogov ni mogoče izvesti.¹⁸ Vrhovno sodišče se nazadnje opre na pravico obdolženca do poštenega postopka in pove:

»Ni mogoče govoriti o poštenem postopku (fair trial), če sodišče na predlog obrambe ne izvede razbremenilnega dokaza, ki bi ga bilo mogoče izvesti in bi predstavljal nasprotni dokaz obremenilnemu.«¹⁹

Opisani obrazložitvi sta podobni tudi obrazložitev zadeve *I Ips 14/2010* z dne 1. aprila 2010 in obrazložitev že prej omenjene zadeve *I Ips 240/2009* z dne 23. septembra 2010. Pri zadnji sodišče sicer izhaja iz pravice obdolženca do enakega varstva pravic, ki jo ureja 22. člen URS, in tako navede, da »z vidika enakega varstva pravic ni sprejemljivo, da si sodišče ustvari sodbo samo na podlagi dokazov, ki obdolženca obremenjujejo, in še preden sliši dokaze, ki bi ga utegnili razbremeniti«,²⁰ vendar pa tudi že sam 29. člen URS temelji na enakosti tožilca in obdolženca v postopku, saj slednjemu pravice podeljuje »ob popolni enakopravnosti«. ²¹ Tako tudi iz same pravice obdolženca do predlaganja izvedbe dokazov izhaja enakopravnost obravnavanja dokaznih predlogov obrambe in tožilstva.

Dne 24. februarja 2011 nato Vrhovno sodišče sprejme odločitev v zadevi *I Ips 225/2010* in v obrazložitvi sodbe navede:

»Sodišče sme zavrniti izvedbo nadaljnjih dokazov, če ugotovi, da je za odločitev dovolj podlage, predlagani dokazi pa so taki, da ne spreminjajo stanja stvari. V tem smislu je sodišče presodilo dokazne predloge obrambe, pri čemer ni stvarne podlage za sklepanje, da je to storilo z vnaprejšnjo dokazno

¹⁸ Kot primer Vrhovno sodišče navede smrt priče oziroma njeno nedosegljivost. Glej sodbo Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 337/2004 z dne 16. februarja 2006.

¹⁹ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 337/2004 z dne 16. februarja 2006.

²⁰ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 240/2009 z dne 23. septembra 2010, § 11.

²¹ Člen 29 URS.

oceno, ki praviloma predpostavlja, da je vsebina dokaza znana in ocenjena z vidika njegove verodostojnosti.«

Ker sta nižji sodišči navedli razumne razloge, s katerimi sta zavrnila dokazne predloge obrambe, »ni podlage za sklepanje, da je sodišče z zavrnitvijo dokaznih predlogov kršilo obsojenčevo pravico obrambe«. ²²

Očitno je, da je sodišče v konkretnem primeru dokaz zavrnilo zato, ker je bilo celotno dejansko stanje že dokazano oziroma – z izrazjem, ki ga za ta zavrnitveni razlog uporablja US – ker je bilo nadaljnje izvajanje dokazov zaradi jasnosti zadeve odveč. Iz citirane obrazložitve je razvidno, da se Vrhovno sodišče pri svoji utemeljitvi upravičenosti zavrnitvenega razloga najverjetneje odziva na ugovor, da je šlo pri zavrnitvi za nedovoljeno vnaprejšnjo dokazno oceno. Čeprav bi bilo iz prej predstavljene sodne prakse mogoče sklepati, da je pri tem zavrnitvenem razlogu vnaprejšnja dokazna ocena vselej dovoljena, pa Vrhovno sodišče ugovor zavrne z utemeljitvijo, da v konkretnem primeru ni šlo za vnaprejšnjo dokazno oceno. Ker po mnenju Vrhovnega sodišča dokazni predlogi niso bili zavrnjeni na podlagi vnaprejšnje dokazne ocene, obdolženčeva pravica do obrambe ni bila kršena. Takšna argumentacija obravnavanemu institutu daje negativen prizvok, saj omogoča sklepanje, da v primeru utemeljenega ugovora, tj. če bi sodišče dokazni predlog zavrnilo na podlagi vnaprejšnje dokazne ocene, Vrhovno sodišče ravnanja nižjega sodišča ne bi odobrilo. Glede na citirano obrazložitev torej Vrhovno sodišče izjeme od prepovedi vnaprejšnje dokazne ocene v primeru že dokazanega dejstva oziroma celotnega dejanskega stanja očitno ne sprejema kot splošno pravilo.

Kot je razvidno iz povedanega, stališče Vrhovnega sodišča do dopustnosti vnaprejšnje dokazne ocene v slovenskem kazenskem postopku ni jasno. Če povzamem, v sodni praksi načeloma velja, da je vnaprejšnja dokazna ocena prepovedana. Vseeno ob možnosti sodišča, da dokazni predlog obrambe zavrne iz razloga, ker je določeno dejstvo ali celotno dejansko stanje že dokazano, nastanejo nejasnosti, saj v praksi Vrhovnega sodišča ni enotnosti že glede začetnega vprašanja, kdaj do vnaprejšnje dokazne ocene sploh pride. Glede te problematike se namreč pojavljata **dve nasprotujoči si mnenji**:

1. Vrhovno sodišče po eni strani meni, da je sklepanje, ali je določeno dejstvo že dokazano ali ne, mogoče in praviloma tudi nujno brez vnaprejšnje dokazne ocene (v nadaljevanju »prvo stališče«). Tako v sodbah navaja, da se pri zavrnitvi dokaznega predloga iz razloga, ker je dejstvo, ki se ga želi z dokazom dokazovati, že dokazano, sodišče praviloma ne bo smelo spustiti v vnaprejšnjo dokazno oceno.

²² Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 225/2010 z dne 23. februarja 2011, § 15 in § 16.

2. Po drugi strani Vrhovno sodišče navede, da se sodišče pri zavrnitvi dokaznega predloga iz razloga, ker je dejstvo že dokazano, vselej spusti v vnaprejšnjo dokazno oceno, vendar pa takšnega ravnanja ne šteje za nedopustno (v nadaljevanju »drugo stališče«). Tako pove, da je vnaprejšnja dokazna ocena dopustna tedaj, ko je iz že izvedenih dokazov mogoče z vso zanesljivostjo sklepati o obstoju odločilnih dejstev, tj. ko je določeno dejstvo ali celo celotno dejansko stanje že dokazano.

V zadevah *I Ips 337/2004*, *I Ips 14/2010* ter *I Ips 240/2009* se v vsaki posamezni sodbi pojavita obe mnenji hkrati. Vseeno je iz razlage sodišča mogoče sklepati, da *drugo stališče prevlada nad prvim*. Prvo je namreč le bežno omenjeno v oklepaju pri splošni predstavitvi možnih zavrnitvenih razlogov, drugemu pa je pripisan večji pomen, saj je podlaga argumentacijam končnih odločitev. Čeprav načelna prepoved vnaprejšnje dokazne ocene izhaja že iz URS, jo Vrhovno sodišče torej v predstavljenih sodbah v primeru, ko je določeno dejstvo ali celo celotno dejansko stanje že dokazano, vseeno dopusti, saj naj bi bila pri presoji tega zavrnitvenega razloga vselej neizogibna. Nasprotno v zadevi *I Ips 225/2010* Vrhovno sodišče *zavzame prvo izmed* prej predstavljenih *nasprotujočih si stališč*, tj. da je ocena, ali je določeno dejstvo oziroma celotno dejansko stanje že dokazano, možna tudi brez vnaprejšnje dokazne ocene ter da je slednja praviloma prepovedana.

Tako kot Mozetičeva,²³ Šugman Stubbsova in Gorkič²⁴ tudi sama menim, da presoja, ali je določeno dejstvo že dokazano z drugimi izvedenimi dokazi, nujno predpostavlja dokazno oceno že izvedenih dokazov in vnaprejšnjo dokazno oceno še neizvedenih dokazov. Tako v zadevi *I Ips 225/2010* ni jasno, kako bi lahko sodišče drugače presodilo, da so predlagani dokazi »taki, da ne spreminjajo stanja stvari,« kot pa na način, da bi ocenilo dokazno moč že izvedenih dokazov in predvidelo dokazno moč še neizvedenih dokazov, nato pa predvidelo vpliv druge na prvo ter šele tako lahko ugotovilo, ali predlagani dokazi stanje stvari lahko spremenijo. Če sodišče torej predvidi, da bo dokazna moč neizvedenih dokazov zelo velika, bi izvedba teh dokazov lahko vplivala na stanje stvari, če bo zanemarljiva, pa stanja stvari ne bo spremenila in sodišče predlaganih dokazov ne bo izvedlo. Kot je razvidno iz obrazložitve, je obramba predlagala, da se z izvedencem pedopsihiatrom preveri, ali je mogoče, da

²³ P. Mozetič, nav. delo, str. 143–144.

²⁴ K. Šugman Stubbs in P. Gorkič, nav. delo, str. 92–93. Avtorja kot primere vnaprejšnje dokazne ocene navajata zavrnitve dokaznega predloga iz razloga, ker je določeno dejstvo oziroma dejansko stanje že dokazano. Pri tem ne razlikujeta med primeri, v katerih bi pri takšni zavrnitvi šlo za vnaprejšnjo dokazno oceno, in primeri, v katerih za tovrstno oceno ne bi šlo, ampak zgolj ugotavljata, kdaj je vnaprejšnja dokazna ocena (ko do nje že pride) prepovedana in kdaj ne. Po njunem mnenju gre torej pri obravnavanih zavrnitvenih razlogih vselej za vnaprejšnjo dokazno oceno. Prav tam.

si je oškodovanka kaznivo dejanje izmislila, z zaslišanjem prič P. in L. L. pa bi se ugotovilo, ali je izpovedba priče M. S. verodostojna. Vrhovno sodišče pravi, da sta nižji sodišči »navedli razloge, s katerimi sta zavrnila pomisleke obrambe glede verodostojnosti oškodovankine izpovedbe in tudi izpovedbe priče M. S. Zaradi razumnosti in zanesljivosti takšne ocene, ki se opira tudi na izvid in mnenje izvedenke B. M. ter izsledke rekonstrukcije na kraju inkriminiranega dogodka, ni podlage za sklepanje, da je sodišče z zavrnitvijo dokaznih predlogov kršilo obsojenčevo pravico obrambe.«²⁵ Odločitvi sodišča, da predlaganega dokaza ne izvede, je očitno botrovala njegova prepričanost o verodostojnosti izpovedbe oškodovanke in priče, ki je zaslišanje pedopsihiatra in dveh dodatnih prič ne glede na njihove izpovedi ne bi moglo omajati. Četudi je torej Vrhovno sodišče navedlo, da nižji sodišči nista vnaprej ocenjevali verodostojnosti izjav, ki bi jih pridobili z zaslišanjem predlaganih prič in izvedenca, sta to neizogibno morali storiti, čeprav tega v svojih obrazložitvah nista izrecno navedli.

4. PRIMERI IZ SODNE PRAKSE

Primere iz sodne prakse, v katerih se pojavi institut vnaprejšnje dokazne ocene, je mogoče sistematično razvrstiti v dve skupini:

I. V prvo skupino spadajo **primeri, pri katerih so instančna sodišča vnaprejšnjo dokazno oceno ocenila kot prepovedano**. Razvrstiti jih je mogoče v dve podskupini:

- a) V prvo podskupino spadajo primeri, pri katerih so nižja sodišča dokazni predlog zavrnila z obrazložitvijo, ki izrecno predstavlja prepovedano vnaprejšnjo dokazno oceno. Takšen primer je na primer zadeva *I Ips 55149/2010*, v kateri je sodišče prve stopnje izvedbo predlaganega dokaza (zaslišanje priče M. P., ki naj bi bila navzoča pri streljanju) zavrnilo z obrazložitvijo, da »je nenavadno, da bi oseba (M. P.) nekomu drugemu (S. B.) takoj po streljanju razlagala podrobnosti dejanja, ko bi takšna oseba najbrž bila prestrašena ali vsaj šokirana, če naj bi se vozila v kombiju in naj bi bila druga oseba mrtva«.²⁶ Prvostopenjsko sodišče je po mnenju Vrhovnega sodišča s presumiranjem izpovedbe priče, ki je v postopku kljub obrazloženemu predlogu obrambe ni zaslišalo, čeprav je bila dosegljiva, in z vnaprejšnjo dokazno oceno njene izpovedi obdolžencu prekršilo njegovo pravico do obrambe in poštenega sojenja.

²⁵ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 225/2010 z dne 23. februarja 2011, § 16.

²⁶ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 55149/2010 z dne 17. januarja 2013.

- b) V drugo podskupino spadajo primeri, ko nižja sodišča zavrnitve dokaznega predloga sicer niso utemljila z izrecno vnaprejšnjo dokazno oceno, vendar pa so instančna sodišča slednjo pri zavrnitvi vseeno opazila ter je niso dopustila. V zadevi *I Ips 240/2009* je sodišče na primer dokazni predlog obrambe zavrnilo zgolj z navedbo, da »izvedba dokaza ne bi prispevala k razjasnitvi zadeve«.²⁷

V obravnavanem primeru je obdolženca bremenilo kaznivo dejanje kršitve spolne nedotakljivosti z zlorabo položaja.²⁸ Obramba je v postopku predlagala zaslišanje razbremenilne priče K. P., ki bi lahko izpovedala, da je oškodovanko v času storitve kaznivega dejanja, ko naj bi bila zaklenjena v obdolženčevi sobi, videla samo sedeti na klopi pred hotelom, a je sodišče ta dokazni predlog zavrnilo. Pri ugotavljanju odločilnih dejstev se je oprlo predvsem na izpovedbo oškodovanke in jo preverjalo s postavitvijo dveh izvedencev, ki sta kot njena lečeča psihiatra izpovedovala o njenem zdravstvenem stanju in poteku zdravljenja, ter zasliševanjem prič, ki so izpovedale o tem, kar jim je o dogodku povedala oškodovanka. Sodišče je sicer zaslišalo tudi priči A. P. in M. K., ki sta obe izpovedali, da sta bili tistega dne v času, ko naj bi bila oškodovanka in obdolženec sama, v sobi navzoči, ter da oškodovanke takrat tam ni bilo, a jima ni verjelo.

Vrhovno sodišče je pri ravnanju nižjega sodišča zaznalo vnaprejšnjo dokazno oceno in zavrnitev dokaznega predloga za zaslišanje priče K. P. označilo za kršitev pravic obdolženca. Čeprav je obramba zadostila svojemu dokaznemu bremenu pri predlaganju dokaza, je bil ta brez vsebinske utemeljitve zavrnjen. Kljub temu da naj bi bila vnaprejšnja dokazna ocena dopustna, če je mogoče v postopku z vso zanesljivostjo sklepati o obstoju odločilnih dejstev, je Vrhovno sodišče ugotovilo, da o tem v konkretni kazenski zadevi ni bilo mogoče govoriti. Ker je sodišče odločilna dejstva ugotavljalo predvsem na podlagi izpovedbe oškodovanke, bi bila izvedba nasprotnega dokaza, ki bi lahko ustvarila dvom o verodostojnosti njene izpovedbe, ključnega pomena za poštenost postopka. Iz obrazložitve sodbe je bilo tudi razvidno, da sodišče razbremenilnima pričama A. P. in M. K. ni verjelo, ker sta se podrobno spominjali le okoliščin, ki so izhajale že iz obdolženčevega zagovora, drugih pa ne. Če pa bi priča K. P. izpovedala, da je ob treh zjutraj videla oškodovanko samo sedeti na klopi, in bi bila pri svoji izpovedbi tako prepričljiva, da bi ji sodišče verjelo, bi to v povezavi z drugimi dokazi (predvsem izpovedb A. P. in M. K.) utegnilo sodišče pripeljati do drugačnih dejanskih in pravnih zaključkov.

²⁷ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 240/2009 z dne 23. septembra 2010, § 8.

²⁸ Člen 184 KZ/94.

II. V drugo skupino spadajo **primeri, pri katerih so sodišča dokazni predlog zavrnila iz razloga, ker je bilo dejstvo, ki se želi dokazati, že dokazano oziroma ker je bilo dejansko stanje že dovolj razjasnjeno.**

Že samo US je sodiščem podelilo možnost, da dokazni predlog zavrnejo iz razloga, ker je dejansko stanje že dovolj razjasnjeno oziroma ker je dejstvo, ki se želi dokazati, že dokazano.²⁹ Ni torej presenetljivo, da sodišča ta razlog pri zavrnitvi dokaznega predloga uporabljajo pogosto, instančna sodišča pa pri tem ne zaznajo kršitve obdolženčeve pravice do predlaganja dokazov v njegovo korist. Ne glede na že omenjeno nejasno stališče Vrhovnega sodišča glede vnaprejšnje dokazne ocene pri obravnavanih zavrnitvenih razlogih je tako jasno: US zavrnitev dokaznega predloga iz razloga, ker je določeno dejstvo že dokazano oziroma celotno stanje že dovolj razjasnjeno, dopušča, čeprav se do vnaprejšnje dokazne ocene na področju kazenskega procesnega prava do zdaj še ni izrecno opredelilo.

Četudi bi sprejeli prvo stališče Vrhovnega sodišča, da pri teh zavrnitvenih razlogih ne gre za neizogibno vnaprejšnjo dokazno oceno ter da je slednja vselej prepovedana, je na mestu ugotovitev, da je v sodni praksi vseeno mogoče najti obrazložitve zavrnitev dokaznih predlogov, ki nakazujejo na (v tem primeru nedovoljeno) vnaprejšnjo dokazno oceno, vendar kršitve v konkretnih primerih niso bile ugotovljene.

US samo je tako na primer v zadevi *Up-88/05* navedlo, da so bili »drugi, pred tem izvedeni dokazi za to sodišče *prepričljivi do te mere, da njegovega prepričanja o pritožnikovi krivdi ne bi mogel spremeniti niti navedeni dokaz* [poudarila M. H.]«. ³⁰ Iz takšne argumentacije izhaja, da izvedba predlaganih dokazov – ne glede na to, kakšen bi bil njen rezultat – v nobenem primeru ne bi bila uspešna in ne bi mogla omajati verodostojnosti in prepričljivosti že izvedenih dokazov. Ko je Vrhovno sodišče do smiselno enakega rezultata prišlo na primer v zadevi *I Ips 14/2010*,³¹ je pri tem zaznalo vnaprejšnjo dokazno oceno. Tudi obrazložitev, kot je na primer »senat [je] zavrnil nekatere dokazne predloge, ker je ocenil, da *izvedba teh dokazov ne bi pripeljala do drugačne*

²⁹ Odločba US RS, št. Up-34/93 z dne 8. junija 1995; glej tudi odločbo US RS, št. Up-203/97 z dne 16. marca 2000, § 11.

³⁰ Odločba US RS, št. Up-88/05 z dne 14. junija 2007, § 14.

³¹ Vrhovno sodišče je navedlo: »Glede na takšne razloge je sodišče očitno štelo, da predlagani dokaz v nobenem primeru, ne glede na to, kaj in kako bi pričal izpovedala, ne bi bil uspešen, in ne bi mogel omajati verodostojnosti in prepričljivosti oškodovančeve izpovedbe. S takšnim svojim ravnanjem je obtožencu kršilo pravico do obrambe, in sicer najprej s (sicer tihim) presumiranjem rezultata zaslišanja priče, ki ni bila zaslišana, čeprav je bila dosegljiva; in drugič z vnaprejšnjo dokazno oceno.« Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 14/2010 z dne 1. aprila 2010, § 8.

dokazne ocene [poudarila M. H.] oziroma ne bi prispevala k boljši razjasnitvi dejanskega stanja,«³² nakazuje na enako podlago zavrnitve dokaznih predlogov. Če bi bila torej zavrnitev dokaznega predloga, ker je določeno dejstvo ali celotno dejansko stanje že dokazano, mogoča tudi brez vnaprejšnje dokazne ocene, gre v vseh teh (in podobnih) primerih za kršitev prepovedi vnaprejšnje dokazne ocene.

Sama sem sicer, kot že pojasnjeno, zavzela nasprotno, drugo stališče, ki sicer prevladuje tudi v strokovni literaturi.³³ Četudi torej sodišče predlagani dokaz zavrne z zelo splošno obrazložitvijo, da »izvedba tega dokaza za presojo zadeve ni potrebna, ker je dejansko stanje dovolj razčiščeno«,³⁴ pri tem miselno nujno izvede dokazno oceno že izvedenih dokazov in vnaprejšnjo dokazno oceno še neizvedenega dokaza. V nadaljevanju je tako **moje izhodišče teza, da gre pri zavrnitvi dokaznega predloga iz razloga, da je določeno dejstvo oziroma celotno dejansko stanje že dokazano, neizogibno za vnaprejšnjo dokazno oceno.**

Ker je US tovrstne zavrnitvene razloge sploh dopustilo, je ob tem mogoče ugotoviti, da je s takšnim ravnanjem v našem kazenskem postopku široko odprlo vrata dovoljeni vnaprejšnji dokazni oceni. Zato tudi ni presenetljivo, da Vrhovno sodišče (v primeru, ko izhaja iz enakega izhodišča glede vprašanja, kdaj se vnaprejšnja dokazna ocena sploh pojavi) pri obravnavanih zavrnitvenih razlogih priznava izjemo od prepovedi vnaprejšnje dokazne ocene. Na tem mestu je zato nujno vprašanje, ali je bilo navedeno ravnanje US ustrezno. Za odgovor na zastavljeno vprašanje je treba najprej raziskati, kakšen smisel ima prepoved vnaprejšnje dokazne ocene v kazenskem postopku.

5. SMISEL PREPOVEDI VNAPREJŠNJE DOKAZNE OCENE

Prepoved vnaprejšnje dokazne ocene obdolžencu prinaša, kot je bilo že pojasnjeno, **pošten postopek**. Njena najpomembnejša posledica je, da v konkretnem postopku obdolženec lahko tudi dejansko izvršuje svojo **pravico do predlaganja izvedbe dokazov** iz 29. člena URS, pri čemer ni odvisen od mnenja, ki si ga o predmetu dokazovanja ustvari sodnik. Hkrati so s tem, ko je sodniku prepovedano že vnaprej ocenjevati dokaze, obdolžencu posredno zagotovljeni tudi drugi vidiki poštenega sojenja in nekatera druga jamstva, ki mu jih dajeta URS in ZKP.

³² Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 13/98 z dne 23. aprila 1998.

³³ Glej opombi 23 in 24.

³⁴ Glej na primer sodbo Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 465/2007 z dne 8. maja 2008, § 13.

Tako mu je na primer zagotovljeno **enako varstvo pravic**, ki ga zahteva 22. člen URS. Prepoved namreč s tem, ko sodniku preprečuje vnaprejšnjo presojo dokazne moči predlaganih dokazov, spodbuja enako obravnavanje dokaznih predlogov tožilca in obdolženca.

S prepovedjo vnaprejšnje dokazne ocene se obdolžencu nadalje tudi zagotovi **občutek, da je deležen nepristranskega sojenja**, do katerega je upravičen po 23. členu URS in tudi po 6. členu Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin.³⁵ Če sodišče oceni že izvedene dokaze in na podlagi vnaprejšnje dokazne ocene zavrne predlagane dokaze obrambe, ker je določeno obremenilno dejstvo že dokazano, s tem nakaže, da je bolj naklonjeno tožilčevim dokazom. Že *Mozetičeva* navaja, da v primeru, ko se sodnik odloči izvesti kakšen dokaz, ker je pristranski in zato eni stranki daje prednost pred drugo, obdolžencu pošten postopek ni zagotovljen.³⁶ Čeprav mora obramba za uspešno uveljavljanje pristranskosti sodnika to bojazen tudi objektivno utemeljiti,³⁷ pa sama prepoved vnaprejšnje dokazne ocene vsaj pri obdolžencu zagotavlja vtis, da sodnik v postopku odloča nepristransko. Ta ni zanemarljiv, saj je prav subjektivno mnenje o pristranskosti glavni povod za vlaganje pravnih sredstev zaradi kršitve pravice do nepristranskega sojenja.³⁸

Obdolžencu takšna ureditev zagotavlja tudi **spoštovanje domneve nedolžnosti** iz 27. člena URS in 3. člena ZKP, v skladu s katero tisti, ki je obdolžen kaznivega dejanja, »velja za nedolžnega, dokler njegova krivda ni ugotovljena s pravnomočno sodbo«.³⁹ Prepoved vnaprejšnje dokazne ocene sodniku omogoča uresničevanje tistega vidika domneve, ki se nanaša na njegov psihološki položaj. Sili ga namreč v to, da v sebi priznava možnost, da bo dokazni po-

³⁵ Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP), Ur. l. RS, št. 33/94, MP, št. 7/94. Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) je v odločitvi *Piersack proti Belgiji* navedlo, da nepristranskost pomeni odsotnost vnaprejšnje odločitve ali predsodka. Glej sodbo ESČP v zadevi *Piersack proti Belgiji* z dne 1. oktobra 1982, § 30. V zadevi *U-I-92/96* jo je opredelilo tudi naše US, in sicer je zapisalo, da »nepristranskost pomeni, da tisti, ki odloča, ni zainteresiran za izid postopka ter je odprt za dokaze in predloge strank«. Na drugi strani je pristranskost označilo za »dajanje prednosti eni stranki«, pomenila pa naj bi »neenako obravnavanje«. Odločba US RS, št. U-I-92/96 z dne 21. marca 2002, § 16.

³⁶ P. Mozetič, nav. delo, str. 94.

³⁷ Glej odločbo US RS, št. U-I-92/96 z dne 21. marca 2002, § 16.

³⁸ Erbežnik in Dežman na primer trdita, da »postane sodnikova nepristranskost v subjektivnem pogledu dvomljiva na najbolj očiten način, če sodnik zavzema stališče o zadevi, še preden je bilo odločeno, ali če neutemeljeno zavrača dokazne predloge«. Z. Dežman in A. Erbežnik, nav. delo, str. 281. Obramba se je na kršitev pravice do nepristranskega sojenja zaradi domnevno neutemeljene zavrnitve dokaznega predloga sklicevala na primer v zadevi Up-734/04. Sklep US RS, št. Up-734/04 z dne 9. oktobra 2006.

³⁹ Člen 27 URS, člen 3 ZKP. Podobno tudi drugi odstavek 6. člena EKČP.

stoppek pokazal, da je obdolženec nedolžen, ter da se med postopkom vzdrži »kakršnegakoli delovanja ali izjavljanja, ki bi kazalo na to, da je obtoženi kriv, preden je bila izrečena obsodilna sodba«. ⁴⁰

Nazadnje pa lahko prepoved vnaprejšnje dokazne ocene, kot je zapisalo Vrhovno sodišče v zadevi *I Ips 335/2007*, ⁴¹ omogoča tudi **uresničevanje načela neposrednosti postopka**. ⁴² Preprečuje namreč situacijo, v kateri si sodišče s tem, ko oceni dokaz še pred njegovo izvedbo, ustvari vtis o dokazni vrednosti tega dokaza in izoblikuje psihološko oceno njegove verodostojnosti, ⁴³ še preden bi ga pred tem neposredno zaznalo na glavni obravnavi.

Ureditev, pri kateri sta faza izvajanja dokazov in faza dokazne ocene ločeni, vnaprejšnja dokazna ocena pa prepovedana, torej ni sama sebi namen. Obdolžencu zagotavlja, da postane aktiven subjekt postopka, hkrati pa mu posredno varuje tudi nekatere druge temeljne pravice v postopku. Širše gledano se s tem obenem poveča možnost, da bodo obdolženec pa tudi širša javnost končno odločitev sodišča sprejeli kot zakonito in legitimno, kar je pri kazenskem postopku še posebej pomembno.

6. USTREZNOST ZAVRINITVE DOKAZNEGA PREDLOGA, KER JE DEJSTVO, KI SE ŽELI DOKAZATI, ŽE DOKAZANO OZIROMA KER JE DEJANSKO STANJE ŽE DOVOLJ RAZJASNJENO

V našem kazenskem postopku je US vnaprej določilo merila, ki jih mora dokazni predlog izpolnjevati, da ga bo sodišče dolžno izvesti, hkrati pa je iz njih izpeljalo tudi razloge, iz katerih lahko izvedbo predlaganega dokaza odkloni. ⁴⁴ Ko sodišče prejme dokazni predlog, mora najprej preveriti, ali so omenjene »predpostavke« za njegov sprejem podane – ali so izpolnjena vsa merila ter ali je podan kateri izmed dovoljenih zavrnitvenih razlogov. Možnost, da sodišče zavrne dokazni predlog, ker je določeno dejstvo ali celotno dejansko stanje že dokazano, sodnika ob prejemu *vsakega* dokaznega predloga pri preverjanju omenjenih predpostavk sili v miselno dokazno oceno že izvedenih dokazov in vnaprejšnjo dokazno oceno še neizvedenega dokaza. Oceniti mora namreč, ali je podana možnost zavrnitve dokaznega predloga, ker je določeno dejstvo

⁴⁰ K. Šugman Stubbs in P. Gorkič, nav. delo, str. 60.

⁴¹ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 335/2007 z dne 2. julija 2008.

⁴² Člen 355 ZKP.

⁴³ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 7/2002 z dne 24. septembra 2003.

⁴⁴ Odločba US RS, št. Up-34/93 z dne 8. junija 1995, in odločba US RS, št. Up-203/97 z dne 16. marca 2000, § 11.

ali pa celotno dejansko stanje že dokazano. Če presodi, da zavrnitvena razloga nista podana, bo dokaz izveden, sicer pa bo dokazni predlog zavrnjen.

Najobširneje je mnenje o ustreznosti tovrstnih zavrnitvenih razlogov v literaturi pojasnila Mozetičeva. Avtorica opozarja, da ima s tovrstnima zavrnitvenima razlogoma sodišče možnost »presekat dokazovanje, ki se izvaja na pobudo strank«, s čimer je doseg pravice obdolženca do izvajanja dokazov pomembno okrnjen.⁴⁵ Enako kot Kunert⁴⁶ tudi sama navaja, da bo sodnik v takšnem primeru ugodil le tistim dokaznim predlogom, pri katerih sam meni, da je izvedba predlaganih dokazov potrebna, prenehal pa bo izvajati dokaze takrat, ko bo na podlagi že izvedenih dokazov dosegel neki rezultat glede obdolženčeve krivde ali nedolžnosti. Če bo sodišče že doseglo celovito prepričanost o obdolženčevi krivdi, ki je pogoj za obsodilno sodbo, ne bo moglo storiti ničesar več in bo dokazovanje ustavilo, dejanska možnost obdolženca, da sodišče prepriča v svoj prav, pa je s takšno ureditvijo močno zmanjšana.⁴⁷

Zavrnitvena razloga za sporna označuje tudi Bošnjak.⁴⁸ Avtor načeloma sprejema zavrnitev dokaznega predloga v primeru, da na podlagi do tedaj izvedenega dokaznega postopka ne bi bilo podlage za obsodilno sodbo, tožilec pa izvedbe dodatnih dokazov ne bi predlagal in nadaljnje dokazovanje nedolžnosti obdolženca bi bilo odveč.⁴⁹ Vseeno obenem navede, da je prav, da se obrambi v postopku tudi v takšnem primeru omogoči utemeljevanje njene različice, saj imata obdolženec in tožilec v pritožbi možnost predlagati nova dejstva in nove dokaze,⁵⁰ instančno sodišče pa možnost presoje dejanskega stanja. Po drugi strani avtor za sporno in po njegovem mnenju »vredno poglobljene ustavnosodne presoje« označuje možnost sodišča, da zavrne izvedbo predlaganega dokaza, ker sodišče šteje, da je obdolženec kriv.⁵¹

Primerjalnopravno gledano imajo v nemškem kazenskem postopku sodniki zgolj možnost zavrnitve dokaznega predloga obrambe, če je razbremenilno dejstvo že dokazano, ne pa tudi, če je že dokazano nasprotno. Vse zavrnitve dokaznega predloga, pri katerih bi sodišče štelo za že dokazano nasprotno

⁴⁵ P. Mozetič, nav. delo, str. 147.

⁴⁶ K. H. Kunert, nav. delo, str. 155.

⁴⁷ Povzeto po P. Mozetič, nav. delo, str. 147 in 149–151.

⁴⁸ Povzeto po M. Bošnjak, nav. delo, pril. str. III.

⁴⁹ Tudi Horvat pravi, da lahko sodišče v okviru materialnega procesnega vodstva »že po izvedbi dokazov obtožbe oceni, da izvajanje dokazov obrambe ne bo potrebno, ker tožilcu obtožbe ni uspelo dokazati«, in dokazni postopek konča ter izreče oprostilno sodbo. Š. Horvat, nav. delo, str. 61.

⁵⁰ Četrty odstavek 369. člena ZKP.

⁵¹ M. Bošnjak, nav. delo, pril. str. III.

obremenilno dejstvo, pomenijo prepovedano vnaprejšnjo dokazno oceno in so nedopustne.⁵² Če so predlagani dokazi dopustni, relevantni, primerni in dosegljivi, jih mora sodišče izvesti. Edina možnost, ki jo ima, da se dokazovanje prekine, je zavrnitev dokaznega predloga, če je ta podan zgolj z namenom zavlačevanja postopka.⁵³

Možnost zavrnitve dokaznega predloga, ker je določeno dejstvo ali celotno dejansko stanje že dokazano, ob razlagi, ki je v naši ureditvi sprejeta, tudi po mojem mnenju ni najbolj ustrezna. Kot že rečeno, prepoved vnaprejšnje dokazne ocene v kazenskem postopku ni sama sebi namen. Ko je US dopustilo obravnavana zavrnitvena razloga, je odprlo vrata dovoljeni vnaprejšnji dokazni oceni, s tem pa hkrati omejilo varstvo prej omenjenih pravic obdolženca, ki jih tovrstna prepoved (posredno) zagotavlja. Bolje bi bilo, če bi se zgledovali po nemški ureditvi in zavrnitvena razloga razlagali tako, da sodišče dokazni predlog lahko zavrne le, če je enako dejstvo kot tisto, ki ga želi dokazati obramba, že dokazano. Sodišče iz razloga, ker bi štelo za že dokazano nasprotno dejstvo, dokaznega predloga ne bi smelo zavrniti in dokaz, ki je dopusten, relevanten in dosegljiv, bi moral biti v postopku tudi izveden. Ob tem je seveda treba priznati, da varovanje pravic obdolženca in skrb za popolnoma ugotovljeno dejansko stanje nista edini zahtevi, ki ju mora sodišče pri vodenju postopka upoštevati. Z organizacijskega in finančnega vidika je pomembno tudi spoštovanje načela ekonomičnosti postopka, saj se sodišča s posameznimi kazenskimi zadevami ne morejo ukvarjati nesorazmerno dolgo.⁵⁴ Sodišču prav zato še vedno ostaja na voljo zavrnitev dokaznega predloga, če je ta podan le z namenom zavlačevanja postopka. Čeprav je res, da tudi pri tem razlogu sodnik najverjetneje miselno ocenjuje že izvedene dokaze, čemur se zaradi delovanja človeškega uma ne da izogniti, pa menim, da bi stroga prepoved zavrnitve dokaznega predloga, ker je nasprotno dejstvo že dokazano, pripomogla k tehtnejšemu sodnikovemu razmisleku, ali je dokazni predlog obrambe v konkretnem primeru sploh upravičen zavrniti. Uveljavljena prepoved zavrnitve dokaznega predloga, ker je nasprotno dejstvo že dokazano, bi ga nenehno opozarjala na nedopustnost vnaprejšnje dokazne ocene, zavlačevalni namen obrambe pa bi moral v obrazložitvi sodbe tudi objektivno utemeljiti. Možnosti, da bi mnenje, ki si ga je o predmetu dokazovanja ustvarilo sodišče, vplivalo na zavrnitev dokaznih predlogov, bi bile po mojem mnenju s takšno ureditvijo zmanjšane.

⁵² Povzeto po T. Kleinknecht in K. Meyer, nav. delo, str. 877. Glej tudi H. Schroeder, nav. delo, str. 383.

⁵³ Povzeto po K. H. Kunert, nav. delo, str. 156–160.

⁵⁴ P. Mozetič, nav. delo, str. 142.

Bošnjak kljub siceršnji kritiki zavrnitve dokaznega predloga, ker je določeno dejstvo že dokazano z drugimi dokazi, ne izključuje povsem »možnosti, da bi sodišče smelo zavrniti dokazni predlog obrambe tedaj, kadar bi štel, da je zadeva dovolj razjasnjena v obdolženčevo škodo. To bo npr. tedaj, kadar je že bil izveden istovrsten dokaz, ki je dal dovolj jasno podlago za presojo pravno relevantnega dejstva (npr. obramba predlaga zaslišanje novega izvedenca iste ali podobne stroke, čeprav je sporno vprašanje po stališču sodišča ustrezno razjasnil že prvi izvedenec).«⁵⁵ Vseeno sestavek zaključí z opozorilom, da »bi morale biti sodišče pri zavračanju dokaznih predlogov obrambe v takih primerih izjemno previdno.«⁵⁶

Avtor kot primer ustrezne zavrnitve dokaznega predloga obrambe, ker sodišče šteje, da je določeno obremenilno dejstvo že dokazano, navaja možnost zavrnitve dokaznega predloga za zaslišanje novega izvedenca. Poudariti je treba, da je dokazovanje po izvedencih specifično v razmerju do drugih dokazov, ki se izvajajo v postopku dokazovanja pred sodiščem, ponovitev izvedenstva pa je mogoča le v izjemnih primerih. Že sam zakon določa, da mora izvedenec mnenje podati nepristransko in v skladu s pravili znanosti ali strokovnega znanja,⁵⁷ kar pomeni, da se od njega zahteva objektivnost. To je tudi razlog, da ZKP obenem določa zelo omejene možnosti, kdaj sme sodišče dokazovanje ponoviti z drugim izvedencem. Tako je slednje mogoče le, če se podatki izvedencev v njihovem izvidu bistveno razlikujejo ali če je njihov izvid nejasen, nepopoln ali pa sam s seboj ali z raziskanimi okoliščinami v nasprotju, pa se te pomanjkljivosti ne dajo odpraviti z novim zaslišanjem izvedencev,⁵⁸ oziroma če so v mnenju izvedencev nasprotja ali pomanjkljivosti ali če nastane utemeljen dvom o pravilnosti danega mnenja, pa se te pomanjkljivosti ali dvom ne dajo odpraviti z novim zaslišanjem.⁵⁹ Samo če obrambi v postopku uspe dokazati obstoj takšnih pomanjkljivosti, bo mogoče odrediti ponovno izvedenstvo z drugim izvedencem. Če se obramba ne strinja z izvidom ali mnenjem prvega izvedenca ter želi postavitev novega izvedenca zgolj zato, ker bi bilo lahko njegovo mnenje za obrambo razbremenilno, z dokaznim predlogom ne bo uspešna.⁶⁰ Takšna ureditev je povsem razumljiva in zavrnitev dokaznega predloga v tem primeru ni nesporna zato, ker bi bilo dejstvo že dokazano z drugimi dokazi in bi bila postavitev novega izvedenca nepotrebna, temveč zato, ker že sam

⁵⁵ M. Bošnjak, nav. delo, str. IV.

⁵⁶ Prav tam.

⁵⁷ Prvi odstavek 252. člena ZKP.

⁵⁸ Člen 257 ZKP.

⁵⁹ Člen 258 ZKP.

⁶⁰ Glej na primer sodbo Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 135/99 z dne 20. decembra 2001.

ZKP ne dopušča ponovitve dokaza z izvedencem, če prvotno pridobljena izvid in mnenje nista pomanjkljiva.

7. SKLEP

Ugotoviti je mogoče, da je položaj instituta vnaprejšnje dokazne ocene v slovenskem kazenskem postopku nejasen in poln nasprotij. Čeprav je sicer v sodni praksi kot splošno pravilo mogoče najti prepoved vnaprejšnje dokazne ocene pri odločanju o dokaznih predlogih obrambe, pa sem pri podrobnejši analizi naletela na večplasten problem obstoječe ureditve.

Na najosnovnejši ravni je zavrnitev dokaznega predloga na podlagi izrecne vnaprejšnje dokazne ocene nedopustna. Tega se očitno dobro zavedajo tudi sodniki, saj je v sodni praksi mogoče najti le peščico primerov, v katerih so instančna sodišča ugotovila kršitev pravice obdolženca zaradi zavrnitve dokaznega predloga z obrazložitvijo, ki je vsebovala izrecno razvidno vnaprejšnjo dokazno oceno predlaganega dokaza.

Situacija se zaplete ob možnosti rednih sodišč, da zavrnejo dokazni predlog obrambe iz razloga, ker je določeno dejstvo ali celotno dejansko stanje že dokazano. V praksi Vrhovnega sodišča je problem že začetno vprašanje, kdaj do vnaprejšnje dokazne ocene v konkretnem primeru sploh pride. Četudi bi sprejela stališče, da je presoja tovrstnih zavrnitvenih razlogov mogoča tudi brez vnaprejšnje dokazne ocene, v sodni praksi popolna prepoved vnaprejšnje dokazne ocene ni dosledno izpeljana. Nekatere obrazložitve namreč očitno kažejo na sklepanje sodnikov na podlagi vnaprejšnje dokazne ocene, instančna sodišča pa kršitve obdolženčevih pravic ob tem niso ugotovila.

Menim, da se vnaprejšnja dokazna ocena pri presoji, ali je določeno dejstvo oziroma celotno dejansko stanje že dokazano, vselej pojavi, takšno stališče pa prevladuje tudi v slovenski strokovni literaturi. Ko takšno izhodišče za svojo odločitev sprejme Vrhovno sodišče, vnaprejšnjo dokazno oceno izjemoma dovoli. Ob tem pa je mogoče zaznati še dva problema obstoječe ureditve – teoretičnega in praktičnega.

Prvi problem je teoretično neprimerna uveljavitev izjeme od prepovedi vnaprejšnje dokazne ocene. Širše gledano gre pri tem pravzaprav za neustrezno ravnanje US, ki je sodiščem podelilo možnost zavrnitve dokaznega predloga, ker je določeno dejstvo oziroma celotno dejansko stanje že dokazano. Ti možnosti sta namreč v naš kazenski postopek izjemo od prepovedi vnaprejšnje dokazne ocene sploh vpeljali.

Drugi problem pa je praktične narave, saj je po mojem mnenju glede na doseženo sodno prakso v konkretnem primeru težko predvideti, kje bo meja med

prepovedjo vnaprejšnje dokazne ocene in izjemo od takšne prepovedi. Čeprav je presoja, ali je določeno dejstvo oziroma celotno dejansko stanje že dokazano, sicer res različna od primera do primera in je stvar sodnikove konkretne presoje, pa vseeno ni povsem jasno, kdaj bodo instančna sodišča prepričanosti nižjih sodišč o zadostni dokazanosti posameznih dejstev verjela, kdaj pa bodo njihovo ravnanje označila za nedopustno zaradi vnaprejšnje dokazne ocene.⁶¹ Argumentacija, ki jo Vrhovno sodišče navede v zadevi *I Ips 240/2009*, da *ni mogoče vnaprej izključiti, da predlagan dokaz ne bi bil tako prepričljiv, da ne bi posledično pripeljal do drugačne presoje ostalih razbremenilnih dokazov*,⁶² je namreč mogoča v večini primerov, v katerih sodišče zavrne dokazni predlog obrambe zato, ker meni, da je določeno dejstvo ali dejansko stanje že dokazano – če le ne gre za primer, v katerem res očitno prevladujejo sami obremenilni dokazi. V izogib vlaganju pravnih sredstev bi morala biti zato sodišča po mojem mnenju glede na obstoječo ureditev pri zavračanju dokaznih predlogov iz omenjenih razlogov zelo previdna, prav tako pa se pri svoji presoji ne bi smela zanašati na izjemo od prepovedi vnaprejšnje dokazne ocene, ki naj bi sicer v takšnem primeru veljala.

Razprava o vnaprejšnji dokazni oceni pa ne nakazuje zgolj na nejasnost položaja tega instituta v našem kazenskem postopku, temveč obenem odpira tudi globljo problematiko zasnove slovenskega dokaznega postopka. Zaradi ureditve našega kazenskega postopka in stališč, ki jih je do odločanja o dokaznih predlogih sprejelo US, je namreč mogoče elemente vnaprejšnje dokazne ocene zaznati skozi celoten postopek dokazovanja.

Na prvem mestu je tu problem načel in pravil, na katerem temelji celoten potek kazenskega postopka. Sodniku sta zaupani tako naloga odločiti o tem, kateri od predlaganih dokazov bodo v postopku izvedeni, kot tudi naloga dopolniti izvedbo predlaganih dokazov z izvedbo dokazov, ki so po njegovem mnenju pomembni za pravilno presojo.⁶³ Da bi se lahko med samim postopkom dokazovanja odločil, kakšni bodo nadaljnji koraki dokazovanja in katere dokaze je treba še izvesti, mora v ta namen vselej vršiti nekakšno predčasno dokazno oceno že izvedenih dokazov. Le ta mu namreč lahko pomaga pri odločanju

⁶¹ Iz sodne prakse sicer jasno in logično izhaja, da mora sodišče v primeru, ko razpolaga zgolj z enim obremenilnim dokazom, dopustiti tudi izvedbo predlaganih razbremenilnih dokazov, če obramba zadosti dokaznemu bremenu, ki ga ima pri predlaganju takšnih dokazov. Tudi ko bo sodišče razpolagalo z enim obremenilnim in enim razbremenilnim dokazom, bo moralo dopustiti izvedbo dodatnih predlaganih razbremenilnih dokazov. V takih primerih ne bo imelo možnosti zavrniti dokaznega predloga iz razloga, ker bi bilo dejstvo ali celotno dejansko stanje že dokazano, ter se ob tem sklicevati na izjemo od prepovedi vnaprejšnje dokazne ocene.

⁶² Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 240/2009 z dne 23. septembra 2010, § 14.

⁶³ Drugi in peti odstavek 329. člena ZKP.

o nadaljnjem poteku dokazovanja. Podobno menita tudi Šugman Stubbsova in Gorkič, ki pravita, da »pri oceni, ali je dokaz relevanten in ali bo uspešen, sodišče na glavni obravnavi v takem primeru neizogibno izhaja iz spoznavne vrednosti do tedaj izvedenih dokazov in njihove dokazne ocene, četudi dokaznega postopka še ni končalo«, ⁶⁴ ob tem pa navedeta, da so »prvine vnaprejšnje dokazne ocene [...] neizogibno vključene v vsak dokazni postopek v rokah sodišča, ki ga vodi instruktorska maksima«. ⁶⁵ Če bo torej sodnik ostal gospodar dokaznega postopka, se vnaprejšnji dokazni oceni ne bo mogoče popolnoma izogniti. ⁶⁶

Drugi problem ureditve pa izhaja iz stališč, ki jih je do odločanja o dokaznih predlogih sprejelo US v odločbah *Up-34/93* in *Up-13/94*. ⁶⁷ Navedlo je, da sodišče pri odločanju o tem, katere dokaze bo izvedlo, vodi načelo proste presoje dokazov. Predlagani dokazi morajo biti pravno relevantni, njihov obstoj in pravno relevantnost pa mora obramba utemeljiti s potrebno stopnjo verjetnosti. ⁶⁸ Kolikšna mora ta verjetnost biti, US ne zapiše, pove le, da je to »stvar vestne, specifične in konkretne dokazne ocene« ⁶⁹ sodišča. Če je izkazano, da bo iz nekega dokaza izhajal dvom, ki bi imel za posledico oprostilno sodbo, mora sodišče dokazni predlog sprejeti.

Kot splošno vodilo sodišču pri odločanju o dokaznih predlogih US poudari načelo proste presoje dokazov. Povezavo odločanja o sprejemu dokaznih predlogov z omenjenim načelom graja že Kunert, ⁷⁰ v našem kazenskem postopku pa se je do tega vprašanja opredelila Mozetičeva. Avtorica kritično pravi, da je US v svoji odločitvi nepravilno povežalo odločanje sodišča o dokaznem predlogu z dokazno oceno, zaradi česar obdolženec pri izvajanju dokazov ni avtonomen. ⁷¹ Naj tu še posebej poudarim zapis, da je potrebna stopnja verjetnosti relevantnosti dokaza stvar »dokazne ocene« sodišča. Ob presoji zadostne relevantnosti dokaza očitno že samo US dopušča dokazno oceno pred koncem faze izvajanja dokazov – torej vnaprejšnjo dokazno oceno.

⁶⁴ K. Šugman Stubbs in P. Gorkič, nav. delo, str. 93.

⁶⁵ Prav tam.

⁶⁶ Avtorja navajata, da bi kategorično prepoved vnaprejšnje dokazne ocene v okviru pravice do predlaganja izvedbe dokazov v korist obdolženca lahko dosegli zgolj, če bi dokazni postopek obvladovali izključno stranke, naloge, ki jih v zvezi z dokazovanjem sodišču nalaga ZKP, pa bi v tem primeru nasprotovali omenjeni pravici. Prav tam.

⁶⁷ Odločba US RS, št. Up-34/93 z dne 8. junija 1995, in odločba US RS, št. Up-13/94 z dne 8. junija 1995.

⁶⁸ Povzeto po odločbi US RS, št. Up-34/93 z dne 8. junija 1995, § 11–15.

⁶⁹ Prav tam, § 15.

⁷⁰ K. H. Kunert, nav. delo, str. 155–156.

⁷¹ P. Mozetič, nav. delo, str. 140.

Mešanje presoje zadostne stopnje verjetnosti relevantnosti z dokazno oceno je tako razvidno tudi iz nadaljnje sodne prakse v obrazložitvah, kot so:

»obramba ni uspela izkazati dovolj visoke stopnje verjetnosti, da bi izvedba tega dokaza lahko vplivala na drugačno razsodbo sodišča«, zato je sodišče dokazni predlog »utemeljeno zavrnilo v okviru proste presoje, ki mu je dana po Ustavi in ZKP«,⁷² ali »obrambi ni uspelo izkazati dovolj visoke stopnje verjetnosti, da bi predlagani dokaz lahko vplival na drugačno razsojo«. ⁷³

Relevantnost predlaganega dokaza je sicer ustrezen kriterij za odločanje sodišča o sprejemu dokaznega predloga, vendar mora biti, kot pravi Mozetičeva,⁷⁴ neodvisna od dokazne ocene. Pri relevantnosti ne gre za pravni koncept, temveč za logični kriterij, ki označuje razmerje med določenim dokazom in trditvijo, ki jo želimo z njim dokazati.⁷⁵ James pravi, da relevantnost dokaza »ni inherentna značilnost posameznega dokaza, ampak obstaja kot logično razmerje med posameznim dokazom in dejstvom, ki se želi z njim dokazati. Če ima neki dokaz lastnost, da bi lahko dokazal ali ovrgel obstoj nekega dejstva, potem je relevanten v razmerju do tega dejstva.«⁷⁶ Pri relevantnosti gre torej zgolj za presojo, ali se za dokaz zdi, da bi spremenil (povečal ali zmanjšal) verjetnost obstoja dejstva, ki se želi z njim dokazati.⁷⁷

Mozetičeva poudarja,⁷⁸ da je relevantnost vezana na posamezen dokaz kot enoto, ne pa na skupek dokazov. Šele dokazna ocena, ki nastopi na koncu postopka, namreč pomeni ugotavljanje, ali vsi izvedeni in med seboj povezani dokazi skupaj zadoščajo za ugotovitev nekega dejstva in s tem kazenske odgovornosti obdolženca. Razlika med relevantnostjo in dokazno oceno je razlika med verjetnostjo in zadostnostjo (angl. *sufficiency*), njuno ločitev pa je mogoče doseči le z odločanjem o dokaznem predlogu kot o posamezni enoti.

US je nasprotno v naš kazenski postopek vneslo tudi pravilo, da mora sodišče dokazni predlog sprejeti, če bo izkazano, da bo iz nekega dokaza izhajal dvom, ki bi imel za posledico oprostilno sodbo.⁷⁹ Tako je v sodni praksi mogoče najti obrazložitve, da »zagovornik ni izkazal z zadostno stopnjo verjetnosti, da bi bil

⁷² Sklep US RS, št. Up-339/96 z dne 18. septembra 1997, § 13.

⁷³ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 42855/2010 z dne 13. decembra 2012, § 5.

⁷⁴ Povzeto po P. Mozetič, nav. delo, str. 141.

⁷⁵ P. Murphy, nav. delo, str. 22.

⁷⁶ Prevedla M. H. po G. F. James, nav. delo, str. 690.

⁷⁷ P. Mozetič, nav. delo, str. 141.

⁷⁸ Povzeto po P. Mozetič, nav. delo, str. 142.

⁷⁹ Odločba US RS, št. Up-34/93 z dne 8. junija 1995, § 15.

predlagani dokaz za obdolženca uspešen in bi morebiti vplival na drugačno razsodbo«, ⁸⁰ ali da sodnikovega »prepričanja o pritožnikovi krivdi ne bi mogel spremeniti niti navedeni dokaz«, zato v tem smislu »predlagani dokaz za pritožnika očitno ne bi bil uspešen«. ⁸¹

Pri omenjenem pravilu gre najprej za, kot ugotavlja Mozetičeva, ⁸² previsoko postavljeno zahtevo, saj mora obramba že s posameznim dokazom izkazati, da bo povzročil oprostilno sodbo, kar je sicer cilj celotnega postopka dokazovanja. Kot drugo pa je presoja o tem, ali bo določen dokaz pri sodišču vzbudil dvom, ki bo imel lahko za posledico oprostilno sodbo, nujno vezana na vprašanje zadostnosti oziroma prepričljivosti dokaza in s tem povezane dokazne ocene ter s tega vidika neprimerna.

Ob napisanem je mogoče skleniti, da elementi vnaprejšnje dokazne ocene prežemajo naš celotni postopek dokazovanja. Delno je to posledica načel in pravil, ki jih je sprejel že zakonodajalec, delno pa je k temu prispevalo US s pravili, ki jih je določilo za odločanje o dokaznih predlogih. Četudi bi ta spremenili in odločanje sodišča o dokaznih predlogih vezali le na koncept relevantnosti dokaza s samostojno vsebino, ločeno od dokazne ocene, pa bi sodnik še vedno ostal glavni vodja dokaznega postopka. Zaradi zasnove našega kazenskega postopka se torej vnaprejšnji dokazni oceni kot posledici sodnikove glavne besede v postopku dokazovanja ne moremo popolnoma izogniti.

⁸⁰ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 413/2007 z dne 16. aprila 2008.

⁸¹ Odločba US RS, št. Up-88/05 z dne 14. junija 2007, § 14.

⁸² Povzeto po P. Mozetič, nav. delo, str. 140–142.

Literatura

- Marko Bošnjak: Izvajanje dokazov in pravice obrambe, v: *Pravna praksa*, 25 (2006) 13, priloga, str. II–VIII.
- Zlatko Dežman in Anže Erbežnik: *Kazensko procesno pravo Republike Slovenije*. GV Založba, Ljubljana 2003.
- Štefan Horvat: Uvodna pojasnila, v: *Zakon o kazenskem postopku (ZKP) z novelo ZKP-K*. GV Založba, Ljubljana 2012, str. 13–88.
- George F. James: Relevancy, Probability and the Law, v: *California Law Review*, 29 (1941) 6, str. 689–705.
- Theodor Kleinknecht in Karlheinz Meyer: *Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 40. izdaja. C. H. Beck, München 1991.
- Karl H. Kunert: Some Observations on the Origin and Structure of Evidence Rules under the Common Law System and the Civil Law System of Free Proof in the German Code of Criminal Procedure, v: *Buffalo Law Review*, 16 (1966) 1, str. 122–164.
- Polona Mozetič: *Glavna obravnava v kazenskem postopku: Dokaznopravni in organizacijski vidiki*. GV Založba, Ljubljana 2010.
- Peter Murphy: *Murphy on Evidence*, 7. izdaja. Blackstone Press, London 2000.
- Raymond S. Nickerson: Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises, v: *Review of General Psychology*, 2 (1998) 2, str. 175–220.
- Dušan Požar: *Osnove kazenskega procesnega prava*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1999.
- Horst Schroeder: Problems Faced by the Impartial Expert Witness in Court: The Continental View, v: *Temple Law Quarterly*, 34 (1961) 4, str. 378–385.
- Katja Šugman Stubbs in Primož Gorkič: *Dokazovanje v kazenskem postopku*. GV Založba, Ljubljana 2011.

ANTICIPATED EVALUATION OF EVIDENCE IN THE SLOVENIAN CRIMINAL PROCEDURE

Maša Hribar,

Bachelor of Laws, judicial clerk at the High Court of Ljubljana

I. INTRODUCTION

When a judge assesses the credibility of an evidence and makes a conclusion about the (un)truthfulness of the fact being proven before the actual end of the hearing of evidence, this is called the anticipated evaluation of evidence (Ger. *die Beweisantizipation, die Vorwegnahme der Beweiswürdigung*). This kind of evaluation can be problematic when it presents a basis on which the judge denies the motion to present evidence as it can consequently lead to a potential breach of defendant's constitutional right to present evidence in his favour.⁸³ Since the Slovenian legal doctrine does not pay much attention to this problem, my primary purpose is a brief presentation of the concept of anticipated evaluation of evidence, followed by a description of its position in the Slovenian criminal procedure.

II. ANTICIPATED EVALUATION OF EVIDENCE

The proof process can be divided into "individual phases, laps or stages",⁸⁴ which successively follow one another in a specific order. To address the issue of the anticipated evaluation of evidence, the most important of these phases are the hearing of evidence (Ger. *die Beweisaufnahme*) and the evaluation of evidence (Ger. *die Beweiswürdigung*). Among the two, the hearing of evidence

⁸³ The right is guaranteed by Paragraph 2(3) of Article 29 of the Constitution of the Republic of Slovenia, O. J. of the Republic of Slovenia, No. 33/91-I, 42/97, 66/00, 24/04, 69/04, 68/06, 47/13.

⁸⁴ Dušan Požar: *Osnove kazenskega procesnega prava*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1999, page 119.

should appear first, followed by a *separate* evaluation of evidence.⁸⁵ Therefore, a judge is expected first to take all the proposed evidence and the evidence of its own motion and secondly, after the completion of this phase, to continue onto the next one and assess the cognitive value of the evidence. The anticipated evaluation of evidence occurs when the two phases, despite their principled separation, start to interlock. In this case a judge assesses the evidence before the ending of the hearing phase and on such basis makes the conclusion about whether he considers certain fact to be proven or not.

In the Slovenian Criminal Procedure Act (CPA), the anticipated evaluation of evidence is not expressly regulated and the concept only implicitly emerges from the division of the hearing of evidence and the evaluation of evidence. If the two phases are legally separated and the statute does not allow their interlocking, this insinuates that the anticipated evaluation of evidence is prohibited by the law. Given the fact that only strict separation of the two different phases of a proof process enables the defendant to succeed with his motion to present evidence irrespective of the judge's opinion about the subject of proof, this solution is also procedurally favourable for the defendant, because he can actually exercise his right to present evidence, given by the Constitution of the Republic of Slovenia. Consequently, the (principled) prohibition of the anticipated evaluation of evidence can be derived from the very constitutional right of the defendant to a fair trial or, specifically, from the right to present evidence in his favour. Although the Constitutional Court has not made any specific decisions regarding this problem, the Supreme Court expressed its views on the anticipated evaluation of evidence.

I focused on the before-mentioned Supreme Court's views and investigated, whether in the Slovenian criminal procedure the anticipated evaluation of evidence is prohibited or not. I came to the conclusion that the viewpoint of the Supreme Court is not clear. In case-law the anticipated evaluation of evidence is in principle prohibited. Thus, the Supreme Court in one of its rulings stated that the denial of the motion to present evidence, by which the court, even if only by probability, infers on the alleged content of the proof, and mentally evaluates the proposed evidence before it has been taken, objects the basic rules of the decision-making in the proof process.⁸⁶

Ambiguities arise concerning the option of the Court to deny the motion to present evidence on the ground that the fact to be proven has already been

⁸⁵ See Karl H. Kunert: Some Observations on the Origin and Structure of Evidence Rules under the Common Law System and the Civil Law System of Free Proof in the German Code of Criminal Procedure, in: *Buffalo Law Review*, 16 (1966) 1, page 123.

⁸⁶ Ruling of the Supreme Court of the Republic of Slovenia, No. I Ips 257/2004, 13 October 2005.

proven (Ger. *die Tatsache, die bewiesen werden soll, schon erwiesen ist*) or because the facts of the case are already clear. In case-law of the Supreme Court, there is even no unanimity about the initial question of when the anticipated evaluation of evidence happens. Two conflicting opinions of the Supreme Court appear regarding this subject matter:

- 1) On one hand, the Supreme Court's opinion is that it is possible and also necessary to assess whether a certain fact has already been proven or not without the anticipated evaluation of evidence ("*the first position*"). Therefore, in the decisions it states that in the case of the denial of the motion to present evidence on the ground that the fact to be proven has already been proven or because the facts of the case are already clear, the court will normally not be allowed to make the anticipated evaluation of evidence.
- 2) On the other hand, the Supreme Court states that the Court always undertakes the anticipated evaluation of evidence when it denies the motion to present evidence because the fact to be proven has already been proven or because the facts of the case are already clear, but such behaviour is not considered to be inadmissible ("*the second position*"). The Supreme Court stated that anticipated evaluation of evidence is admissible when it is possible to conclude with complete certainty about the existence of the relevant facts from the evidence already taken, i.e. when the fact to be proven has already been proven or when the facts of the case are already clear.

I found out that in some cases, the two views appear in the same decision simultaneously. However, through the reasoning of the court it is possible to infer that *the second position prevails over the first one*. In all of such cases, the Supreme Court cursorily mentions the first position in brackets during the general presentation of the possible grounds for the denial of the motion to present evidence, whereas it attaches greater importance to the second position, as it serves as a basis for the argumentation of the final decisions. Despite the fact that a general prohibition of anticipated evaluation of evidence emerges from the Constitution, the Supreme Court allows it because it is supposedly inevitable. On the contrary, in another case the *Supreme Court takes up the first of the previously presented conflicting opinions*, i.e. that the assessment of whether a particular fact or all the facts of the case have already been proven is also possible without the anticipated evaluation of evidence and that the latter is in principle prohibited.

III. CASE-LAW

In order to determine what the position of the anticipated evaluation of evidence is in the Slovenian criminal procedure, I examined the relevant case-law and consequently divided the relevant cases into two groups.

- 1) The first group includes cases in which the appellate courts considered the anticipated evaluation of evidence prohibited. They can be divided into two subgroups:
 - The first one includes cases in which the lower courts refused to receive evidence on the grounds that explicitly represent the anticipated evaluation of evidence.
 - The second one includes cases where the lower courts did not deny the motion to present evidence with an explicit anticipated evaluation of evidence, but the appellate courts noticed it and did not allow it.
- 2) The second group includes cases in which the courts denied the motion to present evidence because the fact to be proven has already been proven or because the facts of the case are already clear. The option to deny motions to present evidence on such grounds was given to the courts by the Slovenian Constitutional Court. As stated above, the view of the Supreme Court on whether in such cases the anticipated evaluation of evidence is inevitable or not, is unclear. However, in my opinion (also prevailing in the Slovenian legal doctrine) in such cases the anticipated evaluation of evidence is inevitable. If we take up this position we can see that the Constitutional Court widely opened the door for the permitted anticipated evaluation of evidence when it allowed these grounds for denial of the motion to present evidence. Thus, it is not surprising that the Supreme Court (when it derives from the same starting point about the question when the anticipated evaluation of evidence appears) allows the exception to the prohibition of the anticipated evaluation of evidence. Consequently, it is necessary to question at this point whether the conduct of the Constitutional Court was adequate. In order to give the answer to this question, I first investigate the meaning of the prohibition of the anticipated evaluation of evidence for a defendant in criminal procedure.

IV. THE MEANING OF THE PROHIBITION OF THE ANTICIPATED EVALUATION OF EVIDENCE

The prohibition of the anticipated evaluation of evidence provides a defendant, first and foremost, the right to a fair trial. Its most important consequence is that the defendant can actually exercise his right to present evidence in a particular procedure irrespective of the opinion about the subject of proof, formed by a court. At the same time, it also indirectly guarantees other aspects of a fair trial and some other rights, granted by the Constitution and the CPA. These are: the right to equal protection, the right to an impartial court, respect of the presumption of innocence and the realisation of the principle of the immediacy of the proceedings.

V. THE ADEQUACY OF THE DENIAL OF THE MOTION TO PRESENT EVIDENCE ON GROUNDS THAT THE FACT TO BE PROVEN HAS ALREADY BEEN PROVEN OR BECAUSE THE FACTS OF THE CASE ARE ALREADY CLEAR

In my opinion the option of the court to deny the motion to present evidence because the fact to be proven has already been proven or because the facts of the case are already clear, as interpreted in the Slovenian criminal procedure, is not appropriate. The prohibition of the anticipated evaluation of evidence is not an end in itself, but is important for the defendant. The Constitutional Court opened the door for the permitted anticipated evaluation of evidence when it allowed these grounds for the denial, thereby also limiting the protection of the aforementioned rights of the defendant (indirectly) provided by the prohibition.

I propose we model our rules based on the German legislature. The court could then only deny the motion to present evidence, if the same fact as to that which the defence seeks to prove has already been proven. However, if the court considered the opposite fact to be proven, it would not be allowed to deny the motion to present evidence. If taking such evidence is admissible, the fact to be proven is relevant and the evidence is obtainable, the motion to present evidence has to be granted.

Nevertheless, the protection of the rights of a defendant and establishing the truth are not the only requirements the court needs to take into account. For organisational and financial aspects it is also important to take into account the principle of procedural economy, as courts cannot deal with individual criminal cases for a disproportionately long time. Therefore, the courts retain the power to deny the motion to present evidence, if it is made only to protract the proceeding. It is true that even in these cases the judge will probably already mentally evaluate the taken evidence in advance, which is inevitable due to the cognitive nature of the human mind. However, I believe that the strict prohibition of the denial of the motion to present evidence because the opposite fact as to that which the defence seeks to prove has already been proven will contribute to a deeper deliberation of a judge about whether a particular motion to present evidence can be denied. The implemented prohibition of such denial would constantly remind the judge about the inadmissibility of the anticipated evaluation of evidence and the purpose of the defence to protract the proceeding would have to be objectively argued in the reasoning of the final decision.

VI. CONCLUSION

In conclusion, the position of the anticipated evaluation of evidence in the Slovenian criminal procedure is unclear and full of contradictions. Despite the general prohibition of the anticipated evaluation of evidence in the case-law, I discovered a complex problem arising out of the existing regulation. The findings are briefly presented below.

At the fundamental level, the denial of the motion to present evidence on the basis of the explicit anticipated evaluation of evidence is prohibited. It seems that judges are well aware of that, because only a few cases can be found in the case-law, where the appellate courts found a breach of the rights of the defendant because the reasoning of the denial was based on a clear anticipated evaluation of evidence.

The situation becomes complex with the option of the regular courts to deny the motion to present evidence because the fact to be proven has already been proven or because the facts of the case are already clear. In the case-law of the Supreme Court there is no unanimity about the initial question of when the anticipated evaluation of evidence appears. Even if we accept the first opinion that the conclusion whether a certain fact has already been proven or not can be drawn without the anticipated evaluation of evidence, the absolute prohibition of the anticipated evaluation of evidence is not consistently carried out in the case-law. It is evident from certain judgements that the conclusion of the lower court was made on the basis of the anticipated evaluation of evidence, but violations of the defendant's rights were not observed by the appellate court.

I, however, accept the second opinion, i.e. that the courts always undertake the anticipated evaluation of evidence when they deny the motion to present evidence because the fact to be proven has already been proven or because the facts of the case are already clear. When the Supreme Court derives from the same starting point, it allows the exception to the prohibition of the anticipated evaluation of evidence. At this point, two further problems of the existing regulation appear – the theoretical and the practical one.

The first problem is the theoretically inadequate implementation of the exception to the prohibited anticipated evaluation of evidence. In a broader sense, the problem is the mishandling of the Constitutional Court in granting the regular courts the options to deny the motion to present evidence because the fact to be proven has already been proven or because the facts of the case are already clear, since these options introduced the exception of the prohibition of the anticipated evaluation of the evidence in the Slovenian criminal procedure in the first place.

The second problem is a practical one. Considering the existing case-law it is difficult to predict in a particular case where the line between the prohibition of the anticipated evaluation of evidence and the exception of the prohibition of the anticipated evaluation of evidence is.

The discussion about the anticipated evaluation of evidence does not, however, indicate only the ambiguity of this institute in the Slovenian criminal procedure, but it also opens up a deeper problem of the design of the Slovenian proof process. Because of the criminal procedure regulation and position of the Constitutional Court regarding the courts' decisions on motions to present evidence, elements of the anticipated evaluation of evidence are present throughout the proof process.

In the first place, there is the problem of principles and rules on which the entire course of criminal procedure is based. The judge is entrusted both with the task to decide which of the proposed evidence will be taken into the procedure, as well as the task to complement the proof process with taking of evidence he considers material to a correct adjudication. Therefore, in order to decide during the procedure what the next steps of the proof process should be and what evidence is to be taken, a judge always has to make a kind of anticipated evaluation of the evidence already taken. Only this can be of assistance in deciding on the further course of the proof process.

The second problem arises from the positions of the Constitutional Court regarding the courts' decisions on motions to present evidence, taken up in the rulings Up-13/94 and Up-34/93. The Constitutional Court held that in deciding what evidence shall be taken, the court is guided by the principle of free evaluation of evidence. Proposed evidence have to be legally relevant and the defence has to substantiate their existence and their legal relevancy with the necessary degree of probability. The Constitutional Court does not explicitly state the level of demanded probability, but it just says that this is "a matter of diligent, specific and concrete evaluation of evidence" of the court. If it is shown that doubt would derive from the evidence and that this doubt would have resulted in an acquittal, the court must accept such evidence.

The Constitutional court incorrectly connected the deciding about the motion to present evidence with the evaluation of evidence. I would especially like to emphasize the record of the ruling that the necessary degree of probability is a matter of "the evaluation of evidence" of the court. In assessing the necessary relevance of the evidence the Constitutional Court itself obviously allows the assessment of the evidence before the end of the hearing of evidence – ergo the anticipated evaluation of evidence. Consequently, the blending of the assessment of the necessary relevance of the evidence with the evaluation of evi-

dence is also evident from the subsequent case-law. Although the relevance of the proposed evidence is otherwise appropriate criterion for the decision by the court on the motion to present evidence, it has to be, however, independent from the evaluation of evidence.

It is possible to conclude that the elements of the anticipated evaluation of evidence pervade the whole Slovenian criminal procedure. Partly this is due to the principles and rules adopted by the legislator and partly due to the rulings of the Constitutional Court on the courts' decisions about motions to present evidence. Even though the latter is changed and the courts' decisions about motions to present evidence is bound to the concept of relevancy independent of the evaluation of evidence, the judge still remains the main leader of the proof process. Therefore, because of the design of the Slovenian criminal procedure we cannot completely avoid the anticipated evaluation of evidence as a result of the judge's main role in the proof process.

MEDNARODNO SODSTVO: *BRIC-À-BRAC* ALI SISTEM?

Simona Drenik,*

univerzitetna diplomirana pravnica, magistrica pravnih znanosti, doktorska kandidatka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, pooblaščenica ministrice, Ministrstvo za zunanje zadeve Republike Slovenije

1. UVOD

Vprašanje učinkovitega in koherentnega delovanja sodnega sistema in zagotavljanja vladavine prava ni le aktualno notranjepravno vprašanje, ampak postaja tudi eno od osrednjih vprašanj mednarodnega prava. Aktualno je vprašanje, kaj sploh je mednarodno sodstvo, kakšne so njegove značilnosti, prednosti in pomanjkljivosti. V zadnjih desetletjih je namreč prišlo do proliferacije in naraščajoče razvejenosti mednarodnih sodnih mehanizmov, kar na različne načine vpliva na (vsebinsko, postopkovno in institucionalno) notranjo usklajenost (koherentnost) mednarodnega prava. Prav zagotavljanje notranje usklajenosti pravnega sistema pa je eden od pomembnih pogojev za zagotavljanje vladavine prava tako na nacionalni kot mednarodni ravni. Za uspešno sodelovanje v postopkih pred mednarodnimi sodnimi mehanizmi je poleg poznavanja materialnega mednarodnega prava in procesnih pravil delovanja posameznega mednarodnega sodnega telesa pomembno tudi poznavanje in razumevanje delovanja mednarodnega sodstva. Uporaba raznovrstnih pravnih sredstev mirnega reševanja sporov je namreč v mednarodni skupnosti vse pogostejša.

Namen prispevka je poskus odgovoriti na vprašanje, ali je mednarodno sodstvo zgolj *bric-à-brac* – skupek nepovezanih institucij ali pa tvori sistem. Hkrati je cilj prispevka predstaviti razpravo o tem vprašanju na mednarodni ravni, v kateri poleg raziskovalcev aktivno sodelujejo tudi sodniki in nekdanji sodniki mednarodnih sodišč ter drugi udeleženci v postopkih pred mednarodnimi so-

* Vsa mnenja, izražena v tem članku, so osebna mnenja avtorice in ne zastopajo nujno stališč institucije, v kateri je avtorica zaposlena.

dišči.¹ Prevladuje stališče, s katerim soglaša tudi avtorica, da sistem mednarodnega sodstva ne obstaja. Vendar pa se kažejo nekateri skupni elementi, saj vsa mednarodna sodišča pripadajo istemu pravnemu sistemu in pri svojem delu izhajajo iz istih virov mednarodnega prava. Obstaja tudi pravna zavest o potrebnem sodelovanju mednarodnih sodišč in o potencialnih problemih, ki so lahko posledica decentraliziranosti in nehierarhičnosti mednarodnega sodstva.

Drugo poglavje prispevka vsebuje zgodovinski pregled sredstev sodnega reševanja mednarodnih sporov, temu sledi tretje – konceptualno – poglavje, v katerem so opredeljeni pojmi sodstvo, sodni sistem in mednarodno sodstvo. Predstavljena je aktualna razprava o merilih za opredelitev mednarodnega sodstva, kot tudi merilih, ki so po avtoričinem mnenju ustrezna za njegovo opredelitev. Četrto poglavje se osredotoča na vprašanje proliferacije in decentraliziranosti mednarodnega sodstva kot njegove temeljne značilnosti. Opredeljeni so razlogi za naraščanje števila mednarodnih sodišč ter pozitivne in negativne posledice proliferacije in decentraliziranosti mednarodnega sodstva. V petem poglavju je nato obravnavano vprašanje, kako decentralizirano mednarodno sodstvo zagotavlja notranjo usklajenost (koherentnost) mednarodnega prava. Zadnje, šesto poglavje ponuja avtoričin odgovor na vprašanje, ali mednarodna sodišča tvorijo mednarodni sodni sistem ali pa gre zgolj za skupek nepovezanih sodišč.

2. KRATEK ZGODOVINSKI PREGLED RAZVOJA MEDNARODNEGA SODSTVA

2.1. Obdobje do konca druge svetovne vojne

V mednarodnopravni stroki je široko sprejeto stališče, da posebnost sodobnega mednarodnega prava izvira iz Vestfalskega miru, sklenjenega leta 1698, ki je pomenil točko obrata mednarodnopravnega reda iz hierarhične v horizontalno strukturo, temelječo na načelu suverene enakosti držav.² Papež ni bil več končni razsodnik, suvereni vladarji pa nad sabo niso želeli vzpostaviti novih instanc, razen z njihovim izrecnim soglasjem. V tem kontekstu so bile za reševanje medsebojnih sporov vzpostavljene nekatere (redke) arbitraže, v katerih je običajno razsojal tretji suveren.

¹ Najodmevnejši je Projekt o mednarodnih sodiščih in tribunalih (angl. *Project on International Courts and Tribunals* (PiCT)), ki so ga leta 1997 ustanovile akademske institucije v New Yorku in Londonu. Več informacij o projektu je mogoče najti na spletnem naslovu <www.pict-pcti.org/> (23. 3. 2013).

² Glej Danilo Türk: Temelji mednarodnega prava. GV Založba, zbirka Pravna obzorja (št. 33), Ljubljana 2007, str. 27–51.

Pomemben mejnik glede reševanja sporov med državami je t. i. *Jay Treaty* iz leta 1794,³ s katero sta Velika Britanija in ZDA po vojni za neodvisnost ZDA ustanovili Skupno mešano komisijo za reševanje pravnih sporov med njima, ki je sprejela obvezujočo odločitev kot tretja, neodvisna stran. Po koncu ameriške državljanske vojne pa je bila leta 1871 sklenjena Washingtonska pogodba,⁴ s katero je bilo ustanovljeno arbitražno sodišče za reševanje spora med Veliko Britanijo in ZDA v zadevi *Alabama Claims*. Določeno je bilo, da arbitražno sodišče zaseda v Zenevi, da ga sestavlja pet neodvisnih arbitrov in da je odločitev dokončna.⁵ To arbitražo štejejo za pravi začetek moderne mednarodne arbitraže v tehničnem smislu.⁶ Kljub temu je bilo reševanje mednarodnih sporov z arbitražo vse do konca 19. stoletja velika izjema.⁷

Ob koncu 19. stoletja pa se je znatno razvil institut mednarodne *ad hoc* arbitraže. Na prvi haaški mirovni konferenci leta 1899 so države poskusile ustanoviti centraliziran stalni mednarodni sodni organ. S sprejetjem Konvencije o mirnem reševanju mednarodnih sporov⁸ je bilo ustanovljeno Stalno arbitražno sodišče (SAS; angl. *Permanent Court of Arbitration* – PCA) s sedežem v Haagu, ki sicer ni stalno sodišče, vendar pa je razvoj prve institucionalizirane arbitraže (razsodništva) pomemben mejnik v razvoju pravnih sredstev mirnega reševanja (mednarodnih) sporov.⁹ Naslednji mejnik je ustanovitev prvega stalnega meddržavnega sodišča s splošno pristojnostjo – Stalnega meddržavnega sodišča (SMDS; angl. *Permanent Court of International Justice* – PCIJ) – s sedežem

³ Treaty of Amity Commerce and Navigation, between His Britannic Majesty and The United States of America by their President, with the advice and consent of Their Senate, podpisana 19. novembra 1794 (veljati je začela 29. februarja 1796).

⁴ Washingtonska pogodba je bila podpisana 8. maja 1871 (ZDA so pogodbo ratificirale 24. maja 1871). Glej <http://archive.org/details/cihm_27720> (11. 4. 2013).

⁵ Prav tam.

⁶ Predmet spora je bila odgovornost za škodo, ki jo je med državljansko vojno ZDA prizadela vojna ladja Alabama, ki so jo zgradili v Veliki Britaniji za oborožene sile konfederacije. Arbitraža je ugotovila mednarodno odgovornost Velike Britanije in je odredila plačilo odškodnine, ki je bilo realizirano leta 1872. Glej tudi D. Türk, nav. delo, str. 479.

⁷ Georges Abi-Saab: Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks, v: New York University Journal of International Law and Politics, št. 31/1999, str. 919–933, str. 921–922.

⁸ Glej Akt o nasledstvu Konvencije o mirnem reševanju mednarodnih sporov, sklenjene v Haagu 29. julija 1899, Ur. l. RS, št. 46/96 – MP, št. 12/96, in Zakon o ratifikaciji Konvencije o mirnem reševanju mednarodnih sporov, Ur. l. RS, št. 126 – MP, št. 29/03.

1. haaška konvencija o mirnem reševanju sporov iz leta 1899 in 2. haaška konvencija o mirnem reševanju sporov iz leta 1907 sta dostopni tudi na uradni spletni strani Stalnega arbitražnega sodišča <www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1187> (27. 4. 2011).

⁹ Podrobneje Borut Bohte: Stalno arbitražno sodišče (Permanent Court of Arbitration), v: Pravniki, 56 (2001) 4–5, str. 223–235.

v Haagu, ki je bilo ustanovljeno leta 1920 v okviru Društva narodov.¹⁰ Vendar SMDS ni bilo organ Društva narodov, ampak samostojna ustanova. Kot piše Abi-Saab, se v nasprotju z notranjepravno prakso držav, po kateri je arbitraž predmet sodnega nadzora, o možnosti vključitve arbitraže v okvir SMDS sploh ni razpravljalo.¹¹ Po mnenju številnih avtorjev se je mednarodno sodstvo razvilo iz arbitraže,¹² čeprav arbitraža ostaja pomembno samostojno sredstvo pravnega reševanja sporov kot ena od alternativ v danes razvejenem in decentraliziranem »sistemu« mednarodnega sodstva.

2.2. Razvoj po drugi svetovni vojni

Leta 1945 sta bili za pregon hudodelstev, storjenih med drugo svetovno vojno, ustanovljeni dve *ad hoc* mednarodni vojaški sodišči, v Nürnbergu in Tokiu. V okviru ustanovitve Organizacije združenih narodov pa je bilo isto leto ustanovljeno novo stalno mednarodno sodišče s splošno pristojnostjo – Meddržavno sodišče v Haagu (MDS; angl. *International Court of Justice* – ICJ).¹³ MDS je prevzelo sodno prakso in stavbo svojega predhodnika. V skladu s svojim statutom¹⁴ je MDS »poglavitni sodni organ Združenih narodov«¹⁵ s temi glavnimi značilnostmi: (a) stranke v sporih pred MDS so lahko samo države (pristojnost *ratione personae*);¹⁶ (b) odloča na podlagi mednarodnega prava¹⁷ (razen v primerih izrecnega soglasja obeh strank v sporu, da odloča *ex aequo et bono*),¹⁸ (c) ima splošno materialno pristojnost (*ratione materiae*),¹⁹ vendar pa nima obvezne pristojnosti (razen pod določenimi pogoji na podlagi izrecne privolitve držav članic).²⁰

Pri reševanju mednarodnih sporov je treba upoštevati, da je načelo svobodne izbire sredstev mirnega reševanja sporov eno vodilnih načel mednarodnega

¹⁰ Člena 13 in 14 Konvencije Lige narodov.

¹¹ G. Abi-Saab, nav. delo, str. 922.

¹² John Graham Merrills: *International Dispute Settlement*, Second Edition. Cambridge University Press, Cambridge 1991, str. 121.

¹³ XIV. poglavje Ustanovne listine Združenih narodov, Ustanovna listina Združenih narodov in Statut Meddržavnega sodišča, Društvo za Združene narode za Republiko Slovenijo, Ljubljana 1992.

¹⁴ Statut MDS je sestavni del Ustanovne listine Združenih narodov.

¹⁵ Člen 92 Statuta MDS.

¹⁶ Prvi odstavek 34. člena Statuta MDS.

¹⁷ Prvi odstavek 38. člena Statuta MDS.

¹⁸ Drugi odstavek 38. člena Statuta MDS.

¹⁹ Prvi odstavek 36. člena Statuta MDS.

²⁰ Drugi odstavek 36. člena Statuta MDS.

prava.²¹ Zato Ustanovna listina Združenih narodov v 33. členu (primeroma) opredeljuje različna sredstva, ki naj jih države uporabijo pri mirnem reševanju sporov: pogajanja, anketo, posredovanje, spravo, razsodništvo (arbitražo),²² sodno rešitev, obračanje na regionalne dogovore ali druga sredstva po njihovi lastni izbiri.²³ Konceptualno se ta sredstva delijo na politična ali diplomatska ter na pravna sredstva. Tako razsodništvo (arbitraža) kot sodna rešitev se uvrščata med pravna sredstva; Bohte meni, da se s pojavom institucionalizirane arbitraže pomen razlikovanja med arbitražo in stalnimi sodišči manjša, kot potrjujeta razvoj in delovanje SAS.²⁴ Razlike med njima pa so bolj institucionalne kot postopkovne in materialnopravne narave. Cilj obeh je rešiti spor na podlagi mednarodnega prava na pravno obvezujoč način za stranke v postopku (*inter partes*).²⁵

Komisija za mednarodno pravo (KMP; angl. *International Law Commission* – ILC) je v petdesetih letih prejšnjega stoletja poskusila povezati arbitražo z MDS v osnutku Modelnih pravil arbitražnega postopka.²⁶ Pravila so vsebovala »mehanizem zaklepanja« (angl. »*locking mechanism*«), v okviru katerega bi v primeru, če stranke ustanovijo arbitražo, vendar pride do zastoja postopka, reševanje spora *ipso iure* prešlo v pristojnost MDS (v primeru trditev, da je arbitražna razsodba *ultra vires*, ali v primeru zahteve za revizijo ali razlago) ali njegovega predsednika (v primeru nemožnosti imenovanja arbitrov ali njihovih zamenjav).²⁷ Vendar pa so kritike osnutka teh pravil s strani držav pokazale, da želijo države obdržati arbitražo kot samostojen, avtonomen postopek, ki kot pravno zavezujoče sredstvo reševanja sporov vendarle ohranja večjo prožnost postopka na podlagi volje strank kot MDS.²⁸

²¹ Drugi odstavek 4. člena Ustanovne listine Združenih narodov.

²² V slovenskem prevodu Ustanovne listine Združenih narodov se angleški termin »*arbitration*« prevaja s terminom »razsodništvo«, čeprav v novejši literaturi zasledimo tudi termin »arbitraž«, tako tudi Türk uporablja termin »arbitraž«. Glej D. Türk, nav. delo, str. 478–482.

²³ Glej, med drugimi, J. G. Merrills: *International Dispute Settlement*, Fourth Edition. Cambridge 2005.

²⁴ B. Bohte, nav. delo, str. 223–235.

²⁵ Prav tam, str. 228.

²⁶ Report of the Commission to the General Assembly, U.N. GAOR, 13th Session, Supp. No. 9, U.N. Doc. A/3859 (1958); U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1958/Add.1. Generalna skupščina ZN je predlagana Modelna pravila zgolj vzela na znanje v resoluciji 1262 (XIII), sprejeti 14. novembra 1958.

²⁷ International Law Commission: Model Rules on Arbitral Procedure with a general commentary, Yearbook of the International Law Commission, 1958, vol. II.

²⁸ G. Abi-Saab, nav. delo, str. 923.

Od sredine 20. stoletja se je nato vzporedno s poglobljanjem večplastnosti in intenzitete mednarodnih odnosov hitro razvijalo tudi mednarodno pravo, ne le na tradicionalnih, ampak tudi na novih in bolj specializiranih področjih. Posledično so bila v zadnjih treh desetletjih ustanovljena številna mednarodna sodišča, arbitraže in kvazisodna telesa tako na globalni kot regionalni ravni. Če so države pred drugo svetovno vojno lahko izbirale zgolj med SMDS in arbitražo, lahko danes izbirajo med številnimi sodnimi forumi. Tako se je tudi znatno povečalo število primerov pred mednarodnimi sodišči, kar pomeni, da se države vse pogosteje odločajo za reševanje svojih mednarodnih sporov po sodni poti.

3. SODSTVO, SODNI SISTEM IN MEDNARODNO SODSTVO

Za razumevanje vprašanj, povezanih s stanjem mednarodnega sodstva, vključno z njegovo opredelitvijo, je nujno vsaj splošno poznavanje in razumevanje pojmov sodstvo in sodni sistem, saj je namen mednarodnega sodstva v bistvu enak namenu nacionalnih sodišč, torej mirno reševanje sporov v družbi in zagotavljanje vladavine prava.

3.1. Splošna opredelitev pojmov

Slovar slovenskega knjižnega jezika (SSKJ) opredeljuje sodstvo kot »dejavnost, ki se ukvarja s sojenjem in odločanjem o drugih pravnih zadevah« oziroma kot »celoto organov, ki to dejavnost opravlja«. ²⁹ Pravni terminološki slovar daje sodstvu praktično enak pomen, saj ga opredeli kot »celoto organov, ki opravljajo sodno funkcijo«. ³⁰

Vendar kaj razumeti kot »sistem«? Pojem je širok in potrebuje posebno pozornost. SSKJ »sistem« opredeljuje tudi z opisi: ³¹

- »4. skupina med seboj povezanih organov, ki sestavljajo funkcionalno celoto;
- 5. skupek med seboj z določenim namenom in po določenih načelih, lastnostih povezanih, soodvisnih enot, ki sestavljajo zaključeno celoto. Npr. ustvariti sistem, sistem idej, načel, pojmov, znakov itd.;

²⁹ Slovar slovenskega knjižnega jezika (SSKJ), Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Znanstvenoraziskovalni center, Institut za slovenski jezik Frana Ramovša, založila DZS, Ljubljana 1994, str. 1261.

³⁰ Pravni terminološki slovar, Slovenska akademija znanosti in umetnosti – Sekcija za terminološke slovarje, Založba ZRC, Ljubljana 1999, str. 433.

³¹ SSKJ, nav. delo, str. 1224.

6. načrtno, razumsko urejen skupek enot, načel, postopkov, ki določajo kako dejavnost, zlasti glede na dosego določenega cilja; red, načrt: izboljšati, spremeniti sistem dela;
7. celota družbenih enot, sestavin in odnosov, ki temelji na med seboj povezanih načelih, pravilih in ureja družbeno dogajanje, (družbena) ureditev;
8. celota predpisov, pravil, ki urejajo kako družbeno področje: davčni, denarni, politični sistem.«

Slovar *Black's Law Dictionary* opredeljuje »sodni sistem« kot »celotno mrežo sodišč v neki državi, zvezni sodni sistem je sestavljen iz vrhovnega sodišča, pritožbenih sodišč, okrožnih sodišč in specializiranih sodišč, kot so sodišča za terjatve, stečajna sodišča«. ³² Nekoliko podrobneje *The Free Dictionary* opredeljuje sodni sistem kot »sistem sodišč, ki upravljajo sodstvo in predstavljajo sodni del delovanja države«. Sistem pa je opredeljen kot »skupina neodvisnih, vendar soodvisnih elementov, ki sestavljajo celoto«. ³³ Dodatno navaja, da ima sodni sistem pristojnost razlagati in uporabljati pravo in, posledično, reševati pravne spore. ³⁴

Evropska unija kot sodni sistem ali sodno oblast opredeljuje vsa sodišča in sodne organe v državi ali v drugi suvereni organizaciji, kot je Evropska unija (EU), katerih glavna naloga je reševanje pravnih sporov ter zagotavljanje pravilne in usklajene uporabe prava. ³⁵ Vsaka od držav članic EU in tudi EU sama ima torej svoj lasten sodni sistem. Gre za organizacijo sodišč in sodnih postopkov, ³⁶ pravosodje pa je treba razumeti tudi kot širši pojem, ki obsega še državno pravobranilstvo, državno tožilstvo in odvetništvo.

Iz mednarodne sodne prakse je glede razumevanja pojma »sodišče« treba poudariti predvsem primer *Olujić proti Hrvaški*, ³⁷ v katerem je Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) kot *obiter dictum* navedlo, da prvi odstavek 6. člena ³⁸ Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svobod opredeljuje sodišče (tribunal) ne nujno kot telo, ustanovljeno kot običajen

³² Black's Law Dictionary, Abridged Sixth Edition, St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1991, str. 593.

³³ Dostopno na <www.thefreedictionary.com/judicial+system> (23. 2. 2013).

³⁴ Dostopno na <<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/judicial+system>> (23. 2. 2013).

³⁵ <https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems-14-sl.do> (23. 2. 2013).

³⁶ Prav tam.

³⁷ Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi *Olujić proti Hrvaški*, št. prijave 22330/05, sodba z dne 5. maja 2009.

³⁸ »Vsakdo ima pravico, da o njegovih civilnih pravicah in obveznostih ali o kakršnihkoli kazenskih obtožbah zoper njega pravično in javno ter v razumnem roku odloča neodvisno in nepristransko z zakonom ustanovljeno sodišče [...]«.

sodni mehanizem, ampak kot telo, ki odloča o zadevi iz svoje pristojnosti, na podlagi pravnih pravil in po vnaprej določenem postopku. Poleg tega mora sodišče izpolnjevati tudi kriterije neodvisnosti in nepristranskosti ter varstva postopkovnih pravic posameznika. EKČP torej opredeljuje sodišče v vsebinskem pomenu prek njegove sodne funkcije.³⁹

Tudi pri razlagi besedne zveze »z zakonom ustanovljeno sodišče« je treba opozoriti na sodno prakso ESČP; na slednjo se je sklicevalo celo Mednarodno kazensko sodišče za nekdanjo Jugoslavijo (MKSJ).⁴⁰ MKSJ v zadevi *Tadić* navaja, da sodna praksa ESČP⁴¹ kaže, da sodišča v demokratični družbi ne smejo biti odvisna od diskrecijske pravice izvršilne oblasti, ampak mora njihovo ravnanje urejati zakonodaja, ki jo sprejme zakonodajalec.⁴² Sodišče mora biti torej ustanovljeno na primeren način in z ustreznim pravnim aktom, kar naj bi dodatno zagotavljalo neodvisnost in nepristranskost sodišč.

Na podlagi povedanega bi lahko sodni sistem opredelili kot organizacijo sodišč in sodnih postopkov v posamezni državi ali mednarodni skupnosti. Bitveno je, da sodišča odločajo neodvisno in nepristransko v zadevah iz svoje pristojnosti na podlagi prava in vnaprej določenih postopkovnih pravil. Skupna značilnost sodnih sistemov pa je, da zagotavljajo enotno uporabo in razlago prava v državi ali mednarodni skupnosti, zato se zdi hierarhija sodišč neizogibna. Iz opredelitve sistema sledi, da gre za skupino povezanih sodišč, z določenim namenom in po določenih načelih, ki sestavljajo sklenjeno celoto. Cilj sodnega sistema je zagotavljati učinkovito, mirno in kulturno razreševanje sporov v družbi pa tudi zagotavljanje vladavine prava, pravne varnosti in notranje usklajenosti (koherentnosti) pravnega sistema. Tako kot sodni sistemi posameznih držav izražajo njihovo strukturo in širše družbeno dogajanje, tudi mednarodno sodstvo odseva strukturo mednarodne skupnosti in značilnosti mednarodnih odnosov.

3.2. Opredelitev pojma mednarodno sodstvo

V mednarodnopravni stroki ni enotnega stališča glede natančnega števila mednarodnih sodišč in arbitraž, saj še vedno ostaja nejasno vprašanje, katere institucije je sploh mogoče šteti za mednarodno sodišče ali arbitražo. Ob

³⁹ Prav tam, odstavki 37, 38 in 42.

⁴⁰ Mirjam Škrk: Viri mednarodnega kazenskega prava, v: Zbornik znanstvenih razprav, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, letnik LXXI (2011), str. 143–174, str. 153.

⁴¹ Glej ESČP, *Zand v. Austria*, št. prijave 7360/76 (Judgment, 1979); *Piersack v. Belgium*, št. prijave 8692/79 (Judgment, 1981); *Crociani, Palmiotti, Tanassi and D'Ovidio v. Italy*, št. prijave 8603/79, 8722/79, 8723/79 & 8729/79 (joined) (Judgment, 1981).

⁴² MKSJ, *Tožilec v. Duško Tadić*, št. IT-94-1-AR72, 2. oktober 1995, odst. 43.

pomanjkanju univerzalno sprejete opredelitve pojma mednarodnega sodstva skuša stroka opredeliti pojem mednarodnega sodstva predvsem prek opredelitve temeljnih meril, ki naj bi jih mednarodno sodišče izpolnjevalo.

3.2.1. Pojem mednarodnega sodstva po Brownlieju

Brownlie v pojem mednarodno sodstvo vključuje delovanje vseh mednarodnih tribunalov, sodišč, razsodišč (arbitraž) in mednarodnih organizacij⁴³ s temi značilnostmi:

- reševanje sporov med subjekti mednarodnega prava temelji na načelih in pravilih mednarodnega prava;⁴⁴
- institucija ima mednarodni značaj, ki se kaže zlasti v vzpostavitvi, sestavi, organizaciji in delovanju sodišč, ki mora biti neodvisno od nacionalnih pravnih režimov in njihove pristojnosti, torej njihovo delovanje temelji na mednarodni pogodbi ali aktu mednarodne organizacije (denimo Mednarodno kazensko sodišče za nekdanjo Jugoslavijo (MKSJ) ali Mednarodno kazensko sodišče za Ruando (MKSR) sta bili ustanovljeni z resolucijo Varnostnega sveta Združenih narodov po VII. poglavju Ustanovne listine Združenih narodov);⁴⁵
- del mednarodnega sodstva so lahko tudi mednarodne organizacije, ki sicer nimajo izključnega pravnega ali sodnega značaja, je pa v posameznih primerih taka narava njihovega odločanja (npr. komisija Mednarodne organizacije dela, ki obravnava kršitve Konvencije Mednarodne organizacije dela).⁴⁶

3.2.2. Tomuschatova formula petih meril

Leta 1987 pa je Tomuschat opredelil pet meril, ki jih mora izpolnjevati mednarodna institucija, da jo je mogoče opredeliti kot mednarodno sodišče.⁴⁷

⁴³ Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, Oxford 1990, str. 675; Andrej Naglič: *Decentraliziranost mednarodnega sodstva in koherentnost mednarodnega prava*, magistrska naloga. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2006, str. 20-21.

⁴⁴ I. Brownlie, nav. delo (1990), str. 675.

⁴⁵ Prav tam, str. 676.

⁴⁶ Prav tam.

⁴⁷ Christian Tomuschat: *International Courts and Tribunals with Regionally Restricted and/or Specialized Jurisdiction*, v: *Judicial Settlement of International Disputes: International Court of Justice, other Courts and Tribunals, Arbitration and Conciliation: An International Symposium*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1987, str. 285-419. Glej tudi Cesare P. R. Romano: *The Proliferation of In-*

Prvo merilo je stalna narava institucije, kar pomeni, da mora mednarodno sodišče obstajati neodvisno od konkretnega primera. Po tem merilu med »mednarodna sodišča« ni mogoče šteti niti *ad hoc* arbitražnih sodišč, kot sta npr. MKSJ in MKSR, niti institucij, kot sta Stalno arbitražno sodišče ali Sodišče OVSE za spravo in arbitražo, ki zagotavljata (zgolj) stabilen institucionalni okvir in seznam strokovnjakov za *ad hoc* arbitražo ali spravo.⁴⁸

Drugo merilo je ustanovitev na podlagi mednarodnopravnega instrumenta. Številne sodne institucije na mednarodni ravni so ustanovljene neposredno z mednarodno pogodbo (npr. Meddržavno sodišče v Haagu, Mednarodno sodišče za pomorsko mednarodno pravo, Mednarodno kazensko sodišče, Evropsko sodišče za človekove pravice, Sodišče Evropske unije), nekatere pa z drugim pravnim instrumentom, izhajajoč iz mednarodne pogodbe (npr. Splošno sodišče Evropske unije je bilo ustanovljeno z odločitvijo Sveta ministrov EU, medtem ko sta bili MKSJ in MKSR ustanovljeni z resolucijo Varnostnega sveta Združenih narodov).⁴⁹

Kot tretje merilo Tomuschat navaja, da mednarodno sodišče odloča na podlagi mednarodnega prava,⁵⁰ četrto merilo pa je, da so postopkovna pravila delovanja mednarodnega sodišča (angl. *Rules of Procedure*) opredeljena vnaprej za vse primere in jih stranke običajno ne morejo spreminjati.⁵¹

Zadnje, peto merilo je po Tomuschatu, da je odločitev mednarodnega sodišča pravno obvezujoča. Na podlagi tega merila je iz koncepta mednarodnega sodišča izvzeto veliko teles za spremljanje izvajanja mednarodnih pogodb (angl. *monitoring bodies*), ki so se v zadnjih desetletjih razširila zlasti na področjih človekovih pravic in mednarodnega okoljskega prava in katerih sklepi so običajno (zgolj) priporočila, ki jih nato lahko (ali pa ne) sprejme nadrejeni politični organ.⁵² Ob tem pa po Tomuschatovem mnenju samo dejstvo, da so nekatere institucije pristojne za sprejemanje neobvezujočih svetovalnih mnenj (angl. *advisory opinions*), ne vpliva na uvrstitev med mednarodna sodišča, če ima ta institucija hkrati tudi pristojnost sprejemati pravno zavezujoče razsodbe.⁵³

International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle, v: New York University Journal of International Law and Politics, št. 31/1999, str. 709–751, str. 713–715.

⁴⁸ C. Tomuschat, nav. delo, str. 307–311.

⁴⁹ Prav tam, str. 293.

⁵⁰ Prav tam, str. 290–294.

⁵¹ Prav tam, str. 311–312.

⁵² Prav tam, str. 299–307 in 133–135.

⁵³ Prav tam, str. 133–135.

3.2.3. Romanova formula sedmih meril

Leta 1999 je Romano Tomuschatovim petim merilom dodal še dve:⁵⁴

- sodniki so imenovani, vendar ne *ad hoc*;
- mednarodno sodišče odloča v primerih, v katerih je vsaj ena stranka suverena država ali mednarodna organizacija.

Petnajst mednarodnih institucij naj bi izpolnjevalo vseh sedem navedenih meril, vendar pa Romano dodaja, da bi lahko ob prožnejši uporabi teh meril med mednarodna sodišča šteli tudi sodišča, ki sicer ne izpolnjujejo kriterija stalnosti, vendar pa izpolnjujejo vsa druga merila in so hkrati za mednarodno skupnost posebno pomembna.⁵⁵ Romano je torej pripravljen spregledati merilo stalnosti, vendar ga nadomešča z merilom »pomembnosti« posamezne institucije (npr. MKSJ in MKSR), kar pa je lahko vprašljivo z gledišča objektivnosti meril, na podlagi katerih se presoja pravna narava sodne institucije.

Romano opozarja tudi na različno poimenovanje mednarodnih sodišč z jezikovnega stališča. Medtem ko se za nekatera sodišča uporablja izraz »sodišče« (angl. *court*), so druga poimenovana kot »tribunali« (angl. *tribunals*).⁵⁶ Po njegovem mnenju iz prakse držav izhaja, da je pojem »tribunal« širši, saj označuje *ad hoc* ali prehodno naravo institucije – npr. *ad hoc* mednarodni kazenski sodišči (MKSJ in MKSR) ali pa *ad hoc* arbitražna sodišča (angl. *ad hoc arbitral tribunals*). Ob tem kot izjemo navaja Mednarodno sodišče za pomorsko mednarodno pravo (MSPMP; angl. *International Tribunal for the Law of the Sea* – ITLOS), ki je v nasprotju s prej omenjenimi stalno sodišče. Romano pa ne omeni nasprotnega primera, kot je poimenovanje Stalnega arbitražnega sodišča (SAS; angl. *Permanent Court of Arbitration* – PCA), ki dejansko ne deluje kot stalno sodišče, temveč le kot institucionalen okvir, ki strankam v sporu ponuja tako seznam potencialnih arbitrov kot različna izbirna postopkovna pravila. Poimenovanje mednarodnih sodišč tako ne more biti merilo, ki določa, ali neka mednarodna institucija je ali ni mednarodno sodišče. Bistveno je vsebinsko razumevanje pojma sodišče, zato sta po mnenju avtorice besedi »tribunal« in »sodišče« dejansko sopomenki.⁵⁷

⁵⁴ C. P. R. Romano, nav. delo, str. 715.

⁵⁵ Prav tam, str. 715–719.

⁵⁶ Poudariti velja, da slovenska pravna terminologija ne ločuje med prevodom besede »court« in »tribunal« in torej oboje prevaja oz. označuje kot »sodišče«.

⁵⁷ Glej razdelek 1.1.

3.2.4. Sistemizacija mednarodnega sodstva v okviru Projekta o mednarodnih sodiščih in tribunalih⁵⁸

K razumevanju mednarodnega sodstva je veliko prispeval Projekt o mednarodnih sodiščih in tribunalih (angl. *Project on International Courts and Tribunals* – PiCT). Leta 1998 je bila v tem okviru prvič predstavljena pregledna tabela vseh mednarodnih sodišč, tribunalov, arbitraž in kvazisodnih teles – tabela je bila nazadnje posodobljena novembra 2004.⁵⁹ Glavni poudarek je na mednarodnih sodnih telesih. Prikazanih je 43 različnih institucij, od katerih jih trenutno deluje le šestnajst, ki so razvrščene v sedem skupin glede na stvarnopravno pristojnost. Ta telesa po mnenju PiCT tvorijo mednarodno sodstvo.⁶⁰ Vse omenjene institucije izpolnjujejo pet meril, ki so po mnenju nosilcev projekta pogoj za opredelitev mednarodnih sodnih teles:⁶¹

- so stalne institucije;
- sestavljajo jih neodvisni sodniki;
- odločajo o sporih med dvema ali več subjekti, od katerih je vsaj eden država ali mednarodna organizacija;
- delujejo na podlagi vnaprej sprejetih postopkovnih pravil; in
- sprejemajo obvezujoče odločitve.

Spodnji del tabele navaja kvazisodna telesa in druge mehanizme za reševanje sporov, vključno z arbitražami, mehanizmi na področju zagotavljanja spoštovanja človekovih pravic in humanitarnega prava, mednarodnimi upravnimi tribunali, institucijami za spremljanje izvajanja okoljskih sporazumov, mednarodnimi institucijami za zahteve in nadomestila – skupaj še 82 mehanizmov.⁶²

V Priročniku o mednarodnih sodiščih (angl. *The Manual on International Courts and Tribunals*)⁶³ pa avtorji zavzemajo širši pristop in na seznam vključujejo tako stalna kot *ad hoc* mednarodna sodišča, mednarodno arbitražo in nekatera kvazisodna telesa. Mednarodna sodišča in kvazisodne institucije so razvrstili v te skupine:

- globalna sodišča,
- arbitražne institucije,

⁵⁸ Project on International Courts and Tribunals, opomba 1.

⁵⁹ Dostopno na <www.pict-pcti.org/publications/synoptic_chart.html> (1. 4. 2013) in <www.pict-pcti.org/publications/synoptic_chart/synop_c4.pdf> (1. 4. 2013).

⁶⁰ Prav tam.

⁶¹ Prav tam.

⁶² Prav tam.

⁶³ Ruth Mackenzie in drugi: *The Manual on International Courts and Tribunals*, Second Edition. Oxford University Press, New York 2010.

- mednarodna kazenska sodišča,
- regionalna sodišča, ustanovljena na podlagi regionalnih sporazumov o gospodarskem sodelovanju in sporazumov o prosti trgovini,
- sodišča in kvazisodne organe s področja človekovih pravic,
- nadzorne in pregledne mehanizme v mednarodnih finančnih institucijah in
- mehanizme preverjanja usklajenosti v večstranskih okoljskih sporazumih.

Ta sistemizacija povezuje merili stvarnopravne in univerzalne/regionalne pristojnosti ter vključuje najpomembnejše sodne in kvazisodne institucije.

3.2.5. Negativna opredelitev Meddržavnega sodišča v Haagu

Za opredelitev koncepta mednarodnega sodstva je posebno pomembna opredelitev Meddržavnega sodišča v Haagu (MDS) v primeru *Kopenska in morská meja med Kamerunom in Nigerijo* iz leta 1998. Nigerija je zatrjevala, da je Komisija za povodje reke Čad mednarodno sodišče in da bo, če bo MDS odločalo o primeru, kršilo načelo avtonomije sodne pristojnosti in bo izvajalo pritožbeno pristojnost. Sodišče pa je menilo, da omenjena komisija ne more biti razumljena kot sodišče (tribunal), saj:

»ne izreka niti arbitražnih razsodb niti sodb in zato ni niti arbitražno niti sodno telo«. ⁶⁴

Lahko bi rekli, da daje MDS negativno opredelitev mednarodnega sodstva in nakazuje, da sta po mnenju MDS odločanje na podlagi mednarodnega prava in pravno obvezujoča narava odločitve bistveni merili za presojo posamezne mednarodne institucije kot mednarodnega sodišča. Omenjeni merili je torej mogoče opredeliti kot ključni, ne pa nujno tudi kot zadostni.

Tak pristop MDS ni presenetljiv, saj je cilj pravnega reševanja mednarodnih sporov prav mirna dokončna rešitev spora na podlagi mednarodnega prava *inter partes*, torej med strankama v sporu v konkretnem primeru. MDS pri opredelitvi mednarodnega sodstva torej izhaja iz stvarnosti mednarodnih odnosov.

3.2.6. Merila za opredelitev mednarodnega sodstva

Za opredelitev mednarodnega sodstva je po mnenju avtorice treba upoštevati predvsem ključni merili za opredelitev mednarodnega sodstva, kot ju je opredelilo MDS, poleg tega pa še vsebinsko opredelitev pojma sodišče, kot ga je nedvoumno opredelilo ESČP. Ob predpostavki, da je bistvo sodstva nepri-

⁶⁴ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Preliminary Objections) case*, I.C.J. Reports 1998, 275 (307, 69. odstavek).

stransko in neodvisno razsojanje s strani tretjega,⁶⁵ so merila za opredelitev mednarodnega sodstva:

- ustanovitev na podlagi mednarodnega instrumenta,
- odločanje na podlagi mednarodnega prava,
- pravno obvezujoča narava odločitve in
- pristojnost odločanja v primerih, da je vsaj ena stranka država ali mednarodna organizacija.

Ta štiri merila realno izhajajo iz splošnega razumevanja posameznih mednarodnih institucij kot mednarodnih sodišč. Pristop izhaja iz temeljnega merila, da morajo biti njihove odločitve pravno obvezujoče, hkrati pa ne izključuje začasnih in *ad hoc* sodišč ter arbitraž. Ločevanje med arbitražo in sodno rešitvijo kljub ločenemu navajanju v Ustanovni listini Združenih narodov⁶⁶ z vidika opredelitve mednarodnega sodstva po mnenju avtorice ni niti ustrezno niti primerno, saj je v obeh primerih potrebno predhodno soglasje strank v sporu, odločanje poteka po načelih in pravilih mednarodnega prava, tako sodne kot arbitražne razsodbe pa so za stranke obvezujoče.

Arbitraže in *ad hoc* sodišča so tako kot stalna sodišča ustanovljene z mednarodnopravnim instrumentom (mednarodno pogodbo ali izvedbenim obvezujočim aktom) in odločajo po mednarodnem pravu, njihove odločitve pa tako prispevajo bodisi k notranji usklajenosti (koherentnosti) ali razdrobljenosti (fragmentaciji) mednarodnega prava. Da je smiselno v pojem mednarodnega sodstva vključiti tudi arbitražo, izhaja iz analiz različnih primerov nekonsistentne sodne prakse, saj je glede na obvezno naravo razsodb nujno primerjati sodno prakso tako stalnih kot *ad hoc* sodišč in arbitraž.⁶⁷ Tak pristop je pomemben tudi zaradi nekaterih arbitražnih razsodb in sodb *ad hoc* sodišč, ki so pomembno prispevale k razumevanju mednarodnega prava, in mu sledi tudi Brownlie.⁶⁸ V slovenski pravni stroki denimo Naglič ugotavlja, da je razumljivo,

⁶⁵ Aktualno je vprašanje, ali so mednarodna sodišča neodvisna in nepristranska. To posebej velja za mednarodna kazenska sodišča, katerih pomemben del strukture je tožilstvo, postavlja pa se tudi vprašanje dejanske neodvisnosti in nepristranskosti *ad hoc* sodnikov in nacionalnih arbitrov. Več o tem glej: The Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary, ILA Study Group on the Practice and Procedure of International Courts and tribunals, <www.ila-hq.org/en/committees/study_groups.cfm/cid/1012> (7. 4. 2013); Ruth Mackenzie in Philippe Sands: International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge, v: Harvard International Law Journal, 44 (2003) 1, str. 271–285; Theodor Meron: Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals, v: American Journal of International Law, 99 (2005) 2, str. 359–369.

⁶⁶ Glej prvi odstavek 33. člena Ustanovne listine Združenih narodov.

⁶⁷ Glej razdelek 4.2.

⁶⁸ Glej razdelek 3.1.

da v okviru pojma mednarodno pravosodje obravnavamo tako *ad hoc* arbitražo, ki npr. odloča o mejnem sporu med državama in pri tem uporablja pravila pomorskega mednarodnega prava, kot Evropsko sodišče za človekove pravice ali pa (*ad hoc*) Mednarodno kazensko sodišče za nekdanjo Jugoslavijo.⁶⁹

Glede na povedano je za mednarodno sodstvo značilna raznovrstnost institucij, postopkov oz. postopkovnih pravil in do neke mere tudi materialnopravnih pravil.⁷⁰ Omejitev na pristojnost sodišča, pri čemer je vsaj ena stranka suverena država ali mednarodna organizacija, pa izhaja iz bistva mednarodnega javnega prava in opredelitve njegovih temeljnih subjektov.

V nadaljevanju prispevka bodo pri obravnavanju mednarodnega sodstva oz. mednarodnih sodišč upoštevana v tem razdelku opredeljena merila.

4. PROLIFERACIJA IN DECENTRALIZACIJA MEDNARODNEGA SODSTVA

Kot že omenjeno je v zadnjih nekaj desetletjih močno naraslo število mednarodnih sodišč. Ta pojav je opredeljen z izrazom proliferacija (angl. *proliferation*) mednarodnih sodišč. Ustanovljena so bila številna mednarodna sodišča z različno stvarnopravno, osebno in krajevno pristojnostjo, ki jih zgolj zaradi preglednosti lahko razvrstimo v šest skupin:

a) **Svetovna sodišča:** Meddržavno sodišče v Haagu (MDS, ustanovljeno leta 1945;⁷¹ angl. *International Court of Justice* – ICJ),⁷² Mednarodno sodišče za pomorsko mednarodno pravo (MSPMP, ustanovljeno leta 1996;⁷³ angl. *International Tribunal for the Law of the Sea* – ITLOS),⁷⁴ Organ za reševanje sporov v

⁶⁹ A. Naglič, nav. delo (2006), str. 23–24.

⁷⁰ Glej tudi: Miha Pogačnik: Nekaj misli o naravi mednarodnega pravosodja, 8. dnevi javnega prava, Portorož, 10.–12. junij 2002, Inštitut za javno upravo, Ljubljana 2002, str. 417.

⁷¹ Ustanovna listina Združenih narodov in Statut Meddržavnega sodišča, Društvo za Združene narode za Republiko Slovenijo, Ljubljana 1992.

⁷² Glej <www.icj-cij.org/> (1. 4. 2013). Z dne 14. avgusta 2013 obravnava 10 primerov, do zdaj je razsodilo v 123 primerih (od tega 61 primerov v obdobju 1946–1990 in 62 primerov v obdobju 1990–2013) in dalo 25 neobvezujočih svetovalnih mnenj.

⁷³ Konvencija Združenih narodov o pomorskem mednarodnem pravu, priloga XIV (Statut MSPMP). Glej Ur. l. EU, L 179/3, 23. junij 1998, str. 262.

⁷⁴ Glej <www.itlos.org/> (1. 4. 2013). Z dne 14. avgusta 2013 obravnava dva primera, do zdaj pa je razsodilo v 18 primerih in dalo eno svetovalno mnenje. Podrobneje Miša Zgonec - Rožej: Sistem mirnega reševanja mednarodnih sporov po Konvenciji Združenih narodov o pomorskem mednarodnem pravu, v: *Pravnik*, 56 (2001) 9–10, str. 586–606.

okviru Svetovne trgovinske organizacije (ustanovljen leta 1994;⁷⁵ angl. *Dispute Settlement Body* – DSB).⁷⁶

b) **Mednarodne arbitraže:** Stalno arbitražno sodišče (SAS, ustanovljeno leta 1899;⁷⁷ angl. *Permanent Court of Arbitration* – PCA),⁷⁸ Mednarodni center za reševanje investicijskih sporov (ustanovljen leta 1966;⁷⁹ angl. *International Centre for Settlement of Investment Disputes* – ICSID),⁸⁰ *ad hoc* arbitraža po Konvenciji Združenih narodov o pomorskem mednarodnem pravu.⁸¹ Na regionalni ravni pa je bilo vzpostavljeno Sodišče za spravo in arbitražo v okviru Organizacije za varnost in sodelovanje v Evropi (angl. *Court of Conciliation and Arbitration within Organization for Security and Co-operation in Europe*).⁸² Od omenjenih mednarodnih arbitraž je treba ločevati mednarodne arbitraže na področju investicijskega in mednarodnega trgovinskega prava, pri čemer

⁷⁵ Zakon o ratifikaciji Marakeškega sporazuma o ustanovitvi Svetovne trgovinske organizacije, Ur. l. RS – MP, št. 10/95. Glej Aneks 2 – Dogovor o pravilih in postopkih za reševanje sporov

⁷⁶ Glej <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm> (28. 3. 2013). Stalni Pritožbeni organ trenutno obravnava dve zadevi. Glej tudi Gorazd Bohte: Reševanje sporov v okviru splošnega sporazuma o carinah in trgovini (GATT) in Svetovne trgovinske organizacije (WTO), v: *Pravnik*, 50 (1995) 4-5, str. 232.

⁷⁷ Konvencija o mirnem reševanju mednarodnih sporov je bila sklenjena v Haagu leta 1899 in revidirana leta 1907. Glej opombo 8.

⁷⁸ Glej <www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=363> (28. 3. 2013). Z dne 14. avgusta 2013 je v okviru SAS odprtih 20 primerov, do zdaj pa je bilo v okviru SAS zaključenih 45 arbitraž. Glej tudi Andrej Naglič: *Novosti pri delu Stalnega arbitražnega sodišča*, diplomska naloga. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2002.

⁷⁹ Konvencija o razreševanju investicijskih sporov med državo in državljani drugih držav z dne 18. marca 1965, Ur. l. SFRJ – MP, št. 7/67; Akt o notifikaciji nasledstva glede konvencij UNESCO, mednarodnih večstranskih pogodb o zračnem prometu, konvencij mednarodne organizacije dela, konvencij mednarodne pomorske organizacije, carinskih konvencij in nekaterih drugih mednarodnih večstranskih pogodb, Ur. l. RS – MP, št. 15/92.

⁸⁰ <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>> (26. 3. 2013). Do konca marca 2013 je rešilo 252 primerov, odprtih primerov je trenutno 172.

⁸¹ Glej <www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1288> (1. 4. 2013). Od leta 1994, ko je začela veljati Konvencija Združenih narodov o pomorskem mednarodnem pravu, je bilo na podlagi aneksa VII arbitraže rešenih sedem primerov. <www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/annex7.htm> (1. 4. 2013) in <www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/annex8.htm> (1. 4. 2013).

⁸² Konvencija o spravi in arbitraži Konference o varnosti in sodelovanju v Evropi, Ur. l. RS, št. 20/94 – MP, št. 5/94. Konvencija je začela veljati 5. decembra 1994. Sodišče do zdaj ni obravnavalo nobenega primera. Glej <www.osce.org/cca> (1. 4. 2013). Glej tudi Mirjam Škrk: *Court of Conciliation and Arbitration within OSCE and its Prospects for the Future*, v: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 51 (2001) 5, str. 915–939, in Mirjam Škrk: *Sodišče za spravo in arbitražo v okviru OVSE*, 8. dnevi javnega prava, Portorož, 10.–12. junij 2002, Inštitut za javno upravo, Ljubljana 2002, str. 435–452.

gre večinoma za reševanje sporov med dvema ali več zasebnimi subjekti. Najbolj znane so arbitraže po postopkovnih pravilih Komisije Združenih narodov za mednarodno trgovinsko pravo (angl. *United Nations Commission on International Trade Law* – UNCITRAL), Mednarodne trgovinske zbornice (angl. *International Chamber of Commerce* – ICC), Londonskega sodišča za mednarodno arbitražo (angl. *The London Court of International Arbitration* – LCIA), Ameriškega arbitražnega združenja (angl. *American Arbitration Association* – AAA), Regionalnega centra za mednarodno trgovinsko arbitražo v Kairu (angl. *The Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration* – CRCICA), Regionalnega centra za arbitražo v Kuala Lumpurju (angl. *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* – RCAKL), Dunajskega mednarodnega arbitražnega centra (angl. *Vienna International Arbitral Centre* – VIAC) in Arbitražnega inštituta Stockholmske trgovinske zbornice (angl. *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* – SCC).

c) **Mednarodna kazenska sodišča:** Mednarodno kazensko sodišče (MKS, ustanovljeno leta 1997;⁸³ angl. *International Criminal Court* – ICC),⁸⁴ Mednarodno kazensko sodišče za nekdanjo Jugoslavijo (MKSJ, ustanovljeno leta 1993; angl. *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* – ICTY)⁸⁵ in Mednarodno kazensko sodišče za Ruando (MKSR, ustanovljeno leta 1994; angl. *International Criminal Tribunal for Rwanda* – ICTR)⁸⁶. Ob tem je treba omeniti še t. i. hibridna kazenska sodišča, vendar ta ne izpolnjujejo vseh obravnavanih kriterijev.⁸⁷

d) **Na področju človekovih pravic** imajo osrednjo vlogo tri pomembna regionalna sodišča:⁸⁸ Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP, ustanovljeno

⁸³ Statut Mednarodnega kazenskega sodišča, Ur. l. RS, št. 101/01 – MP, št. 29/01.

⁸⁴ Glej <www.icc-cpi.int/EN_Menus/icc/Pages/default.aspx> (21. 3. 2013). Z dne 14. avgusta 2013 obravnava 18 primerov iz sedmih situacij, končno sodbo pa je do sedaj izreklo le v enem primeru.

⁸⁵ <www.icty.org/> (21. 3. 2013). Ustanovljeno z resolucijo Varnostnega sveta ZN št. 827 z dne 25. maja 1993.

⁸⁶ <www.unicttr.org/> (21. 3. 2013). Ustanovljeno z resolucijo Varnostnega sveta ZN št. 955 z dne 8. novembra 1994.

⁸⁷ Glej, med drugimi, Gregor Maučec: Internacionalizirana kazenska sodišča in tribunali (Sierra Leone, Vzhodni Timor, Kambodža, Kosovo, Bosna in Hercegovina, Irak, Libanon). Založba KATR, Ljubljana 2009.

⁸⁸ Poleg tega na področju človekovih pravic mednarodne konvencije (oz. protokoli k njim) ustanavljajo tudi t. i. kvazisodne instrumente, odbore, ki skrbijo za pregledovanje izvajanja konkretne konvencije s strani držav pogodbenic, vse pogosteje pa vsebujejo tudi individualen pritožbeni mehanizem, vendar ti odbori ne izpolnjujejo vseh kriterijev, da bi jih lahko prištevali v sklop mednarodnega sodstva.

leta 1950; angl. *European Court of Human Rights* – ECHR),⁸⁹ Medameriško sodišče za človekove pravice (ustanovljeno leta 1969; angl. *Inter-American Commission on Human Rights* – IACHR)⁹⁰ in Afriško sodišče za človekove in narodne pravice (ustanovljeno leta 2004; angl. *African Court on Human and Peoples Right*).⁹¹

e) Na regionalni ravni so bila ustanovljena tudi številna **sodišča za zagotavljanje gospodarskega sodelovanja in svobodne trgovine**.⁹² Sodišče Evropske unije (SEU, angl. *Court of Justice of the European Union* – CJEU), Sodišče Beneluške gospodarske unije (angl. *Court of Justice of the Benelux Economic Union* – Benelux CJ), Srednjeameriško sodišče (angl. *Central American Court of Justice* – CACJ), Sodišče EFTA (angl. *Court of Justice of the European Free Trade Association* – EFTA CJ), Karibsko sodišče (angl. *Caribbean Court of Justice* – CCJ), Sodišče andske skupnosti (angl. *Court of Justice of the Andean Community* – TJCA), Sodišče skupnega trga za Vzhodno in Južno Afriko (angl. *Court of Justice of the Common Market for Eastern and Southern Africa* – COMESA CJ), Skupno sodišče in arbitraža Organizacije za harmonizacijo korporacijskega prava v Afriki (angl. *Common Court of Justice and Arbitration of the Organisation for the Harmonisation of Corporate Law in Africa* – OHCLA CJ), Sodišče Unije arabskega Magreba (angl. *Court of Justice of the Arab Maghreb Union* – AMU CJ) in Sodni svet Organizacije arabskih držav izvoznic nafte (angl. *Judicial Board of the Organisation of Arab Petroleum Exporting Countries* – OAPEC JB).

f) Nekaterih mednarodnih sodišč pa **ni mogoče uvrstiti v nobeno navedeno kategorijo**. Sem spadajo sodišča in komisije, ki imajo pristojnost za obravnavo posameznih mednarodnih deliktov, kot so Odškodninsko sodišče med Iranom in ZDA (angl. *t-United States Claims Tribunal*, 1981), Odškodninska komisija Združenih narodov (angl. *United Nations Compensation Commission*), Inšpekcijski panel v okviru Svetovne banke (angl. *World Bank Inspection Panel*) in Komisija Mednarodne organizacije dela, ki obravnava kršitve Konvencije Mednarodne organizacije dela. Dodatno je treba omeniti še upravna sodišča, ki delujejo v okviru mednarodnih organizacij in razsojajo o upravnih sporih znotraj teh, denimo Upravno sodišče Združenih narodov (angl. *United Nations Administrative Tribunal* – UNAT) in Upravno Sodišče Mednarodne organizacije dela (angl. *Administrative Tribunal of the International Labour Organization*).

⁸⁹ Glej <www.echr.coe.int/echr/> (1. 4. 2013). ESČP je med vsemi mednarodnimi sodišči najbolj obremenjeno, z dne 30. junija 2013 mu je v obravnavo predloženih 113.350 vlog. Podrobnejše informacije po posameznih državah so dosegljive na <www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=#n1347951547702_pointer> (24. 8. 2013).

⁹⁰ Glej <www.oas.org/en/iachr/decisions/cases.asp> (1. 4. 2013).

⁹¹ Glej <www.au.int/en/organs/cj> (1. 4. 2013).

⁹² Glej, med drugimi, Naglič, nav. delo (2006).

Razvil se je torej razvejen decentraliziran »sistem« prek 30 mednarodnih sodišč, ki niso v hierarhičnem odnosu, kot so sodišča v notranjem pravu posamezne države. Odločitve posameznih mednarodnih sodišč so v skladu z njihovimi statuti oziroma procesnimi pravili običajno dokončne, kar pomeni, da te institucije najpogosteje delujejo hkrati kot prva in zadnja stopnja odločanja. V redkih primerih je predvidena pritožba na razsodbo mednarodnega sodišča. Ta možnost se je razvila predvsem v primerih, da je ena od strank v postopku posameznik, denimo pred ESČP (pritožba na Veliki senat) ter MKSJ in MKSR (pritožba na Pritožbeni senat). Sodbe so za države obvezujoče, upoštevati pa jih morajo tudi notranja sodišča držav.⁹³ Naraščanje števila mednarodnih sodišč se je v zadnjem desetletju sicer ustavilo oziroma vsaj upočasnilo, preučevanje tako razvejenega »sodnega sistema« pa ostaja aktualno tako z vidika vzrokov kot posledic proliferacije mednarodnih sodišč. Aktualna so vprašanja glede pristojnosti posameznih sodišč, razmerij med njimi, primerjava njihove sodne prakse in njen vpliv na notranjo usklajenost mednarodnega prava.⁹⁴

4.1. Razlogi za proliferacijo mednarodnega sodstva

Ob pojavu proliferacije mednarodnih sodišč se najprej postavlja vprašanje, zakaj se države in mednarodne organizacije tako pogosto odločajo za ustanavljanje novih mednarodnih sodišč in nadzornih mehanizmov, namesto da bi spore reševale pred že obstoječimi.

Charney meni, da razlogi za proliferacijo mednarodnega sodstva izvirajo predvsem iz togosti Statuta Meddržavnega sodišča, ki ne more v celoti zadostiti potrebam sodobne mednarodne skupnosti. MDS ima kljub splošni pristojnosti

⁹³ V zvezi s to obveznostjo je veliko polemik in zaskrbljenosti povzročila sodba Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *Medellin v. Texas*. V njej je Vrhovno sodišče med drugim ugotovilo, da sodba MDS v zadevi *Avena* in drugi mehiški državljani (*Mehika v. ZDA*) iz leta 2004 ZDA mednarodnopravno sicer zavezuje, vendar pa nima narave zavezujočega zveznega zakona. Sodišče je zavzelo restriktivno razlago 59. člena Statuta MDS, ki določa, da so njegove sodbe obvezujoče le med strankami, tj. državami, in v zadevi, o kateri odloča. Glej: Supreme Court of the United States, No. 06-984, *Jose Ernesto Medellin, petitioner v. Texas*, sodba z dne 25. marca 2008, objavljena v 47 ILM 286 (2008). Glej tudi Mirjam Škrk: Vladavina prava kot načelo mednarodnega prava?, v: Marijan Pavčnik (ur.): Pravna država. GV Založba, zbirka Pravna obzorja (št. 38), Ljubljana 2009, str. 221–261, str. 239–240.

⁹⁴ Glej, med drugimi, C. P. R. Romano, nav. delo, str. 709–751, Jonathan I. Charney: The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals, v: New York University Journal of International Law and Politics, št. 31/1999, str. 697–708; Pierre-Marie Dupuy: The Danger of Fragmentation and Unification of International Legal System and the International Court of Justice, v: New York University Journal of International Law and Politics, št. 31/1999, str. 791–807; Anne-Marie Slaughter: A Global Community of Courts, v: Harvard International Law Journal, št. 44/2003, str. 191.

*ratione materiae*⁹⁵ omejeno pristojnost, poleg tega nima obvezne pristojnosti (angl. *compulsory jurisdiction*). Ob tem je treba upoštevati še željo držav po diskretnosti in nadzoru procesa pravnega reševanja sporov ter po zagotavljanju njihove kulturne vpetosti v okolje,⁹⁶ kar se kaže v ustanavljanju regionalnih sodišč. Sicer pa po mnenju Charneyja ni pričakovati, da se bo število mednarodnih sodišč v prihodnje povečevalo tako močno, kot se je v zadnjih desetletjih. Razlog za to vidi predvsem v finančnem bremenu ustanovitve in vzdrževanja sodišč ter v bremenu za države pogodbenice, ki jih delovanje mednarodnih sodišč tudi časovno in stroškovno bremeni.⁹⁷

McLachlan⁹⁸ konkretnije navaja pet razlogov, ki so privedli do proliferacije mednarodnih sodišč: a) nekatera sodišča so bila ustanovljena kot odziv na konkretno situacijo; b) nekatera sodišča izvirajo iz potrebe mednarodnih organizacij imeti lasten sodni organ; c) nekatera sodišča tvorijo del bolj splošne sheme regionalnega ekonomskega povezovanja; d) nekatera sodišča so pristojna za posamezna specializirana področja in e) proliferacija novih sodišč je bila razširjena zaradi širjenja miru in sodelovanja v obdobju po hladni vojni, katerega namen je širiti vladavino prava na nacionalni in mednarodni ravni.

Mednarodno sodstvo se torej razvija zaradi potrebe držav in mednarodnih organizacij, da spore rešujejo mirno in ob upoštevanju mednarodnega prava, pri tem pa izhajajo iz načela svobodne izbire sredstev mirnega reševanja sporov,⁹⁹ ki zaznamuje celoten odnos do mirnega reševanja sporov v sodobnem mednarodnem pravu. Türk opredeljuje tri pravne posledice načela svobodne izbire sredstev. Prvič, obveznost mirnega reševanja sporov zahteva določeno ravnanje (reševanje spora), ne pa rezultata (rešitve). Drugič, potreben je skrben premislek o tem, katero sredstvo uporabiti ob upoštevanju značilnosti spora (ali je spor predvsem praven ali političen), in glede tega doseči sporazum med strankama v sporu. Tretjič, načelo svobodne izbire sredstev spodbuja razvoj novih metod oz. sredstev reševanja sporov tako na regionalni kot globalni ravni.¹⁰⁰ Predvsem zadnji posledici sta gotovo vplivali na proliferacijo mednarodnega sodstva, zato se ne gre čuditi, da je ta potekala predvsem horizontalno.

⁹⁵ Jonathan I. Charney: Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?, 271 Recueil des Cours 101, Haag 1998, str. 208, 132–133.

⁹⁶ Prav tam, str. 698.

⁹⁷ Prav tam, str. 124.

⁹⁸ Campbell McLachlan: Lis Pendens in International Litigation, Pocketbooks of the Hague Academy of International Law. Martinus Nijhoff, Leiden, Boston 2009, str. 305–306.

⁹⁹ Tretji odstavek 2. člena in prvi odstavek 33. člena Ustanovne listine Združenih narodov.

¹⁰⁰ D. Türk, nav. delo, str. 468–470.

Tudi nekdanji predsednik Meddržavnega sodišča v Haagu Gilbert Guillaume, ki je vprašanju proliferacije mednarodnih sodišč namenil nagovor šestemu (pravnemu) odboru Generalne skupščine Združenih narodov leta 2000,¹⁰¹ meni, da je proliferacija mednarodnih sodišč v veliki meri zgolj odziv na razvoj mednarodne skupnosti. Gre za dvojno širitev. Prvič, razširil se je krog subjektov – poleg držav in mednarodnih organizacij so čedalje pomembnejši subjekti tudi nedržavne gospodarske družbe, nevladne organizacije in posamezniki. Drugič, naraščata vsebina in pogostost sodelovanja omenjenih subjektov, ki zajemata širok spekter področij, od varnosti do gospodarstva, okolja, znanosti, izobraževanja, komunikacij, transporta ipd. Posledično so se razvila nova področja mednarodnega prava, ustanavljanje novih sodišč pa pomeni odziv na te spremembe v želji zagotavljanja izpolnjevanje mednarodnih obveznosti in reševati morebitne medsebojne spore po pravni poti.¹⁰²

S sociološko-političnega vidika Romano kot mogoče razloge za porast mednarodnega sodstva po letu 1990 navaja: a) konec hladne vojne in bipolarnosti v mednarodnih odnosih; b) propad marksistične ideologije, ki je v državi in mednarodnem pravu videla sredstvo razrednega boja; c) množenje regionalnih sporazumov o gospodarskem sodelovanju in dvostranskih investicijskih sporazumov (angl. *bilateral investment treaties* – BITs); in d) vse večjo razvejenost mednarodnih odnosov.¹⁰³

Pogosto se pojavljajo tudi novi predlogi glede ustanavljanja novih mednarodnih sodišč,¹⁰⁴ vendar gre pritrditi tistim, ki menijo, da je ob preučevanju novih predlogov pomembno predvsem razvijati obstoječe institucije in sodelovanje med njimi.¹⁰⁵

4.2. Posledice proliferacije in decentralizacije mednarodnega sodstva

Med prednostmi proliferacije in decentraliziranosti mednarodnega sodstva je pogosto navedena svobodna izbira sredstev, več primerov pred mednarodnimi sodišči, vloga in pomen mednarodnega prava ter sistema pravnega reševanja sporov pa se s tem povečujeta. V mednarodni skupnosti in znotraj držav se vse

¹⁰¹ Govor predsednika MDS Gilberta Guillaumea na 6. odboru Generalne skupščine ZN, New York, 27. oktober 2000; glej <www.icj-cij.org/court/index.php?pr=85&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1> (9. 3. 2013).

¹⁰² Prav tam.

¹⁰³ C. P. R. Romano, nav. delo, str. 729–738.

¹⁰⁴ Takšni predlogi so bili predstavljeni tudi na 100. obletnici Haaške konference leta 1999.

¹⁰⁵ A. Naglič, nav. delo (2006), str. 101–102.

bolj pogloblja zavedanje o pomembnosti prisotnosti institucij mednarodnega sodstva, krepi pa se tudi javno mnenje, ki zahteva njihovo uporabo v konkretnih zapletenih situacijah.

Povečevanje števila primerov pred mednarodnimi sodišči na vse več področjih pomeni, da so se države na podlagi mednarodnopravnih obveznosti, ki jih same sprejemajo, pripravljene vse bolj samoomejevati pri izvajanju svoje suverenosti.¹⁰⁶ To kaže na obstoj živega in dinamičnega mednarodnega sodstva ter mednarodnega prava, kar je z vidika mirnega reševanja sporov v mednarodni skupnosti zagotovo dobrodošel pojav.¹⁰⁷

Vendar pa je skrb zbujačo, da kot posledica decentralizirane proliferacije mednarodnih sodišč prihaja do prekrivanja pristojnosti (angl. *overlapping jurisdiction*) med mednarodnimi sodišči, kar se po eni strani kaže v možnosti izbiranja najustreznejšega sodišča (*forum shopping*), na drugi pa v neusklajenosti oziroma potencialni neusklajenosti odločitev različnih sodišč.¹⁰⁸ V nadaljevanju bosta predstavljena omenjena vidika.

4.2.1. »Forum shopping«

Pojav t. i. *forum shoppinga*¹⁰⁹ omogoča državam in drugim subjektom izbiro med različnimi sodišči in hkrati strankam izbiro najugodnejšega foruma za razsodbo glede na postopek, sestavo sodišča, sodno prakso in pristojnost dajanja začasnih odredb. Če bi nekatera sodišča v želji po »priljubljenosti« začela delovati po »tržnih načelih« in bi odločitve prilagajala z namenom zagotavljanja večjega pripada primerov, bi tak razvoj pomenil veliko škodo za mednarodno sodstvo, ki mora ostati neodvisno in objektivno.¹¹⁰ Tudi z vidika Meddržavnega sodišča v Haagu kot »svetovnega sodišča« (angl. *World Court*) je *forum shopping* lahko vprašljiv, saj to zanj lahko pomeni »izgubo« pripada primerov. Gre namreč za neke vrste konkurenco mednarodnih sodišč. Vendar pa se je treba zavedati, da bi se države ob manjši izbiri forumov najverjetneje manj pogosto odločale za pravno reševanje mednarodnih sporov. Zato se zdi problem *forum shoppinga* bolj teoretične narave, saj za države ne pomeni precejšnjega problema – nasprotno, državam omogoča, da se pogosteje odločajo za pravno reševanje sporov, saj lahko do neke mere vplivajo na to, kje in kdo

¹⁰⁶ G. Guillaume, nav. delo (2000).

¹⁰⁷ A. Naglič, nav. delo (2006), str. 96–97.

¹⁰⁸ Glej razdelek 5.2. tega prispevka.

¹⁰⁹ Glej, med drugimi, Joost Pauwelyn in Luiz Eduardo Salles: *Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions*, v: *Cornell International Law Journal*, št. 42/2009, str. 77–118.

¹¹⁰ G. Guillaume, nav. delo.

ter po kakšnih postopkovnih pravilih in po kakšnem časovnem razporedu bo o sporu odločal.

Kljub temu se zadnje desetletje trend obrača v smer vse večjega sprejemanja obvezne pristojnosti mednarodnih sodišč, hkrati z obvezno pristojnostjo MDS. Trenutno je na podlagi opcijske klavzule (enostranske izjave na podlagi drugega odstavka 36. člena Statuta MDS) obvezno pristojnost sodišča sprejelo že 70 držav.¹¹¹ Pravno reševanje meddržavnih sporov bo v primeru pozitivnega razvoja sprejemanja obvezne pristojnosti mednarodnih sodišč s strani držav in drugih subjektov mednarodnega prava v primeru nezmožnosti politične rešitve spora v daljšem obdobju lahko postalo prevladujoča oblika reševanja mednarodnih sporov. V tem primeru bi se zmanjšala tudi možnost *forum shoppinga*, saj je izbiranje med različnimi sodišči aktualno ravno zaradi dejstva, da države večinoma niso sprejele obvezne pristojnosti MDS ali katerega drugega mednarodnega sodišča. Če obvezne pristojnosti ni, imajo države dve možnosti:¹¹²

- države se morajo glede pristojnosti sodišča strinjati za vsak konkreten primer (obstoječega) spora posebej, kar je dokaj redko;
- države sodno reševanje morebitnih (bodočih) sporov, ki bi izhajali iz konkretne (dvostranske ali večstranske) mednarodne pogodbe, opredelijo v vsaki pogodbi posebej v kompromisni (angl. *compromissory clause*) ali arbitražni klavzuli (angl. *arbitration clause*). Ta pristop je vse pogostejši, po podatkih, dostopnih na spletni strani MDS, vsebuje kompromisno klavzulo glede pristojnosti MDS trenutno prek 300 mednarodnih pogodb.¹¹³

To pa kljub številnim pozitivnim vidikom (velik izbor pravnih sredstev, učinkovito reševanje sporov, hitri postopki ipd.) dodatno krepi možnost *forum shoppinga* in možnost prekrivanja pristojnosti mednarodnih sodišč ter fragmentacije mednarodnega prava.¹¹⁴ Zato je z vidika zagotavljanja vladavine pra-

¹¹¹ Glej <www.icj-cij.org/jurisdiction/?p1=5&p2=1&p3=3> (24. 8. 2013). Tudi Republika Slovenija bi po mnenju avtorice lahko začela vsaj s strokovno razpravo o tem, da sprejme fakultativno klavzulo po drugem odstavku 36. člena Statuta MDS. Nemčija je npr. po več kot dveh desetletjih razprave leta 2008 dala izjavo, da sprejema obvezno pristojnost MDS. Poleg tega bi RS v svoje dvostranske sporazume lahko pogosteje vključila arbitražno ali kompromisno klavzulo, kar bi omogočilo učinkovito reševanje sporov, ki izhajajo iz (ne)izvajanja ali razlage konkretne mednarodne pogodbe.

¹¹² Glej prvi odstavek 36. člena Statuta ICJ.

¹¹³ Glej <www.icj-cij.org/information/index.php?p1=7&p2=2> (24. 8. 2013).

¹¹⁴ Glede potencialne nevarnosti povečevanja fragmentacije mednarodnega prava zaradi kompromisnih klavzul, s katerimi stranke lahko pogodbeno omejijo uporabno pravo pred mednarodnimi sodišči, glej Enzo Cannizzaro in Beatrice Bonafé: *Fragmenting International Law through Compromissory Clauses?*, *Some Remarks on the Decision of the ICJ*

va na mednarodni ravni gotovo treba države čim bolj spodbujati k sprejetju obvezne pristojnosti mednarodnih sodišč.

4.2.2. Neusklajenost med odločitvami mednarodnih sodišč

Druga negativna posledica prekrivanja pristojnosti mednarodnih sodišč se nanaša na možnost, da ta sodišča ob uporabi istih pravnih pravil pridejo do različnih ali celo nasprotujočih si sodb.¹¹⁵ Take posledice so realne, saj številnost primerov pred mednarodnimi sodišči povečuje možnost različne sodne prakse. Nacionalni sistemi so namreč skozi stoletja razvili pravila in načela, ki zagotavljajo usklajenost notranjega prava, zato je jasno vzpostavljena hierarhija sodišč, razvila pa so se tudi načela, kot sta *res judicata* in *lis pendens*.

Načelo *res judicata* je tudi široko sprejeto načelo mednarodnega prava.¹¹⁶ Ne-posredno izhaja iz 59. in 60. člena Statuta MDS, odseva pa tudi v sodni praksi sodišča. MDS je to načelo potrdilo v svetovalnem mnenju *Učinek odškodninskih odločb Upravnega sodišča OZN*¹¹⁷ in v primerih *Arbitražna razsodba, ki jo je pripravil kralj Španije 24. decembra 1906 med Hondurasom in Nikaragvo*,¹¹⁸ *Jugozahodna Afrika med Etiopijo in Južno Afriko in Liberijo in Južno Afriko (združeni postopek)*,¹¹⁹ *Zahteva za razlago sodbe z dne 11. junija 1998 v primeru Spor o kopni in pomorski meji med Kamerunom in Nigerijo*,¹²⁰ *Spor o razmejitvi na morju in ozemeljskih vprašanjih med Katarjem in Bahrajnom*,¹²¹ pa tudi v primeru *Genocid v Bosni*.¹²² Tudi druga mednarodna sodišča so to načelo potr-

in the Oil Platforms Case, v: The European Journal of International Law, 16 (2005) 3, str. 481–497.

¹¹⁵ Glej razdelek 5.2.

¹¹⁶ International Law Association, International Commercial Arbitration Committee: Interim Report: Res Judicata and Arbitration, Berlin Conference (2004), str. 18–22. Glej tudi August Reinisch: The use and limits of *res judicata* and *lis pendens* as procedural tools to avoid conflicting dispute settlement outcome, v: The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 37 (2004) 3.

¹¹⁷ *Effect of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1954, str. 53.

¹¹⁸ *Arbitral Award made by the King of Spain on 24 December 1906 (Honduras v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 1960, str. 192.

¹¹⁹ *South West Africa, Second Phase*, Judgment, I.C.J. Reports 1966, str. 2, odstavek 59.

¹²⁰ *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections (Nigeria v. Cameroon)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, str. 31, odstavek 12.

¹²¹ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, str. 40.

¹²² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, str. 43, odstavki 114–141.

dila v številnih sodbah.¹²³ Vendar se v mednarodnem pravu načelo *res judicata* nanaša zgolj na odločitve mednarodnega sodišča nasproti drugemu mednarodnemu sodišču. Mednarodna sodišča glede svoje mednarodne pristojnosti namreč niso vezana na dokončne odločitve domačih sodišč.¹²⁴ Načelo se torej nanaša na mednarodna sodišča, ki so vključena v isti pravni sistem in so ustanovljena na podlagi mednarodnopravnega instrumenta.¹²⁵ Enako velja za načelo *lis (abiliti) pendens*, čeprav je sodna praksa glede tega manj jasna – široko sprejeto je, da je to načelo splošno pravno načelo, ki ga priznava večina pravnih sistemov,¹²⁶ podvajanje sodnih postopkov znotraj istega pravnega sistema pa bi bilo tudi v nasprotju z načelom vladavine prava.¹²⁷

Glede na pogodbeno naravo mednarodnega prava pa lahko v isti zadevi obstaja tudi obvezna pristojnost različnih mednarodnih sodišč na podlagi različnih mednarodnih pogodb. Tako pride do prekrivanja pristojnosti med mednarodnimi sodišči v isti zadevi. V tem kontekstu kaže opozoriti na govor tedanje predsednice Meddržavnega sodišča v Haagu Rosalyn Higgins na zasedanju Generalne skupščine Združenih narodov leta 2007.¹²⁸ Ocenila je, da se na splošno pristojnosti različnih mednarodnih sodišč in tribunalov, z mogočo izjemo MDS in MTPMP, ne prekrivajo, države pa še vedno najpogosteje izbirajo predvsem med stalnimi sodišči in arbitražnim reševanjem sporov.¹²⁹ Kot je opozoril Guillaume, naj bi proliferacija mednarodnih sodišč vodila v obogatitev, ne pa v anarhijo v mednarodnem pravu. Mednarodni sodniki bi se morali zavedati nevarnosti neusklajene sodne prakse mednarodnih sodišč. Meni, da bi proliferacija mednarodnega sodstva ob odsotnosti centralizirane strukture lahko ogrozila notranjo usklajenost mednarodnega prava in njegovo vlogo v meddržavnih odnosih.¹³⁰ V tem primeru gre za drug vidik prekrivanja pristojnosti, ki pa se nanaša na različne (a podobne) primere pred mednarodnimi sodišči, pri katerih bi lahko prišlo do različne sodne prakse.

¹²³ Glej Vaughan Lowe: *Res judicata* and the rule of law in international arbitration, v: *African Journal of International and Comparative Law*, 38 (1996) 8.

¹²⁴ Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*, 6. izdaja. Clarendon Press, Oxford 2003, str. 40.

¹²⁵ International Law Association, International Commercial Arbitration Committee: *Interim Report: Res Judicata and Arbitration*, Berlin Conference (2004), str. 19.

¹²⁶ Yuval Shany: *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. Oxford University Press, Oxford 2003, str. 244.

¹²⁷ C. McLachlan, nav. delo, str. 354.

¹²⁸ Govor predsednice MDS Rosalyn Higgins na Generalni skupščini Združenih narodov, New York, 1. novembra 2007; <www.icj-cij.org/presscom/files/3/14113.pdf> (11. 4. 2013).

¹²⁹ Glede *lis pendens* glej tudi M. Škrk, nav. delo (2001).

¹³⁰ G. Guillaume, nav. delo (2000), str. 3.

V obstoječem redu je po mnenju Guillaumea bistveno, da bi različna mednarodna sodišča začela usklajevati svoje posamične pristojnosti.¹³¹ Trenutno je tovrstna koordinacija odvisna izključno od volje sodnikov, saj ni nekega institucionalnega okvira, ki bi jo zagotavljal, vendar sodišča medsebojni koordinaciji večinoma niso najbolj naklonjena.

5. ZAGOTAVLJANJE NOTRANJE USKLAJENOSTI MEDNARODNEGA PRAVA

Naloga vsakega sodnega sistema je tudi zagotavljanje notranje usklajenosti pravnega sistema, kar subjektom daje pravno varnost. Ker med mednarodnimi sodišči ni hierarhije sodišč, ampak je temeljna značilnost mednarodnega sodstva predvsem njegova decentraliziranost, je zagotavljanje notranje usklajenosti (koherentnosti) mednarodnega prava še toliko aktualnejše.

Na problem notranje usklajenosti mednarodnega prava je države leta 1999 prvič opozoril takratni predsednik MDS Stephen Schwebel v nagovoru v Generalni skupščini Združenih narodov 26. oktobra 1999.¹³² Predstavil je predlog, po katerem bi druga sodišča in tribunali MDS lahko vprašali za svetovalno mnenje glede vprašanj mednarodnega prava, ki se pojavijo pred konkretnim mednarodnim sodiščem ali tribunalom, če so ta pomembna za zagotavljanje notranje usklajenosti mednarodnega prava. Pozval je k previdnosti pri ustanavljanju novih univerzalnih sodišč s pristojnostjo reševati meddržavne spore.¹³³ Med državami pa je prevladovalo mnenje, da so obstoječa splošna pravila, kot so *lis pendens*, *res judicata* ali *ne bis in idem*, lahko zadostna za reševanje tega vprašanja.¹³⁴ Vendar je naslednje leto novi predsednik MDS Guillaume opozoril na isto vprašanje in se zavzel za to, da bi razširili krog subjektov, ki lahko zaprosijo za svetovalna mnenja, ter da za tako mnenje lahko zaprosijo tudi v postopkih pred drugimi mednarodnimi sodišči, in ne samo pred MDS, ker bi bilo to v interesu zagotavljanja enotnosti mednarodnega prava.¹³⁵

¹³¹ Prav tam.

¹³² Govor predsednika MDS Stephena M. Schwebela na Generalni skupščini Združenih narodov, New York, 26. oktobra 1999, glej <www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=3&p3=1&pt=3&y=1999> (21. 4. 2013).

¹³³ A/54/ PV.34 in <www.icj-cij.org/court/en/reports/report_1998-1999.pdf> (27. 2. 2013).

¹³⁴ Glej razdelek 4.2.2.

¹³⁵ A/56/PV.32, str. 5–23, in <www.icj-cij.org/court/en/reports/report_2000-2001.pdf> (27. 2. 2013).

Razlog za take pobude je v razvoju mednarodnega sodstva, ki je šel v smer specializiranih in regionalnih mednarodnih sodišč.¹³⁶ To že samo po sebi v neki meri zmanjšuje notranjo usklajenost (koherentnost) mednarodnega prava. Mednarodna sodišča, tudi mnoga specializirana sodišča, imajo vse bogatejšo sodno prakso, in čeprav formalno na mednarodni ravni ne obstaja sistem precedensov,¹³⁷ prispevajo k razvoju mednarodnega prava ter ga hkrati soustvarjajo. Sodne odločbe imajo na podlagi prvega odstavka 38. člena Statuta MDS značaj (pomožnega) vira mednarodnega prava in imajo kot take pomembno vlogo v prihodnjem odločanju mednarodnih sodišč. Merrills dodaja, da so sodne odločbe tudi prepričljiv in avtoritativen dokaz o obstoju in vsebini mednarodnega prava. Pravila razmejitve na morju so se npr. razvila skoraj izključno prek sodne prakse mednarodnih sodišč (zlasti MDS) in se tako še naprej razvijajo oz. dopolnjujejo.¹³⁸ Aktualno je torej vprašanje zagotavljanja enotne sodne prakse različnih mednarodnih sodišč oz. enotne razlage istih mednarodnopravnih pravil in načel s strani različnih mednarodnih sodišč, tudi specializiranih in regionalnih sodišč. Pomembno je, da tudi ta sodišča ohranijo celovit pogled na vlogo in pomen mednarodnega prava.

Nekateri vidijo tak razvoj mednarodnega sodstva le kot potreben korak h konstitucionalizaciji mednarodnega prava,¹³⁹ spet drugi pa kot znak fragmentacije mednarodnega prava¹⁴⁰ in morebitno grožnjo notranji usklajenosti in enotnosti mednarodnega prava.¹⁴¹ Koskenniemi denimo meni, da je v že tako kaotični mednarodni pravni strukturi verjetneje, da posamezne mednarodne pravne

¹³⁶ Glej C. P. R. Romano, nav. delo, str. 709; Chester Brown: *The Proliferation of International Courts and Tribunals: Finding Your Way through the Maze*, v: *Melbourne Journal of International Law*, 3 (2002) 2, str. 453–475.

¹³⁷ V skladu z 59. členom Statuta MDS je odločba sodišča obvezna samo za pravdne stranke in edinole glede tistega konkretnega primera. Podobno določbo vsebujejo tudi ustanovni akti drugih mednarodnih sodišč, npr. 46. člen Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin.

¹³⁸ J. G. Merrills, nav. delo (1991), str. 295.

¹³⁹ Nikolaos Lavranos: *Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and Other Institutional Courts and Tribunals* (part 1), v: *European Environmental Law Review*, 14 (2005), str. 213–225; Gerhard Hafner: *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*, v: *Michigan Journal of International Law*, 25 (2004) 4, str. 849–863.

¹⁴⁰ Martti Koskenniemi: *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Reissue with New Epilogue. Cambridge University Press, Cambridge 2005, str. 600–615.

¹⁴¹ Podrobneje glej Poročilo delovne skupine o fragmentaciji mednarodnega prava iz leta 2006, sprejeto v okviru Komisije ZN za mednarodno pravo: *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Doc. UN GA A/CN.4/L.682 z dne 13. aprila 2006, in UN GA A/CN.4/L.682/Corr.1 z dne 11. avgusta 2006. Posebni poročevalec delovne skupine je bil finski član KMP Martti Koskenniemi.

institucije prevzamejo hegemonistično obnašanje, kot da bi iskale rešitve v smeri harmonizacije in koherentnosti mednarodnega prava.¹⁴²

5.1. Najvidnejši primeri neusklajene sodne prakse

Medtem ko neusklajenost sodne prakse različnih mednarodnih sodišč ni nujno negativen pojav, pa bi vse pogostejša odstopanja med odločitvami sodišč lahko znatno načela enotnost oz. notranjo usklajenost mednarodnega prava.¹⁴³ Prav prek različne sodne prakse mednarodnih sodišč se namreč najočitneje kaže fragmentacija mednarodnega prava.

Tak primer sta sodbi Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) v primeru *Belilos proti Švici*¹⁴⁴ in *Loizidou proti Turčiji*¹⁴⁵, v katerih je prišlo do odmika od splošnega mednarodnega prava glede učinka pridržkov k mednarodnim pogodbam. V primeru *Loizidou proti Turčiji* je ESČP izrecno navedlo, da se njegova vloga in namen razlikujeta od vloge in namena MDS, saj MDS in ESČP delujeta v različnem kontekstu. Ni sporno, da je bil 46. člen EKČP pripravljen po zgledu 36. člena Statuta MDS, ki dovoljuje pogojne inčasne enostranske izjave držav glede obvezne pristojnosti sodišča (fakultativna klavzula). Vendar ESČP ugotavlja, da MDS nima neposredne nadzorne funkcije za izvajanje zakonodajne mednarodne pogodbe, kot jo ima ESČP glede EKČP, kar zagotavlja prepričljivo podlago za različno prakso ESČP v primerjavi z MDS. Po mnenju ESČP 25. in 46. člen EKČP glede na vlogo in namen tega sodišča zahtevata brezpogojen sprejem njegove pristojnosti,¹⁴⁶ zato pridržek Turčije glede pristojnosti ESČP ni bil upoštevan.¹⁴⁷ Z vidika fragmentacije mednarodnega prava je pred ESČP odmeven tudi primer *Bosphorous proti Irski*, ki je bil obravna-

¹⁴² M. Koskenniemi, nav. delo, str. 7.

¹⁴³ Glej Gilbert Guillaume: The International Judicial Function, v: James Crawford in Margaret Young (ur.): The Function of Law in the International Community: An Anniversary Symposium, 2008, Proceedings of the 25th Anniversary Conference of the Lauterpacht Centre for International Law, na voljo na <http://moot.law.cam.ac.uk/25th_anniversary/book.php> (24. 8. 2013).

¹⁴⁴ *Belilos v. Switzerland* (vloga št. 10328/83), odločitev z dne 29. aprila 1988, ECHR, Series A, No. 123.

¹⁴⁵ *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)* (vloga št. 15318/89), odločitev z dne 23. maja 1995, ECHR Series A, No. 310.

¹⁴⁶ Prav tam, odstavki 83–85. Glej tudi Martti Koskenniemi in Päivi Leino: Fragmentation of International Law?, Postmodern Anxieties, v: Leiden Journal of International Law, št. 15/2002, str. 553–579, str. 567–570.

¹⁴⁷ Glede odnosa med EKČP in splošnim mednarodnim pravom glej npr. Marko Milanovic: *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, v: The European Journal of International Law, 32 (2012) 1, str. 121–139.

van tako pred Sodiščem Evropske unije¹⁴⁸ kot ESČP¹⁴⁹. Nanaša se na razmerje med pravom EU in EKČP ter posledično na tveganje za ustvarjanje dvojnih standardov s strani Sodišča Evropske unije in ESČP.¹⁵⁰

Kot tipičen primer grožnje notranji usklajenosti mednarodnega prava je pogosto prikazana sodba MKSJ v primeru *Tožilec proti Dušku Tadiću*,¹⁵¹ v kateri je MKSJ pri presoji mednarodnopravne odgovornosti za dejanja nedržavnih akterjev odstopilo od testa učinkovitega nadzora (angl. *effective control*), ki ga je vzpostavilo MDS v primeru *Vojaške in paravojaške aktivnosti v in proti Nikaragvi*,¹⁵² in uporabilo milejši test splošnega nadzora (angl. *overall control*). Nekaj let kasneje je MDS v primeru *Genocid v Bosni* izrecno zavrnilo pristop MKSJ in potrdilo svoje prejšnje stališče glede učinkovitega nadzora.¹⁵³ Vendar pa je potrebna pri analizi te domnevne neusklajenosti previdnost, saj primera *Tadić* in *Genocid v Bosni* nista neposredno in v celoti primerljiva – medtem ko je MKSJ v primeru *Tadić* odločalo o individualni kazenski odgovornosti, je MDS v primeru *Genocid v Bosni* odločalo o odgovornosti države. Nekdanja predsednica MDS Higginsova tako upravičeno opozarja, da je neusklajenost med MKSJ in MDS v teh dveh primerih le navidezna in dejansko ne pomeni fragmentacije mednarodnega prava.¹⁵⁴

Odmeven je tudi primer *Mox Plant* med Irsko in Združenim kraljestvom, ki je bil obravnavan pred tremi različnimi mednarodnimi sodišči zaradi prekrivanja pristojnosti mehanizmov obvezne pristojnosti. Isti primer je bil obravnavan pred: a) arbitražnim sodiščem na podlagi Konvencije o varstvu morskega okolja severnovzhodnega Atlantika (angl. *The Convention for the Protection of the marine Environment of the North-East Atlantic* – OSPAR Convention, 1992) (*Mox Plant I*); b) pred arbitražnim sodiščem na podlagi Aneksa VII Konvencije ZN o pomorskem mednarodnem pravu (angl. *United Nations Convention on the Law of the Sea* – UNCLOS, 1982) (*Mox Plant II*) in c) pred Sodiščem EU

¹⁴⁸ Case C-84/95, *Bosphorus*, [1996] ECR I-3953.

¹⁴⁹ *Bosphorus v. Ireland* (vloga št. 45036/98), sodba z dne 30. junija 2005, ECHR, Series A, No.

¹⁵⁰ Glej Kathrin Kuhnert: *Bosphorus – Double standards in European human rights protection?*, v: *Utrecht Law Review*, 2 (2006) 2, <www.utrechtlawreview.org/> (22. 4. 2013).

¹⁵¹ *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-I, ICTY Sentencing Judgment of 11 November 1999 and Appeals Chamber Judgment of 15 January 2000, odstavek 120 in 122.

¹⁵² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, str. 14, odstavki 105–115.

¹⁵³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, str. 43, odst. 391–394.

¹⁵⁴ Govor Higgins, nav. delo, str. 2–4.

v Luxembourggu na podlagi Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti za jedrsko energijo (Euratom, 1957) in Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (PES) v zvezi s sekundarno zakonodajo EU, Direktivo 90/313 (Mox Plant III). Obstoje uporabljivosti različnih pravnih režimov, ki vsak posebej določa pravne obveznosti, je bil priznan v vseh treh primerih,¹⁵⁵ vendar so različne institucije do dveh osrednjih vprašanj (ali gre za prekrivajoče pravne režime in pravila v sporu ter kako in s kakšno razlago morajo ustrezne institucije izvajati pristojnost) zavzele različna stališča. Arbitražni sodišči po OSPAR in UNCLOS sta zavzela ozko stališče na podlagi doktrine samostojnih režimov (angl. *self-contained regimes*),¹⁵⁶ ki spodbuja pravni pluralizem in specializacijo ter zavira poseganje v samostojne pravne režime.¹⁵⁷ Evropsko sodišče pa je zavzelo stališče, da je treba spoštovati načelo oz. mehanizem vljudnosti (angl. *principle/mechanism of comity*) in posledično vzajemno spoštovanje med institucijami. Ta mehanizem izhaja iz potrebe po zagotavljanju usklajenosti med različnimi režimi, a ni pravno obvezujoč.¹⁵⁸ Do različnih končnih odločitev treh sodišč ni prišlo, saj sta stranki spor pred koncem sodnih postopkov rešili sami s pogajanjem.

Drugi vidnejši primeri prekrivanja pristojnosti so še primer *Swordfish* med Čilom in Evropsko komisijo, ki je bil predložen Pritožbenemu organu Svetovne trgovinske organizacije (angl. *Appellate Body of the WTO*) in posebnemu senatu MSPMP; primer *Softwood Lumber* med Kanado in ZDA, ki je bil predložen v reševanje pristojnim sodnim telesom tako Svetovne trgovinske organizacije kot Severnoatlantskega prostotrgovinskega območja (angl. *North Atlantic Free Trade Agreement* – NAFTA), ter primer *Poultry* med Brazilijo in Argentino, ki je bil predložen pristojnim sodnim telesom tako STO kot organizacije Mercosur.

Na področju mednarodne investicijske arbitraže¹⁵⁹ sta zlasti pomembna primer *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic*¹⁶⁰ in primer

¹⁵⁵ MOX Plant, Request for Provisional Measures Order (Ireland v. UK) (3. december 2001) International Tribunal for the Law of the Sea, (2005), 126 ILR 273, 50. odstavek. Tako imenovani primer Mox Plant II.

¹⁵⁶ Glej npr. sodbo Evropskega sodišča v primeru *Costa v. ENEL* iz leta 1964, v kateri se je sodišče – drugače kot leto prej v primeru *Van Gent en Loos* – izognilo sklicevanju na mednarodno pravo. Sodišče Evropske skupnosti, zadeva 6/64, Rec., str. 1161.

¹⁵⁷ Bruno Simma: Self-Contained Regimes, v: Netherlands Yearbook of International Law, XVI (1985), str. 117; G. Abi-Saab, nav. delo, str. 926; Y. Shany, nav. delo, str. 99–100.

¹⁵⁸ Y. Shany, nav. delo, str. 212.

¹⁵⁹ Glej James Crawford, SC: Ten Investment Arbitration Awards that Shook the World: Introduction and Overview, v: Dispute Resolution International, 4 (2010) 1, str. 71–93.

¹⁶⁰ *CME Czech Republic BV (The Netherlands) v. Czech Republic*, Partial Award on the Merits, 13. September 2001, 9 ICSID Reports 113.

*Lauder v. Czech Republic*¹⁶¹ pred *ad hoc* arbitražami v okviru pogodbe UNCITRAL, v katerih je ob praktično enakih dejstvih prišlo do različne uporabe prava. Znana sta tudi primera razhajanj v razlagi krovne klavzule (angl. *umbrella clause*) v investicijskih sporazumih v arbitražah Mednarodnega centra za reševanje investicijskih sporov (ICSID) v primerih *SGS v. Philippines*¹⁶² in *SGS v. Pakistan*.¹⁶³

5.2. Sklicevanje na sodno prakso drugih sodišč in neformalno sodelovanje med sodišči

Kljub navedenim primerom neusklajene sodne prakse podrobnejša analiza sodne prakse mednarodnih sodišč kaže, da se mednarodna sodišča pogosto sklicujejo tako na svojo sodno prakso kot na sodno prakso drugih mednarodnih sodišč, čeprav v mednarodnem pravu formalnopravno ne obstaja sistem precedensov. To kaže na zavedanje mednarodnih sodišč in sodnikov, da obravnavajo kompleksne situacije, v katerih je treba zagotavljati čim večjo stopnjo usklajenosti mednarodnega prava kot sistema.

MDS se vse pogosteje sklicuje na sodno prakso drugih sodišč. Tako se je na primer v sodbi v primeru *Morska razmejitev na območju med Grenlandijo in Jan Mayenom* med Dansko in Norveško sklicevalo na odločitev anglo-francoske arbitraže iz leta 1977,¹⁶⁴ v sodbi v primeru *Kopenska, otoška in morska meja* med Salvadorjem in Hondurasom pa se je MDS celo sklicevalo na sodbo Srednjeameriškega sodišča iz leta 1917.¹⁶⁵ V primeru *Genocid v Bosni* se je MDS sklicevalo tako na svoje prejšnje sodbe kot na sodbe MKSJ in celo MKSR.¹⁶⁶ Prav tako se specializirana sodišča in arbitraže v svojih sodbah vse pogosteje sklicujejo na sodbe MDS.¹⁶⁷ Tak primer je npr. sodba MSPMP v primeru spora glede morske meje med Bangladešem in Mjanmarom, v katerem se

¹⁶¹ *Lauder v. Czech Republic*, Final Award, 3 September 2001, 9 ICSID Reports 62.

¹⁶² *SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Republic of Philippines*, Decision on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, 8 ICSID Reports 515.

¹⁶³ *SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, 8 ICSID Reports 383.

¹⁶⁴ *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Judgment, I.C.J. Reports 1993, odstavki 46, 51, 55, 56 in 66.

¹⁶⁵ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 1992, odstavki 28, 31, 33, 46 in 51.

¹⁶⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, odstavki 199, 200 in 300.

¹⁶⁷ G. Guillaume, nav. delo (2000), str. 2.

je sodišče sklicevalo tako na sodno prakso MDS¹⁶⁸ kot arbitraž.¹⁶⁹ Na prakso MDS se pogosto sklicujejo tudi arbitražna sodišča, ki delujejo v okviru Mednarodnega centra za reševanje investicijskih sporov.¹⁷⁰ Primerov sklicevanja na sodno prakso drugih mednarodnih sodišč je veliko, zato tu ostajamo le pri zgornji kratki predstavitvi. Razlog za tako sklicevanje je tudi to, da se stranke pred mednarodnim sodiščem v podporo svojim argumentom v zagovorih pogosto sklicujejo na sodno prakso različnih mednarodnih sodišč. Subjekti mednarodnega prava torej mednarodno pravo pojmujejo kot enoten sistem, v katerem pa lahko izbirajo med različnimi forumi (sodišči) za reševanje medsebojnih sporov.

V zvezi s tem Brownlie poudarja, da si morajo mednarodna sodišča kljub temu, da mednarodno pravo v formalnopравnem smislu ne pozna doktrine precedensov (ki je značilna za sistem *common law*), pri oblikovanju odločitev prizadevati za čim večjo usklajenost s preteklimi odločitvami v podobnih primerih, če naj mednarodno pravo ostane učinkovito.¹⁷¹ Charney meni, da je sodna praksa mednarodnih sodišč dokaj usklajena,¹⁷² razlike pa je mogoče zaznati v primerih, ko v podobnem ali istem primeru razsojata sodni telesi splošne in posebne (oz. specializirane) pristojnosti.¹⁷³

Glede na to, da je MDS najbolj citirano mednarodno sodišče v sodbah drugih mednarodnih sodišč, je mogoče trditi, da ima v sistemu mednarodnega sodstva kljub odsotnosti formalne hierarhije *de facto* vodilno vlogo pri razlagi in razvoju mednarodnega prava.¹⁷⁴ Vendar pa neformalni dialog med mednarodnimi sodišči za zdaj še ni dovolj reden in usklajen, da bi v horizontalni in nehierarhični strukturi mednarodnega sodstva krepil oziroma zagotavljal notranjo usklajenost mednarodnega prava.¹⁷⁵

¹⁶⁸ *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, ITLOS; Judgment of 14 March 2012, odstavki 82, 85, 87, 90, 95, 117 in 294.

¹⁶⁹ Prav tam, odstavki 214, 231, 232 in 296.

¹⁷⁰ Alain Pellet: *La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice dans les sentences CIRDI*, Lalive Lecture, 5. junija 2013, str. 26 (neobjavljeno).

¹⁷¹ I. Brownlie, nav. delo (1990), str. 21; A. Naglič, nav. delo (2006), str. 91.

¹⁷² J. I. Charney, nav. delo (1998), str. 347. Glej tudi Chester Brown: *A Common Law of International Adjudication*. Oxford University Press, Oxford 2007.

¹⁷³ J. I. Charney, nav. delo (1998), str. 105–382.

¹⁷⁴ Prav tam, str. 705.

¹⁷⁵ J. G. Merrills, nav. delo (1991), str. 309.

6. SKLEP: MEDNARODNO SODSTVO MED *BRIC-A-BRAC* IN SISTEMOM

Mednarodno sodstvo se razvija izrazito decentralizirano. Države in mednarodne organizacije so ustanovile številna sodišča s posebnimi pristojnostmi; takemu pristopu smo priče tako na globalni kot regionalni ravni. Sodoben sistem mednarodnega sodstva je zato horizontalen, in ne hierarhičen z enim najvišjim sodiščem (denimo MDS) na čelu.

Vendar imajo vsa mednarodna sodišča kljub decentralizaciji in nehierarhičnosti eno skupno lastnost, to je, da pripadajo istemu pravnemu sistemu – mednarodnemu pravu – in torej iz njega črpajo svojo legitimnost. V doktrini denimo Charney navaja, da različna mednarodna sodišča uporabljajo enako doktrino mednarodnega prava in so vpeta v enak dialektični postopek delovanja.¹⁷⁶ Pauwelyn celo trdi, da mednarodna sodišča kljub proliferaciji in decentraliziranosti ostajajo del integriranega in povezanega sistema, saj pri svojem delu izhajajo iz istih virov mednarodnega prava.¹⁷⁷ Tudi Romano kljub mnenju, da mednarodnega sodnega sistema ni,¹⁷⁸ poudarja nekatere skupne elemente različnih mednarodnih sodišč: vsa sodišča opravljajo pravno presojo v skladu z mednarodnim pravom in so neposredno ali posredno ustanovljena z mednarodno pogodbo.¹⁷⁹

Glede na trenutno stanje in delovanje mednarodnih sodišč ni mogoče govoriti o mednarodnem sodstvu kot (enotnem) sistemu. Kot je bilo prikazano, delovanje mednarodnega sodstva namreč ni hierarhično niti soodvisno, kljub vse večjemu zavedanju, da je potrebno sodelovanje in da se različna mednarodna sodišča že dolgo (in vse pogostejše) sklicujejo na medsebojno sodno prakso. Vzpostavljeni niso niti redni mehanizmi usklajevanja med mednarodnimi sodišči niti mehanizmi za izogibanje morebitnim nasprotujočim si sodnim odločbam. Posledično ne preseneča, da v doktrini prevladuje stališče, da ni mogoče govoriti o »sistemu« mednarodnega sodstva, ampak le o t. i. *bric-à-brac*, torej nepovezanih sodiščih, zasledimo pa celo stališča, da mednarodno sodstvo deluje anarhično.¹⁸⁰

¹⁷⁶ J. I. Charney, nav. delo (1999), str. 618.

¹⁷⁷ Joost Pauwelyn: Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands, v: Michigan Journal of International Law, št. 25/2004, str. 903, 911.

¹⁷⁸ C. P. R. Romano, nav. delo, str. 723.

¹⁷⁹ Prav tam, str. 727–728.

¹⁸⁰ G. Guillaume, nav. delo (2000).

Se pa stroka in vse več sodnikov na različnih mednarodnih sodiščih vse bolj zaveda pomena notranje usklajenosti (koherentnosti) mednarodnega prava. Nevarnost je tako postopkovna kot vsebinska. Postopkovni vidik se nanaša na ravnanje mednarodnih sodišč, kadar ima morebitno pristojnost v istem sporu več kot eno mednarodno sodišče, saj se s povečevanjem števila kompromisnih in arbitražnih klavzul v mednarodnih pogodbah ter obvezne pristojnosti mednarodnih sodišč povečuje možnost vzporednih ali zaporednih sodnih postopkov, ki se nanašajo na isti primer. Vsebinski vidik pa se nanaša na nevarnost vsebinskih razhajanj v odločitvah mednarodnih sodišč, zlasti glede uporabe in razlage mednarodnega prava, kar bi lahko posledično vneslo negotovost in pomanjkanje pravne varnosti na mednarodni ravni. V izogib omenjenim situacijam v praksi mednarodna sodišča sledijo (oziroma si prizadevajo slediti) sodni praksi drugih mednarodnih sodišč, se nanjo sklicujejo in odzivajo.

Mednarodnega sodstva posledično tudi ni mogoče označiti zgolj za *bric-à-brac*, torej za skupek popolnoma nepovezanih sodišč. Tudi v primeru samostojnih režimov (angl. *self-contained regimes*) kot v primeru evropskega prava¹⁸¹ in »novih pravnih redov« oziroma »podsistemov« v mednarodnem pravu, kot bi to lahko sledilo iz sodne prakse ESČP in arbitražnih sodišč, ki delujejo v okviru Mednarodnega centra za reševanje investicijskih sporov, se sodišča sklicujejo denimo na sodno prakso MDS kot na pomožen vir mednarodnega prava.¹⁸² To sklicevanje pa je pogosto pragmatično ali postopkovno, saj delovanja nekaterih mednarodnih sodišč zaradi fragmentacije mednarodnega prava ni mogoče omejiti le na splošno mednarodno pravo.

V trenutni fazi razvoja je korektno, če mednarodno sodstvo opredelimo kot sistem v nastajanju (*in statu nascendi*). Obstaja pravno zavedanje o potrebnem sodelovanju in o potencialnih problemih, ki so lahko posledica decentraliziranosti in nehierarhičnosti mednarodnega sodstva, vendar pa se to zavedanje še ne kaže v konkretnih ukrepih.

Za zagotavljanje notranje usklajenosti mednarodnega prava bi kratkoročno veljalo več pozornosti nameniti neformalnim mehanizmom ali celo institucionalizaciji sodelovanja in izmenjave informacij med mednarodnimi sodišči. Srednjeročno ali dolgoročno pa ne gre popolnoma izključiti niti institucionalizacije takega sodelovanja niti celo vzpostavitve hierarhične strukture na čelu z MDS kot najvišjim sodiščem na mednarodni ravni v taki ali drugačni vlogi (kot organ za dajanje mnenj o predhodnih vprašanjih ali celo kot najvišji

¹⁸¹ Glej opombi 157 in 158.

¹⁸² Glej točko d) prvega odstavka 38. člena Statuta MDS.

pritožbeni organ). Vsekakor države, ki jim sistem različnih forumov reševanja sporov gotovo ustreza, v tem procesu nimajo in ne morejo imeti izključne vloge; veliko odgovornost imajo namreč mednarodna sodišča sama, ki bi morala delovati tako, da bi zagotavljala pravno varnost in krepila zaupanje v mednarodni pravni red.

DEDNA POGODBA

Nina Scortegagna Kavčnik,

*univerzitetna diplomirana pravnica, magistrica pravnih znanosti,
svetovalka v pravosodju na Okrožnem sodišču v Ljubljani*

1. UVOD

Dedna pogodba je dednopravna pogodba v ožjem smislu.¹ Gre za pozitivno ali klasično dednopravno pogodbo.² V 103. členu Zakona o dedovanju³ (ZD) je dedna pogodba opredeljena kot pogodba, s katero kdo zapušča svojo zapuščino ali njen del sopogodbeniku ali komu drugemu. Dedno pogodbo skleneta živa sopogodbenika, učinkuje pa šele ob smrti sopogodbenika, ki je v pogodbi zapustnik. Takšna pogodba je po ZD neveljavna, nična.

V sistemih, ki poznajo dedno pogodbo kot pravni naslov za dedovanje, dedna pogodba prevlada nad oporoko. V dedni pogodbi je zapustnikova izjava volje vezana na izjavo volje druge pogodbenice, zato je zapustnik kasneje ne more spremeniti z enostransko izjavo volje, to je z lastno oporoko. Oporoka z drugačno vsebino, kot jo ima dedna pogodba, bi bila neveljavna.

2. UREDITEV DEDNE POGODBE PRI NAS

2.1. Razvoj in zgodovina dednih pogodb

Pred uveljavitvijo Obligacijskega zakonika⁴ (OZ) je pri nas veljal Obči državljanski zakonik⁵ (ODZ), ki je materijo dednih pogodb urejal v poglavju ženitnih pogodb. ODZ je določal, da se lahko dedne pogodbe o celotni zapuščini ali njenem delu veljavno sklepajo le med zakonci in da zanje velja enaka oblika kot

¹ J. Metelko, nav. delo, str. 1212.

² V. Žnidaršič Skubic, nav. delo (2005), str. 371.

³ Ur. l. RS, št. 73/04 in nasl.

⁴ Ur. l. RS, št. 83/01 in nasl.

⁵ ODZ v besedilu treh novel z dne 1. junija 1811, št. 946 zb. p. z, Ljubljana 1928.

za pisne oporoke. S tako pogodbo se je bodoča zapuščina obljubila in obljuba sprejela. Dedna pogodba ni ovirala zakonca, da bi poljubno ravnal s svojim premoženjem, zato sta zakonca kljub sklenjeni dedni pogodbi lahko s svojim premoženjem poljubno razpolagala s pravnimi posli med živimi. Pravica, ki je izvirala iz pogodbe, je nastala šele s smrtjo zapustnika in je ni bilo mogoče prenesti na koga drugega, če pogodbeni dedič zapustnika ni preživel. Tudi ni bilo mogoče zahtevati zavarovanja zaradi bodoče dediščine. Zapustnik pa se vseeno ni mogel povsem odpovedati svobodi oporočnega razpolaganja, zato je bila ena četrtina premoženja pridržana za oporočna razpolaganja. Sopogodbenik na škodo drugega zakonca ni smel preklicati dedne pogodbe, smel pa je uveljavljati njeno razveljavitev po določbah zakona.

Navedena pravna ureditev je bila odpravljena po drugi svetovni vojni. Povojni zvezni Zakon o dedovanju⁶ (povojni ZD), ki ga je sprejela Zvezna ljudska skupščina 23. aprila 1955 in je začel veljati 11. julija 1955, dednih pogodb ni poznal, jih je pa omenjal v členih od 108 do 110. Povojni ZD je imel pravni temelj v 18. členu Ustave iz leta 1946, ki je določala, da je zajamčeno dedovanje zasebne lastnine in da pravico dedovanja določa zakon. S tem zakonom je bil urejen prenos premoženja z umrlega na dediče enotno za vso državo, s čimer je bila v veliki meri odpravljena neenotnost v praksi, ki je bila nujna tudi na manjših področjih, kot posledica pomanjkanja pozitivnih predpisov v območju razvijajočih se družinskih in lastninskih pravnih odnosov socialistične družbene ureditve. Dedovanje po novih predpisih se v bistvu ni razlikovalo od dosedanjega in po svojih temeljnih določilih tudi ne od dednopravnih predpisov meščanskih držav. Povojni ZD pa je vseboval posebnosti in značilnosti, ki so kazale na spremenjene družbene razmere in so ustrezale posebni ureditvi družinskih in lastninskih pravnih odnosov ter so nosile izrazit pečat socialističnega prava. Take posebnosti so bile npr. dedovanje nezakonskih otrok, zakonita pravica do nujnega deleža zakonca, odprava fidejkomisarične substitucije, odprava dednih pogodb itd. Osnova za dedovanje je bila oporoka, če oporoke ni bilo, pa zakon. Dednih pogodb, ki so jih poznali in uporabljali prej, s sprejetjem povojnega ZD ni bilo več. Določal je, da dedne pogodbe, ki so bile sklenjene pred uveljavitvijo zakona, to je pred 11. julijem 1955, veljajo samo, če je zapustnik umrl pred tem dnem, če v dveh letih po tem datumu umre, če postane nesposoben, da bi napravil oporoko, ali če kako drugače nima možnosti, da bi napravil novo oporoko. Dedne pogodbe, ki so bile napravljene pred 11. julijem 1955, se lahko torej prekličejo z vsako oporoko. S tem je uveljavljeno načelo, da se zapustnik ne more še med živimi s pogodbo zavezati, komu mora zapustiti svoje premoženje.⁷

⁶ Ur. l. FLRJ, št. 20/55.

⁷ <www.dolenjskilist.si/media/arhiv-pdf/dl/1955/DL_1955_11_11_45_0296.pdf> (10. 11. 2013).

V skladu s povojnim ZD so bile neveljavne pogodbe:

- pogodba, s katero kdo zapušča svojo zapuščino sopogodbeniku ali komu drugemu,
- pogodba, s katero kdo odtuji pričakovano dediščino,
- pogodba o dediščini po kom drugem, ki je še živ,
- pogodba o volilu ali kateri drugi koristi, ki jo kakšen pogodbenik pričakuje iz dedovanja, ki še ni uvedeno,
- pogodba, s katero se kdo zaveže, da bo v svoji oporoki kaj določil oziroma da česa ne bo določil ali pa da bo preklical kakšno določilo svoje oporoke oziroma da ga ne bo preklical.

Veljavni ZD vse našteje pogodbe določa kot neveljavne.

Razlogi za tako povojno ureditev so bili med drugim posledica drugačnega gledanja na zasebno lastnino. Drugačne ocene nekaterih teoretikov niso prepričljive, saj prevlada stališče preživelosti instituta omejevanja svobode testiranja (kot osebne pravice). Pri povojni ureditvi velja opozoriti, da je našla razmeroma mehko rešitev za tedaj veljavne dednopravne pogodbe, ko je v prehodnih in končnih določilih povojnega ZD določala, da se izraz volje v takih pogodbah šteje za izraz volje v oporoki.⁸

2.2. Stališče do dednih pogodb v našem pravu

V pravni teoriji pri različnih avtorjih in tudi v sami sodni praksi najdemo dokaj podobne argumente, ki zagovarjajo obstoječo pravno ureditev neveljavnosti dednih pogodb.

Eno temeljnih izhodišč je trditev, da naj bi se s tem, ko ZD ne dopušča sklepanja dednih pogodb, zapustniku omogočilo v resnici svobodno razpolaganje s svojim premoženjem *mortis causa*. S tem ko naš pravni red pozna le eno od oblik razpolaganja s premoženjem *mortis causa*, to je oporoko, naj bi bila zagotovljena polna svoboda zapustnikovega razpolaganja s svojim premoženjem, saj gre tu le za izjavo njegove volje, s katero vse do smrti ni vezan. Kadarkoli jo lahko spremeni ali pa napravi novo oporoko, staro uniči in podobno.⁹

Za nemoralno naj bi se tako štelo, če kdo razpolaga s svojo svobodo urejanja pravnih razmerij. Samoumevno je, da se vsakdo svojim pravicam lahko odreče, da je torej svoboden v svoji odločitvi. Predaleč pa naj bi segel poseg v njegovo svobodo, če razlogi, zaradi katerih bi upravičenec izpodbijal kakšno pravno

⁸ J. Metelko, nav. delo, str. 1213.

⁹ V. Žnidaršič Skubic, nav. delo (2008), str. 97.

razmerje ali zahteval njegovo razvezo, še niso nastali takrat, ko se svoji pravici odreče. Njegova svoboda naj bi bila s tem okrnjena, saj bi bila njegova odločitev omejena zaradi tega, ker dejanskega stanja v času odreka še ni poznal in tako v resnici položaja še ni mogel prav presoditi ali pravno kvalificirati. V primeru, ko zaradi svojega odreka kasneje, ko mu je položaj znan, ne more več ukrepati, bi bilo treba šteti, da je njegova svoboda okrnjena. Ker gre za izredno pomembno dobrino človekove osebnosti, naj bi takšno okrnitev kvalificirali za nasprotno načelo morale.¹⁰ Zato verjetno prevladujejo razlogi za ohranitev obstoječe ureditve, da so pogodbe, s katerimi se pogodbenik zavezuje glede razpolaganja s premoženjem, ki ga bo imel v trenutku smrti, praviloma neveljavne.¹¹

Naše pravo je zavzelo stališče, da mora biti zapustnikova pravica, da v mejah zakona prosto razpolaga s svojim premoženjem, varovana vse do smrti. Zaradi tega je vsaka pogodbeno določena vezanost glede razpolaganja s premoženjem nedopustna, saj tako zapustnik ni več svoboden v razpolaganju s svojim premoženjem, kajti pogodbe ne more enostransko preklicati, kot to lahko stori pri oporoki. Zato je nična tudi pogodba, s katero se zapustnik zaveže, da bo sopogodbeniku ali komu drugemu naklonil volilo ali drugo korist.¹²

2.3. Stališče Ustavnega sodišča Republike Slovenije (US RS) do dednih pogodb

US RS se je v odločbi U-I-123/94¹³ z dne 9. julija 1994 izreklo o ustavnosti določbe 103. člena ZD glede prepovedi sklepanja dednih pogodb. Izreklo se je, da določba ZD, ki ne dopušča, da bi kdo s pogodbo zapustil svojo zapuščino sopogodbeniku ali komu drugemu, ni v neskladju z Ustavo RS.

V navedeni odločbi je šlo predvsem za vprašanje, ali bi bilo dopustno, da se zapustnik odreče pravici do svobodnega testiranja (če zakon tega ne bi oviral), oziroma ali je omejitev avtonomije stranke lahko namenjena tudi varovanju osebnostnih pravic.

Po mnenju US RS se načeloma vsak lahko odreče svojim posamičnim pravicam, vendar pa v primeru, da posameznik dejanskega stanja v trenutku, ko se nečemu odpoveduje, še ne pozna in ga zato tudi ne more pravilno presoditi in pravno kvalificirati, ni tako. Po večinskem mnenju teorije naj bi v tem primeru poseg v posameznikovo svobodo segel predaleč. Šteje se, da je v primeru, ko

¹⁰ S. Cigoj, nav. delo, str. 68–69.

¹¹ V. Rijavec, nav. delo, str. IV–V.

¹² A. Smole, nav. delo, str. 185.

¹³ <odlocitve.us-rs.si/usrs/us-odl.nsf/o/678F5F7E10A7499BC125717200280D8E> (10. 11. 2013).

zaradi svojega odreka kasneje, ko mu je položaj znan, ne more več ukrepati, posameznikova svoboda okrnjena. Ker pa je ta zelo pomembna dobrina človekove osebnosti, se takšna okrnitev šteje za nasprotno načelom morale.

US RS tudi meni, da glede na to, da se v nekaterih naši ustavni ureditvi podobnih ureditvah dedna pogodba ne šteje za način razpolaganja s premoženjem, ki bi nasprotoval uresničevanju zagotovljenih človekovih pravic in svoboščin, v načelu takšno razpolaganje s premoženjem tudi z našo ureditvijo ne bi bilo v neskladju. Vendar pa to po vsem navedenem ne pomeni, da ureditev, ki te možnosti ne daje, ni prav tako v skladu z Ustavo RS. Razpolaganji s premoženjem na način, ki ga na splošno omogoča dedna pogodba, in na način, ki ga omogoča oporoka, sta med seboj primerljivi, saj sta v obeh primerih izraz lastninske pravice. Zakonodajalec zato lahko med dvema možnostma izbira in se odloči le za tistega od obeh načinov razpolaganja, ki ga ob upoštevanju funkcij lastnine šteje za primernejšega. Očitek, da je izpodbijana ureditev izraz negacije lastnine, ki je bila značilna za prejšnjo ustavno ureditev, ne vzdrži, saj je bila utemeljena z razlogom zadostnosti zakonitega in oporočnega dedovanja, ki prevladuje tudi v drugih pravnih ureditvah.

2.4. Kritika odločbe US RS

Velja poudariti, da je odločitev US RS starejšega datuma in bi ponovna ustavna presoja mogoče zavzela drugačno stališče do presoje ustavnosti 103. člena ZD.

Predstavljena odločba US RS je po mnenju Žnidaršič Skubičeve pomanjkljiva oziroma ne dovolj (teoretično) utemeljena v dveh točkah:

1. Prvi očitek se nanaša na utemeljitev US RS, zakaj dedna pogodba v primeru, da bi veljavno pravo dovoljevalo njeno sklepanje, v našem pravnem redu ne bi bila protiustavna.

Žnidaršičeva poudarja, da je argumentacija, ki vsebuje zgolj sklicevanje na dejstvo, da takšna pogodba ni protiustavna v državi, ki ima podobno ustavnopravno ureditev, kot je slovenska, bistveno preskromna oziroma premalo natančna. Še posebej se zdi (pre)kratek in (pre)jedrnat zaključek US RS pomanjkljiv v luči njegovega poprejšnjega obsežnega utemeljevanja teorije, ki dokazuje, da je omejevanje svobode testiranja s pomočjo dedne pogodbe v nasprotju z moralo in kot takšno tudi v nasprotju z Ustavo RS.¹⁴

2. Drugi očitek se nanaša na nerazumljiv zaključek US RS, da je zakonodajalec tisti, ki naj bi se, ob uporabi načela izključnosti, moral odločati med dvema

¹⁴ V. Žnidaršič Skubic, nav. delo (2005), str. 385.

načinoma urejanja prehoda zapuščine *mortis causa*, to je med dedno pogodbo in oporoko.

Slednje ne pomeni samo dejstva, da je izbira med dvema pravnima temeljema dedovanja v pristojnosti zakonodajalca, ampak tudi to, da mora zakonodajalec s tem, ko enega od njiju uzakoni, drugega izpustiti. Ni jasno, zakaj je US RS prišlo do takšnega zaključka, saj oba instituta ob primerni zakonski ureditvi naravno sobivata oziroma obstajata drug poleg drugega in se ne izključujeta. Potrebe po odpravi enega na račun drugega ni. Res pa je, da je dedna pogodba v sistemih, ki jo dovoljujejo, po svoji intenziteti »najmočnejši« pravni temelj dedovanja. To pa pomeni, da lahko pride do oporočnega ali zakonitega dedovanja samo v primeru, ko ni dedne pogodbe oziroma se zakonito ali oporočno dedovanje izvede le glede tistega dela zapuščine, ki ni zajeto z dedno pogodbo.¹⁵

Glede odločitve US RS pa bi tudi sama dodala en očitek. V našem pravnem redu je bila dedna pogodba že urejena, vendar je bila kasneje zaradi takšnih in drugačnih razlogov odpravljena. Dejstvo je, da zakonodajalec lahko materijo dedne pogodbe uredi tako, da bo ustrezala že obstoječemu sistemu dedovanja v našem prostoru in da ne bo omejevala ali negirala drugih institutov, ki jih področje dedovanja že pozna. Zapustniku bi bilo treba dati možnost, da se sam odloča, kako bo s svojim premoženjem razpolagal, tako *inter vivos* kot *mortis causa*, ter mu tudi dati možnost, da kasneje sam nosi posledice svojih odločitev. Nedvomno bi velikokrat prišlo do situacij, ko bi zapustnik zaradi drugačnega položaja ravnal drugače. Razlog za neuvedbo dednih pogodb, češ da bi bilo razpolaganje z dedno pogodbo nemoralno, ker zapustnik ob njeni sklenitvi še ne pozna celotnega dejanskega stanja, ne vzdrži. Tudi pogodbenik ob sklenitvi drugih dednopravnih pogodb ali drugih pogodb ne pozna dejanskega stanja v celoti. Pri vsakem pogodbenem razpolaganju obstaja tveganje nastanka spremenjenih okoliščin, ki jih stranke niso vnaprej predvidele, kar pa ni razlog za nesklepanje pravnih poslov. Največkrat je tveganje vključeno v samo bistvo posla.

Podobna situacija glede tveganja se pojavlja tudi pri sporazumu o odpovedi neuvedenemu dedovanju. Pri tem pravnem poslu se potomec vnaprej odpove še neuvedenemu dedovanju po svojem predniku. Odpoved neuvedenemu dedovanju se nanaša tako na premoženje, ki ga ima prednik v času sklenitve pravnega posla, kot bodoče premoženje, ki ga lahko prednik do svoje smrti še pridobi. Premoženje prednika se lahko občutno poveča. Potomec ob sklenitvi sporazuma ne more vedeti, kolikšnemu premoženju se dejansko odpoveduje, ker mu to ob sklenitvi ni znano. V praksi je nemalo primerov, ko se potomec neuvedenemu dedovanju ne bi odpovedal, če bi vedel, koliko premoženja bo prednik do svoje smrti še pridobil. Tako je tudi ta pravni posel povezan s tve-

¹⁵ Prav tam.

ganjem, sicer na strani potomca, in je kljub temu edina veljavna dednoppravna pogodba pri nas. Nedvomno pa je bil ta institut v naš pravni red uveden, ker pomeni urejanje razmerij v družini, kar bi bil pa lahko tudi eden pomembnejših razlogov za uvedbo dedne pogodbe.

3. RAZLOGI ZA UVEDBO DEDNE POGODBE V PRAVNI RED RS

3.1. Ustavnopravni vidik

Pravica do dedovanja je kot ena temeljnih pravic zagotovljena že v Ustavi RS. Ob prepovedi sklepanja dednih pogodb se lahko postavi vprašanje, ali je obstoječa dednoppravna ureditev, glede na (novo) ustavno ureditev, (še) primerena. Stališče US RS poznamo: rešitev vprašanja ureditve pravnih temeljev za dedovanje je v pristojnosti zakonodajalca. Veljavno pravo, ki sklepanja dedne pogodbe ne dovoljuje, ni v nasprotju z Ustavo RS oziroma ne kolidira s pravico do zasebne lastnine do dedovanja.¹⁶

Ob upoštevanju predstavljenega stališča US RS se lahko še vedno sprašujemo, ali ne bi veljalo, glede na to, da je z novo ustavno ureditvijo v Sloveniji zasebna lastnina dobila svoje staro, lahko bi rekli, tudi klasično mesto v pravnem sistemu, razmišljati o vrnitvi temeljnih civilnopravnih načel na področje dedovanja. Načeli avtonomije volje pogodbenih strank in dispozitivnosti pravnih norm bi morda lahko pripeljali nazaj tudi institut dedne pogodbe. Ni prepričljivih razlogov za trditev, da je ta v celoti nesprejemljiva za naš pravni red. Iz tega razloga bi lahko vsakemu posameznemu zapustniku prepustili izbiro, da se svobodno odloči, ali bo s svojim premoženjem *mortis causa* razpolagal z institutom oporoke ali dedne pogodbe. V nasprotnem primeru ščitimo posameznika pred njim samim, iz česar izhaja pretirano paternalističen odnos države do posameznika.¹⁷

3.2. Potreba v praksi

Če bi v naš pravni red uvedli dedno pogodbo, bi s tem pridobili tretji dedni naslov – poleg zakona in oporoke. Tako bi bila možnost izbire prepuščena zapustniku in ne zakonodajalcu.

Za uvedbo dedne pogodbe v naš pravni sistem govorijo predvsem praktične potrebe. Naj navedem nekaj primerov:

¹⁶ Prav tam, str. 388.

¹⁷ Prav tam.

1. Sin podjetnika se bo lažje odločil za delo v družinskem podjetju, če bo gotov, da ga bo tudi podedoval. Oporoka, ki je enostransko preklicna, mu te varnosti ne omogoča.
2. Velikokrat zakonca želita, da bi preživeli zakonec podedoval vse premoženje umrlega zakonca. Po sedanji ureditvi lahko ni tako, ker imajo zakoniti dediči pravico do nujnega deleža.
3. Starša želita, da bi vse njuno premoženje podedoval nepreskrbljen otrok in ne že preskrbljeni otroci.
4. Želja, da bi družinsko podjetje ostalo celota in da se ne bi delilo.

Namen in glavna značilnost dedne pogodbe je njena trdnost in dokončna ureditev razmerij. Trdnost se kaže v vezanosti obeh pogodbenih strank. Dedna pogodba daje strankam predvsem možnost, da svoja razmerja uredijo trajno in da pravnih razmerij ni mogoče spreminjati.

V sedanjem pravnem sistemu poznamo celo vrsto pogodb, ki pa ne ponujajo rešitve, kot bi jo lahko dedna pogodba. Glavna značilnost darilne pogodbe za primer smrti je njena neodplačnost in si darovalec v njej ne more pridržati protidajatev. Pri izročilni pogodbi premoženje izročevalca preide v trenutku sklenitve pogodbe, česar predvsem starejši ljudje ne želijo, saj biti lastnik nepremičnine še vedno pomeni status v družbi, podobno je pri pogodbi o preužitku. Pri pogodbi o dosmrtnem preživljanju pa si preživljanec sicer lahko pridrži protidajatev. Dejansko v našem pravnem sistemu ni pogodbe, ki bi dosegala enake učinke in posledice, kot bi jih lahko dedna pogodba.

Zakonodajalec trenutno zapustniku ne ponuja rešitve, ki bi pomenila dokončno ureditev razmerij, sklenjenih za časa življenja, vendar z učinkom po smrti. Z dednopravnimi pogodbami, ki jih naše pravo dopušča, lahko stranke svoja razmerja uredijo le delno. V praksi je mogoče opaziti, da ljudi pri razpolaganju za primer smrti najbolj ovira ustanova nujnega deleža.

4. ŽENITNE POGODBE IN DEDNA POGODBA

Poglavitna vsebina ženitne pogodbe je opredelitev premoženjskih razmerij med zakoncema. Pri nas imamo kogentni režim, ki velja za vse zakonce, režim skupnega in posebnega premoženja zakoncev in drugačni dogovori niso mogoči, zato ženitnih pogodb ne poznamo oziroma jih zakonodaja ne ureja. Zakonca lahko med seboj sicer sklepata vse pravne posle, ne moreta pa skleniti ženitne pogodbe in določiti poljubnega premoženjskega režima, ki bi jima ustrežal.¹⁸

¹⁸ V. Žnidaršič, nav. delo (2002), str. 301.

Prva značilnost, ki jo lahko opazimo ob primerjanju naše zakonodaje oziroma določb o premoženjskem režimu med zakoncema s predpisi primerjalnega prava, je velika razlika v številu določb v korist drugih zakonodaj. Že na prvi pogled se kaže podnormiranost našega prava na tem področju. To je predvsem posledica družbenega sistema, v katerem so nastale, ki v nasprotju z današnjim lastninski pravici in s tem tudi avtonomiji pogodbenih strank v tipično civilnopravnih razmerjih ni priznaval tolikšne vrednosti, kot to velja danes. Temeljna pomanjkljivost veljavne ureditve se tako kaže v sistemski ureditvi premoženjskega režima med zakoncema, ki je zakonski, obligatoren in na ta način skorajda v celoti opušča pogodbeno komponento. Ali drugače: naša veljavna ureditev ne pozna oziroma ne dovoljuje pogodbenih premoženjskih režimov za urejanje premoženjskih razmerij med zakoncema in jih seveda tudi ne ureja. Podnormiranost pa se deloma kaže tudi v premajhni natančnosti reševanja posameznih vprašanj, ki jih zakon sicer okvirno ureja.¹⁹

Ustava RS o premoženjskih razmerjih med zakoncema posebej ne govori, vsebuje pa v 33. členu splošno lastninsko pravno določbo, ki zagotavlja pravico do zasebne lastnine in do dedovanja. Pomembna je tudi določba 67. člena Ustave RS, da zakon predpisuje način pridobivanja in uživanja lastnine tako, da je zagotovljena njena gospodarska, socialna in ekološka funkcija, določa pa tudi način in pogoje dedovanja.²⁰

Glede na to, da je z novo ustavno ureditvijo v Sloveniji zasebna lastnina dobila svoj stari, klasični položaj v pravnem sistemu, saj ni več delitve na zasebno in družbeno premoženje in imamo vedno znanega titularja lastninske pravice, lahko sklepamo tudi na vrnitev temeljnih civilnopravnih načel, ki obvladujejo lastninsko pravno področje. Med njimi sta najpomembnejši načeli avtonomije volje pogodbenih strank in dispozitivnosti pravnih norm, ki se lahko odpravi-ta ali omejita le pod posebnimi, z zakonom določenimi pogoji, iz utemeljenih razlogov. Na področju civilnopravno obarvanega dela premoženjskih razmerij – na področju premoženjskega režima torej (drugače od preživitve) – morata imeti omenjeni načeli večjo veljavo v skladu z novo ustavno ureditvijo lastninske pravice. Omejitve v smislu sedanje zakonske ureditve, ki skoraj ne dovoljujejo nikakršnega dogovarjanja glede premoženjskega režima med zakoncema, so preostre. Tudi z interpretacijo ustavne določbe o socialni funkciji lastninske pravice ni mogoče poseči tako daleč, da bi utemeljevali prisilno naravo veljavnega premoženjskega režima in izključevali vsakršno možnost sklepanja pogodbe o ureditvi premoženjskopravnih razmerij. Posega v avtonomijo volje posameznega zakonca torej ne upravičuje nikakršna pravica ali interes, ki bi imel

¹⁹ Prav tam.

²⁰ Prav tam.

v danem primeru prednost pred svobodo odločanja dveh samostojnih subjektov. Zakonca morata imeti zagotovljeno svobodo, da se samostojno odločita za drugačno rešitev, kot jima jo ponuja zakon, če jima ta ne ustreza. Država lahko z določitvijo posameznih prisilnih norm, ne pa celotnega premoženjskega režima, zadrži monopol le na področju zaščite določenih oseb, v prvi vrsti otrok, pa tudi upnikov in varnosti pravnega prometa. Posebej velja omeniti interese, za varovanje katerih se je Ustava RS posebej zavezala v tretjem odstavku 53. člena, po katerem država varuje družino, materinstvo, očetovstvo, otroke in mladino ter ustvarja za to varstvo potrebne razmere. Če pa zakonca svojega upravičenja ne izkoristita oziroma svoje volje posebej ne izrazita (ne skleneta pogodbe o ureditvi premoženjskopravnih razmerij), naj obvelja rešitev, ki jo opredeljujejo zakonske določbe.²¹

Kršitev ustavnih določb oziroma njihovega namena se tako kaže predvsem v smislu prepovedovanja svobode pogodbenega dogovarjanja na področju, na katerem pravega razloga oziroma utemeljitve za kaj takega ni. Resda je veljavni, obligatorni režim premoženjske skupnosti prinesel veliko dobrega v smislu premoženjske enakopravnosti med možem in ženo, vendarle pa to danes ne more biti razlog za vztrajanje pri njegovi prisilni naravi. Če se zakonca odločita za drugačno rešitev, ki se jima zdi za njuno razmerje primernejša, četudi je na prvi pogled do enega od njiju nepravilna, obenem pa so izpolnjene določene predpostavke za veljavnost njunega dogovora oziroma pogodbe o ureditvi premoženjskopravnih razmerij, ki so praviloma nekoliko strožje kot pri običajnih pravnih poslih, ni razloga, da je pravo ne bi upoštevalo. Omenjene ugotovitve dejstva, da je obligatorna narava veljavnega premoženjskega režima med zakoncema že zdaj na neki način pomanjkljiva, saj se lahko zakonca kadarkoli, že v času trajanja zakonske zveze, odločita za razdelitev skupnega premoženja, kar pravzaprav pomeni, da zakonca lahko, vsaj za premoženje, ki je ob delitvi že pridobljeno, *de facto* sporazumno vzpostavita režim ločenega premoženja, v ničemer ne spreminjajo.²²

Uvajanje možnosti zakoncev oziroma bodočih zakoncev, da se o medsebojnem premoženjskem režimu svobodneje dogovarjata, je navsezadnje tudi sprejemanje nazorov, ki jih pozna skorajda celotna t. i. civilnopravna Evropa. Ni razlogov, da bi ta vidik, ob dejstvu vključenosti Slovenije v Evropsko unijo, zanemarili.²³

Pri tem si lahko zastavimo vprašanje, ali bi bilo smiselno v primeru, da ideja o dovolitvi sklepanja dednih pogodb nasploh ne bi bila sprejemljiva, sprejeti vsaj idejo o dovolitvi sklepanja dednopravnih klavzul v ženitnih pogodbah

²¹ Prav tam.

²² Prav tam.

²³ Prav tam.

oziroma dovoliti sklepanje dednih pogodb med zakonci.²⁴ Za to se zavzema Žnidaršičeva,²⁵ ki pritrjuje stališču Metelka ter navaja, da bi bilo smiselno kot upravičence za sklepanje dednih pogodb določiti (vsaj) zakonce. Podobno stališče je zavzel tudi Metelko,²⁶ ki meni, da ob upoštevanju dejstva, da zakonca živita v tesni življenjski skupnosti, ki je hkrati gospodarska skupnost, ob njuni močni povezanosti z vrsto skupnih interesov družinskega pomena, zoper takšno rešitev ne bi smelo biti pomislekov načelne narave.

Nekateri avtorji menijo, da je primernejša ureditev, ki določa, da z ženitnimi pogodbami stranke ne bi mogle v celoti izključiti dednih pravic družinskih članov. Še posebej naj to ne bi bilo dovoljeno brez kakršnegakoli obvestila ali pogovora o tem s potencialnimi dediči. Menijo, da je koncept, ki dovoljuje, da zakonca s sklenitvijo ženitne pogodbe prizadeneta interese dedičev, v nasprotju s temeljnimi načeli dednega prava in pravičnosti. Veliko družinskih članov je lahko namenilo neki zakonski zvezi precej časa, denarja in dela (energije). Prav tako je blagor otrok (tako psihološki kot ekonomski) dostikrat odvisen od obstoja zakonske zveze. Družinskopravna razmerja so že toliko specifična, da tudi sklepanje pogodb med zakoncema, čeravno gre za njuna medsebojna premoženjska razmerja, vpliva na razmerja z drugimi.²⁷

5. PREMISLEKI K UREDITVI DEDNE POGODBE

Dedno pogodbo bi lahko opredelili kot pogodbo, ki ima dvojno pravno naravo: je pravni posel za primer smrti in je pogodba. Ker je pravni posel za primer smrti, veljajo določbe, ki sicer veljajo za izjave poslednje volje. Na drugi strani pa za dedno pogodbo kot pogodbo veljajo splošna pravila obligacijskega prava. Vsekakor pa bi moral biti institut dedne pogodbe v našem pravu urejen tako, da ne bi negiral drugih, že veljavnih institutov dednega prava.

Pri ureditvi dedne pogodbe bi veljalo razmisliti predvsem o naslednjem:

1. Dedna pogodba bi morala biti sklenjena v obliki notarskega zapisa ob sočasni navzočnosti obeh pogodbenih strank in morebiti še ob sočasni navzočnosti dveh zapisnih prič.
2. Uvesti bi morali register dednih pogodb (po sistemu, kot deluje register oporok in kot je predviden register sporazumov o odpovedi neuvedenemu dedovanju), ki bi ga vodila Notarska zbornica Slovenije.

²⁴ V. Žnidaršič Skubic, nav. delo (2005), str. 387.

²⁵ Natančneje gl. prav tam, str. 385.

²⁶ J. Metelko, nav. delo, str. 1212.

²⁷ V. Žnidaršič, nav. delo (2002), str. 314–315.

3. Ali bi bil lahko predmet dedne pogodbe celotna zapuščina ali le del (upoštevaje trenutno dedno zakonodajo)?
4. Če bi veljalo, da se zapustnik svoji pravici do svobode testiranja ne more povsem odpovedati, bi bil torej del premoženja pridržan za razpolaganje z oporoko. V tem primeru bi bilo treba opredeliti usodo premoženja v primeru, da zapustnik ne bi napravil oporoke. Ali bi šlo to premoženje zakonitim dedičem ali pogodbenemu dediču?
5. Ker je dedna pogodba strogo osebni akt, bi morale veljati, da zastopanje zapustnika ni dovoljeno in da bi zapustnik lahko sklenil dedno pogodbo le osebno.
6. Za veljavnost dedne pogodbe bi moral zapustnik imeti popolno poslovno sposobnost in ne le oporočne sposobnosti.
7. Natančno bi bilo treba opredeliti, kako je z zapustnikovimi kasnejšimi razpolaganji za primer smrti, torej z razpolaganji po že sklenjeni dedni pogodbi, in kakšne pravice bi imel sopogodbenik v tem primeru.
8. Ali bi bila pravica pogodbenega zapustnika glede razpolaganja s svojim premoženjem za časa življenja omejena in kakšno pravno varstvo bi šlo pogodbenemu upravičencu? Ali bi imel pogodbeni upravičenec zoper obdarjenca obogatitveni zahtevek in kakšen zahtevek bi imel zoper pogodbenega zapustnika (npr. zahtevek na opustitev neodplačnega razpolaganja)?
9. Ali bi bilo smiselno za nepremično premoženje, ki bi bilo predmet dedne pogodbe, v zemljiško knjigo vknjižiti prepoved odtujitve in obremenitve v korist pogodbenega upravičenca in breme pogodbenega zapustnika?
10. Urediti bi bilo treba razveljavitve dedne pogodbe s sporazumom pogodbenih strank. Sporazumna razveljavitev bi morala biti sklenjena enako kot sama sklenitev pogodbe, v obliki notarskega zapisa.
11. Urediti bi bilo treba pogodbeni odstop od dedne pogodbe. Da bi omilili pogodbeno vezanost pogodbenega zapustnika, bi si ta v dedni pogodbi lahko pridržal pravico do enostranskega odstopa od pogodbe, s čimer bi pogodbeni upravičenec ob sklenitvi pogodbe soglašal, zato kasneje pravnega varstva ne bi potreboval, saj je v to pravico pogodbenega zapustnika privolil.
12. Urediti bi bilo treba odstop od dedne pogodbe na podlagi zakona. Zakon bi lahko priznaval zapustniku, da odstopi od pogodbe iz razlogov, taksoativno naštetih v zakonu, npr. zaradi neizpolnjevanja obveznosti s strani pogodbenega upravičenca do zapustnika, zaradi hude nehvaležnosti ipd.
13. Lahko bi bila urejena možnost preklica dedne pogodbe v primeru kasnejšega rojstva otrok.

14. Lahko bi se navezovali na pravila za izpodbijanje pogodbe, kot veljajo v civilnem pravu, ali na pravila, ki veljajo za izpodbijanje oporoke.
15. Urediti bi bilo treba primere ničnosti dedne pogodbe.
16. Ureditev prenehanja dedne pogodbe na podlagi zakona zaradi smrti pogodbenega dediča pred zapustnikom, zaradi dedne nesposobnosti v času nastopa dednega primera, zaradi dedne nevrednosti ipd.

6. PRIMERJALNOPRAVNI PREGLED

Dedno pogodbo poznajo oziroma ji priznavajo veljavo pravni redi germanškega območja (Nemčija, Avstrija, Švica). Rimsko pravo dedne pogodbe ni dovoljevalo, saj je pomenila nedopustno omejevanje svobode testiranja. Tako romanski krog načeloma še vedno zavrača dedne pogodbe. Izjema so dedne pogodbe med zakonci.²⁸

6.1. Francija²⁹

6.1.1. Dedni naslov

V Franciji je veljavni dedni naslov samo zakon, zato velja prepoved pogodbenega spreminjanja dednega reda, razen določenih izjem, ki jih bomo obravnavali v nadaljevanju. Deduje se na podlagi zakona, z razpolaganjem za primer smrti pa ni mogoče določiti dediča, ampak se lahko ustanovi le volilo, torej določi volilojemnik legatar, tudi če volilo obsega celotno zapuščino oporočitelja. Francosko pravo oporočitelju ne daje pravice, da sam določi svojega dediča, ker je dedni naslov samo zakon, vendar mu omogoča, da z odredbo o volilu razpolaga glede svojega premoženja. Iz tega razloga pozna francosko pravo tri vrste volil.

Po načinu nastanka je razpolaganje za primer smrti:

- enostransko (oporoka) ali
- dvostransko (dedna pogodba, *institution contractuelle*), ki je v francoskem pravu dovoljeno le izjemoma.

Po dednopравни vsebini lahko razpolaganje za primer smrti vsebuje:

1. odredbo o volilu, ki pa je lahko:
 - univerzalno volilo (*legs universel*), ki se nanaša na celotno zapuščino, ali

²⁸ V. Rijavec, nav. delo, str. III.

²⁹ Povzeto po H. Dyson, nav. delo, str. 298, in M. Ferid in H. J. Sonnenberg, nav. delo, str. 522–552.

- volilo dela zapuščine (*legs á titre universel*), katerega vsebina je določena kvota zapuščine, ali
 - volilo predmeta (*legs á titre particulier*), kadar gre za naklonilo enega ali več predmetov iz zapuščine.
2. katero drugo odredbo, npr. o razdedinjenju, imenovanju izvršitelja oporoke, fidejkomisarični substituciji, navadni substituciji ali končno o starševski odredbi delitve.

Univerzalni upravičenec na podlagi oporoke, kateremu je naklonjena celotna zapuščina, je univerzalni legatar (*légataire universel*). Kar zadeva prehod pravic in obveznosti, še posebej neposrednosti dedovanja in s tem povezane pridobitve dednopravne »*saisine*«³⁰ ter posebnih zahtev za uveljavljanje pravic, pridobljenih iz zapuščine, navzven, je univerzalni legatar dejansko v enakem položaju kot dedič takrat, kadar ne obstajajo nujni dediči in kadar pridobi pravice na podlagi javne oporoke. Glede odgovornosti za dolgove se univerzalni legatarji in legatarji dela zapuščine obravnavajo tako kot dediči, torej kot univerzalni pravni nasledniki, tudi če obstajajo upravičenci do nujnega deleža. Univerzalni legatar in legatar dela zapuščine nista *heres*, ampak *locoheredis*.

V Franciji ureja materijo dednih pogodb Code civil³¹ (CC).³² V Franciji velja prepoved sklepanja dednih pogodb. Tako kot univerzalni legatar se obravnava prejemnik naklonila na podlagi enega v francoskem pravu dopustnih primerov t. i. *institution contractuelle*, dedne pogodbe, ki je izjema od prepovedi sklepanja dednih pogodb. Dovoljen je, ker gre za institut darila, ki je vsebovan v ženitnih pogodbah (*contract de mariage*), in gre za darilo enega zakonca drugemu zakoncu v času trajanja njune zakonske zveze. Francoska teorija poudarja, da je institut *donations de biens á venir* predvsem v interesu zakonske zveze zakoncev in družine.³³ Pri institutu *donations de biens á venir* gre za darilo, njegova pravna narava pa je nekje vmes med voljo in pogodbo. Institut te vrste je

³⁰ Izraz izhaja iz starovisokonemške besede *sazjan*: *setzen, einsetzen* (postaviti). Izraz *saisine* pomeni pravni naslov za izvrševanje pravic. V francoskem dednem pravu se definira negativno, in sicer je s *saisine* odveč posebna uvedba v posest na zapuščini. Posledica je, da s smrtjo ne preide le lastninska pravica na zapuščini, ampak pomeni tudi možnost, da se pridobljene pravice uveljavijo navzven. *Saisine* ponuja možnost, da se pravice iz zapuščine uveljavijo, ne da bi bilo treba izkazati posebno uvedbo v posest. Več o tem glej M. Ferid in H. J. Sonnenberg, prav tam, str. 591.

³¹ CC je zakonik, ki je izšel leta 1804 in je zajemal celotno civilno pravo. Nastal je po francoski revoluciji (1789–1794) in je zelo moderen zakonik. V njem je poudarjena vloga državljana. CC daje velik pomen človekovim pravicam in svoboščinam. Pri nas je bil v veljavi v času Ilirskih provinc od leta 1809 do leta 1813.

³² <www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (10. 11. 2013).

³³ H. Dyson, nav. delo, str. 298.

bil v Franciji kot proizvod fevdalnega sistema z revolucijo odpravljen, kasneje pa je bil s CC ponovno uveden.³⁴

Poklicanosti k dedovanju se ni mogoče ogniti s pravnimi posli med živimi, kar omogoča institut odpovedi neuvedenemu dedovanju v nemškem pravu. V takem primeru bi šlo za ničen pravni posel glede bodoče dediščine.

6.2. Nedopustnost sklepanja dednih pogodb

Sklepanje dednih pogodb (*pactes de succession futures*) oz. sklepanje sporazumov glede zapuščine nekoga, ki še živi, je ne glede na to, ali gre za dediščino ene od strank sporazuma ali dediščino nekoga tretjega, prepovedano. Edina izjema velja v primeru ločitve zakoncev od mize in postelje.

Narava dedne pogodbe tudi ni v skladu s pravilom, da ni mogoče nečesa dati in hkrati zadržati (*donner et retenir ne vaut*).

Prepoved sklepanja pogodb o dedovanju, ki še ni uvedeno, je v Franciji del javnega reda (*ordre public*). CC prepoveduje odpoved neuvedenemu dedovanju, prodajo dediščine pred nastopom dednega primera, darilno pogodbo glede bodočega premoženja med živimi in s tem prepoved darila bodoče zapuščine ter izključuje spremembo zakonitega dednega reda z ženitno pogodbo. Izrecno pa dovoljuje *institutions contractuelles* in darila med zakoncema z ženitno pogodbo ali pred sklenitvijo zakonske zveze ter pogodbe, s katerimi starši razdelijo svoje premoženje (*partage d'ascendant*), pod pogojem, da to storijo z darilom za časa življenja (*donation-partage*).

6.2.1. Institutions contractuelles

Institutions contractuelles je sporazum oz. pogodba, s katero ena stranka drugi obljubi, da ji bo v primeru svoje smrti izročila vse svoje premoženje ali le del tega. Ta institut pomeni izjemo od prepovedi sklepanja dednih pogodb o bodoči dediščini. Gre za odstopanje od prepovedi pogodbenega spreminjanja dednega reda, in sicer s sklenitvijo sporazuma med zakoncema.

Dejansko gre za dedno pogodbo oz. pogodbo o volilu, ki pa je veljavna samo pod naslednjimi pogoji. Mora iti za naklonilo tretjega zaročencema ali enemu od bodočih zakoncev ob sklenitvi zakonske zveze ali za naklonilo med zakoncema z ženitno pogodbo (*contract de mariage*) ali med trajanjem zakonske zveze.

³⁴ Prav tam.

6.2.2. Dedna pogodba s strani tretjih v korist zakoncev

Tretji lahko zakoncema ne glede na to, ali je z njima v sorodstvu ali ne, ne pa tudi njunim bodočim otrokom, ob sklenitvi zakonske zveze podari svoje premoženje ali del tega, lahko pa zakoncema in njunim bodočim otrokom, ki se bodo rodili v času njune zakonske zveze, nakloni premoženje ali del tega, ki ga bo imel ob svoji smrti. To lahko stori na več načinov:

- a) s pogodbo za primer smrti,
- b) s kombinacijo obeh tipov pogodb z namenom poklonitve tako sedanjega premoženja kot tudi premoženja, ki ga bo imel ob svoji smrti,
- c) z dvema ločenima pravnima poslom, in sicer darilno pogodbo za časa življenja, katere predmet je njegovo sedanje premoženje, in dedno pogodbo, katere predmet je premoženje, ki ga bo imel ob svoji smrti.

- a) Dedna pogodba s strani tretjega v korist bodočih zakoncev ali njunih (bodočih) otrok

Dedna pogodba s strani tretjega mora biti sklenjena v sami ženitni pogodbi, ta pa mora biti sklenjena v obliki notarskega zapisa.

Tretji, ki izroča, obdrži na izročenem premoženju vse pravice in ostane lastnik premoženja vse do smrti. Edina izjema je, da s tem premoženjem ne sme več neodplačno razpolagati, bodisi s pravnim poslom za časa življenja bodisi s pravnim poslom za primer smrti. Izročitelj si lahko s pogodbo pridrži možnost, da lahko razpolaga za primer smrti. Odplačna razpolaganja so dopustna še naprej. Zapustnik se tudi ne sme zavezati, da se bo vzdržal odplačnih razpolaganj. Takšna pogodbeni klavzula bi bila v nasprotju s kogentnimi določbami CC in tako nična. Pravica odplačnega razpolaganja je tako pomembna, da lahko tisti, ki izroča, svoje premoženje odsvoji za odmeno dosmrtna rente pod pogojem, da tega ne stori le z namenom, da bi se izognil učinkom dedne pogodbe.

Posebna značilnost te pogodbe je njena nepreklicnost. Zaradi povezave z ženitno pogodbo je bila možnost razveljavitve do premoženjske reforme leta 1965 popolnoma izključena, danes pa je sprememba ženitne pogodbe mogoča samo pod posebej določenimi izjemnimi pogoji. Stranke pa se v sami pogodbi lahko dogovorijo za razvezni pogoj. Lahko pride do preklica s sodno odločbo po smrti tistega, ki izroča samo zaradi neizpolnitve katerega od v dedni pogodbi dogovorjenih nalogov izročitelja. Preklic zaradi nehvaležnosti ne pride v poštev. Posebna vrsta preklica v primeru, da se izročitelju po dedni pogodbi kasneje rodijo otroci, je v korist tistega, ki je z dedno pogodbo razpolagal.

b) Pogodba glede sedanjega in bodočega premoženja
(*donation cumulative des biens présents et à venir*)

Dedna pogodba je lahko oblikovana tako, da daje upravičencu po dedni pogodbi možnost izbire, ali želi prejeti premoženje, obstoječe v času sklenitve dedne pogodbe, ali premoženje, obstoječe v času nastopa dedovanja. V tem primeru gre za alternativno in ne kumulativno postavitev legatarja.

V vsakem primeru mora biti ženitni pogodbi obvezno priložen seznam premoženja in dragocenosti. Če izbere pridobitelj premoženje v času sklenitve dedne pogodbe, utegne to zanj pomeniti prednost, saj to pomeni odpravo oziroma retroaktivno neveljavnost ne le medtem sklenjenih neodplačnih pravnih poslov izročitelja, ampak tudi odplačnih pravnih poslov, ki niso združljivi s pravico pridobitelja. Če pridobitelj izbere premoženje, obstoječe v času sklenitve dedne pogodbe, jamči za zapustnikove obveznosti, ki obstajajo v času sklenitve pogodbe. Če pa izbere premoženje, obstoječe v času nastopa dednega primera, pa jamči kot postavljeni dedič oziroma legatar. S tem se izogne tveganju morebitne izgube ali zmanjšanja premoženja zapustnika, saj točno ve, kakšno aktivo in pasivo bo moral prevzeti ob nastopu dednega primera. Ta vrsta dedne pogodbe se v praksi ne uporablja pogosto, saj se zapustnik s to pogodbo odreče vsaki aktivni udeležbi v pravnem prometu glede premoženja, ki je predmet pogodbe.

c) Obljuba enakopravnosti – enakost (*promesse d'egalite*)

Promesse d'egalite je oblika razpolaganja, s katero starši enemu od otrok ob njegovi poroki v njegovi ženitni pogodbi obljubijo enakopravnost z drugimi njunimi otroci. Izročitelja se s to pogodbo ne odpovesta pravici razpolaganja s svojim premoženjem v korist drugih oseb, ne njunih otrok. Starša se odpovesta neenakemu obravnavanju svojih otrok.

6.2.3. Dedna pogodba med zakoncema

Tradicionalna prepoved sklepanja dednih pogodb je bila omiljena z reformo prava premoženjske skupnosti leta 1965. Že do takrat so imele ženitne pogodbe, v katerih je bilo dogovorjeno, da pri prenehanju premoženjskega režima zakoncev enemu od zakoncev pripade določen del skupnega premoženja, veljaven učinek. Kadar pa se takšne klavzule o pričakovani pravici nanašajo na posebno premoženje enega od zakoncev, so se te klavzule tolmačile kot kršitev prepovedi sklepanja dednih pogodb in so bile nične. Takšna praksa je imela negativne učinke predvsem takrat, kadar je k posebnemu premoženju prej umrlega zakonca spadalo podjetje. To podjetje je na ta način postalo del delitvene mase. Z reformo iz leta 1965 je postal dopusten tudi pogodbeni dogovor o pričakovani pravici glede posebnega premoženja zakoncev v primeru, da

umre prvi. Drugi zakonec, ki je tako pogodbeno prevzel določeno premoženje, si je to moral všteti v svoj dedni delež. Pogodba lahko določa tudi modalitete vrednotenja in odplačila. V primeru nesoglasja določi vrednost sodišče. Dediči lahko pozovejo pridobitelja, da se o vrednosti izreče v roku enega meseca. Če se po poteku rokov ne izreče, je pričakovana pravica razveljavljena.

Pravne koristi, dogovorjene z ženitno pogodbo, se ne štejejo za darilo. To še posebej velja za pričakovano pravico brez vračunanja v dedni delež in dogovor o neenakomerni delitvi premoženja. Če ima eden od zakoncev otroke iz prejšnje zakonske zveze, zaradi njihove zaščite velja, da če ima ženitna pogodba učinek, da eden od zakoncev dobi več, kot je bilo dopustno in določeno z zakonom za razpolaganja za primer smrti, je glede presežka ženitna pogodba neveljavna.

a) Dedna pogodba v ženitni pogodbi

Zakonca lahko z razpolaganjem za primer smrti v obliki dedne pogodbe drug drugega postavita za dediča. Gre za neke vrste darilno klavzulo, ki jo lahko (bodoča) zakonca sprejmeta v svojo ženitno pogodbo. Na njeni podlagi lahko oba ali pa le eden od njiju razpolagata s svojo zapuščino, to je s premoženjem, ki ga bosta imela ob smrti, ali z določenim delom tega premoženja v korist drugega zakonca ali pa v korist otrok, ki se bodo rodili v njuni zakonski zvezi. Pri tem nobeden od (bodočih) otrok ne sme biti obravnavan slabše kot drugi, vsi morajo biti obravnavani enakopravno.

Dedna pogodba je mogoča med zakoncema pod enakimi pogoji kot v primeru, ko je izročitelj tretja oseba. Vseeno pa veljajo nekatere posebnosti:

- je preklicna zaradi nehvaležnosti,
- ne izgubi pravne veljave, če se zakoncema naknadno rodijo otroci,
- v primeru smrti pridobitelja pred izročiteljem ne učinkuje v korist otrok, rojenih v času trajanja zakonske zveze, saj imajo ti v vsakem primeru zakonite dedne pravice,
- mladoletni zakonec lahko v ženitni pogodbi s pomočjo oseb, katerih soglasje je potrebno za sklenitev ženitne pogodbe, izjemoma razpolaga za primer smrti z dedno pogodbo.

b) Sklenitev dedne pogodbe med trajanjem zakonske zveze

Tudi med trajanjem zakonske zveze lahko zakonca skleneta dedno pogodbo, čeprav načeloma ne moreta več skleniti ženitne pogodbe. Za takšno dedno pogodbo veljajo pravila darilne pogodbe za časa življenja, pod pogoji:

- pogodba mora biti sklenjena v notarski obliki,
- vzajemna naklonila so lahko vsebovana v isti listini,

- zakonec lahko razpolaga tudi glede bodočega premoženja, še posebej glede premoženja v času njegove smrti, tudi v korist drugega zakonca,
- dedna pogodba je med trajanjem zakonske zveze preklicna.

6.3. Nemčija³⁵

6.3.1. Pojem

Dedno pogodbo (*Erbvertrag*) ureja Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) v par. 2274 do 2302. Nemški dednopravni red jo izrecno dovoljuje in jo določa poleg oporoke in zakona kot tretji naslov za dedovanje.

Dedna pogodba je pravni posel, ki ima dvojno naravo: je pravni posel za primer smrti in je pogodba. Ker je pravni posel za primer smrti, velja, da določbe, ki veljajo sicer za izjave poslednje volje, veljajo tudi za dedno pogodbo. Na drugi strani pa dedno pogodbo obravnava kot pogodbo obligacijskega prava, to pomeni, da se pri presojanju sposobnosti za sklepanje takšne pogodbe uporabljajo splošna pravila civilnega prava.³⁶ Za dedno pogodbo pretežno analogno veljajo določbe zakona o oporočnih naklonilih in nalogih.

Zapustnik lahko razpolaga s svojim premoženjem *mortis causa* tudi pogodbeno. Takšna pogodba in razpolaganja zapustnika v njej učinkujejo šele po smrti zapustnika ter so enostransko nepreklicna, kar pomeni, da zapustnik razpolaganj iz dedne pogodbe ne more enostransko preklicati.

Namen dedne pogodbe je zagotoviti trdno zavezo zapustnika, da bo premoženje zapustil določeni osebi. Predvsem je takšna zaveza praviloma v interesu sopogodbenika. Zapustnik od sopogodbenika pričakuje določene usluge, storitve, pomoč ali pa da bo sopogodbenik napravil kakšna druga razpolaganja v njegovo korist.

6.3.2. Sklenitev

a) Oblika

Dedna pogodba mora biti sklenjena pred notarjem, v notarski obliki, ob sočasni navzočnosti obeh pogodbenih strank. Predpisana je enaka obličnost kot za javno oporoko, izključene pa so dedne pogodbe v obliki lastnoročne ali izredne oporoke. Pogoju predpisane obličnosti je zadoščeno tudi, če se dedna pogodba sklene v obliki sodne poravnave. V takem primeru mora pogodbeni zapustnik svojo izjavo podati osebno pred sodiščem. Ker je za sklenitev dedne

³⁵ Povzeto po P. Gottwald, D. Schwab in E. Büttner, nav. delo, str. 134–137, in H. Brox, nav. delo, str. 60–160.

³⁶ V. Žnidaršič Skubic, nav. delo (2005), str. 381.

pogodbe predpisana obličnost javne oporoke, veljajo zanjo pretežno tudi za javno oporoko predvidene določbe zakona.

b) Poslovna sposobnost strank in zastopanje

Za dedno pogodbo podobno kot za oporoko velja, da je strogo osebni akt, kar pomeni, da zastopanje zapustnika ni dovoljeno. Zapustnik lahko sklene dedno pogodbo le osebno. Lahko pa dedno pogodbo v imenu in za račun pogodbenega dediča sklene njegov zakoniti zastopnik ali pooblaščenec. Za veljavnost dedne pogodbe mora zapustnik imeti popolno poslovno sposobnost, oporočna sposobnost ne zadostuje. Zakonec ali zaročenec lahko sklene dedno pogodbo kot zapustnik z zakoncem, tudi če ima omejeno poslovno sposobnost. Ta izjema je dovoljena zato, ker se dedna pogodba pogosto sklepa z ženitno pogodbo. V tem primeru potrebuje odobritev zastopnika, če je zastopnik skrbnik, pa mora pogodbo odobriti družinsko sodišče.³⁷ Če želi zapustnik dedno pogodbo preklicati, preklic ne sme biti narejen s pomočjo posrednika, zapustnik pa, čeprav ima le omejeno poslovno sposobnost, pri preklicu dedne pogodbe ne potrebuje odobritve zastopnika.

c) Plomba, hramba in odprtje dedne pogodbe

Plomba in uradna hramba dedne pogodbe nista predpostavki za veljavnost pogodbe, vendar naj bi se načelno izvajali. Glede pristojnosti in postopka uradne hrambe veljajo določbe o oporoki. Stranki dedne pogodbe lahko uradno hrambo tudi izključita, potem ostane dedna pogodba v hrambi pri notarju. Če se dedna pogodba vzame v hrambo, je treba obema strankama izdati potrdilo. Glede na to, da lahko stranki uradno hrambo izključita, lahko ob vsakem času zahtevata tudi njeno prenehanje. Listino v takem primeru nato hrani notar ali katera od pogodbenih strank.

V primeru smrti ene od pogodbenih strank je treba razglasiti le razpolaganja te stranke. Razpolaganja druge stranke, ki se lahko obravnavajo ločeno, ostanejo zaupna.

6.3.3. Določila, vsebovana v dedni pogodbi

Razpolaganja zapustnika, ki ne zadevajo določitve dediča, volila ali naloga, ne morejo biti razpolaganja z dedno pogodbo. Stranka dedne pogodbe lahko sprejme v njej enostransko določene odredbe, ki jih lahko napravi tudi v oporoki, vendar te odredbe ali razpolaganja stranke ne zavezujejo.

³⁷ Navedena določba drugega odstavka par. 2275 BGB velja od 1. januarja 1992 in velja le za mladoletna zakonca ali zaročenca, kajti od tega dne dalje ne obstaja več omejena poslovna sposobnost polnoletnih.

Če stranki dedne pogodbe to želita, glede določitve dediča, volila ali naloga obstaja zapustnikova zaveza. Samo v tem obsegu gre dejansko za pogodbeno razpolaganje, ki tvorijo posebnost dedne pogodbe. Dedna pogodba je zato tako pogodba, v kateri je vsaj ena odredba pogodbeno. Če iz razlage dedne pogodbe izhaja, da pri nobenem od razpolaganj ni bilo pogodbene volje, ne gre za dedno pogodbo, tudi če sta stranki pogodbo tako poimenovali. V tem primeru gre lahko za oporoko.

6.3.4. Vrste

a) Enostranske in dvostranske dedne pogodbe

Enostranske so tiste, pri katerih samo ena stranka, pogodbeni zapustnik, pogodbeno razpolaga za primer smrti. Druga pogodbeno stranka le sprejme izjavo zapustnika, zato da bi se dosegel učinek pogodbene vezanosti zapustnika ali pa da se zapustnik zaveže samo obligacijskopravno za časa življenja.

Dvostranske dedne pogodbe pa so tiste, pri katerih obe pogodbeni stranki pogodbeno razpolagata za primer smrti in se tako zavezujeta. Obe stranki sta pogodbeno zapustnika. Če obe stranki dedne pogodbe razpolagata za primer smrti, lahko pride do medsebojne odvisnosti obeh razpolaganj. Če sta se z dedno pogodbo zavezali obe pogodbeni stranki oziroma sta obe pogodbeni stranki razpolagali s svojim premoženjem za primer smrti, neveljavnost ene zaveze avtomatično povzroči tudi neveljavnost druge zaveze.

b) Odplačne in neodplačne dedne pogodbe

Pri odplačni dedni pogodbi obstaja odvisnost med pogodbeno zavezo zapustnika in obveznostjo sopogodbena. Zapustnik razpolaga pogodbeno zato, ker mu je sopogodbena izpolnil kakšno obveznost ali pa se je s pogodbo zavezal izpolniti kakšno obveznost. Če sopogodbena svoje obveznosti ne izpolni, če jo slabo izpolni ali če ni veljavno nastala, lahko zapustnik odstopi od pogodbenega razpolaganja.

6.3.5. Učinek zaveze

a) Prejšnja in bodoča razpolaganja

Prejšnja razpolaganja za primer smrti so neveljavna, če škodujejo pravici upravičenca po dedni pogodbi. Z oškodovanjem je mišljena vsaka pravna omejitev pravice upravičenca. K temu se štejejo tudi primeri, pri katerih bi prejšnje razpolaganje za primer smrti omejilo ali obremenilo pravico pogodbenega upravičenca.

Kasnejša razpolaganja za primer smrti ne morejo razveljaviti prejšnjih razpolaganj po dedni pogodbi, nasprotno, so nična, če škodujejo pravici pogodbene-

ga upravičenca. Pogodbeno razpolaganje povzroči omejitev svobode testiranja in izhaja iz narave dedne pogodbe ter služi varstvu sopogodbenika.

b) Razpolaganja za časa življenja

Pravica pogodbenega zapustnika, da glede svojega premoženja razpolaga za časa življenja, ni omejena. Zakon daje pogodbenemu upravičencu pri razpolaganju za časa življenja šibko varstvo:

1. Sopogodbenik lahko v primeru, ko zapustnik podari premoženje, ki je predmet dedne pogodbe, z namenom oškodovanja njegovih pravic, po smrti zapustnika, proti obdarjencu uveljavlja obogatitveni zahtevek, ki zastara v treh letih od pridobitve dediščine.

Zapustnik mora imeti namen oškodovati sopogodbenika že ob poklonitvi darila. Kadar pa ima zapustnik z darilom namen oškodovanja, nastane s pridobitvijo zapuščine obogatitveni zahtevek pogodbenega dediča naproti obdarjencu. Ta mora zahtevano izročiti, tudi če ni vedel za dedno pogodbo in oškodovalni namen darovalca. Če je za to vedel, odgovarja strožje.

Pogodbeni dedič nima do zapustnika nobenega zahtevka, niti na opustitev neodplačnega razpolaganja.

2. Pogodbeni volilojemnik (legatar) je zaščiten s tem, da v kolikor je izpolnitev volila postala nemogoča ali delno nemogoča zaradi oškodovalnega nagiba zapustnika, lahko upravičenec od dediča zahteva izpolnitev ali denarno nadomestilo.

6.3.5.1. Izjeme od učinka zaveze

a) Pridržek

Pogodbeni zapustnik si lahko v dedni pogodbi pridrži pravico spremembe na podlagi razpolaganja za primer smrti. V tem primeru se pogodbeni partner odpove zakonitemu varstvu. Ker lahko pri pogodbenem razpolaganju s pridržkom zapustnik za primer smrti razpolaga drugače, ni učinka zaveze.

Če gre pridržek tako daleč, da obsega vsa razpolaganja v pogodbi, manjka vsakršen učinek zaveze in v tem primeru ne gre za dedno pogodbo, kajti dedna pogodba mora vsebovati vsaj eno pogodbeno razpolaganje.

b) Omejitev z dobrim namenom

Omejitev z dobrim namenom pride v poštev, kadar je pogodbeni upravičenec potomec, ki je tudi nujni dedič, je pa zapravljivec ali tako zadolžen, da je njegova kasnejša pridobitev znatno ogrožena. V tem primeru lahko zapustnik potomčevo pridobitev omeji z razpolaganjem za primer smrti. To lahko stori s

fidejkomisarično substitucijo v korist zakonitega dediča potomca ali z odredbo o izvrševanju oporoke za časa življenja potomca.

c) **Soglasje pogodbenega upravičenca**

Če je pogodbeni partner zapustnika hkrati tudi pogodbeni upravičenec, ki se strinja z zapustnikovim razpolaganjem za primer smrti, ki krni njegove pravice, potem so ta razpolaganja veljavna tudi proti njemu. To velja tudi takrat, ko pogodbeni partner in pogodbeni upravičenec nista ista oseba in pogodbeni upravičenec soglaša z manj ugodnim položajem.

6.3.6. Sporazumna razveljavitev, odstop in izpodbijanje dedne pogodbe

6.3.6.1. Sporazumna razveljavitev

a) **Pogodba o razveljavitvi dedne pogodbe**

Dedna pogodba se lahko razveljavi s sporazumom pogodbenih strank. Sporazum o razveljavitvi mora biti podan v enaki obliki kot dedna pogodba in se ne more skleniti po smrti ene od pogodbenih strank. Učinkuje tako, da pogodbeni razpolaganja nimajo več učinka. V dvomu se šteje, da tudi enostranska razpolaganja izgubijo veljavo.

b) **Skupna razveljavitvena oporoka**

Za zakonca je razveljavitev dedne pogodbe lažja, saj jo lahko celotno ali delno razveljavita tudi s skupno oporoko. Ta določba se lahko uporabi samo, če sta bili stranki zakonca že ob sklenitvi pogodbe, ni pa razloga, da se ne bi uporabila tudi, kadar sta stranki v trenutku razveljavitve zakonca, saj lahko skupno oporoko napravita samo zakonca.

c) **Razveljavitvena oporoka s soglasjem pogodbenega partnerja**

Če dedna pogodba vsebuje pogodbeno razpolaganje, ki določa volilo ali nalog, lahko zapustnik to razpolaganje razveljavi z oporoko. Pri razveljavitvi mora soglašati pogodbeni partner zapustnika, čigar interesi so s tem varovani.

V vsakem primeru mora biti zapustnikova izjava o razdrtju dedne pogodbe narejena v obliki notarskega zapisa in dana drugi stranki.

6.3.6.2. Odstop od dedne pogodbe

Če si je zapustnik v dedni pogodbi pridržal pravico do odstopa od dedne pogodbe, lahko pogodbeni razpolaganja enostransko razveljavi z izjavo o odstopu. Pogodbeni dedič varstva ne potrebuje, saj je pri sklenitvi dedne pogodbe

privolil v to pravico zapustnika. Pridržek o odstopu se lahko nanaša na celotno dedno pogodbo ali le na njen del.

Zakon pa priznava zapustniku tudi zakonito pravico do odstopa od pogodbe v dveh primerih:

- a) Zapustnik lahko odstopi od dedne pogodbe, če pogodbeni upravičenec, ki ni nujno tudi pogodbeni dedič, stori prestop, ki daje zapustniku pravico, da mu odvzame nujni delež. Če upravičenec ne spada v krog nujnih dedičev, obstaja pravica do odstopa v primeru takšnih prestopov, ki bi upravičevali odvzem nujnega deleža pri potomcih.
- b) Zapustnik ima pravico do odstopa v primeru, da je pogodbeni dedič zapustniku do njegove smrti zavezan izpolnjevati ponavljajoče se obveznosti, zapustnik pa je pogodbeno razpolagal zaradi te obveznosti, ki pa je razveljavljena pred smrtjo zapustnika.

Izjava o odstopu mora biti v notarski obliki in naslovljena na pogodbenega dediča, iz nje pa mora biti razvidno, da zapustnik odstopa od vseh pogodbenih razpolaganj ali le od nekaterih. Pogodbenemu dediču mora biti poslan izvirnik ali odpravek izjave, prepis ne zadošča, sicer je odstop neveljaven.

Pri dvostranski dedni pogodbi se razveljavi celotna dedna pogodba. Če je zapustnik v razveljavljeni dedni pogodbi pogodbeno razpolagal glede na dogovorjeno obveznost pogodbenega dediča, je v dvomu tudi ta obveznost razveljavljena.

Če umre pogodbeni dedič, pa lahko zapustnik kot upravičenec do odstopa razveljavi pogodbeno razpolaganje z oporoko, in sicer navadno z oporoko o preklicu.

6.3.6.3. Izpodbijanje

Zakon razlikuje tri primere:

- a) Če je tudi pogodbeni dedič v dedni pogodbi podal svojo izjavo, ki pa ni razpolaganje za primer smrti, veljajo za izpodbijanje splošne določbe.
- b) Če je zapustnik v dedni pogodbi razpolagal enostransko, veljajo pravila za izpodbijanje oporoke. Zapustnik lahko prekliče dedno pogodbo oziroma razpolaganje in mu dedne pogodbe ni treba izpodbijati.
- c) Posebnost je pri pogodbeno zavezujočih razpolaganjih. Ker je zapustnik v tem primeru zavezan v interesu pogodbenega dediča in pogodbe ne more enostransko preklicati, obstaja potreba po izpodbijanju na strani zapustnika. Po njegovi smrti lahko izpodbijajo pogodbo tiste osebe, katerim bi bila razveljavitev v korist. Pogodbo lahko izpodbijajo zaradi zmote in protipravne grožnje.

Dedno pogodbo mora zapustnik izpodbijati osebno, pogodbeno zastopanje ni dovoljeno. Izjava zapustnika mora biti podana v notarski obliki in pogodbeni dedič jo mora sprejeti. Izpodbijanje je vezano na določen rok, in sicer lahko dedno pogodbo izpodbija v roku enega leta, odkar je zvedel za razlog izpodbijanja, oziroma v primeru groženj po prenehanju stiske. Tretji, ki ima pravico izpodbijati pogodbo, pa je ni upravičen izpodbijati takrat, kadar je že zapustnik pustil, da je potekel rok, in ni izpodbijal.

6.3.7. Ničnost dedne pogodbe

Na ničnost se lahko sklicuje vsak. Kadar v dedni pogodbi obe stranki pogodbeno razpolagata, ničnost enega razpolaganja povzroči tudi ničnost drugega. Pri enostranskih razpolaganjih ničnost enega razpolaganja v oporoki ne povzroči ničnosti drugih razpolaganj. Kadar je nična celotna dedna pogodba, so nična tudi enostranska razpolaganja, če ne pride do konverzije v oporoko.

Dedna pogodba je nična, če ni sestavljena v notarski obliki ob sočasni navzočnosti obeh strank.

6.4. Avstrija³⁸

6.4.1. Pojem

Po avstrijskem pravu lahko dedno pogodbo skleneta zakonca. Z njo se obljubi bodoča zapuščina ali njen del in se obljuba sprejme. Za veljavnost takšne pogodbe je potrebno, da je sklenjena v pisni obliki v obliki notarskega zapisa z vsemi predpostavkami pisne oporoke.

Dedna pogodba tvori tretji dedni naslov, poleg zakona in oporoke, nikakor pa ne povzroča premoženjskopравnih učinkov pred nastopom dedovanja.

Upravičenca za sklenitve dedne pogodbe sta le zakonca in zaročenca pod pogojem, da kasneje skleneta zakonsko zvezo. Iz tega razloga je zakonodajalec uvrstil določbe o dedni pogodbi med ženitne pogodbe, čeprav dedna pogodba ni ženitna pogodba. Veljavno nemško, švicarsko in avstrijsko pravo dedni pogodbi priznava zavezujoče učinke, avstrijsko pravo pa drugače od nemškega in švicarskega omejuje pravico do sklenitve dedne pogodbe le na zakonce. Kljub sklenjeni dedni pogodbi lahko zakonca poljubno razpolagata s svojim premoženjem s pravnimi posli med živimi.³⁹

Četrtna vsega premoženja mora biti pridržana za razpolaganje z oporoko. Zapustnik se tako svoji pravici do svobode testiranja ne more povsem odpo-

³⁸ Povzeto po F. Gschnitzer, nav. delo, str. 12–50.

³⁹ V. Rijavec, nav. delo, str. III.

vedati. Če zapustnik oporoke ne napravi, ta delež ne pripade pogodbenemu dediču, četudi bi mu bila obljubljena vsa zapuščina, temveč zakonitim dedičem.

Dedna pogodba tudi ni oporoka z dodanim dogovorom, da je ni mogoče preklicati. Zato je bilo v avstrijski teoriji sprejeto mnenje, da je dedna pogodba pogodba dednega prava *sui generis*.⁴⁰

6.4.2. Vrste⁴¹

Dedna pogodba je lahko:

- enostranska: A s pogodbo z B-jem postavi B-ja ali C-ja za dediča; enostranskost pomeni, da je s pogodbo vezan le A,
- dvostranska: A in B s pogodbo postavita C-ja za svojega dediča, pogodba je dvostransko zavezujoča,
- vzajemna: A in B postavita drug drugega za dediča; vzajemne pogodbe so hkrati dvostranske.

6.4.3. Predpostavke za veljavnost

- a) Dedna pogodba mora biti sklenjena v obliki notarskega zapisa ob navzočnosti dveh prič.
- b) Glede dedne pogodbe se uporabijo določbe pogodbenega prava, npr. glede poslovne sposobnosti, pogojev, ker pa je tudi dednopravni posel, je treba uporabiti tudi določbe dednega prava, npr. glede oblike, pravice do nujnega deleža.
- c) Pogodbena partnerja sta lahko izključno zakonca ali zaročenca, pod pogojem, da kasneje skleneta zakonsko zvezo. Pogodbena partnerja postavita drug drugega za dediča ali pa ena pogodbena stranka postavi drugo za dediča.
- d) Zastopanje je izključeno. Če je zapustnik poslovno nesposoben, ne more skleniti dedne pogodbe.
- e) Novejša teorija dopušča tudi dedne pogodbe v korist tretjega s polnim učinkom.
- f) Predmet dedne pogodbe je lahko bodoča zapuščina ali njen del. Predmet dedne pogodbe ne more biti cela zapuščina, ampak samo tri četrtine premoženja.

⁴⁰ Prav tam.

⁴¹ Prav tam.

6.4.4. Učinki

Zakonec se z dedno pogodbo ne more povsem odpovedati pravici napraviti oporoko. Čista četrtnina premoženja zapustnika, ki ne sme biti obremenjena ne z nujnim deležem ne z drugim dolgom, mora po zakonu ostati pridržana za oporoko. Če zapustnik oporoke glede tega deleža ne napravi, ne pripade pogodbenemu dediču, četudi bi mu bila obljubljena vsa zapuščina, temveč zakonitim dedičem.

Dedna pogodba lahko zajema maksimalno tri četrtine premoženja zapustnika.

Pogodbeni zapustnik glede razpolaganja s premoženjem, ki je zajeto v dedni pogodbi, ni omejen. Zapustnikova pravica razpolaganja se lahko omeji le glede razpolaganja z nepremičninami, in sicer z vpisom prepovedi odtujitve in obremenitve. Pogodbeni dedič nima glede premoženja, ki je predmet dedne pogodbe, nobene odtujljive, obremenljive in podedljive pravice. Pravica, ki izvira iz pogodbe, nastane šele s smrtjo zapustnika in je ni mogoče prenesti na koga drugega, če pogodbeni dedič zapustnika ne preživi.

Dedno pogodbo je mogoče upoštevati le, če se upravičenci nanjo sklicujejo. Zavezuje samo zapustnika, ne pa tudi dedičev po pogodbi, če so dediči pogodbeni partnerji ali tretji. Dediči imajo pravico, da dediščino sprejmejo ali se ji odpovedo. Dedna pogodba ni stvarnopravne narave, ker ne nastane stvarnopravno upravičenje za pogodbene dediče.

6.4.5. Prenehanje

Dedna pogodba se ne sme preklicati na škodo drugega zakonca, s katerim je bila sklenjena, lahko pa se razveljavi le, kakor to predpisujejo zakoni. Enostranski preklic dedne pogodbe je brez učinka.

Na podlagi zakona pa dedna pogodba preneha s smrtjo pogodbenega dediča pred zapustnikom, z dedno nesposobnostjo v času nastopa dednega primera, z dedno nevrednostjo, odpovedjo dedovanju in odklonitvijo dediščine ali z razvezo, razveljavitvijo zakona ali razglasitvijo zakona za ničnega. Tako je razveljavitev dedne pogodbe mogoča le z novo dedno pogodbo, pogodbo o odpovedi neuvedenemu dedovanju ali sporazumom o razveljavitvi dedne pogodbe. Ker je dedna pogodba močnejši pravni naslov od oporoke, je ni mogoče razveljaviti z oporoko.

6.4.6. Neveljavnost

Razpolaganje za primer smrti, ki mu manjka katera od določenih predpostavk, je neveljavno. Pravica izpodbijati dedno pogodbo zastara v treh letih, v pri-

meru ponareditve in podtaknitve pa v tridesetih letih. S konverzijo je lahko neveljavna dedna pogodba veljavna oporoka.

7. SKLEP

De lege lata v Sloveniji poznamo dva pravna temelja za dedovanje. To sta zakon in oporoka. Vsekakor bi veljalo razmisliti, da bi kot tretji pravni naslov za dedovanje določili dedno pogodbo, kar je bilo pri nas do leta 1955 že v veljavi.

Glavni pomislek pri dedni pogodbi je, kot že rečeno, pogodbeno določena vezanost glede razpolaganj s premoženjem, ki ga bo pogodbenik imel ob smrti, saj tako zapustnik ni več popolnoma svoboden v razpolaganju s svojim premoženjem do svoje smrti.

Zakonodaje Francije, Avstrije in Nemčije izrecno določajo, da pogodbeni zapustnik glede premoženja, s katerim razpolaga v dedni pogodbi, za časa življenja ni omejen. Zapustnik torej s pogodbo ni obligacijskopravno vezan, omejena je le njegova svoboda testiranja, torej razpolaganja za primer smrti glede premoženja, ki je predmet pogodbe. Zapustnik lahko s pravnim poslom za časa življenja glede premoženja, ki je predmet pogodbe, še naprej neomejeno razpolaga, pri čemer v Franciji ne more razpolagati neodplačno, v Avstriji pa se zapustnikova pravica razpolaganja omeji le glede razpolaganja z nepremičninami z vpisom prepovedi odtujitve in obremenitve v zemljiško knjigo.

Pogodbeni dedič za časa zapustnikovega življenja nima nobene pravice glede premoženja, ki je predmet dedne pogodbe. Njegova pravica izvira iz dedne pogodbe in nastane šele s smrtjo zapustnika. Pogodbeni dedič je v primerjavi z oporočnim dedičem v boljšem položaju. Oporoko lahko zapustnik vsak čas spremeni, ne da bi oporočni dedič za to vedel, nasprotno pa pogodbeni dedič natančno ve, kaj mu pripada na podlagi dedne pogodbe. Po drugi strani je pogodbeni dedič tudi v negotovosti, saj lahko zapustnik s premoženjem, ki je predmet dedne pogodbe, do svoje smrti prosto razpolaga. Takšni primeri so verjetno v praksi redki, saj sicer zapustnik ne bi sklenil dedne pogodbe.

Trditev, da je zapustniku z dedno pogodbo odvzeta pravica svobodnega testiranja, je zelo relativna – predvsem v primerjalnem pravu. V francoskem pravu je dedna pogodba med zakoncema ves čas trajanja zakonske zveze preklicna tudi zaradi hude nehvležnosti. Preklic je mogoč tudi zaradi neizpolnitve naloge, določenega s pogodbo, ali v primeru kasnejšega rojstva otrok. Nemška ureditev dopušča zapustniku več možnosti.

Večina primerjalnopравnih ureditev bi bila sprejemljiva tudi v našem pravu. V praksi bi se verjetno dedne pogodbe sklepale hkrati z drugimi pravnimi posli.

Takšna mešana pogodba bi strankam omogočala, da dokončno razpolagajo s svojim premoženjem in tako določijo njegovo usodo.

Vsekakor bi bilo potrebno, ob ponovni uvedbi dedne pogodbe v naš pravni sistem, najprej opredeliti njeno pravno naravo. Zakonodajalec bi imel predvsem dve možnosti. Ali bi upošteval že obstoječo ureditev dednega prava ali pa bi uredil dedno pogodbo na temelju novih dednopravnih pravil.

Po mojem mnenju bi moral zakonodajalec ubrati srednjo pot in se zgledovati po primerjalni zakonodaji (predvsem nemški), lahko pa bi nekatera vprašanja uredil izvirno. Veljalo bi razmisliti, ali bi lahko uporabili tudi splošne institute obligacijskega prava.

Iz analize primerjalnega prava⁴² lahko razberemo, da želijo zakonci, ki se odločajo za sklepanje ženitnih pogodb, v večini primerov urediti vsa medsebojna razmerja, med katera spadajo tudi vprašanja dedovanja. V nemajhnem številu se v ženitnih pogodbah pojavljajo tudi dednopravne klavzule. Kaže, da bodo v našem pravnem redu ženitne pogodbe dopustne, dednopravne klavzule v ženitnih pogodbah pa še vedno ne bodo dovoljene. Glede na praktičnost ženitne pogodbe bi morali v našo zakonodajo vpeljati ženitne pogodbe in s tem dovoliti tudi sklepanje dednih pogodb. To pomeni, da se zavzemam, da naj bi dedne pogodbe bile veljavne vsaj med zakoncema.

⁴² V. Žnidaršič, nav. delo (2002), str. 117–209.

Literatura

- Hans Brox: *Erbrecht*, 19. Völlig neubearbeitete Auflage. Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München 2001.
- Stojan Cigoj: *Komentar obligacijskih razmerij: veliki komentar zakona o obligacijskih razmerjih* dr. Stojana Cigoja. Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1984.
- Henry Dyson: *French property and inheritance law: principles and practice*. Oxford University Press, Oxford 2003.
- Murad Ferid in Hans Jürgen Sonnenberger: *Das französische Zivilrecht*, Bd. 3: *Familienrecht*, 2. Auflage. Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1987.
- Peter Gottwald, Dieter Schwab in Eva Büttner: *Family and Succession Law in Germany*. Kluwer Law International, London 2001.
- Franz Gschnitzer: *Österreichisches Erbrecht*, 2. Neubearbeitete Auflage. Springer-Verlag, Dunaj, New York 1983.
- Janez Metelko: *Dednopravne pogodbe*, v: *Podjetje in delo*, 28 (2002) 6-7, str. 1210–1221.
- Vesna Rijavec: *Pogodbe civilnega prava, ki niso bile uvrščene v ZOR*, v: *Pravna praksa*, 16 (1997) 5, str. I–VII.
- Bogomir Sajovic: *Osnove civilnega prava*, Splošni del. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1994.
- Albin Smole: *Zakonito in oporočno dedovanje: sistematični oris materialnega dednega prava*. Uradni list SRS, Ljubljana 1965.
- Viktorija Žnidaršič: *Premoženjska razmerja med zakoncema*. Bonex, Ljubljana 2002.
- Viktorija Žnidaršič Skubic: *Dedna pogodba*, v: *Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani*, LXV (2005), str. 371–393.
- Viktorija Žnidaršič Skubic: *Dedna pogodba, dednopravne klavzule v ženitni pogodbi in skupna oporoka*, v: *Pravni letopis*, Inštitut za primerjalno pravo pri PF v Ljubljani, Ljubljana 2009.

AVTORSKI SINOPSIS*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 94(497.4)"1912/1913"(049.3)

KRANJC, Janez: Ozadje Jugoslovanske velike noči**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 11-12**

Avtor obravnava ozadje na prvi pogled naivnega navdušenja slovenskih politikov pred prvo svetovno vojno nad povezovanjem južnih Slovanov v enotno državo. S tem so verjetno hoteli doseči uresničenje jezikovnih in drugih pravic Slovencev. Prepričani so bili, da sklicevanje na tesne vezi z drugimi Slovani povečuje njihovo težo v notranji avstrijski politiki. Temeljna zahteva slovenske politike od marčne revolucije naprej se je nanašala na uradno rabo slovenskega jezika. Kljub številnim predpisom, ki so jo zagotavljali, se v praksi ni mogla v celoti uresničiti.

Original Scientific Article

UDC: 94(497.4)"1912/1913"(049.3)

KRANJC, Janez: On the Backgrounds of the "Yugoslav Easter"

Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 11-12

The author examines what at first glance seems a naïve enthusiasm of Slovenian politicians before the First World War for a union with South Slavs. Their likely intent was to achieve a fulfillment of language and other rights of Slovenian people. Slovenian politicians were convinced that the invocation of close ties with other Slavs increased their leverage in the domestic politics of the Monarchy. The main demand of Slovenian politics since the March revolution was related to the official use of Slovenian language. Despite clear legal guarantees it was not entirely carried out in practice.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 35.077.3:347.56

KERŠEVAN, Erik: Odškodninska odgovornost za odločanje v upravnem postopku**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 11-12**

Vprašanje odškodninske odgovornosti uradnih oseb, ki odločajo v upravnih postopkih, je v danem času zanimivo in povezuje pravila dveh velikih pravnih področij: upravnega in civilnega prava. Odsotnost posebne zakonske ureditve odškodninske odgovornosti nosilcev oblasti se izrazi v uporabi splošnih pravil obligacijskega prava, čemur sledi tudi novejša sodna praksa, ki je odgovorila na vprašanje pravnih podlag za odgovornost države v primeru protipravnega ravnanja sodnikov in tožilcev kot organov države. Temu lahko z vsebinsko enakimi kriteriji sledi tudi razreševanje vprašanja odgovornosti nosilcev izvršne veje oblasti, kar pomeni, da predstojniki upravnih organov in druge osebe, ki so pooblašcene za odločanje v upravnem postopku, ne morejo biti osebno odškodninsko odgovorni za škodo tretjim osebam, povzročeno s protipravnimi upravnimi akti. Hkrati pa uporaba splošnih pravil odškodninske odgovornosti tudi v povezavi z odgovornostjo nosilcev upravnega odločanja povzroča težave, ki jih prispevek tudi obravnava. Zaključek, ki ga ponuja navedena razprava, pa je (tudi) v tem, da se mora ob uveljavljanju odškodninske odgovornosti države štiti tudi samostojnost uradnih oseb pri odločanju v upravnih postopkih in omejiti njihova izpostavljenost odškodninskim tožbam.

Original Scientific Article

UDC: 35.077.3:347.56

KERŠEVAN, Erik: Tort Liability for Administrative Decision-Making**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 11-12**

The issue of tort liability of public officers, exercising their powers to decide in administrative matters is in the present time quite interesting and combines legal rules and principles of two large fields of law: administrative and civil law. The absence of special legal provisions regulating the liability of state authorities results in general rules of civil law to be applied in these cases. This is also supported by recent developments in jurisprudence, which has addressed the questions of legal basis for liability in damages resulting from illegal actions by judges and state prosecutors, both being bodies of the State itself. Using the same criteria these conclusions made by the courts can also be used to resolve difficult questions of liability of holders of executive powers, meaning heads of administrative bodies and other persons empowered to decide in administrative matters, meaning that they cannot be held personally liable in damages caused to third persons by illegal administrative decisions. Together with the use of general rules of civil law regulating tort liability for administrative decision-making, several difficulties appear that are further discussed in this article. The conclusion offered is (also) that with guaranteeing State liability on one hand also the autonomy of public officers holding powers to decide in administrative matters has to be protected and therefore the possibility of them being subjected to direct actions for damages has to be limited.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 343.14(497.4)

HRIBAR, Maša: Vnaprejšnja dokazna ocena v slovenskem kazenskem postopku**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 11-12**

Avtorica v prispevku obravnava položaj vnaprejšnje dokazne ocene v slovenskem kazenskem postopku. Zaradi tesne povezanosti instituta s postopkom dokazovanja najprej predstavi načelno ločenost dveh faz tega postopka, in sicer faze izvajanja dokazov in faze dokazne ocene. V nadaljevanju se nato osredotoči na institut vnaprejšnje dokazne ocene. Najprej skozi pregled sodne prakse ugotavlja, ali je vnaprejšnja dokazna ocena v našem kazenskem postopku prepovedana ali ne, nato pa razišče tudi smisel njene morebitne prepovedi. Nazadnje se posveti možnosti naših sodišč, da zavrnejo dokazni predlog iz razloga, ker je dejstvo, ki se želi dokazati, že dokazano oziroma ker je dejansko stanje že dovolj razjasnjeno, ter se sprašuje, ali je tak zavrnitveni razlog ustrezen. Zaradi nasprotujočih si mnenj, ki jih je mogoče najti v sodni praksi, se razprava sklene z ugotovitvijo, da položaj vnaprejšnje dokazne ocene v slovenskem kazenskem postopku ni jasen, natančna analiza sodnih odločitev pa nakazuje na večplasten problem obstoječe ureditve. Avtorica ob koncu sklene, da se zaradi zasnove našega kazenskega postopka vnaprejšnji dokazni oceni kot posledici sodnikove glavne besede v postopku dokazovanja ne moremo popolnoma izogniti.

Original Scientific Article

UDC: 343.14(497.4)

**HRIBAR, Maša: Anticipated Evaluation of Evidence
in the Slovenian Criminal Procedure****Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 11-12**

In the article, the author discusses the position of anticipated evaluation of evidence in the Slovenian criminal procedure. Because of the close connection of this subject matter with the proof process, the author first presents the principle disjunction of two phases of this process, namely the hearing of evidence and the evaluation of evidence. She then focuses on the institute of the anticipated evaluation of evidence. Through the review of the jurisprudence, she first assesses, whether the anticipated evaluation of evidence in our criminal procedure is prohibited or not, and afterwards she investigates the meaning of its potential prohibition. Lastly, the author concentrates on the options of our courts to deny the motion to present evidence because the fact to be proven has already been proven or because the facts of the case are already clear, and questions the adequacy of denial on such ground. Due to conflicting opinions in the jurisprudence, the discussion is concluded in finding, that the position of the anticipated evaluation of evidence in the Slovenian criminal procedure is not clear and that the precise analysis of judicial decisions suggests a complex problem of the existing regulation. Because of the design of our criminal procedure, the author at the end concludes that we cannot completely avoid the anticipated evaluation of evidence as a result of the judge's main role in the proof process.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 341.645

DRENIK, Simona: Mednarodno sodstvo: *bric-à-brac* ali sistem?

Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 11-12

Namen prispevka je poskus odgovoriti na vprašanje, ali je mednarodno sodstvo zgolj *bric-à-brac* – skupek nepovezanih institucij – ali pa tvori sistem. Avtorica zavzame širok in praktičen pristop do mednarodnega sodstva. Po njenem mnenju so merila za opredelitev mednarodnega sodstva ta: a) ustanovitev na podlagi mednarodnega instrumenta, b) odločanje na podlagi mednarodnega prava, c) pravno obvezujoča narava odločitve in d) pristojnost odločanja v primerih, da je vsaj ena stranka država ali mednarodna organizacija. Ta pristop iz pojma mednarodnega sodstva ne izključuje *ad hoc* sodišč in arbitraž. Podprt je z analizami koherentnosti mednarodnega prava prek sodne prakse, ki vključuje stalna mednarodna sodišča, *ad hoc* sodišča, mednarodno arbitražo in regionalna sodišča. Tako sta kot temeljni značilnosti mednarodnega sodstva poudarjeni njegova proliferacija in decentralizacija. V ospredju je zlasti zagotavljanje notranje usklajenosti mednarodnega prava s strani decentraliziranega mednarodnega sodstva, kar je tudi eden od ciljev vsakega nacionalnega sodnega sistema. Avtorica sklene, da mednarodnega sodstva ni mogoče označiti niti za (en) sistem niti za *bric-à-brac*. Korektno je, če je mednarodno sodstvo, kakršno je zdaj, opredeljeno kot sistem v nastajanju (*in statu nascendi*). In čeprav ni formalne hierarhije med mednarodnimi sodišči, obstaja pravno zavedanje o potrebnem sodelovanju in potencialnih težavah, vendar pa se to še ne kaže v konkretnih ukrepih.

Original Scientific Article

UDK: 341.645

DRENIK, Simona: International Judiciary: *Bric-à-Brac* or a System?

Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 11-12

The purpose of this article is trying to answer a question whether international judiciary is merely *bric-à-brac* – a series of unrelated institutions, or whether it forms a system. The author is taking a broad and practical approach to international judiciary. According to the author the criteria for the definition of international judiciary are the following: (a) the creation by an international instrument, (b) deciding on the basis of international law, (c) legally binding nature of the decision, and (d) the decision-making power in cases where at least one party is state or international organization. This approach does not exclude *ad hoc* courts and arbitrations. It is supported also by case-law analyses of the coherency of international law, which concern permanent international courts, *ad hoc* tribunals, international arbitrations and regional courts. In this regard proliferation and decentralization are identified as two general characteristics of international judiciary. Particularly exposed is the issue of guaranteeing coherence of international law by the decentralized international judiciary, as this is also one of the aims of every national judicial system. The author concludes that international judiciary cannot be characterized as a (single) system or as a *bric-à-brac*. It is accurate, if the current stage of international justice is defined as a system in progress (*in statu nascendi*). While no formal hierarchy among international courts exists, there is a legal awareness of the need for cooperation and of the potential problems, but such awareness has not been reflected in concrete actions yet.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 347.68(497.4)

SCORTEGAGNA KAVČNIK, Nina: Dedna pogodba**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 11-12**

Avtorica v prispevku poudarja, da bi vsekakor veljalo razmisliti, da bi pri nas kot tretji pravni naslov za dedovanje določili dedno pogodbo, kar je bilo do leta 1955 že v veljavi. Predstavi stališče do dednih pogodb v našem pravu in poudarja, da je trditev, da je zapustniku z dedno pogodbo odvzeta pravica svobodnega testiranja, zelo relativna – predvsem v primerjalnem pravu. Avtorica se v prispevku zavzema za ponovno uvedbo dedne pogodbe v naš pravni sistem ter navaja ustavnopravne razloge in praktične potrebe. Ob vsem tem pa svetuje previdnost in preudarnost, saj bi bilo najprej nujno opredeliti samo pravno naravo dedne pogodbe.

Review Article

UDC: 347.68(497.4)

SCORTEGAGNA KAVČNIK, Nina: Contract of Inheritance**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 11-12**

In the article, the author emphasizes the importance of considering the possibility of including the contract of inheritance as the third legal title for inheritance in Slovenia, which was valid here until 1955. The author presents the position of contracts of inheritance in Slovenian legislation and points out that the argument that the testator is denied the right of freedom of testing with the contract of inheritance is very relative – especially in comparative law. The author of the article calls for the reintroduction of the contract of inheritance in our legal system, for which she provides constitutional reasons and practical needs. Furthermore, she advises caution and prudence, as it would first be necessary to define only the legal nature of the contract of inheritance.

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 *Hi-tri postopek in pravna sredstva v ZP-1*, ki sem jo avtor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspešno zagovarjal 5. maja 2008 na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru.

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

2.

Prispevki naj bodo poslani po katerem od elektronskih medijev ali e-pošti (Pravnik@revija-pravnik.si).

Prispevki morajo biti jezikovno neoporečni, sicer bo besedilo avtorju vrnjeno v 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 zasnovo revije, ki naj bi pokrivala čim več pravnih področij. V rubriki Članki naj prispevki obsegajo največ dve avtorski poli (60.000 znakov s presledki oziroma približno 30 strani s presledkom med vrsticami 1,5) in drugi prispevki v obsegu do ene avtorske pole (30.000 znakov s presledki oziroma do približno 15 strani s presledkom med vrsticami 1,5). Vse pa je šteto skupaj s sprotnimi opombami in seznamom literature. Za objavo prispevkov z večjim obsegom se je treba dogovoriti z uredništvom.

5.

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

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

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

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

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

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

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

6.

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

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

7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

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

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1. Druga izdaja, prevod Mitje 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 podpisane čim prej vrne uredništvu.

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

Prispevke za objavo v reviji pošljite na naslov:

GV Založba, Likožarjeva ulica 3, 1000 Ljubljana ali

pravnik@revija-pravnik.si

Za uredniški odbor
odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić

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

1.

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

2.

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

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

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

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

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

3.

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

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

Example: SMITH, John: Pravna sredstva v civilnem procesnem pravu, Pravnik, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3
... (15 lines of abstract and 5 key words in Slovenian language)

SMITH, John: Legal Remedies in the civil procedural law, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.
... (15 lines of abstract and 5 key words in English language)

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

4.

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

5.

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

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

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

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

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

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

Example: Ibidem.

Example: Ibidem, p. 56.

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

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

6.

Full bibliographical information should comprise:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.

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

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

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

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

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

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

8.

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

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

9.

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

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

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

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

Manuscripts should be **sent in paper version accompanied by an electronic source**, such as DVD or USB key, at:

GV Založba, Ltd.
Likožarjeva ulica 3
SI-1000 Ljubljana
Slovenia

or electronically to: **pravnik@revija-pravnik.si**

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

NOVO



Osamosvajanje Slovenije *Pogled iz Ljubljane in Beograda*

Avtor: **dr. Ivan Kristan**

Knjiga predstavlja zgoščen pogled na nekatere odseke dela dr. Ivana Kristana, ki je bil kot ustavni pravnik, profesor ustavnega prava, sodnik ustavnega sodišča Jugoslavije ter predsednik Državnega sveta Republike Slovenije kritičen spremljevalec našega ustavnega in političnega razvoja.

Naslovna stran knjige kaže na motiv za njeno izdajo. Gre za X. amandma k slovenski ustavi, o samoodločbi, ki ga je bilo treba ubraniti v Beogradu. Avtor ugotavlja, da je ustavnopravni vidik osamosvajanja Slovenije, ki se je začel v Sloveniji in se je nadaljeval pred Ustavnim sodiščem Jugoslavije, podcenjen in skoraj zamolčan.

Število strani: 416 | Leto izdaje: 2013 | Cena: 20,01 EUR

Občni državljanski zakonik *Faksimile izdaje iz leta 1928*

Spremna beseda: **dr. Miha Juhart**

Občni državljanski zakonik je eden največjih spomenikov pravne kulture in je igral pomembno vlogo v razvoju slovenskega pravnega sistema. Sprejet je bil leta 1811, veljati pa je začel z začetkom leta 1812. Ob 200-letnici veljavnosti Občnega državlanskega zakonika je izšel faksimile izdaje iz leta 1928, v posebni knjižici pa je objavljena spremna beseda.

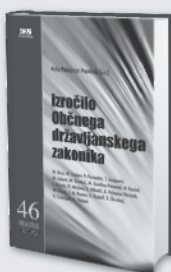


Število strani: 480, 20 | Format 10,5 x 15,5 cm | Leto izdaje: 2012 | Cena: 72,00 EUR

Izročilo Občnega državlanskega zakonika

Urednica: **dr. Ada Polajnar Pavčnik**

Avtorji: **dr. Marko Brus, dr. Mile Dolenc, dr. Francesca Fiorentini, dr. Tatjana Josipović, dr. Miha Juhart, dr. Marko Kambič, dr. Mateja Končina Peterneel, dr. Helmut Koziol, dr. Janez Kranjc, dr. Damjan Možina, dr. Dušan Nikolić, dr. Ada Polajnar Pavčnik, dr. Willibald Posch, dr. J. Michael Rainer, dr. Claudia Rudolf, dr. Katja Škrubej, dr. Verica Trstenjak, dr. Ana Vlahek**, stvarno kazalo: **Gregor Dugar**



Leta 2012 je minilo 200 let od uveljavitve avstrijskega Občnega državlanskega zakonika v deželah avstrijske monarhije. Ob tej obletnici je bil v Ljubljani mednarodni simpozij v organizaciji Pravne fakultete. V knjigi so zbrani referati s simpozija, ki so bili posebej pripravljani za natis v knjigi. Simpozij je bil mednarodni in udeleženci so referate predstavili v slovenskem, hrvaškem, angleškem in nemškem jeziku. V teh jezikih so prispevki objavljeni tudi v knjigi.

Število strani: 422 | Leto izdaje: 2013 | Cena: 68,00 EUR



Mednarodno poslovanje

NOVO

Avtorica: **mag. Ivanka Šenk Ileršič**

Priročnik daje konkretne odgovore na številna vprašanja glede raziskave tujih trgov in virov informacij, načina vstopa podjetij na tuje trge, organizacije prodaje na izbranem trgu, nastopa na mednarodnih sejnih, sklepanja mednarodnih pogodb, zavarovanja poslovnih in plačilnih tveganj ter konkretne operativne izvedbe izvoznega in uvoznega postopka s prikazom vseh potrebnih listin in dokumentov.

Število strani: 502 | Leto izdaje: 2013 | Cena: 68,00 EUR

Davki za managerje

Od osnov do praktičnih rešitev

Avtorji: **Mitja Černe, Uroš Ferjan, Andrej Grah Whatmough, mag. Barbara Guzina, Dušan Jeraj, Irena Kamenščak, Ivan Kranjec, dr. Jernej Podlipnik (ur.), dr. Bojan Škof, mag. Tanja Urbanija, Katja Wostner**

Knjiga želi managerjem razumljivo predstaviti osnovne davčne pojme, logiko ter načela obdavčenja v tistih situacijah, v katere podjetja najbolj pogosto vstopajo in so hkrati davčno zanimive ali problematične.

Knjiga ni razdeljena po davkih, ampak vsebinsko. Poleg lizinga avtorji obravnavajo še davčne vidike pogodb, nepremičnin, gospodarskih statusnih zadev, kadrovskih zadev znotraj podjetja, poslovanja v tujini in transfernih cen ter insolvenčnih in izvršilnih zadev. Dodani sta poglavji o postopku davčnega nadzora ter o prekrškovnih in kazenskih posledicah, če podjetje ne ravna v skladu s predpisi.

Število strani: 192 | Leto izdaje: 2012 | Cena: 78,00 EUR



Računovodstvo za managerje

2., spremenjena in dopolnjena izdaja

Avtorja: **mag. Aleksander Igličar, dr. Marko Hočevnar**

Avtorja obravnavata oba temeljna vidika računovodstva: poročanje za zunanje uporabnike, tako imenovano finančno računovodstvo, in poročanje za notranje uporabnike, tako imenovano poslovodno računovodstvo. Knjiga je napisana z vidika managerjev oziroma uporabnikov računovodskih informacij, in ne z vidika računovodij. Vključeni so številni praktični primeri.

Število strani: 600 | Leto izdaje: 2011 | Cena: 95,00 EUR



Pravni rokovnik 2014

Pravni rokovnik 2014 je tak, kot ga pričakujete
– s preglednim koledarskim delom in zbirko skrbno
preverjenih podatkov, ki jih pogosto potrebujete pri delu.

Cena: 38,00 EUR

Da ne boste iskali:

- ▶ kratice zakonov in drugih aktov
- ▶ pravosodni organi, poslovanje sodišč, telefonske številke najbolj pogosto klicanih oddelkov višjih sodišč
- ▶ povrnitev stroškov v postopkih, tarife, nagrade
- ▶ sodni tolmači, izvedenci, cenilci, ocenjevalci in člani poravnalnega odbora
- ▶ sodni izvršitelji, pooblaščenci vročitelji in detektivi
- ▶ sodne takse, upravne takse
- ▶ odvetniška in notarska tarifa ter imenik odvetnikov in notarjev
- ▶ davčni svetovalci z licenco
- ▶ mediacija, pravilniki, mediatorji
- ▶ določbe različnih aktov, ki določajo štetje rokov
- ▶ overitev listin v mednarodnem prometu
- ▶ ponudniki pravnih informacij
- ▶ brezplačna pravna pomoč
- ▶ državni organi RS
- ▶ upravne enote
- ▶ naslovi agencij, borz, zbornic, zavodov, skladov, zvez, društev in drugih pomembnih organizacij
- ▶ koledarčki za leta od 2011 do 2018, prazniki in dela prosti dnevi, šolske počitnice
- ▶ poštne številke in seznam Petrolovih servisov, kjer je mogoče oddati poštno pošiljko ...

*lepo in praktično
darilo*

NE PREZRITE MOZNOSTI PERSONALIZACIJE!

- za dodatnih 8 evrov + DDV na vaš rokovnik natisnemo vaše ime ali ime institucije
- za dodatnih 5 evrov + DDV pa natisnemo ime institucije, vaše ime in druge podatke na prvo notranjo stran

Za dogovor o personalizaciji vašega rokovnika pokličite po telefonu: 01 30 91 820.

GV Založba, d. o. o., Likozarjeva ulica 3, Ljubljana
Prodaja, telefon: 01 30 91 820, faks: 01 30 91 815
e-pošta: prodaja@gvzalozba.si

www.gvzalozba.si



Pravnik