

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Ljubljana 2014
letnik 69 (131)
številka 7-8
strani 421–570

izdaja
Zveza društev pravnikov Slovenije

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik **69** (131)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka **7-8/2014**

Slovenski pravnik je prvič izšel leta 1862 (izdajatelj dr. J. R. Razlag), v letih 1870–1872 so izšli trije letniki revije *Pravnik slovenski* (izdajatelj dr. J. R. Razlag). Leta 1881 je kot 1. letnik izšla revija *Slovenski pravnik* in nato še leta 1882 in 1883 (izdajatelj dr. Alfons Mosche). Leta 1888 je izšel 4. letnik revije (izdajatelj društvo Pravnik), ki je nato izhajala (razen v letih 1918 in 1919) do leta 1944. Leta 1946 (kot 1. letnik) je začela izhajati revija *Ljudski pravnik*, ki se je leta 1953 preimenovala v *Pravnika*; od 1. januarja 1965, po združitvi z revijo Javna uprava, izhaja *Pravnik* kot revija za pravno teorijo in prakso.

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

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

Uredniški odbor:

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

Mednarodni uredniški odbor:

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

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Jezikovni pregled in oblikovanje:

IUS SOFTWARE, d. o. o., GV Založba

Pravnik

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

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

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

Naklada: **500 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

- Ksenija Zeilhofer Orehek Pravni standardi imisijskega prava – 425
- Eneja Drobež Odpoved avtorski pravici – 449
 Verzicht auf Urheberrecht (daljši povzetek v nemščini) – 476
- Kevin Rihtar So etični standardi del pogodbe o mednarodni
 prodaji blaga? – 483
 *Are Ethical Standards Part of International
Sales Contract? (daljši povzetek v angleščini)* – 505
 *Jesu li etički standardi dio ugovora o međunarodnoj prodaji
robe? (daljši povzetek v hrvaščini)* – 513
- Matjaž Ambrož Posebna vprašanja sosterilstva – 519

Prikaza

- Albin Igličar Dr. Žun ob začetkih sociologije prava na Slovenskem
 – 543
- Iztok Štefanec Pomen ustavnosti in ustavna demokracija:
 zbornik ob dvajsetletnici slovenske ustave – 551

Avtorski sinopsisi – 559

Navodila za avtorje – 571

CONTENTS

Articles

- Ksenija Zeilhofer Orehek Legal Standards in Emission Law – 425
- Eneja Drobež Waiver of Copyright – 449
Verzicht auf Urheberrecht (Longer Summary in German) – 476
- Kevin Rihtar Are Ethical Standards Part of International Sales Contract? – 483
Longer Summary in English – 505
Longer Summary in Croatian – 513
- Matjaž Ambrož Special Issues of Co-Perpetration – 519

Book Reviews

- Albin Igličar Dr. Žun on the Beginnings of the Slovenian Sociology of Law – 543
- Iztok Štefanec Significance of Constitutionality and Constitutional Democracy: Insight into Miscellany, Marking Twenty Years of the Slovenian Constitution – 551

Authors' Synopses – 559

Guidelines for Authors – 575

PRAVNI STANDARDI IMISIJSKEGA PRAVA

Ksenija Zeilhofer Orehek,

*univerzitetna diplomirana pravnica, magistrica pravnih znanosti,
okrožna sodnica, dodeljena na Vrhovno sodišče Republike Slovenije*

1. UVOD

Za pravne standarde je značilno, da zakonodajalec v dispoziciji pravne norme ne uporabi povsem določenih pojmov, temveč opredeli le bistvo, to je okvir pojma, natančnejšo določitev pa prepusti tistemu, ki bo normo uporabljal.¹ Prav tu pa mora sodnik določiti vsebino pravnega standarda in s tem zapolniti zgornjo premiso, saj jo bo lahko šele na podlagi take dopolnitve primerjal s konkretnim dejanskim stanjem.² Zato pravimo, da s tem opravlja funkcijo zakonodajalca, a le za določen primer.

Namen tega prispevka je osvetliti pomen in vlogo pravnih standardov na področju imisijskega prava, kot so: *krajevno običajna mera*, *vir nevarnosti*, *škodna nevarnost*, *večja škoda* ipd. Razvoj tehnologije, zlasti pa kritičen odnos družbe do imisij narekujejo vse večjo potrebo po njihovem zapolnjevanju in nadgrajevanju. V primerljivih pravnih ureditvah so ti standardi urejeni enotno, zaradi česar je njihova uporaba manj težavna. Pri nas pa razdrobljenost in številnost teh standardov povzroča v praksi nejasnosti in težave. Prav zato bi bil na področju imisij potreben premik v naši civilnopravni zakonodaji.

2. KRAJEVNO OBIČAJNA MERA V SOSEDSKEM PRAVU

Stvarnopravni zakonik (SPZ)³ v prvem odstavku 75. člena med kriteriji prepovedanih imisij določa, da mora lastnik nepremičnine opuščati dejanja in odpravljati vzroke, ki izvirajo iz njegove nepremičnine in otežujejo uporabo

¹ G. Kušej, nav. delo, str. 128.

² B. Sajovic, nav. delo, str. 118.

³ Ur. l. RS, št. 87/02, 91/13.

drugih nepremičnin čez mero, ki je glede na naravo in namen nepremičnine ter glede na krajevne razmere običajna, ali povzročajo znatnejšo škodo. Kot prepovedane imisije označuje tudi motnje s posebnimi napravami, ki so brez posebnega pravnega naslova (drugi odstavek istega člena).

Pojem običajna mera (v sodni praksi se pojavlja tudi kot običajna meja) je pravni standard, ki se nanaša tako na naravo in namen prizadete nepremičnine kot na krajevne razmere. Naša sodišča pri oceni prvega kriterija upoštevajo namembnost in uporabo nepremičnine.⁴

Tudi v nemškem pravu je pri presoji krajevno običajne mere bistvenega pomena, kolikšno je območje namenske rabe prostora in ali vpliv presega dopustno predpostavljeno mejo ali ne. Navedeno dopušča določene izjeme, vendar pa omogoča poenoteno razumevanje krajevno običajnih motenj. Presojanje teh temelji na primerjavi uporabe moteče (ne pa motene) nepremičnine z drugimi v okolici (t. i. *Geprägetheorie*).⁵ Pravni teoretik Säcker v zvezi s tem meni, da bi že izdano uporabno dovoljenje industrijskemu obratu lahko pomenilo indic krajevne običajnosti, takšno vlogo pa bi lahko imela tudi sprememba namembnosti zemljišča.⁶

V naši sodni praksi na oceno krajevno običajne mere vpliva tudi, ali se nepremičnina uporablja za gospodarske namene ali za bivanje.⁷ Glasnejša glasba bo na primer manj obremenilna za nepremičnino, v kateri je gostinski lokal, kot za stanovanjsko hišo. Pri oceni podanih razmer se upošteva tudi lega nepremičnine. Od lastnika nepremičnine, ki leži v industrijskem območju, se bo pričakovala višja stopnja tolerance kot od lastnika nepremičnine, ki se nahaja v mirni soseski. Enako bo veljalo v primeru, ko gre za stanovanjski predel ali za obrtno območje,⁸ za stanovanjsko hišo ali stanovanje v večstanovanjski hiši.⁹

V Avstriji pa Feil¹⁰ zagovarja stališče, da so imisije krajevno običajne, če na zadevnem območju iz večine nepremičnin izhajajo podobni vplivi, vendar ne smejo ogroziti zdravja ljudi, ker s tem tako naravo lahko izgubijo.

Do standarda krajevno običajne meje je treba zavzeti kritičen odnos. Tako je sodišče navedlo, da v gosto poseljenih soseskah vsakršnega zastiranja pogleda in omejevanja osončenja zaradi objektov na sosednjih nepremičninah ne bo

⁴ Sodba Višjega sodišča v Kopru, št. Cp 807/2012 z dne 16. januarja 2013.

⁵ Tako F. J. Säcker, nav. delo, str. 657.

⁶ O tem tudi R. Vrenčur, M. Geč Korošec, nav. delo, str. 62.

⁷ Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, št. I Cp 747/2001 z dne 27. februarja 2002.

⁸ Sodba Višjega sodišča v Kopru, št. I Cp 231/2000 z dne 26. septembra 2000.

⁹ Sodba Višjega sodišča v Kopru, št. I Cp 403/2006 z dne 19. septembra 2006.

¹⁰ E. Feil, nav. delo, str. 118.

mogoče šteti za prepovedano imisijo.¹¹ Prav tako vplivi gradnje na sosednjo nepremičnino ne bodo prepovedani, če ne bodo presegali krajevno običajne meje, kar velja tudi glede razširitve in nadgradnje objekta.¹² Vplivi, ki presegajo krajevno običajno mero, se upoštevajo še posebej, kadar pri gradnji niso bili spoštovani javnopravni predpisi. V sodni praksi pri nas je tako še vedno uveljavljeno stališče, da bo odvzem svetlobe, sonca in zračnosti sosednji zgradbi pomenil imisijo, če bosta presežena krajevno običajna mera oziroma prag tolerance.¹³

Pri ureditvi imisijskega varstva je treba izhajati iz stališča, da se mora vsakdo prilagoditi značilnostim prostora, v katerem živi. To velja še toliko bolj, če gre za vire imisij, ki so obstajali že v času pridobitve lastninske pravice na nepremičnini. Säcker meni, da dolgotrajno dopuščanje oziroma prenašanje motenj ne more zmanjšati ali odvzeti pravice do zahteve, da se z motenjem preneha.¹⁴ V primeru predhodnega obstoja imisij bo položaj bistveno manj ugoden za tistega, ki se je priselil na to območje, kjer so bili negativni vplivi prisotni že pred njegovim prihodom (*Vorbelastungsprinzip*).¹⁵ Avstrijska pravna teorija je glede tega zavzela stališče, da ne bodo krajevno neobičajne imisije vonja, ki nastajajo zaradi odlaganja na kompostnem kupu v neposredni bližini meje nepremičnin,¹⁶ kar pomeni, da jih je novi lastnik nepremičnine dolžan trpeti.

Sodna praksa pri nas krajevno običajne meje upošteva pri različnih vrstah motenj. Uporaba gospodinjskih strojev v stanovanjskem bloku bo v nočnem času dopustna, razen če čezmerni hrup vznemirja sosedo. Tako čezmernost pa je treba zanesljivo ugotoviti.¹⁷ Mero, do katere je treba trpeti imisije, po mnenju sodišča določajo tako upravni predpisi kot tudi standard krajevno običajne meje.¹⁸ Tu pa se pojavi vprašanje razmerja med javnopravnimi predpisi in krajevno običajno mejo, ki je v praksi najbolj relevantno. Glede hrupa bo v konkretnem primeru treba uporabiti Pravilnik o emisiji hrupa strojev, ki se uporabljajo na prostem¹⁹ in Uredbo o ocenjevanju in urejanju hrupa v okolju.²⁰ Težave lahko nastopijo, kadar bo hrup v mejah predpisanih decibelov,

¹¹ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, št. I Cp 1041/2013 z dne 26. novembra 2013.

¹² Glej T. Frantar, nav. delo, str. 136–138.

¹³ T. Frantar, nav. delo, str. 132–133.

¹⁴ F. J. Säcker, nav. delo, str. 676.

¹⁵ R. Vrenčur, nav. delo, str. 107.

¹⁶ A. Illedits, nav. delo, str. 216.

¹⁷ Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, št. I Cp 1125/1993 z dne 1. decembra 1993.

¹⁸ Tako sodba Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 170/2009 z dne 26. marca 2009.

¹⁹ Ur. l. RS, št. 106/02, 50/05, 49/06.

²⁰ Ur. l. RS, št. 121/04.

pogostnost pojavljanja hrupa pa bo bistveno odstopala od hrupa v preteklosti. Vrhovno sodišče Republike Slovenije je v drugi zadevi navedlo, da določitev mejnih vrednosti dopustne obremenitve okolja z upravnimi predpisi ne izključuje možnosti ugotavljanja škodljivih vplivov (na primer virov sevanja) v pravdi. Po mnenju sodišča so upravni predpisi o dovoljenih količinah imisij orientacija, vendar sodišče načeloma nanje ni vezano.²¹

V primerih, kadar za posamezne vrste imisij ni ustreznega predpisa, je treba upoštevati krajevno običajno mejo ali pa se opreti na standarde oziroma normative o še dopustnih stopnjah v tujih ureditvah (npr. glede smrada).²²

V Avstriji pri oceni, ali glasba bistveno okrne krajevno običajno rabo sosednje nepremičnine, upoštevajo objektivni kriterij samega hrupa ter subjektivni vidik, pri katerem je merilo povprečen stanovalec okrnjene nepremičnine, ne pa posebna občutljivost prizadete osebe.²³ Takšna rešitev bi bila uporabna tudi v naši sodni praksi.

Ocena krajevno običajne mere se tako pri nas kot v tujini presoja v času vložitve tožbe, saj se krajevna običajnost lahko spremeni. Pri tem je v tožbi poleg navajanja abstraktnega dejanskega stanja (npr. zatrevanje sence in vlage) treba opredeliti tudi posledice, ki pomenijo škodo.

Pravni standard v določilu 75. člena SPZ je tudi povzročanje znatnejše škode, vendar v tem primeru ni treba, da bi imisije presegale krajevno običajno mero, saj zadošča, da je škoda že nastala. V sodni praksi se je namreč razlika med »preseganjem krajevno običajne mere« in znatnejšo škodo zbrisala.²⁴

Da govorimo o (krajevnem) običaju, mora biti določen način ravnanja prisoten dlje časa, ocenjevati se mora z vidika sosedskega prava za vsak kraj posebej (to velja tudi za manjšo sosesko).²⁵ Tudi v sodni praksi se zakonski termin krajevno običajna mera razlaga tako, da se presoja glede na določeno ožje krajevno povezano območje, pri tem pa se ugotovi način izkoriščanja večjega dela nepremičnin in upošteva prilagajanje novemu razvoju naselij.²⁶ Zapolnitev pravnega standarda mora v vsakem primeru opraviti sodišče, kar je pogoj za pravilno uporabo materialnega prava.

²¹ Prim. sodbo Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 390/2006 z dne 21. februarja 2008.

²² Prim. sklep Višjega sodišča v Ljubljani, št. I Cp 4774/2005 z dne 14. decembra 2005.

²³ A. Iledits, prav tam, str. 219.

²⁴ L. Ude, nav. delo.

²⁵ Prim. A. Berden, v: M. Juhart, R. Vrenčur, nav. delo, str. 384.

²⁶ Tako tudi sodba Višjega sodišča v Kopru, št. I Cp 231/2000 z dne 26. septembra 2000.

3. PRAVNI STANDARDI 133. ČLENA OZ

3.1. Vir nevarnosti in dejavnost, iz katere izvira nevarnost

Pravni standardi so sestavni del določb 133. člena Obligacijskega zakonika (OZ).²⁷ Po prvem odstavku tega člena lahko vsakdo zahteva od drugega, da odstrani vir nevarnosti, od katerega grozi njemu ali nedoločenemu številu oseb večja škoda, ter da se vzdrži dejavnosti, iz katere izvirata vznemirjanje ali škodna nevarnost, če nastanka vznemirjanja ali škode ni mogoče preprečiti z ustreznimi ukrepi.

Jezikovna razlaga te določbe je zapletena in v praksi še vedno povzroča težave. Vir nevarnosti lahko nastane pri opravljanju gospodarske dejavnosti ali v vsakdanjem življenju.²⁸ V preteklosti so med vire nevarnosti šteli daljnovode, če so bili napetostni vodi speljani nad stanovanjsko stavbo, zaradi česar je obstajala stalna ogroženost stavbe in življenja stanovalcev.²⁹ Vprašanja v zvezi z elektromagnetnim sevanjem v okolju še vedno ureja Uredba o elektromagnetnem sevanju v naravnem in življenjskem okolju (Uredba) iz leta 1996, ki bi jo bilo treba posodobiti.³⁰ Uredba med drugim določa mejne vrednosti veličin elektromagnetnega polja v okolju, stopnje varstva pred sevanjem v posameznih območjih naravnega in življenjskega okolja, način določanja vrednotenja obremenitve okolja zaradi sevanja ter ukrepe za zmanjšanje in preprečevanje čezmernega sevanja.

Zastarela tovarniška oprema, kot je v preteklosti menil Vizner, danes verjetno ne pride več v poštev kot izvor požara ali eksplozije, temveč so vir nevarnosti lahko neprimerni prostori za skladiščenje strupov, eksploziva in drugih vnetljivih snovi in podobno.³¹ Vir nevarnosti je lahko tudi zid, ki ga je tožena stranka izpodkopala,³² na to presojo pa ne bo vplivala legalnost ali nelegalnost zgraditve opornega zidu. Tudi legalno zgrajen objekt je lahko, če iz njega izvira škodna nevarnost za okolico, razlog za varstvo po 133. členu OZ.³³

3.2. Vznemirjanje

Pravna ureditev varstva pred vznemirjanjem ima poleg klasične stvarnopravne tudi obligacijskopravno podlago, ki izhaja iz prepovedanega ravnanja. Pojem

²⁷ Ur. l. RS, št. 83/01, 32/04, 28/06 – Odl. US, 40/07.

²⁸ M. Krisper Kramberger, nav. delo, str. 549.

²⁹ S. Cigoj, nav. delo, str. 578.

³⁰ Ur. l. RS, št. 70/1996.

³¹ B. Vizner, nav. delo, str. 623.

³² Sodba II Ips, št. 495/93 z dne 30. septembra 1993.

³³ Sodba II Ips, št. 746/2005 z dne 19. marca 2008.

vznemirjanja po 133. členu OZ ostaja v praksi nejasen.³⁴ V primerjavi s SPZ navedeno določilo ne vsebuje merila »krajevno običajnega«, temveč vznemirjanje obravnava širše, vendar se zdi, da se navezuje na določilo 75. člena SPZ. Tudi Juhart meni, da se – kljub drugačni ubeseditvi vpliva iz okolja – dejansko stanje, urejeno v 75. členu SPZ, in dejansko stanje, urejeno v prvem odstavku 133. člena OZ, prekrivata. Zato se utemeljeno postavlja vprašanje njunega medsebojnega razmerja. Prav tako je po njegovem mnenju pravna narava navedene določbe bližje stvarnopravnim kot klasičnim obligacijskim določbam (med drugim že zato, ker sta prvi in drugi odstavek 133. člena OZ po vsebini podobna negatornemu zahtevku).³⁵ Poleg tega sodna praksa presojo vznemirjanja v primeru tožbe po tem členu bolj ali manj opira na določilo 75. člena SPZ oziroma meni, da je treba določbi 133. člena OZ in 75. člena SPZ razumeti v medsebojni povezavi.³⁶ V preteklosti so vznemirjanje upoštevali le takrat, kadar je pomenilo znatnejši poseg v človeške dobrine, v pravice človekove osebnosti ali pa njihovo ogrožanje, ker so menili, da bi preširoko tolmačenje tega pojma lahko preveč omejevalo posameznike v vsakdanjem življenju.³⁷ Takšen način razmišljanja je še vedno dovolj primeren za sedanji čas, vendar je pri tem treba upoštevati tudi tehnološki in družbeni razvoj.

3.3. Večja škoda in škodna nevarnost

V pravni teoriji in praksi se včasih uporabljata izraza večja škodna nevarnost in grozeča škoda. Vendar pa zakon ne podaja abstraktnih izhodišč za definiranje pojma »večja škodna nevarnost«,³⁸ saj govori le o škodni nevarnosti. Določilo prvega odstavka 133. člena OZ izenačuje škodno nevarnost z vznemirjanjem, kar pomeni, da za varstvo ne zadošča že golo vznemirjanje, temveč mora biti takšno, da lahko iz njega izvira večja škoda. Krisper Krambergerjeva je menila, da bo šlo za večjo škodo vedno takrat, ko bo ogroženo zdravje ljudi ali naravno ravnotežje v okolju.³⁹ Pri tem je bistveno, da mora biti nevarnost nastanka škode konkretna. Tudi po stališčih sodne prakse mora biti ta nevarnost dovolj velika, nastanek škode pa zelo verjeten.⁴⁰ Za škodno nevarnost gre tudi v primerih, ko škoda že nastaja,⁴¹ pri tem pa mora izvor nevarnosti

³⁴ M. Krisper Kramberger, nav. delo (1980), str. 548.

³⁵ M. Juhart, nav. delo (2009), str. 1307.

³⁶ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 88/2011 z dne 7. novembra 2013.

³⁷ M. Krisper Kramberger, nav. delo (1980), str. 548.

³⁸ Glej D. Jadek Pensa, v: N. Plavšak, M. Juhart in drugi, nav. delo, str. 766.

³⁹ M. Krisper Kramberger, nav. delo (1980), str. 547.

⁴⁰ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips št. 337/99 z dne 30. marca 2000.

⁴¹ Sklep Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 191/98 z dne 23. decembra 1998.

pomeniti neposredno nevarnost za nastanek znatne škode na premoženju in ljudeh. Ni dovolj, da je le hipotetičen. Sodna praksa je poskušala te pojme podrobneje opredeliti že v preteklosti. Zvezno vrhovno sodišče je že leta 1979 izoblikovalo usmeritve, kaj naj bi bila večja škoda. Posebna delovna skupina je takrat predlagala, naj se za večjo škodo šteje tista, ki je povzročila smrt, uničila zdravje ali zmanjšala sposobnost za življenje in delo ali pa povzročila večjo škodo na premoženju.⁴² Ta merila formalno niso bila sprejeta, a so jih sodišča začela uporabljati. Čeprav OZ govori o večji škodi, je nejasno, kako jo določiti, če ni splošnega pravila.⁴³ V tem primeru je treba izhajati iz relativnega merila in v konkretnem primeru z vidika konkretne stranke oceniti, ali je škoda, ki ji je nastala, večja škoda.⁴⁴ Ta bo podana, kadar bo posegla v zdravje ljudi, ravnotežje v naravi in prizadela interese, ki so večji od izvajanja določene koristne dejavnosti.⁴⁵

Kaj se šteje za večjo škodo, zakon ne konkretizira, vendar bo pri tem treba upoštevati, da je škoda odvisna tudi od vrste okolja.

3.4. Škoda, ki presega običajne meje

V opredelitvi pojma nedopustnosti škode prvi odstavek 133. člena OZ omenja »večjo škodo«, v tretjem odstavku pa tisto, »ki presega običajne meje«. To pomeni, da je treba škodo, ki presega normalne meje, šteti za nedopustno.⁴⁶

Pojma večja škoda in škoda, ki presega običajno škodo, se vsebinsko ne prekrivata in imata različen pomen, vendar pa bo škoda, ki bo preseгла običajno škodo, večinoma večja škoda.

Pri zapolnjevanju pravnega standarda škode, ki presega običajne mej, je najprej treba odgovoriti na vprašanje, kolikšna je ta meja oziroma običajna obremenitev okolja s tovrstnimi vplivi. To pa v praksi povzroča nejasnosti. Sodišče mora pri presoji tega standarda izhajati iz normalnih meja in normalnih vplivov v okolici posameznega povzročitelja.⁴⁷ Šele odgovor na to vprašanje omogoča nadaljnje presojanje, ali je obremenitev okolja čezmerna. Čeprav za neprijetne vonjave veljavni predpisi ne določajo meje, do katere je dopustno

⁴² S. Cigoj, nav. delo, str. 582.

⁴³ D. Dular, nav. delo, str. 9.

⁴⁴ S. Cigoj, prav tam, str. 581.

⁴⁵ Prav tam, str. 585.

⁴⁶ M. Krisper Kramberger, nav. delo (1983), str. 726.

⁴⁷ V sklepu Višjega sodišča v Mariboru, št. I Cp 651/2012 z dne 12. septembra 2012, je sodišče opozorilo, da tega pravnega standarda ni mogoče zamenjati s pravnim standardom krajevno običajne meje po stvarnopравnih predpisih.

obremenjevati življenjsko okolje, in da za ugotavljanje ter ocenjevanje tovrstnih imisij ni ustreznih normativov, je Vrhovno sodišče RS⁴⁸ zavzelo stališče, da ni mogoče zaključiti, da z njimi ni mogoče kršiti pravice do zdravega življenjskega okolja. V navedeni zadevi je smrad z deponije odpadkov bistveno zniževal kakovost bivalnega okolja tožnikov ter jim kot stalen vir frustracij rušil notranje ravnovesje. Sodišče je poudarilo, »da je trpljenje tožnikov, ki izhaja iz kršitve pravice do zdravega življenjskega okolja, hkrati predstavlja lo škodo, ki presega normalne oziroma običajne meje po tretjem odstavku 133. člena OZ«.

Odškodnina za škodo zaradi imisij, ki presega normalno mejo, bo upravičena samo za del škode nad to mejo. To pomeni, da ne bo obveznosti plačila celotne škode.⁴⁹

Pri ugotavljanju čezmernih vplivov gre za pravno presojo, ki se opravi na podlagi dejanskih ugotovitev ter vprašanja, ali so običajne meje presežene.⁵⁰ Standard običajne (normalne) meje je pravni standard, ki ga mora zapolniti sodišče in ga ne sme prelagati na izvedence. V trditveni podlagi tožbe bo zato treba navesti, kakšno je stanje drugih objektov v soseščini in v čem je stanje objekta tožnikov zaradi vpliva tožencev toliko drugačno od drugih v naselju, da je običajni vpliv ene nepremičnine na drugo presežen.⁵¹

Pravni standard škode, ki presega običajne meje, so izpolnjevale tudi okoliščine, ko je približno 20 do 30 m stran od hiše tožnikov skoraj dve leti delovalo zelo veliko gradbišče z vso gradbeno mehanizacijo. Po cesti tik ob hiši so ves čas gradnje vozili veliki, težki kamioni in je zato prah prihajal v hišo ter onemogočal celo sušenje perila v sami hiši, tresla se je hiša, lestenec pa je padel s stropa. V navedeni zadevi ni šlo za običajne vplive z običajnega gradbišča, ker so opisani vplivi presegali običajne meje. Sodišče je v tej zadevi navedlo, da je pojem neobičajne škode širši in ni omejen na predpisane meje imisij.⁵² Normativna opredelitev običajne meje po tretjem odstavku 133. člena OZ⁵³ se od tretjega odstavka 156. člena ZOR razlikuje zgolj v oznaki »normalne«

⁴⁸ Sklep Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 927/2007 z dne 17. septembra 2009.

⁴⁹ Sklep Vrhovnega sodišča RS, št. III Ips 9/94 z dne 30. marca 1994.

⁵⁰ Sklep Višjega sodišča v Mariboru, št. I Cp 651/2012 z dne 12. septembra 2012.

⁵¹ Tako sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani, št. II Cp 2600/2010 z dne 13. oktobra 2010.

⁵² Vmesna sodba Višjega sodišča v Ljubljani, št. I Cp 3518/2010 z dne 3. marca 2011. Sodišče je v obrazložitvi navedlo, da so bila dela na gradbišču pri graditvi viadukta bistveno bolj obremenjujoča, kot je to pri običajni graditvi.

⁵³ Tretji odstavek 133. člena OZ določa, da če nastane škoda pri opravljanju splošno koristne dejavnosti, za katero je dal dovoljenje pristojni organ, je mogoče zahtevati samo povrnitev škode, ki presega običajne meje.

meje, koncept pa je ostal enak. To potrjuje sodba Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 940/2007 z dne 24. januarja 2008, v kateri je bilo navedeno, »da življenje v urbanem okolju terja od posameznika ustrezno prilagoditev in toleranco do imisij, a le do normalnih meja«. Normalne meje je opredelilo kot »tiste, ko imisije ne presežejo mejnih vrednosti, sicer je mogoče govoriti o takšnem vplivu na osebnostne pravice posameznika, da so podane okoliščine, ki utemeljujejo nastanek pravno priznane škode na podlagi tretjega odstavka 133. člena OZ«.

Z obsegom tako imenovane normalne škode se je ukvarjalo tudi nemško pravo, ki je za merilo, ali gre za bistveno oškodovanje, upoštevalo razumevanje povprečnega človeka v konkretnih okoliščinah glede na naravo in namen nepremičnine.⁵⁴ V nemškem pravu je zakonodajalec s formulacijo »praviloma« v določilu drugega odstavka § 906 BGB dopustil, da se upošteva tudi subjektivni položaj prizadetih strank.⁵⁵ Za nebistveno oškodovanje gre praviloma takrat, kadar niso presežene v zakonskih ali podzakonskih aktih določene mejne oziroma orientacijske vrednosti za posamezne imisije. To bo takrat, ko niso presežene v javnih predpisih določene vrednosti. Enako velja za vse vrednosti, ki so določene v splošnih upravnih predpisih po § 48 BimSchG⁵⁶ in jih je mogoče tehnično izmeriti.

Tudi pri nas bi bilo smiselno kot objektivno merilo za presojo preseganja običajnih meja upoštevati mejne vrednosti, določene v upravnih predpisih (pri hrupu pa npr. kritične vrednosti hrupa, kot ga povzroča cestni promet, če ne že (nižjih) mejnih vrednosti, kot je pojasnilo Višje sodišče v Mariboru v zadevi I Cp 1887/2008 z dne 14. januarja 2009). V skladu z Zakonom o varstvu okolja (ZVO-1)⁵⁷ je namreč kritična obremenitev s predpisom določena vrednost obremenitve, nad katero so škodljivi vplivi na človekovo zdravje za vse prebivalce verjetni že pri kratkotrajni izpostavljenosti in pri kateri so potrebni takojšnji ukrepi. Merilo za preseganje običajnih meja ne more biti neka povprečna raven (npr. hrup pred zgraditvijo avtoceste, hrup ob cestah).⁵⁸

⁵⁴ Več o tem G. Ring, nav. delo, str. 552.

⁵⁵ BGH Urteil vom 6. 7. 2001 (V ZR 246/00). Dostopno na <lexetius.com/2001,1264> (23. 5. 2014). Kako nadležen je hrup kovaške delavnice in da gre za bistveno oškodovanje, se je sodišče prepričalo na kraju samem.

⁵⁶ Bundes-Immissionsschutzgesetz. Dostopno na <www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bimSchG/gesamt.pdf> (23. 5. 2014).

⁵⁷ Ur. l. RS, št. 41/04, 39/06, 92/13.

⁵⁸ V tej zadevi je sodišče navedlo, da čeprav bi morda gola jezikovna razlaga tretjega odstavka 133. člena OZ nakazovala interpretacijo v smeri še dopustnih imisij, pa v razviti, ekološko ozaveščeni in socialni državi ni mogoče sprejeti zdravju škodljivih ravni vplivov.

Ne glede na navedeno različno uporabo izrazov bo v primeru, kadar bo govor o škodi, ki presega običajne meje, treba upoštevati, da gre za večjo škodo. Standard običajne (normalne) meje je tudi v tem primeru pravni standard, katerega vsebino mora zapolniti sodišče.

3.5. Splošno koristna dejavnost

Pravna doktrina in sodna praksa ločujeta med splošno koristnimi dejavnostmi ter dovoljenimi obrati. Pri zadnjih v praksi ni težav. Drugače pa je s splošno koristno dejavnostjo. Skladno z določbo tretjega odstavka 133. člena je označena kot dejavnost, ki jo določeno okolje priznava kot potrebno in koristno ter ne služi le interesom omejenega, vnaprej določenega kroga subjektov.⁵⁹

Nekatere splošno koristne dejavnosti so lahko že zaradi svoje narave moteče za okolje, kot so: koncerti na prostem, športne prireditve, reševalna vozila v bližini bolnišnice, kulturno-prireditveni prostori, komunalne dejavnosti, vzgoja predšolskih otrok ipd. Vrhovno sodišče je v zadevi II Ips 473/2001 s splošno koristno dejavnostjo enačilo tudi javno službo v javnem interesu, ki se opravlja z javnimi sredstvi. Navedlo je, »da kdor živi v mestu, mora sprejeti značilnosti dogajanja z neizbežnimi vplivi okolice. Prednosti so povezane z dejavnostmi, ki so nujni sestavni del funkcioniranja vsakega mesta, hkrati pa se je treba sprijazniti tudi z negativnimi stranmi.« Takšno stališče upošteva razvoj mest in urbanizacijo.

K splošno koristnim dejavnostim bi bilo treba uvrstiti tudi telekomunikacijske storitve⁶⁰ (obstoj oddajnikov in telekomunikacijskih naprav na zgradbi).

Zakon ne določa meril za natančno opredelitev pojma splošno koristne dejavnosti, vendar pa je pri tem treba upoštevati, da se nanaša predvsem na dejavnosti, ki so v javnem interesu.⁶¹ Kot meni Juhart,⁶² ne gre spregledati, da pomeni poseg v lastninsko pravico in njeno omejitev, zaradi česar mora zadostiti podobnemu testu kot razlastitveni posegi. Zato bi bilo po mojem mnenju v takšnih primerih pri presoji standarda splošno koristne dejavnosti in določitvi višine odškodnine treba upoštevati načelo sorazmernosti tako, kot se tehtajo ustavno zavarovani interesi, ki izhajajo iz pravice do zdravega življenjskega okolja.

⁵⁹ Tako sodba Vrhovnega sodišča RS, št. II Ips 473/2001 z dne 30. maja 2002.

⁶⁰ Sodba I Cp 1523/2011 (neobjavljena) v zadevi P 1764/2009-III z dne 21. januarja 2011.

⁶¹ M. Juhart, nav. delo (2009), str. 1311.

⁶² Prav tam.

4. KRAJEVNO OBIČAJNA MERA V PRIMERJALNEM PRAVU

4.1. Nemška ureditev

Nemško pravo imisije ureja v § 906 BGB,⁶³ ki ga štejejo za osrednje pravilo zasebnega imisijskega prava. Okrnitev po tej določbi razumejo kot vsako motnjo zdravja, (fizične) blaginje ljudi, ki živijo v sosedstvu, ali zmanjšanje vrednosti zemljišč ter stvari, vključno z živalmi in rastlinami.⁶⁴ Razumevanje pomena vplivov navezujejo na lokalne običaje, kot jih določa drugi odstavek navedenega določila.⁶⁵ Če so vplivi krajevno običajni, jih je treba sprejeti kot družbeno sprejemljive.⁶⁶ Če omejitve ali vrednosti opredeljujejo že zakoni, predpisi ali splošni upravni predpisi in niso presežene, gre običajno za manjše motnje (prvi odstavek § 906 BGB).

Preseganje teh vrednosti lahko stanje poslabša. Nekaterih fizičnih učinkov objektivno ni mogoče določiti, kadar gre za povečano občutljivost prizadetih ljudi. V takem primeru je tudi nemškimi sodiščem v pomoč izvedenec, razen če so spremembe že navzven vidne (npr. v fiziološkem delovanju rastlin ali živali).⁶⁷ Sem spadajo tudi zmanjšanje osebnega življenjskega prostora in omejitve v stanovanjskem objektu (okna morajo biti poleti ali pozimi večinoma zaprta). Poleg omenjenih objektivnih meril meje med bistvenimi in nebistvenimi okrnitvami določa sodna praksa z oblikovanjem pravnega standarda. Pri tem je bistvenega pomena, kako bo neko imisijo zaznaval povprečni prebivalec prizadetega imisijskega območja.⁶⁸ Nemško zvezno sodišče jo navezuje na

⁶³ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), dostopno na <www.buergerliches-gesetzbuch.info> (23. 5. 2014).

⁶⁴ E. J. Säcker, nav. delo, str. 827.

⁶⁵ 2) *Das Gleiche gilt insoweit, als eine wesentliche Beeinträchtigung durch eine ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch Maßnahmen verhindert werden kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind. Hat der Eigentümer hiernach eine Einwirkung zu dulden, so kann er von dem Benutzer des anderen Grundstücks einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung des Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt.*

(2) Enako velja, če je znatno oviranje posledica krajevno običajne uporabe drugega zemljišča in se ne more preprečiti z ukrepi, ki so tovrstnim uporabnikom finančno/ekonomsko naprtljivi. Če mora lastnik trpeti tovrstne vplive, lahko od uporabnika drugega zemljišča zahteva denarno nadomestilo (*Ausgleich*), če vpliv prek naprtljive mere ovira krajevno običajno uporabo njegovega zemljišča.

⁶⁶ E. J. Säcker, prav tam, str. 827.

⁶⁷ Prav tam, str. 829.

⁶⁸ Prav tam.

»dovzetnost povprečnih ljudi«. Pri tem je pomembno, koliko je motena dejanska uporaba zemljišča (pri motnjah z zvokom omenjajo obzirnost do sosedov). Razumevanje imisij se lahko spremeni skladno s splošnimi okoljskimi pogoji in odnosom prebivalstva do stalnih sprememb oziroma krajevnimi običaji.

Za ugotovitev stopnje poslabšanja prizadetega območja je treba pridobiti dokaze o naravi in namenu zemljišča. Ker so učinki odvisni od lokacije prizadetega zemljišča, upoštevajo zasedenost industrijsko-prometnega omrežja. Okr-njenost zemljišča bo večja v daljšem obdobju in ob stalni izpostavljenosti. Tudi čas dneva, v katerem se imisije pojavijo, igra pomembno vlogo. Nočne imisije hrupa zaznavajo za bolj nadležne kot dnevne. Na podeželskih območjih se kot sprejemljiva lokalna praksa upošteva množična prisotnost žuželk, gnojnice ipd., kot lokalni standard industrije pa vibracije naprav in tovarn v bližini stanovanjske hiše, ki povzročajo močnejše tresenje, hrup in onesnažen zrak.⁶⁹

Splošno merilo presoje lokalnih običajev temelji na primerjavi uporabe moteče nepremičnine z drugimi v okrožju. Pri oblikovanju nedoločenega pravnega pojma lokalnega običaja je odločilno upoštevanje trenutnega, dejanskega stanja večine primerjanih parcel (*teorija znakov*) in tega, ali je večina zemljišč na tem območju stalno izpostavljena imisijam.⁷⁰ V duhu harmonizacije javnega in zasebnega prava, ki se nanaša na sosedsko pravo, je pomembno prostorsko načrtovanje.⁷¹ Pri presoji lokalnih običajev je bistvena tipična uporaba zemljišč. To pa je dejansko vprašanje. Pomembna je narava uporabe nepremičnine. Obstoječe imisije se pogosto trpijo kot del lokalnih navad, nove imisije pa le, če so nekdanjim podobne, medtem ko so nenadna povečanja imisij z nenavadnimi vplivi načelno prepovedana.⁷²

Primeri sodne prakse kažejo, da se vplivi lahko spreminjajo zaradi tehnološkega napredka. Säcker⁷³ meni, da lahko lokalne običaje spreminja sodobna tehnologija, ki pa mora prilagoditi način proizvodnje tako, da sovpada z dejansko naravo območja. Na koncept lokalnih običajev tudi v Nemčiji vse bolj vplivajo zamisli na področju varstva okolja in ekološke zavesti. Zato je razumljivo stališče, da so pod vplivom neizprosni sprememb.⁷⁴ Lokalni standard hrupa bo na primer drugačen v primeru gradnje in v primeru industrije. Spremembe lokalnega standarda so lahko posledica preoblikovanja razvojnega načrta območja,

⁶⁹ Prav tam, str. 849.

⁷⁰ Prav tam, str. 842.

⁷¹ E. J. Säcker, nav. delo, str. 842.

⁷² Prav tam.

⁷³ Prav tam.

⁷⁴ Prav tam.

kar lahko vzpostavi lokalno navado nekaterih imisij in poveča toleranco (tak primer je športno središče ob jezeru).

Nemško pravo je naredilo korak naprej od našega s tem, ko je za bistvene imisije opredelilo mejne vrednosti, ki jih določajo javnopravni prepisi. Na področju dovoljenih obratov pa je še vedno razdrobljeno, saj je pojem naprav najti tudi v okoljskem zakonu.

Po citirani določbi se morajo imisije trpeti, če so krajevno običajne in jih ni mogoče preprečiti z gospodarsko znosnimi ukrepi. Iz tega razloga so izključeni prepovedni zahtevki v primeru obratov po § 14 BImSchG. To velja za imisije, ki nastajajo zaradi dejavnosti, nujno potrebnih za družbo.

4.2. Avstrijska ureditev

4.2.1. Krajevno običajna mera

Krajevno običajno mero vsebuje drugi odstavek § 364 ABGB.⁷⁵ Po tem določilu lahko lastnik zemljišča prepove sosedu imisije, ki jih povzročajo odpadne vode, dim, plini, toplota, vonjave, hrup, tresljaji in podobni škodljivi vplivi, ki izvirajo s sosedovega zemljišča, kolikor presegajo krajevno običajno mero in znatno omejujejo običajno rabo nepremičnine.

Po mnenju pravnega teoretika Spielbüchlerja⁷⁶ so čezmerne imisije dopustne, če bistveno ne posegajo v običajno rabo zemljišča, medtem ko se prepovedo, če bo običajna uporaba bistveno okrnjena. Sodna praksa za običajno rabo nepremičnin uporablja izraz *ort*, razlagajo pa jo v odvisnosti od okoliščin ter tudi razmer v neposredni bližini obeh nepremičnin.⁷⁷ Pri oceni, ali so imisije lokalno običajne, je bistven čas presoje. Lokalni običaji se na primer upoštevajo, če pride do imisij ob pridobitvi zemljišča oziroma če so bili takrat z njimi prizadeti sosedje. Drugače je v primeru imisij železnic (tako SZ 54/158) ali večjega športnega kompleksa (SZ 52/53), ki oblikujejo naravo območja.⁷⁸ Zato menijo, da je lokalne standarde treba presojati ob upoštevanju uporabe sporne nepremičnine v daljših časovnih obdobjih in sprememb v lokalnih razmerah.⁷⁹ Ponekod skladno z določilom § 364a povečane količine imisij sprejemajo kot

⁷⁵ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), dostopno na <www.jusline.at/364a_ABGB.html> (23. 5. 2014).

⁷⁶ K. Spielbüchler, v: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, nav. delo, str. 401.

⁷⁷ Tako sodbe SZ 45/92, SZ 54/158 in SZ 65/145, v: A. Illedits, nav. delo, str. 137.

⁷⁸ SZ 65/145, v: A. Illedits, nav. delo, str. 136.

⁷⁹ A. Illedits, prav tam, str. 405.

dovoljene, zaradi česar je treba običajno (predvidljivo, normalno) povečanje imisij sprejeti.⁸⁰ To vprašanje se je postavilo v primeru odprtja prenovljenega športnega objekta, ko so bile zaradi športnih dogodkov prejšnje imisije znatno presežene, s tem pa je bil presežen dotedanji lokalni običaj.⁸¹

Pogoje lokalne uporabe zato upoštevajo v dveh časovnih točkah: pri merjenju imisij ob posegu ter v primeru, ko čezmerne imisije vplivajo na uporabo zemljišč. Pri tem so merodajne spremembe v kraju in okolju. To bo odvisno tudi od časa uporabe nepremičnin. Postopno povečanje imisij lahko vpliva na vrednotenje poslabšanj ali meritev, kar lahko sčasoma postane dopustno. Tako lahko postane običajno, normalno, predvidljivo povečanje imisij ob večjih obiskih prenovljenega športnega objekta. Nasprotno pa bodo igre in prireditve v večernih urah pod reflektorji in z zvočniki pomenile povečanje imisij.⁸² Kadar sprememba presega lokalne meje, bo negotovo, ali gre še za običajne meje. Dokazno breme za presežek motenj bo moral nositi tožnik.⁸³

Na oceno dopustnosti vonjav bodo vplivale pogostnost, lokacija, kakovost oziroma intenzivnost smradu. Ker za navedene imisije ni jasnih meja, se ravna po izkušnjah ali podobnih primerih.⁸⁴ V primeru prizadetosti in okrnitve zemljišča zaradi deponije odpadkov na sosednjem zemljišču bo lahko prizadeti lastnik nepremičnine v skladu z drugim odstavkom § 364 ABGB zahteval opustitev nadaljnjih imisij (tu gre za neprijeten vonj in nadloge škodljivcev). Nasprotno pa bo za imisije vonjav v zvezi s kmetijsko in gozdarsko dejavnostjo (npr. zaradi uporabe gnoja in drugih gnojil, ki vstopajo v podtalnico) veljalo, da so del lokalne uporabe, dokler se ne dokaže nasprotno.⁸⁵

Tudi vplive hrupa uvrščajo med posredne imisije, ki pa se, kadar presežejo običajne lokalne ravni in vplivajo na običajno uporabo, prepovedo le, če je nujno. Medtem ko se je sodišče že ukvarjalo s hrupom cerkvenih zvonov, avtomatskega kegljišča in plesne kavarne, je bil problem hrupa s teniških igrišč na vrhovnem sodišču prvič obravnavan v zadevi SZ 65/145. Sodišče je o njem že večkrat razpravljalo in ga v svojih odločitvah omenjalo kot neprijeten »socialni hrup« ter poudarilo, da povzroča znatne oslabitve sosednje nepremičnine. Širjenje hrupa z močjo več kot 55 dB je vrhovno sodišče ocenilo za nedopustno.

⁸⁰ Prav tam, str. 401.

⁸¹ Prav tam, str. 159.

⁸² Tako sodbe SZ 14/224, SZ 50/99 in SZ 65/145, v: A. Illedits, nav. delo, str. 141.

⁸³ A. Illedits, nav. delo, str. 135.

⁸⁴ Povzeto po sodbi vrhovnega sodišča 1 Ob 144/97a z dne 14. oktobra 1997. Objavljeno na <www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JIT_19971014_OGH0002_0010OB00144_97A0000_000> (23. 5. 2014).

⁸⁵ A. Illedits, nav. delo, str. 139.

Kljub temu je menilo, da je treba dopustiti, da se subjekti ukvarjajo s to dejavnostjo skladno z omejitvami (zgraditev pregrade proti hrupu, žive meje, igra v zaprtih prostorih).

Iz avstrijske sodne prakse velja omeniti še nekaj pomembnejših stališč:

- kot prepovedane imisije je sodišče upoštevalo le nerazumne in neželene vplive na sosednje nepremičnine, nastale z odvzemom svetlobe in zraka (tako imenovane negativne emisije). Te imisije so bolj verjetne, kadar v bivalnih prostorih in/ali na vrtu več kot 50 odstotkov dni v letu ne bo sončne svetlobe (OGH 8 Ob 99/06a z dne 31. januarja 2007);⁸⁶
- določbo drugega odstavka § 364 ABGB, ki se nanaša na vpliv hrupa in vonjav, so prenesli v sodno prakso tudi za svetlobne imisije. Učinki svetlobe, ki dosežejo tolikšno jakost, da pomenijo znatno poslabšanje razmer in kakovosti spanja normalno čutečih ljudi, pomenijo bistveno motenost (OGH 1 Ob 96/03 z dne 8. oktobra 2003);⁸⁷
- ograjeno nogometno igrišče na stanovanjskem območju je v skladu z lokalnimi standardi in razumnimi mejami hrupa. Poleg stopnje in trajanja izpostavljenosti sta pomembna tudi tradicija in javni interes (OGH 6 Ob 105/11a z dne 16. junija 2011);⁸⁸
- kot dovolj opredeljen zahtevek upoštevajo zahtevek, ki se opira na zakonsko besedilo (OGH 9 Ob 62/09x z dne 29. oktobra 2009),⁸⁹ pa tudi zahtevek za prenehanje hrupa čez mero, ki moti nočni mir tožnika.⁹⁰ Gre za takšno neprijetnost, ki pri povprečnem človeku bistveno otežuje počitek in spanec.

4.2.2. Dovoljeni obrati

Avstrijsko pravo pravne standarde uporablja tudi pri dovoljenih obratih. Če motnje (imisije) povzroča rudarski obrat ali uradno odobrena namestitev na sosednjem zemljišču na način, ki presega normalne ravni lokalnega, in bistveno poslabšajo običajno rabo nepremičnine, je posestnik upravičen le do

⁸⁶ Dostopno na <www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJR_20070131_OGH0002_0080OB00099_06A0000_002> (23. 5. 2014).

⁸⁷ Dostopno na <www.ris.bka.gv.at> (23. 5. 2014).

⁸⁸ Dostopno na <www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20110616_OGH0002_0060OB00105_11A0000_000> (23. 5. 2014).

⁸⁹ Dostopno na <www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20091029_OGH0002_0090OB00062_09X0000_000> (27. 5. 2014).

⁹⁰ Sodba OGH št. 1 Ob 594/94 z dne 29. avgusta 1994. Dostopno na <www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJR_19940829_OGH0002_0010OB00594_9400000_009> (23. 5. 2014).

odškodnine, tudi če je škoda nastala zaradi okoliščin, navedenih v uradnem pregledu v postopku izdaje dovoljenja (§ 364a ABGB).⁹¹

Kot tipične primere navajajo delovanje elektrarn, visokonapetostne daljnovo-
de in tovarne, ki proizvajajo vnetljive kemikalije, pline, zdravju škodljive hlape,
vnetljive snovi, streliva ipd.

Za uradno odobrene naprave po opredelitvi v § 364a ABGB se štejejo tudi državne ceste⁹² in vaške poti.⁹³ Vrhovno sodišče za škodo na cestah uporablja navedeni paragraf deloma neposredno, deloma kot v podobnih primerih. Ugotovljen mora biti javni interes, poleg tega se v postopku upoštevajo tudi interesi sosednjih zemljišč. Vse bolj pa se uporablja postopek presoje vplivov na okolje, ki se je izvajal v ožjem smislu že pred sprejetjem Uredbe o cestah ter § 364 ABGB, oziroma analogno objektivna odgovornost, čeprav nekateri trdijo, da ni potrebe po tem pristopu.⁹⁴

Dlje časa trajajoče industrijske imisije lahko vplivajo na stopnjo lokalnih običajev, kot je bilo odločeno v primerih:

- hrupa helikopterja (OGH 8 Ob 128/09w z dne 22. septembra 2010).⁹⁵ V zadevi je sodišče navedlo, da v smučarski regiji reševalne akcije za zaščito dobrin višje vrednosti, ki potekajo v bližini sanatorija, lahko vplivajo na razvoj »lokalne prakse« v smislu § 364 civilnega zakonika. Sodišče je pri tem tehtalo splošne interese, medsebojno povezanost okolja in strpnost. Iz navedene odločbe je razbrati, da sodišča določbe § 364 in 364a ABGB pogosto razlagajo v povezavi z upravnimi določbami. V zvezi s tem menijo, da »lokalnega standarda« ni mogoče razumeti le statično, temveč ob upoštevanju že ustvarjenega razvojnega potenciala;
- vetrne turbine (OGH 8 Ob 95/11w z dne 20. januarja 2012),⁹⁶ zaradi katere so nastajali hrup, senca in vpliv vrtečih se vetrnic;

⁹¹ *Wird jedoch die Beeinträchtigung durch eine Bergwerksanlage oder eine behördlich genehmigte Anlage auf dem nachbarlichen Grund in einer dieses Maß überschreitenden Weise verursacht, so ist der Grundbesitzer nur berechtigt, den Ersatz des zugefügten Schadens gerichtlich zu verlangen, auch wenn der Schaden durch Umstände verursacht wird, auf die bei der behördlichen Verhandlung keine Rücksicht genommen wurde.*

⁹² A. Illedits, nav. delo, str. 71.

⁹³ Prav tam, str. 72.

⁹⁴ Prav tam.

⁹⁵ <www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_2010_0922_OGH0002_0080OB00128_09W0000_000> (23. 5. 2014).

⁹⁶ <www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_2012_0120_OGH0002_0080OB00095_11W0000_000> (23. 5. 2014).

- obdelave lesa za lesne sekance ali drva (1 R 306.11m). Po mnenju sodišča mora lastnik stanovanjske nepremičnine na kmetijskem območju dopuščati običajne lokalne vplive kmetijskih gospodarstev. Če na industrijskem in gospodarskem območju obstajajo še drugi obrati za predelavo lesa, ti oblikujejo okolico in delujejo na percepcijo ljudi. Vsakdo, ki se naseli na pretežno komercialnem območju, mora sprejeti škodljive učinke komercialne uporabe sosednjih nepremičnin, ker so načeloma obstajali od prej in so neizogibni kljub pomanjkljivosti;⁹⁷
- vpliva železnice (OGH 2 Ob 57/09k z dne 17. februarja 2010).⁹⁸ Razvoj železniškega prometa z visokimi hitrostmi ima po mnenju avstrijske sodne prakse »poseben pomen za učinkovit prevoz z mednarodnimi povezavami ali za lokalni prevoz«. Tega ni mogoče predvideti že v času prodaje nepremičnine. Učinki, ki jih običajno prinaša delovanje železnic, so med okoliščinami, ki oblikujejo naravo krajine, in jih je treba obravnavati kot lokalno prakso.

Omejitve imisij so v avstrijskem pravu deloma podobno kot v nemškem pravu opredeljene s predpisi javnega prava. Zato je določbe § 364 in § 364a ABGB treba razlagati v povezavi z upravnimi določbami.

4.3. Ureditev v Švici

4.3.1. Pomen lokalne uporabe (*der Ortsgebrauch*)

Švica ima koncept imisij urejen v stvarnem pravu v določbi § 684 Zivilgesetzbuch (ZGB). Po drugem odstavku navedenega paragrafa⁹⁹ so prepovedani predvsem vsi škodljivi in glede na lego ter namembnost zemljišča ali glede na krajevni običaj neupravičeni vplivi z onesnaževanjem zraka, slabim vonjem, hrupom, donenjem, tresenjem, sevanjem ali z odvzemom sonca ali dnevne svetlobe.

Po mnenju pravne doktrine je meja med imisijami, ki se lahko prenašajo na sosedo, in tistimi, ki se jih mora posestnik vzdržati (jih preprečiti), v njihovi intenzivnosti.¹⁰⁰ Merila razmejitve med pretirano in zato nezakonito ter dovo-

⁹⁷ <www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?> (22. 4. 2014)

⁹⁸ <www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JIT_20100217_OGH0002_0020OB00057_09K0000_000> (27. 5. 2014)

⁹⁹ W. Fellman: Übermäßige Immissionen und neue Rechtsbehelfe. Dostopno na: <www.unilu.ch/files/fellmann-walter> (30. 12. 2013). Pri reviziji stvarnega prava leta 2011 je bilo določilo § 684 terminološko modernizirano in spremenjeno s primeroma navedenimi negativnimi imisijami. Dodan je bil § 679a o odgovornosti lastnika zemljišča in o posledicah negativnih imisij, ki jih povzročajo zgradbe in naprave oziroma oprema.

¹⁰⁰ C. M. Schmid-Tschirren, nav. delo, str. 7.

ljeno imisijo opredeljuje že zakon: škodljivost vpliva, kraj in narava zemljišč ter lokalna uporaba. Ta merila pomenijo pravne standarde, ki jih vsebinsko zapolnjuje sodišče. Pri lokaciji zemljišča gre za vprašanja, na katerem območju so zgradbe zgrajene, kakšni so individualna narava krajine, posebni namen in vrsta rabe zemljišča. Nadalje je pomembno, ali zemljišče leži na stanovanjskem, industrijskem, kmetijskem ali podobnem območju.¹⁰¹

Tako pravna teorija in še bolj praksa se ukvarjata z vprašanjem, ali je imisije treba prenašati. Če bodo imisije opredeljene kot pretirane in bo sproženo sodno varstvo, bo odločitev sodišča morala temeljiti na presoji vseh okoliščin primera na podlagi objektivnih meril in z upoštevanjem dojemanja povprečnega človeka.¹⁰²

Pri ugotavljanju tolerančne meje imisij tudi švicarsko pravo postavlja pogoj, da je treba vzpostaviti ravnovesje med nasprotujočimi si interesi, kakor je to pogosto v sosedskem pravu. Po § 684 civilnega zakonika se zahteva medsebojno usklajevanje interesov, to je med uporabo pooblastil imitiranega posestnika in potrebami sosednjega lastnika. Dolžnost prenašati določene imisije oziroma vzpostavljati ravnotežje opisujejo z izrazom sorazmernost.¹⁰³

Tudi v Švici upoštevajo lokalno uporabo (*der Ortsgebrauch*), ki pomeni, kaj se v ustreznem območju šteje kot običajen vpliv (tudi normalna izpostavljenost), medtem ko je argument časovne prioritete čezmernih imisij nepomemben, ker so za določanje lokalnega standarda ključnega pomena dejanske razmere ob vložitvi tožbe.¹⁰⁴ Lokalna mera imisij se na določenem območju dojema kot dopustna in jo je treba tolerirati. Vendar pa se lahko lokalna uporaba sčasoma spremeni, s tem pa tudi stopnja dopuščanja in ukrepi na tem področju. Zato nekateri¹⁰⁵ poudarjajo, da lokalnih sprememb ni mogoče sprejemati lahkomiselno.

Sodna praksa na podoben način kot pri nas obravnava vprašanja čezmerne škode. Odškodnina ne bo zajela celotne škode, temveč le tisti del, ki presega

¹⁰¹ Prav tam, str. 8.

¹⁰² Prav tam, str. 7.

¹⁰³ N. Haab, 15 k § 684 civilnega zakonika razmišlja, da je vsebina § 684 sestavljena iz »kombinacije strpnosti in sodne prepovedi«. Drugi avtorji, na primer Giger, vidijo le prepoved čezmernega onesnaževanja, kar lahko sproži izražanje interesov, nastalih med sosedji, ali pa kot koncept strpnosti v smislu, da vsak manjši poseg v pravice sosedu ne pomeni že možnosti vložitve tožbe v skladu s § 679 civilnega zakonika; več o tem C. M. Schmid-Tschirren, nav. delo, str. 7.

¹⁰⁴ C. M. Schmid-Tschirren, nav. delo, str. 8.

¹⁰⁵ A. Keller: *Übermäßige Immissionen im Nachbarrecht*, str. 3. Dostopno na <www.birr.ch/upload/file/onlineschalter/bauwesen/Rechtpraxis%20uebermaessige%20Immissionen.pdf> (24. 12. 2013).

meje sprejemljivosti, kar je posledica zvezne sodne prakse (tako tudi odločba BGE 127 III 257).¹⁰⁶ V navedeni zadevi je sodišče zapisalo, da mora tožnik skladno s § 679 ZGB, ki določa objektivno odgovornost, predložiti dokaze o vzročni zvezi med preseženimi imisijami in dovoljeno rabo zemljišč ter škodo, ki je nastala. Navedeni zahtevek je nepogodbeni odškodninski zahtevek, kar pomeni, da pridejo v poštev pravila odškodninske tožbe.

4.3.2. Vloga pravnih standardov v švicarski sodni praksi

a) Pravni standardi negativnih imisij

Za negativne imisije gre, če je v zvezi z uporabo zemljišča, bodisi z zgraditvijo stavbe in gojenjem rastlin bodisi z dobavo snovi ali energije, kot so svetloba, sonce, zrak, veter, voda, radijski ali televizijski sprejem ipd., prizadeta sosednja nepremičnina.¹⁰⁷

Vendar pa vsak hrup in morebitna izguba udobja še nista vzrok okrnitve premoženja, temveč šele, če je presežena standardna dopustna meja, pri čemer upoštevajo čas posegov, nevšečnosti, dovtetnost in podobno.¹⁰⁸ Sodna presoja o tem, ali so imisije čezmerne in ali je škoda znatna, temelji na objektivnih merilih. Odločitev mora temeljiti na razumevanju in občutljivosti povprečnega človeka ter terja tehtanje nasprotujočih si interesov strank, upoštevajoč lokacijo in uporabo položaja in narave ploskve (tako tudi sodba BGE 114 II 230).

Posebna težava so dvojni standardi. To pomeni, ali v postopku presoje uporabiti pravilo javnopravne narave ali komponento zasebnega prava.¹⁰⁹ Schmid-Tschirnova sicer meni, da se razmerje med državo in družbo spreminja, zaradi česar je danes problem dvojnih meril vse manj pomemben,¹¹⁰ kljub temu pa se v sodni praksi to vprašanje še vedno zaznava.

Tako je sodišče v zadevi BGE 126 III 223 z dne 27. marca 2000¹¹¹ odprlo vprašanja imisij iz obratovanja hotela/restavracije ter pomen javnopravnih predpisov

¹⁰⁶ P. Reetz: Ansprüche von mieter und vermietern bei störungen durch benachbarten mieter. Dostopno na <www.wenger-plattner.com/files/downloads/files/5a5ee6f077c6ad6c6a9c0b3687caa462> (23. 5. 2014).

¹⁰⁷ C. M. Schmid-Tschirren, nav. delo, str. 1.

¹⁰⁸ P. Reetz, prav tam.

¹⁰⁹ BGE 96 I 97 ff v: C. M. Schmid-Tschirren, prav tam, str. 81.

¹¹⁰ C. M. Schmid-Tschirren, prav tam str. 82.

¹¹¹ Dostopno na <www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band_126_2000/BGE_126_III_223.html> (27. 5. 2014). Sodišče je navedlo, da tudi, če se predpostavi, da se upoštevajo lokalni običaji, lokacija in vrsta zemljišča ter vključitev objekta v okolje v obsegu, ki ga dovoljuje zakonodaja, je treba dopustiti zmerno moteč gostinski obrat (*Gastwirtschaftsbetrieb*) na sosednji parceli v okviru zmerne motnje.

pri ugotavljanju, koliko se lahko od tistega, ki je imisijam izpostavljen, pričakuje (»naprtljivost«). Kot nedovoljene zvočne imisije je štelo tiste, ki presegajo raven, ki bi koga zbudila po polnoči (*Weckschwelle*). V tem primeru sodišče ni neposredno ali smiselno uporabilo javnopravnega pravila o hrupu, ker javno pravo upošteva druge referenčne vrednosti, in sicer skupine posameznikov s povečano občutljivostjo na področju okoljskega prava (drugi odstavek § 13 Zakona o varstvu okolja z dne 7. oktobra 1983), v primerjavi z dojemanjem povprečne osebe v zasebnem pravu, niz splošnih standardov in tudi zaščito proti onesnaževanju zraka.

V primeru BGE 126 III 452 z dne 18. maja 2000¹¹² se je sodišče ukvarjalo s problemom, ali je mogoče govoriti o negativnih imisijah, ko sta sosednjemu zemljišču odvzeta svetloba in pogled izključno zaradi obstoja zgradbe ali nasada.

V zadevi 5A_648/2010 z dne 17. januarja 2011¹¹³ je zvezno sodišče v zvezi z izpusti iz kamina (imisije vonja, dima) ter čezmernega vplivanja na sosednje zemljišče poudarilo, da morajo biti dokazi dejanske narave. Sodišče se je ukvarjalo z vprašanji, kaj so učinki, kako intenzivni so, kako pogosto se pojavljajo, kakšen vpliv bodo imeli na sosednje nepremičnine in njegove prebivalce in kaj je skupno na ustreznem prostoru. Pravno vprašanje pa je bilo, ali so bili vplivi na ravni lokalno običajnih ali pa jih je treba šteti za pretirane in ali je sodišče v svojih ugotovitvah našlo pravi koncept (pravni standard) za oznako pretirani (čezmerni). Ker se imisije dima presojuje v skladu z javnim pravom, se upoštevajo priporočila kot pomemben kazalnik pri celoviti presoji določenega dejanja (npr. pri območjih načrtovanja in gradnji).

b) Pravni standardi idealnih imisij

Pri idealnih imisijah gre za delovanje vseh vplivov na človekova občutja. Švicarska teorija in sodna praksa idealne imisije subsumirata pod določbo o prepovedanih imisijah iz drugega odstavka § 684 ZGB z argumentacijo, da jih zakonsko besedilo ne omejuje na telesne oziroma pozitivne imisije, saj šteje, da so prepovedani vsi škodljivi čezmejni vplivi.¹¹⁴

V nasprotju s švicarsko zakonodajo idealne imisije po nemškem pravu običajno pomenijo »vznemirjanje« po določbi § 906 BGB. To mnenje je sprejela večina doktrin, ki menijo, da gre za vplive prek čutnih zaznav. Iz tega razloga se lahko upoštevajo zgolj kot učinki na čustvenem življenju.

¹¹² <relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F126-III-452%3Ade> (27. 5. 2014).

¹¹³ <www.servat.unibe.ch/dfr//bger/110117_5A_648-2010.html> (27. 5. 2014).

¹¹⁴ C. M. Schmid-Tschirren, prav tam, str. 122.

Švicarsko zvezno sodišče je, ko je prvič odločalo o nematerialnih imisijah¹¹⁵ (negovalnega doma za kronične bolnike in neozdravljive bolne), potegnilo mejo med obveznostmi toleriranja in obrambnimi pravicami sosedov. Navedlo je, da je to upravičeno »samo skladno z zahtevami, ki izhajajo iz potreb človeškega življenja«. Od izdaje te odločbe naprej zvezno sodišče v stalni praksi tolmači predpostavke idealnih vplivov v skladu s tem členom. Tako je tudi v zadevi BGE 79 II 54 menilo, da »sta klavnica v neposredni sosesčini in s tem povezano delovanje neprimerna ne le za preobčutljive ljudi, ampak tudi za posameznike z normalno, povprečno občutljivostjo«. Podobno argumentacijo je uporabilo tudi v primeru bizarne skulpture železa (Metzlerjev kip) na robu terase (Bger.5.C.218/1990), ki ga je opredelilo kot nezakonito imisijo.

c) Imisije gradbenih dejavnosti (*Bauimmissionen*)

Navedene imisije nastajajo med graditvijo objektov in vplivajo na sosednje nepremičnine. V doktrini in sodni praksi razvita merila, kot so lokacija in stanje nepremičnin, okolje, lokalna navada, upoštevajo tudi pri presoji teh imisij ter imisij, ki jih povzročajo najemniki pri preurejanju prostorov.¹¹⁶ Imisije z gradbišč v soseskah pogosto vodijo do vibracij in hrupa v stanovanjih. Te težave so povezane z dnevno minimalno potrebo po počitku in zasebnem življenju, ki tako nista več zagotovljena.

Namen standarda, opredeljenega v določilu § 684 ZGB, je v zagotovitvi sosedskega miru in zaščite gospodarske rabe zemljišč. Zadnja komponenta je posledica razvoja industrijskega in tehnološkega napredka v primerjavi s preteklimi časi.

Bližina sosednjega zemljišča v primerljivih pravnih ureditvah narekuje posebno vzajemno obravnavo med sosedmi. Sosedsko pravo namreč ščiti sosedsko skupnost ter določa omejitve in prepovedi uporabe nepremičnin na način, ki bi škodoval njihovim sosedom ali povzročal pretiran vpliv na parceli. Švicarska pravna doktrina in sodna praksa pravne standarde uporabljata pri opredelitvi vseh vrst imisij in tudi pri zapolnjevanju kriterija krajevno običajne meje. Slednje pa je skupno vsem primerjanim ureditvam.

5. SKLEP

Primerjava med standardi imisijskega prava je pokazala, da se na splošno uporabljajo za razmejevanje med dopustnimi in prepovedanimi imisijami glede na to, da so navedeni v določbah, ki opredeljujejo prepovedane imisije. Tako BGB

¹¹⁵ BGE 42 II 446 ff v: C. M. Schmid-Tschirren, prav tam, str. 124.

¹¹⁶ Prav tam.

v § 906 ločuje med bistvenimi imisijami, ki so prepovedane, in nebistvenimi, ki jih je treba dopuščati. Avstrijski ABGB v § 364 dopustnost imisij opira na krajevno običajne mere. Podobno določilo se je ohranilo tudi pri nas v 75. členu SPZ. Čeprav se v nemški pravni teoriji in sodni praksi uporablja izraz lokalni običaj, v avstrijski lokalni standard in v švicarski lokalna uporaba, je vsem skupno navezovanje na krajevno običajne meje. Iz primerjalnega pregleda je namreč razvidno, da gre za zapolnjevanje pravnega standarda. Vse navedeno kaže na podobnost z našo ureditvijo.

Glede na to, da je za primerjane ureditve značilen čisti stvarnopravni pristop k urejanju imisij, pri nas pa je civilnopravna ureditev imisij določena tako v SPZ kot v OZ, bi bilo tudi pri nas treba razmišljati o njihovi ureditvi na enem mestu, v civilnem zakoniku. Argument, kot je bilo že nakazano, je v tem, da so določbe 133. člena OZ bližje stvarnopravnim izhodiščem. Poleg tega sodna praksa povezuje določbi 133. člena OZ in 75. člena SPZ ter meni, da ju je treba razumeti v medsebojni povezavi. Dodaten razlog pa je tudi v tem, da je tudi avstrijska ureditev že dodala splošno koristne dejavnosti med stvarnopravne določbe.

Merilo »običajne meje« se pri nas uporablja tudi v obligacijskem pravu pri presoji protipravnosti škode, vendar pa je ni mogoče zamenjevati s krajevno običajno mejo po določbah SPZ. Po tretjem odstavku 133. člena OZ je mogoče zahtevati povrnitev le tiste škode, ki presega (normalne) običajne meje. Določila navedenega člena sicer pomenijo konkretizacijo ustavne pravice do zdravega življenjskega okolja ter dajejo obligacijskopravno varstvo, ki je širše kot stvarnopravno, kar pa ne pomeni, da zakonskih določb ne bi bilo mogoče vsaj posodobiti in z manjšo razdrobljenostjo prispevati k lažjemu razumevanju imisij ter s tem pravni varnosti.

Analiza primerjanih pravnih ureditev in zlasti njihove sodne prakse je nakazala, da sodišča vsebino pravnih standardov zapolnjujejo na podoben način kot pri nas. Pravni standardi v sodobni družbi pridobivajo večji pomen, saj se s tem dosega stalno prilagajanje prava razvijajočim se odnosom, kljub temu pa je še vedno dopuščena individualizacija v vsakem posameznem primeru.

Literatura

- Stojan Cigoj: Komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, I. knjiga. Časopisni zavod Uradni list SRS, Ljubljana 1984.
- Drago Dular: Protipravnost kot element nepogodbene odškodninske odgovornosti, v: Podjetje in delo, (2011) 8, str. 9.
- Tone Frantar: Stvarno pravo. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1993.
- Erich Feil: Privates nachbarrecht und Immissionen – Eine systemtische Darstellung für Praxis, 3. Auflage, Linde-Verlag, Dunaj 2007.
- Alexander Illedits, Karin Illedits-Loehr: Nachbarrecht. Orac Verlag, Dunaj 1999.
- Dunja Jadek Pensa, v: Nina Plavšak, Miha Juhart in drugi: Obligacijski zakonik s komentarjem (splošni del), 1. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2003.
- Miha Juhart, Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur: Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Miha Juhart: Zahtevki zaradi opravljanja splošno koristne dejavnosti, v: Podjetje in delo, (2009) 7, str. 1302–1311.
- Marija Krisper Kramberger: Imisije v novi pravni ureditvi, v: Združeno delo, (1980) 5, str. 549.
- Marija Krisper Kramberger: Industrijske imisije, v: Združeno delo, (1983) 5, str. 726.
- Gorazd Kušej: Uvod v pravoznanstvo, 4., izpopolnjena izdaja. Ljubljana 1973.
- Gerhard Ring: Grundriß des Nachbarrechts, Berlin Verlag, Arno Spitz, Berlin 1997.
- Franz Jürgen Säcker: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 5. Auflage. Verlag C. H. Beck, München 2009.
- Bogomir Sajovic: Premoženjskopravno razmerje. Pravna fakulteta v Ljubljani, Založba, Ljubljana 1975.
- Christina Maria Schmid-Tschirren: Die negativen Immissionen im schweizerischen Privatrecht. Stampfli Verlag, Bern 1997.
- Karl Spielbüchler: N. 4 zu § 364 ABGB, v: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Rummel, 1. Band. Dunaj 1990, str. 401.
- Lojze Ude: Oblike procesnega varstva pravice do zdravega okolja, v: Pravne možnosti varovanja skupinskih interesov ljudi za zdravo okolje, Inštitut za civilno, primerjalno in mednarodno zasebno pravo, Maribor 1996, str. 9–18.
- Boris Vizner: Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Zagreb 1983.
- Renato Vrenčur, Martina Geč: Omejitve lastninske pravice v sosedskih razmerjih, v: Pravni letopis, 2009 (2010), str. 62.

ODPOVED AVTORSKI PRAVICI

Eneja Drobež,

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

1. PREDLOG ZASP Z DNE 1. AVGUSTA 2013

Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo je 1. avgusta 2013 objavilo predlog sprememb Zakona o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP), v katerem je prvič izrecno zapisano, da se avtor lahko odpove določeni izključni materialni avtorski pravici.¹ Predlagani šesti odstavek 151. člena ZASP določa: »Ne glede na četrty odstavek tega člena kolektivna organizacija ne sme upravljati pravic iz 1. ali 2. točke drugega odstavka 147. člena tega zakona (male glasbene in pisane pravice, op. a.), če se je avtor izrecno in za vselej odpovedal določeni pravici za določene načine uporabe določenega glasbenega ali pisanega dela. Odpoved pravici učinkuje od dneva, ko jo je kolektivna organizacija prejela.« To je ena izmed izjem obveznega kolektivnega upravljanja malih pravic, predlog ZASP pa jih določa zato, ker naj bi bila taka ureditev v skladu z interesi mladih neuveljavljenih avtorjev. Ta rešitev naj bi namreč »dodatno spodbudila ustvarjalnost še neuveljavljenih avtorjev glasbenih in pisanih del, ki bodo sedaj imeli več instrumentov za preboj med uveljavljene avtorje.«²

Iz besedila tega člena so razvidna naslednja izhodišča:

1. avtor se po predlogu lahko odpove določeni mali glasbeni ali pisani pravici na določenem avtorskem delu; ker je malih pravic več vrst, se lahko avtor odpove le eni izmed njih;³

¹ Predlog z dne 1. avgusta 2013, <www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/gospodarsko_pravo_in_intelektualna_lastnina/predlogi_predpisov/ZASP_predlog_1.8.2013.pdf> (9. 9. 2013).

² Prav tam, str. 7.

³ Ob upoštevanju 22. člena ZASP je malih pravic kot pravic priobčitve javnosti neodrskih del osem vrst; tako tudi M. Lubarda, nav. delo, str. 8.

2. odpoved zavezuje kolektivno organizacijo, ki odpovedane pravice ni upravičena upravljati; če se avtor odpove le eni vrsti malih pravic, upravlja vse druge kolektivna organizacija;⁴
3. odpovedi ni mogoče preklicati;
4. odpoved je veljavna samo, če jo avtor izjavi kolektivni organizaciji.

V svojih prejšnjih člankih sem se zavzemala za priznanje pravice avtorjev glasbenih del do samostojnega upravljanja malih glasbenih pravic.⁵ Z razvojem spleta so se namreč avtorjem ponudile nove možnosti za uveljavljanje pravic zunaj sistema kolektivnega upravljanja. Svoja dela lahko na primer ponudijo v brezplačno uporabo pod pogoji licence Creative Commons.⁶ Poleg tega jih lahko brezplačno objavijo na številnih spletnih portalih, kot so YouTube,⁷ Myspace⁸ ali Bandcamp.⁹ Od omenjenih možnosti imajo največ koristi mladi, neuveljavljeni avtorji. Kadar ti ponujajo svojo glasbo ceneje oziroma brezplačno in jo tako razširjajo po spletu, dobijo večjo možnost za prodor na svetovni glasbeni trg in večjo možnost, da bo javnost z njihovo glasbo sploh seznanjena. Zavzela sem tudi stališče, da je dobrodošla sodba Višjega sodišča v Ljubljani z dne 14. marca 2012,¹⁰ ker je v njej sodišče utemeljilo, da se lahko avtor že po veljavnem pravu odpove uveljavljanju malih glasbenih pravic. Sodba je namreč avtorjem omogočila večje razpolaganje z lastnimi avtorskimi pravicami kot dotedanja sodna praksa.¹¹

Vendar je treba pred zakonsko uveljavitvijo instituta izrecne odpovedi avtorskim pravicam preveriti, ali je ta sploh skladen s koncepti avtorskega prava, na katerih temelji ZASP. V sodobnem svetu sicer postaja čedalje pomembnejše, da imajo avtorji možnost tudi neodplačno razpolagati s svojimi pravicami. Vendar

⁴ Pri tem novi predlog ne predvideva več obveznega kolektivnega upravljanja pravice do dajanja del na voljo javnosti (32.a člen ZASP).

⁵ E. Drobež, nav. delo (2012, Združljivost ...), str. III.

⁶ Gre za vnaprej pripravljene licence, s katerimi avtorji jasno določijo dovoljene in nedovoljene uporabe svojih del, tako da lahko dela svobodneje krožijo med uporabniki. Avtor na ta način ponudi svoje delo v uporabo vsem in le pod določenimi pogoji. Obstaja šest različnih licenc CC, v okviru katerih se avtor odloči, ali bo dopustil komercialno ali le nekomercialno izkoriščanje dela ter ali bo dovolil nadaljnje predelave dela. Vsem licencam pa je skupno, da se avtor moralnim pravicam ne more odpovedati; <creativecommons.si/licence> (2. 12. 2013).

⁷ <www.youtube.com> (2. 12. 2013).

⁸ <myspace.com> (2. 12. 2013).

⁹ <bandcamp.com> (2. 12. 2013).

¹⁰ Sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 3402/2011, <http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/visja_sodisca/2012032113042482> (5. 5. 2013).

¹¹ E. Drobež, nav. delo (2012, Kako dokazati ...), str. 12.

konceptualno avtorsko pravo temelji na prepričanju, da mora avtor za vsako izkoriščanje dela pridobiti finančno zadoščenje, ki mu omogoča nadaljnje ustvarjanje. S tega vidika je institut odpovedi avtorski pravici izjema – vsako izjemo od ustaljenih načel avtorskega prava pa je treba določiti in razlagati ozko.

Članek je razdeljen v tri sklope: v prvem je predstavljeno, kako je vprašanje odpovedi avtorskim pravicam urejeno v nam sorodnih pravnih sistemih – v Nemčiji in Avstriji. V drugem sklopu je obravnavano, koliko na nacionalne ureditve odpovedi avtorskim pravicam vpliva evropsko pravo. Tretji sklop obsega veljavno slovensko pravo. Sledita povzetek raziskovanja in predlog, kako na drug način zavarovati interes neuveljavljenih avtorjev za brezplačno promocijsko predvajanje njihove glasbe.

2. ODPOVED AVTORSKI PRAVICI V PRIMERJALNEM PRAVU

2.1. Nemčija

2.1.1. Načelo neprenosljivosti avtorske pravice in odpoved avtorski pravici

Temeljno načelo nemškega avtorskega prava je, da je avtorska pravica neprenosljiva. To načelo, ki ga izrecno določa prvi odstavek § 29 nemškega Zakona o avtorski in sorodnih pravicah (Urheberrechtsgesetz – UrhG),¹² izhaja iz monistične teorije. Zaradi neprenosljivosti avtorske pravice se avtor svojim pravicam načelno ne more odpovedati, kar ga omejuje v pogodbeni svobodi. Namen te ureditve je izboljšati avtorjev položaj nasproti pogajalsko močnejši nasprotni stranki – uporabniku.¹³ Po drugem načelu, ki se je razvilo v nemški sodni praksi in ovira odpoved avtorskim pravicam, mora biti avtor primerno udeležen pri gospodarskem izkoriščanju svojega dela, in sicer pri vsakem izkoriščanju posebej.¹⁴

Vendar prepoved odpovedi avtorski pravici ni absolutna. Prvič, dovoljena je odpoved uveljavljanju posameznih že nastalih zahtevkov avtorske pravice s sklenitvijo pogodbe o odpustitvi obveznosti (nem. *der Erlassvertrag*) ali preprosta procesna odpoved s tem, da avtor svojih pravic ne uveljavlja po sodni

¹² Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, z dne 9. septembra 1965, BGBl. I, str. 1273 in nasl.

¹³ H. Schack, nav. delo, str. 165.

¹⁴ Sodba nemškega Zveznega ustavnega sodišča, zadeva 1 BvR 1631/08 – Drucker und Plotter z dne 30. avgusta 2010, objavljena v GRUR 2010, str. 999, točka 66: »... *der Urheber (ist) an der wirtschaftlichen Nutzung seines Werkes angemessen zu beteiligen.*«

poti. Drugič, označbe na avtorskem delu, ki kažejo na odpoved avtorski pravici, kot na primer »dovoljeno reproduciranje«, niso neupoštevne ali nične. V teh primerih se šteje, da je avtor na uporabnika prenesel neizključno pravico do brezplačne uporabe dela z možnostjo preklica po § 31 UrhG (nem. *einfaches Nutzungsrecht*).¹⁵

Nemški UrhG izrecno priznava možnost avtorjev, da na uporabnike prenesejo neizključne pravice do brezplačne uporabe, ter v ta namen določa izjeme od sicer strogih zahtev obličnosti in plačila primerne nadomestila za uporabo avtorskih del. Te določbe so bile oblikovane zaradi uveljavitve sistemov *open source* in *open content* kot sistemov, v katerih avtorji dovolijo brezplačno uporabo/nadgradnjo svojih del.¹⁶

- § 31a nem. UrhG določa, da se pravice do uporabe dela na še neznane načine – torej prek medijev, ki še ne obstajajo – lahko prenesejo samo s pisno pogodbo. Drugi stavek prvega odstavka tega paragrafa pa določa izjemo za brezplačni neizključni prenos, za katerega se obličnost ne zahteva;
- § 32 nem. UrhG nadalje določa obveznost plačila primerne nadomestila za uporabo avtorskih del. Kljub temu lahko avtor na vsakogar brezplačno prenese neizključno pravico do uporabe dela;
- ko postanejo novi načini uporabe del znani, torej ko se uveljavijo novi mediji, ima avtor po tretjem odstavku § 32c UrhG pravico do posebnega dodatnega nadomestila, razen v primeru brezplačnega neizključnega prenosa.

Moralnim pravicam se avtor po večinskem stališču nemške teorije ne more odpovedati.¹⁷ Nordemann pa meni, da je odpoved moralni pravici mogoča s tem, da avtor na delu ne označi svojega imena.¹⁸

2.1.2. Odpoved pravici do nadomestila

Vsebinske omejitve avtorske pravice v nemškem pravu so določene v §§ 44a do 62 UrhG. Po določbi § 63a nem. UrhG, ki velja od 1. januarja 2008, pa se avtor takrat, kadar mu pripada nadomestilo za dovoljeno uporabo dela (zakonite licence), pravici do nadomestila vnaprej ne more odpovedati. Iz tega člena je tako razvidno, da v primeru omejitev avtorske pravice avtor na uporabnika ne more prenesti neizključne pravice do brezplačne uporabe dela. Veljavna pa je odpoved uveljavljanju že nastalega zahtevka iz uporabe dela. V tem primeru

¹⁵ H. Schack, nav. delo, str. 166.

¹⁶ A. Peukert, nav. delo, str. 460.

¹⁷ G. Schulze: § 137, točka 50, v: T. Dreier in G. Schulze, nav. delo.

¹⁸ W. Nordemann: § 23, točke 8–11, v: U. Loewenheim, nav. delo.

lahko namreč avtor sam presodi, čemu se odpoveduje, in ne potrebuje posebnega pravnega varstva.¹⁹

V nemški sodni praksi pa še nista razčiščena odgovora na vprašanja, ali so se avtorji pred 1. januarjem 2008 lahko vnaprej odpovedali nadomestilu za dovoljeno uporabo avtorskih del in ali se na odpoved pravici do nadomestila lahko sklepa iz ravnanja avtorjev. Navedeni vprašanja sta se postavili v sporu med nemško kolektivno organizacijo VG Wort in uvozniki tiskalnikov in risalnikov, ko je VG Wort zahtevala plačilo nadomestila za zasebno reproduciranje po §§ 53 in 54a UrhG za obdobje od leta 2001 do konca 2007.

2.1.2.1. Odločitev BGH z dne 6. decembra 2007

Nemško Zvezno vrhovno sodišče (Bundesgerichtshof – BGH) je sprva zavzelo stališče, da avtor s tem, ko omogoči prost dostop do svojega dela na spletu ter ne uporabi zaščitnih tehničnih ukrepov, smiselno privoli v brezplačno reproduciranje tega dela. Tako ravnanje po mnenju BGH ne kaže le avtorjeve privolitve v reproduciranje dela, temveč tudi to, da se je odpovedal pravici do nadomestila. BGH je zato v sodbi z dne 6. decembra 2007 zaključilo, da se avtor lahko veljavno odpove pravici do nadomestila, tudi če uporabe dela zaradi zakonite licence ne more preprečiti. Utemeljilo je, da ni treba plačati za pridobitev zakonite licence, če obstaja avtorjeva privolitev.²⁰

Müller kritično presoja to odločitev BGH, saj naj bi imela nesprejemljive posledice: če avtorji svojega dela ne zavarujejo s tehničnimi ukrepi, nimajo pravice do nadomestila za zasebno reproduciranje, ker naj bi se tej pravici smiselno odpovedali. Po drugi strani avtorjem, če tehnične ukrepe uporabijo, prav tako ne pripada zakonska pravica do nadomestila, saj lahko pridobijo plačilo neposredno od uporabnikov.²¹

2.1.2.2. Odločitev BVerG z dne 30. avgusta 2010

Nemško Zvezno ustavno sodišče (Bundesverfassungsgericht – BVerfG) je sodbo BGH razveljavilo. Poudarilo je, da ima avtor ustavnopravno varovano pravico do uživanja materialnih sadov svoje stvaritve. Zato ravnanja avtorja, ki ni uporabil tehničnih ukrepov za zaščito dela, ni mogoče razlagati tako, kot da se je odpovedal nadomestilu.²² Iz odločitve BVerfG je mogoče razbrati, da avtor,

¹⁹ W. Bullinger: § 63a UrhG, točka 6, v: A.-A. Wandtke in W. Bullinger, nav. delo.

²⁰ Sodba z dne 6. decembra 2007, I ZR 94/06 (*Drucker und Plotter*), objavljena v GRUR 2008, str. 245, točki 27 in 28.

²¹ S. Müller, nav. delo, str. 28.

²² Sodba z dne 30. avgusta 2010, 1 BvR 1631/08 (*Drucker und Plotter*), objavljena v GRUR 2010, str. 999, točka 66.

če s svojim delom zaradi zakonite licence ne more razpolagati, tudi ne more razpolagati s pravico do nadomestila.

Ko je BVerG vrnilo zadevo BGH v ponovno razsojanje, je BGH postavilo predhodno vprašanje Sodišču EU, saj je menilo, da je za dokončno rešitev spora potrebna razlaga Direktive 2001/29/ES o avtorski pravici v informacijski družbi. Iz sklepa BGH o postavitvi predhodnega vprašanja izhaja, da je BGH spremenilo svoje stališče. Zdaj meni, da imajo izjeme ali omejitve avtorske pravice prednost pred voljo imetnika avtorske pravice. Če zakon določa omejitev pravice do reproduciranja, imetnik pravic nima možnosti, da reproduciranje dovoli ali prepove. Zato je vsaka privolitev imetnika pravic v reproduciranje, ki je dovoljeno že na podlagi omejitve avtorske pravice, pravno neupoštevna.²³ Odločitev Sodišča EU v tej zadevi bo obravnavana v razdelku 3.1.3.

2.1.2.3. Presoja stališč BGH in BVerG

Prvotno stališče BGH bi lahko bilo bolj v korist avtorjem kot spremenjeno stališče. Bolj je namreč upoštevalo voljo avtorjev, ki jo je bilo mogoče razbrati iz ravnanja avtorjev na spletu. Spletni prostor ni omejen le na Nemčijo, zaradi česar nemški uporabniki na spletu dostopajo tudi do vsebin tujih avtorjev, ki jih domača kolektivna organizacija ne zastopa. V sklepu o postavitvi predhodnega vprašanja BGH celo priznava, da obstaja volja avtorjev, da svoja dela brezplačno ponujajo na spletu, hkrati pa tej izraženi pravnoposlovni volji odvzame vsakršno pravno učinkovitost.

Po drugi strani je pri iskanju odgovora na vprašanje, ali se avtor pravici do nadomestila lahko odpove, treba upoštevati namen zakonitih licenc. Lahko predpostavljamo, da je namen zakonite licence v varstvu interesov uporabnikov. V tem primeru uveljavitev zakonite licence ni več upravičena, če lahko ti od avtorja pridobijo dovoljenje za uporabo dela pod ugodnejšimi pogoji kot v okviru zakonite licence. Vendar je negotovo, ali so zakonite licence dejansko namenjene temu. Prva zakonita licenca v Nemčiji je bila uvedena za primere zasebnega razmnoževanja.²⁴ Namen uvedbe te zakonite licence ni bil v varstvu uporabnikov, temveč v omogočanju avtorjem, da pridobijo nadomestilo za uporabo del, ki je dejansko niso mogli preprečiti. Avtorji namreč niso mogli nadzorovati, koliko se njihova dela presnemavajo in kopirajo. Če je namen zakonite licence v varstvu avtorjev, je lahko avtorjem tudi v korist, da se jim prepove, da bi se nadomestilu lahko odpovedali. V nasprotnem primeru bi se ji morebiti morali odpovedati v pogodbah, ki jih zanje pripravijo pogajalsko in

²³ Sklep BGH z dne 21. julija 2011, I ZR 30/11, <www.bundesgerichtshof.de> (6. 2. 2013), točki 45 in 53.

²⁴ T. Dreier in G. Nolte, nav. delo, str. 251.

ekonomsko močnejši unovčevalci del (založbe, medijske hiše in drugi). Vendar to lahko zavira avtorje, ki želijo proizvode svoje ustvarjalnosti samostojno razširjati po svetovnem spletu ter ne želijo zahtevati nadomestila za njihovo razmnoževanje v zasebni sferi.

2.2. Avstrija

2.2.1. Odpoved avtorski pravici

Avstrijsko avtorsko pravo prav tako temelji na monistični teoriji.²⁵ Avtorska pravica kot celota je tako med živimi neprenosljiva, kar določa tudi tretji odstavek § 23 avstrijskega Zakona o avtorski pravici (Urheberrechtsgesetz – UrhG).²⁶ Monistična teorija je tudi podlaga za uveljavitev načela prožnosti avtorske pravice. Ta določa, da materialne pravice, ki jih avtor podeli drugemu, preidejo nazaj na avtorja, če se pridobitelj pravicam odpove oziroma če pridobitelja ni več.²⁷

Tudi v avstrijskem pravu naj bi iz načela neprenosljivosti avtorske pravice izhajalo, da se avtor avtorski pravici ne more v celoti odpovedati. Prav tako naj bi se avtor ne mogel odpovedati posameznim moralnim ali materialnim upravičenjem, ki izhajajo iz avtorske pravice. Po drugi strani pa pozna zakon tudi izjemo – drugi odstavek § 23 UrhG določa, da preide v obsegu učinka odpovedi, če se eden od soavtorjev odpove svoji avtorski pravici, ta na soavtorje. Walter meni, da gre zgolj za *lex specialis*, ki omogoča soavtorju kolektivnega dela, da se pravicam odpove v korist preostalih soavtorjev. Zakon pa ne predvideva odpovedi pravicam v korist javnosti kot nedoločenemu številu oseb.²⁸

Kljub temu je tudi v avstrijskem pravu dopustno, da avtor dovoli brezplačno uporabo dela s tem, ko nasproti javnosti poda ponudbo kot izjavo pravno-poslovne volje. Ponudbo lahko posamezniki sprejmejo smiselno, z dejanskim izvrševanjem ponujenega načina izkoriščanja. V avstrijskem pravu se sicer zavedajo pomena dovolitve brezplačne uporabe, vendar je pri tem poudarjen tudi pomen varstva avtorja: takšne ponudbe je treba skladno s § 915 Občnega državlanskega zakonika (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB)²⁹ ozko razlagati, avtor pa bi moral imeti tudi pravico, da takšno ponudbo prekli-

²⁵ J. Werther, nav. delo, str. 43.

²⁶ BGBl. 111/1936 in nasl.

²⁷ M. M. Walter, nav. delo (2008), str. 769.

²⁸ Prav tam, str. 770.

²⁹ BGBl. 118/2002.

če. Vendar možnost tovrstne odpovedi pravicam oziroma dovolitve brezplačne uporabe dela v avstrijskem pravu še ni v celoti razčlenjena.³⁰

2.2.2. Odpoved pravici do nadomestila

Dejstvo, da avstrijsko pravo brezplačne uporabe dela ob avtorjevem soglasju ne preprečuje, se kaže tudi v ureditvi pravice do nadomestila, ki avtorju pripada zaradi zakonitih licenc. Tako § 42b UrhG določa, da ima avtor pravico do primerne odškodnine, če fizične osebe razmnožujejo njegovo delo na nosilce slike ali zvoka za osebno uporabo. Po petem odstavku § 42b sme pravico do odškodnine uveljavljati samo kolektivna organizacija. Vendar mora ta skladno s šestim odstavkom § 42b vrniti primerno odškodnino uporabniku, ki delo razmnožuje s soglasjem upravičenca. Pri tem zakon izrecno določa, da zadostujejo tudi domneve.

Če avtor svoje delo prosto objavi na spletu, lahko sklepamo, da soglaša, da se njegovo delo brezplačno razmnožuje v zasebne namene. Takšna volja avtorja je torej v avstrijskem pravu pravno upoštevana.

3. ODPOVED AVTORSKI PRAVICI V EVROPSKEM PRAVU

3.1. Odpoved pravici do nadomestila

Peti člen Direktive 2001/29/ES o avtorski pravici v informacijski družbi³¹ določa 20 izbirnih izjem ali omejitev pravice reproduciranja, ki jih lahko države članice po lastni presoji vključijo v nacionalno zakonodajo. Direktiva določa obveznost plačila pravičnega nadomestila v treh primerih: (1) reproduciranje del na papirju ali podobnem mediju (točka a drugega odstavka 5. člena), (2) reproduciranje del v zasebne namene (točka b drugega odstavka 5. člena) ter (3) reproduciranje oddaj nekomercialnih javnih institucij (točka e drugega odstavka 5. člena). V 36. uvodni izjavi te direktive je določeno, da lahko države članice predvidijo pravično nadomestilo tudi tam, kjer direktiva določa prosto uporabo dela.

Direktiva 2001/29/ES ne ureja izrecno vprašanja, ali se avtor lahko odpove pravicam do pravičnega nadomestila, ki mu pripadajo zaradi omejitve njegovih izključnih pravic po drugem odstavku 5. člena direktive. Možnosti so tri:

1. evropsko pravo avtorju ne dovoljuje, da bi se odpovedal pravicam do pravičnega nadomestila;

³⁰ M. M. Walter, nav. delo (2008), str. 771.

³¹ UL L 167, 22. junij 2001.

2. evropsko pravo zavezuje zakonodajalca, da upošteva voljo avtorja, ki se pravicam do nadomestila odpove;
3. odločitev o tem, ali je odpoved pravicam do nadomestila mogoča, je izključno v pristojnosti držav članic.

3.1.1. Prva možnost – po evropskem pravu se pravici do nadomestila ni mogoče odpovedati

Sodišče EU je pri svojih odločitvah večkrat uporabilo pravilo iz ene izmed direktiv, ki obravnava specifična vprašanja avtorskega prava, ter enako pravilo uveljavilo v okviru bolj splošne Direktive 2001/29/ES.³² Pri tem se je sklicevalo na 5. uvodno izjavo Direktive 2001/29/ES, ki določa, da se v okviru te direktive ohranjajo koncepti avtorskega prava, sprejeti v okviru prejšnjih direktiv. Primer je tretji odstavek 1. člena Direktive 91/250/EGS o pravnem varstvu računalniških programov,³³ ki določa, da računalniški program uživa varstvo, če je izvirno delo v pomenu, da je avtorjeva lastna intelektualna stvaritev. Sodišče EU je v zadevi C-5/08 (*Infopaq I*) to predpostavko za uživanje avtorskopравnega varstva razširilo na vsa avtorska dela, saj je odločilo, da so avtorskopравno varovane vse vsebine, ki so izvirne v pomenu, da so avtorjeve intelektualne stvaritve.³⁴ Tak pristop k razlagi Direktive 2001/29/ES je tog in daje konceptom avtorskega prava, kot so se uveljavili v *acquis communautaire* pred sprejetjem te direktive, prednost pred na primer tehničnim razvojem.

Pristop ohranitve konceptov avtorskega prava je Sodišče EU uporabilo tudi v zadevi C-277/10 (*Luksan*), v kateri je odločalo o tem, ali se avtor lahko odpove pravici do nadomestila za zasebno razmnoževanje.³⁵ Po mnenju Sodišča EU zakonodajalec Unije ni želel dopustiti, da bi se zainteresirane osebe lahko odpovedale prejetju nadomestila za izjeme zasebnega razmnoževanja. Direktiva 2001/29/ES naj bi namreč določala le izjemo od pravice razmnoževanja, ki pa jo je treba razlagati ozko in je ni mogoče razširiti na pravico do nadomestila. Sodišče EU je upoštevalo, da drugi odstavek 4. člena Direktive 92/100/EGS o pravici dajanja v najem in pravici posojanja³⁶ določa, da se avtor ne more od-

³² E. Drobež, nav. delo (2013), str. 15.

³³ UL L 122, 17. maj 1991, str. 42: zdaj velja kodificirana različica te direktive, Direktiva 2009/24/ES z dne 23. aprila 2009 (UL L 122, 17. maj 1991, str. 42).

³⁴ Sodba Sodišča EU z dne 16. julija 2009, ZOdl. 2009, str. I-06569, točke 32, 35 in 36. Sodba je bila tudi večkrat kritizirana – glej G. Schulze, nav. delo (*Schleichende ...*), str. 1019; C. Schlüter, nav. delo, str. 239–249; C. Handig, nav. delo, str. 52–57; E. Derclaye, nav. delo, str. 247–251.

³⁵ Sodba Sodišča EU z dne 9. februarja 2012, še neobj. v ZOdl., točke 100–108. Komentarja sodbe v M. M. Walter, nav. delo (2013), str. 73–81, in L. Reis, nav. delo, str. 21–24.

³⁶ Zdaj drugi odstavek 5. člena Direktive 2006/115/ES z dne 12. decembra 2006 kot kodificirane različice (UL L 376/28).

povedati pravičnemu nadomestilu za prenos pravice do dajanja v najem. Odločilo je, da enako velja tudi za pravico do pravičnega nadomestila za zasebno reproduciranje po točki b drugega odstavka 5. člena Direktive 2001/29/ES.³⁷ Na tej podlagi je Sodišče EU odločilo, da nacionalno pravo države članice ne more določiti domneve prenosa te pravice do pravičnega nadomestila ne glede na to, ali je domneva neizpodbojna ali pa je od nje mogoče odstopiti.³⁸ Po mnenju Sodišča EU imajo države članice po Direktivi 2001/29/ES tudi obveznost rezultata, kar pomeni, da morajo na vsak način doseči, da se pobere pravično nadomestilo v korist imetnikov pravic. Navedeno dolžnost naj bi bilo nemogoče konceptualno uskladiti z možnostjo takega imetnika, da se temu pravičnemu nadomestilu odpove.³⁹

V združenih zadevah C-457/11 do C-460/11 (*KYOCERA*) je obravnavalo predhodno vprašanje, ki mu ga je dne 21. julija 2011 postavilo BGH.⁴⁰ Tu je Sodišče EU presojalo, koliko lahko avtorji svobodno razpolagajo s pravicami do nadomestil, ki jim pripadajo, če se država članica odloči uveljaviti izjemo ali omejitev pravice do reproduciranja skladno z drugim in tretjim odstavkom 5. člena Direktive 2001/29/ES. Sodišče EU je odločilo, da je, če se država članica odloči izključiti vsakršno pravico imetnikov pravic, da dovolijo reproduciranje svojih del in drugih predmetov sorodnih pravic, morebitno dovoljenje teh imetnikov pravic po pravu navedene države brez pravnega učinka.⁴¹ Zato v okviru izjeme ali omejitve, določene v drugem in tretjem odstavku 5. člena Direktive 2001/29/ES, morebitno dejanje, s katerim je imetnik pravic dovolil reproduciranje svojega dela ali drugega predmeta sorodnih pravic, nikakor ne vpliva na pravično nadomestilo. To velja ne glede na to, ali je to nadomestilo v Direktivi 2001/29/ES določeno kot obvezno ali fakultativno.⁴²

Sodišče EU je tako v svojih nedavnih odločitvah v zadevi C-277/10 (*Luksan*) ter v združenih zadevah C-457/11 do C-460/11 (*KYOCERA*) potrdilo, da avtor po evropskem pravu ne more razpolagati s pravicami do nadomestil, ki mu pripadajo zaradi zakonitih licenc. Če avtor uporabniku dovoli izkoriščanje dela na način, ki ga pokriva zakonita licenca, takšno njegovo ravnanje ni

³⁷ Sodba Sodišča EU z dne 9. februarja 2012, zadeva C-277/10 (*Luksan vs. van der Let*), še neobj. v ZOdl., točke 100–108.

³⁸ Prav tam, točka 109.

³⁹ Prav tam, točki 109 in 110; sodba Sodišča EU z dne 16. junija 2011 v zadevi C-462/09 (*Stichting de Thuis kopie*), še neobjavljena v ZOdl., točka 34.

⁴⁰ Sodba Sodišča EU z dne 27. junija 2013, še neobj. v ZOdl. Komentarja sodbe v J. Gräbig, nav. delo, str. 816–818, in M. Stieper, nav. delo, str. 699–702. Glej tudi razdelek 2.1.2.2.

⁴¹ Prav tam, točka 37.

⁴² Prav tam, točka 40.

pravno veljavno in zato tudi ne vpliva na višino nadomestila. Zakonite licence imajo tako po evropskem pravu prednost pred avtorjevo voljo. Nejasno pa je, ali je to edina možnost. V nadaljevanju bosta predstavljeni še preostali dve z razlogi za njuno uveljavitev in proti njej.

3.1.2. Druga možnost – po evropskem pravu se je pravici do nadomestila mogoče odpovedati

Iz 35. uvodne izjave je razvidno, da morajo imetniki pravic v določenih primerih omejitve avtorske pravice dobiti nadomestilo za uporabo svojega dela, pri čemer je eno od meril za izračun višine nadomestila škoda, ki jim z uporabo dela nastane. V 38. uvodni izjavi je tudi določeno, da lahko države članice predvidijo izjemo ali omejitev pravice do reproduciranja v primeru uporabe za zasebne namene, če predvidijo pravično nadomestilo, ki bo nadomestilo škodo, povzročeno imetnikom pravic. Čeprav uvodne izjave niso zavezujoče, jim daje Sodišče EU v svojih odločitvah velik pomen. V odločitvi C-467/08 (*Padawan*) je tako zavzelo stališče, da je iz obeh navedenih uvodnih izjav »razvidno, da sta nastanek in višina pravičnega nadomestila vezana na škodo, ki avtorju nastane z reproduciranjem njegovega varovanega dela za zasebno uporabo **brez njegovega dovoljenja** (poudarila E. D.)«. ⁴³ Iz tega je mogoče sklepati, da ga, če imetnik pravic dovoli brezplačno uporabo dela oziroma se odpove nadomestilu, uporabnik ni zavezan plačati. Če imetnik pravic privoli v brezplačno uporabo dela, mu v zvezi s tem ne more nastati škoda. ⁴⁴ Poleg tega 52. uvodna izjava Direktive 2001/29/ES določa, da naj bi države članice pri izvajanju izjeme ali omejitve za zasebno razmnoževanje spodbujale uporabo prostovoljnih ukrepov, ki so namenjeni doseganju ciljev takšnih izjem ali omejitev. Skladno z navedenim je mogoče reči, da ima privolitev imetnika pravic v brezplačno uporabo dela po evropskem pravu prednost pred zakonito licenco, ki jo je treba plačati.

Vendar pa uvodne izjave direktiv niso pravno zavezujoče v pomenu, da bi vzpostavljale neposredne dolžnosti državam članicam. Čezmerno zanašanje na uvodne izjave v primerjavi z besedilom členov Direktive 2001/29/ES tako ni priporočljivo. Skladno z 10. točko Medinstitucionalnega sporazuma o skupnih smernicah za pripravo kakovostnih pravnih aktov Skupnosti z dne 22. decembra 1998 ⁴⁵ je namen uvodnih izjav utemeljiti glavno vsebino členov, ne da bi jo ponavljale ali razlagale z drugimi besedami. Uvodne izjave pa ne smejo

⁴³ Sodba Sodišča EU z dne 21. oktobra 2010, ZOdl. 2010, str. I-10055, točka 40.

⁴⁴ Tako tudi BGH, zadeva I ZR 94/06 z dne 6. decembra 2007 (*Drucker und Plotter*), GRUR 2008, str. 245.

⁴⁵ UL C 73, 17. marec 1999, str. 1.

vsebovati normativnih določb ali političnih izjav. To velja, čeprav Sodišče EU ob odgovorih na predhodna vprašanja redno upošteva tudi vsebino uvodnih izjav. Iz navedenega razloga menim, da samo na podlagi uvodnih izjav ni mogoče zavzeti stališča, da evropsko pravo zavezuje članice, da morajo upoštevati voljo avtorja, ki se je odpovedal pravici do nadomestila.

3.1.3. Tretja možnost – evropsko pravo ne določa, ali se je pravici do nadomestila mogoče odpovedati

Okoliščina, da Direktiva 2001/29/ES v besedilu členov ne določa, ali se lahko imetnik pravic odpove plačilu nadomestila, pa lahko kaže na to, da ta vidik evropsko ni usklajen. Direktiva 2001/29/ES poleg tega v 5. členu določa kar 20 različnih izjem, ki jih lahko države članice uzakonijo po svoji presoji. Če je torej evropski zakonodajalec namerno prepustil državam članicam diskrecijo glede uzakonitve izjem avtorske pravice, bi jim lahko ob odsotnosti izrecnih navodil v direktivi dal tudi možnost, da same določijo način, kako bodo te izjeme urejene. Generalna pravobranilka Sharpston je tako v sklepnih predlogih k združenim zadevam C-457/11 do C-460/11 (*KYOCERA*) menila, da imajo države članice pri določanju, ali se imetniki pravic lahko odpovedo pravičnemu nadomestilu, diskrecijsko pravico.⁴⁶

Takšna razlaga pa je lahko v nasprotju s težnjo po čim večji poenotenosti in približevanju avtorsko-pravnih sistemov v državah članicah. Iz 5. do 7., 39., 44. in 47. uvodne izjave Direktive 2001/29/ES namreč med drugim izhaja tudi težnja evropskega zakonodajalca, da se doseže čim večja enotnost, ki je potrebna za delovanje notranjega trga. Zato rešitev, v skladu s katero se države lahko same odločijo, ali bodo dovolile odpoved pravici do nadomestila, ni ustrezna, če je to vprašanje mogoče enotno urediti v pravilih Direktive 2001/29/ES. Ravno to pa je Sodišče EU storilo v odločitvah v zadevi C-277/10 (*Luksan*) ter v združenih zadevah C-457/11 do C-460/11 (*KYOCERA*). Zato menim, da se pravicam do nadomestila po evropskem pravu ni mogoče odpovedati.

3.2. Odpoved materialni avtorski pravici

V 2. členu Direktive 2001/29/ES o avtorski pravici v informacijski družbi je določena izključna pravica avtorjev do reproduciranja dela, v 3. členu pa izključna pravica avtorjev do priobčitve del javnosti. Vendar direktiva ne ureja izrecno vprašanja, ali se avtor lahko tem pravicam tudi odpove oziroma jih brezplačno prenese na druge.

⁴⁶ Sklepni predlogi generalne pravobranilke Eleanor Sharpston z dne 24. januarja 2013 (*VG Wort proti KYOCERA in drugi*), <eur-lex.europa.eu> (21. 2. 2013), točki 30, 120.

Iz 10. uvodne izjave direktive izhaja, da morajo avtorji in izvajalci za uporabo svojega dela prejeti primerno nagrado, ki jim bo omogočala nadaljnje ustvarjanje. Iz te uvodne izjave bi lahko sklepali, da v evropskem pravu ni zaželeno, da bi se avtor materialnim upravičenjem odpovedal ali da bi dovolil brezplačno izkoriščanje svojega dela. Vendar drugače kot v primeru pravic do nadomestil nobena direktiva, sprejeta pred uveljavitvijo Direktive 2001/29/ES, ne določa, da se avtor ne bi smel odpovedati posameznim izključnim materialnim avtorskim pravicam oziroma jih ne bi smel brezplačno prenesti na uporabnike.

Ob upoštevanju okoliščine, da Direktiva 2001/29/ES avtorju ne prepoveduje, da bi se odpovedal materialni avtorski pravici oziroma jo brezplačno prenesel na drugega, lahko ob uporabi nasprotnega razlogovanja sklepamo, da direktiva takšno odpoved oziroma neodplačni prenos dopušča. Menim pa, da v tem primeru zadostuje, da nacionalni zakonodajalec zagotovi, da avtor dovoli brezplačno izkoriščanje svojega dela – v nasprotnem primeru Direktiva 2001/29/ES ne bi bila skladna z monistično teorijo, ki je temelj številnim avtorskim zakonom v EU. Menim tudi, da ta direktiva zapoveduje restriktivno razlago posameznih avtorjevih ravnanj, ki kažejo na odpoved avtorskim pravicam. Drugače bi bila lahko avtorju kršena pravica do primerne nagrade, ki mu omogoča nadaljnje ustvarjalno delo.⁴⁷

3.3. Odpoved moralni avtorski pravici

Moralne pravice so iz Direktive 2001/29/ES izrecno izvzete.⁴⁸ Zato je tudi uredevec vprašanja, ali in kako se jim je mogoče odpovedati, izključno v pristojnosti držav članic.

4. ODPOVED AVTORSKI PRAVICI V SLOVENSKEM PRAVU

4.1. Razpolaganje z moralnimi pravicami

V 15. členu ZASP je avtorska pravica označena kot enovita pravica na avtorskem delu. Iz te določbe je tako razvidno, da je bila tudi v slovensko pravo sprejeta monistična teorija, po kateri so avtorjeve premoženjske in moralne pravice med seboj neločljivo povezane.⁴⁹ V duhu monistične teorije in ob upo-

⁴⁷ Uvodna izjava 10 Direktive 2001/29/ES.

⁴⁸ Uvodna izjava 19 Direktive 2001/29/ES.

⁴⁹ M. Trampuž in drugi, nav. delo, str. 70; M. Trampuž, nav. delo, str. 129, 130.

števanju neprenosljivosti moralnih pravic 69. člen ZASP določa, da avtorska pravica kot celota ni prenosljiva.⁵⁰

Ker so moralne pravice neposredno povezane z avtorjevo osebnostjo in so zato tudi del njegovih osebnostnih pravic, jih skladno s prvim odstavkom 70. člena ZASP načelno ni mogoče prenesti ali se jim odreči. Vendar se to načelo ne razume kot absolutno, temveč naj bi se ohranilo vsaj »jedro moralnih pravic«, ob upoštevanju pravnega prometa in avtorjeve volje. Primer izjeme od načela neprenosljivosti moralnih pravic je tako imenovani *ghostwriter* kot oseba, ki piše za in v imenu naročnika.⁵¹ Moralne avtorske pravice tudi niso podvržene niti zakonskim omejitvam niti zakonitim licencam, izvršbi ali razlastitvi. V primeru smrti se prenesejo na dedne naslednike.⁵²

4.2. Neodplačni prenos materialne avtorske pravice

4.2.1. Dovoljenost neodplačnega prenosa materialne avtorske pravice

Drugi odstavek 21. člena ZASP določa, da je uporaba avtorskega dela dopustna le, če je avtor skladno s tem zakonom in pod pogoji, ki jih je določil, prenesel ustrezno materialno avtorsko pravico. Zato je v literaturi zastopano stališče, da so materialne avtorske pravice v slovenskem pravu prenosljive – odplačno in neodplačno.⁵³ V okviru neodplačnega prenosa je mogoče ustanoviti tudi prekarij na avtorski pravici.⁵⁴

Tudi drugi odstavek 70. člena ZASP določa, da lahko avtor s pogodbo ali drugim pravnim poslom prenese posamične materialne avtorske pravice in druge pravice avtorja, če zakon ne določa drugače. Pri tem ne gre za translativni prenos, pri katerem se pravica v celoti izloči iz avtorjeve oblasti, tako da avtor nanjo nima vpliva. Pri drugem odstavku 70. člena ZASP gre tako za konstitutivni prenos, pri katerem se materialna pravica od avtorja ne izloči, temveč se le obremeni s pravico pridobitelja.⁵⁵ Menim, da to velja ob:

- neizključnem prenosu avtorske pravice, ki skladno s prvim odstavkom 74. člena ZASP upravičuje imetnika, da na dogovorjeni način uporablja delo poleg avtorja ali drugih imetnikov, pa tudi ob

⁵⁰ Prav tam, str. 182.

⁵¹ Prav tam, str. 184.

⁵² J. Štempihar, nav. delo (1960), str. 56.

⁵³ M. Trampuž in drugi, nav. delo, str. 70.

⁵⁴ J. Štempihar, nav. delo (1959), str. 197.

⁵⁵ M. Trampuž in drugi, nav. delo, str. 183.

- izključnem prenosu avtorske pravice, ki po drugem odstavku istega člena upravičuje imetnika, da na dogovorjeni način uporablja delo ob izključitvi avtorja in vseh drugih oseb.

Če avtor dovoli brezplačno izkoriščanje svoje pravice, je logično, da se ne more premisliti in za nazaj zahtevati plačila. Vendar avtorju po 20. členu ZASP pripada tako imenovana pravica skesanja kot pravica odstopa od pogodbe ne glede na to, ali je že izpolnil svoje obveznosti ali ne. Tako lahko avtor prepreči nadaljnje izkoriščanje svojega dela,⁵⁶ s tem pa tudi nadaljnje brezplačno izkoriščanje. Pri tem je avtor odgovoren za škodo, ki bi uporabniku nastala s tem, da je pričakoval nadaljnje brezplačno izkoriščanje dela.⁵⁷

4.2.2. Pogoji za brezplačni prenos materialne avtorske pravice

Brezplačen prenos materialne avtorske pravice je veljaven le ob upoštevanju pogojev iz 79. in 80. člena ZASP. Skladno s tretjo in četrto točko 79. člena se avtor ne more odpovedati ali brezplačno prenesti materialnih avtorskih pravic na vseh svojih prihodnjih delih ali za neznane oblike uporabe svojega dela. Nadalje mora biti skladno s prvim odstavkom 80. člena ZASP vsaka odpoved oziroma vsak brezplačni prenos v pisni obliki. Tako ZASP drugače kot nemški UrhG ne omogoča brezplačnega neizključnega prenosa materialne avtorske pravice brez upoštevanja pravil obličnosti.⁵⁸ Če pa načelu pisnosti ni zadoščeno, avtorjevo razpolaganje ni neveljavno, temveč se sporne ali nejasne določbe posla razlagajo v korist avtorja.⁵⁹

Za ugotavljanje širine tega člena je treba ugotoviti, kdaj je zadoščeno načelu pisnosti. Ali morata dogovor med avtorjem in uporabnikom podpisati oba⁶⁰ ali zadostuje, da dogovor pisno potrdi eden (tako imenovana polovična pisnost, nem. *halbe Schriftlichkeit*)?⁶¹ Ali mora biti dogovor sprejet na papirju ali lahko komunikacija med avtorjem in uporabnikom poteka na spletu?

Pri ugotavljanju, kakšna oblika izjave je pravno relevantna, se upošteva tudi relevantno sekundarno evropsko pravo. Drugi odstavek 23. člena Uredbe Bruselj I določa, da je vsaka komunikacija po elektronskih medijih, ki omo-

⁵⁶ J. Štempihar, nav. delo (1560), str. 62.

⁵⁷ Tretji odstavek 20. člena ZASP.

⁵⁸ Glej razdelek 2.1.1.

⁵⁹ Drugi odstavek 80. člena ZASP.

⁶⁰ M. Trampuž in drugi, nav. delo, str. 199.

⁶¹ Polovična pisnost zadostuje za prorogacijo sodišča po točki a prvega odstavka 23. člena Uredbe št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (Bruselj I), UL L 12/1, 16. januar 2001.

goča trajen zapis dogovora, enakovredna elektronski obliki. Uredba Bruselj I se sicer nanaša na določanje pristojnosti sodišča in izvrševanje tujih sodnih odločb, zato je pomembnejša Direktiva 2001/31/ES o storitvah v informacijski družbi.⁶² Prvi odstavek 9. člena te direktive zavezuje članice, da zagotovijo pravno veljavnost sklepanja pogodb z uporabo elektronskih sredstev. Iz tega lahko sklepamo, da se avtor lahko odpove materialnim pravicam tudi z elektronskimi sredstvi, če na primer glasbeno delo objavi na spletu s pripisom »dovoljeno razmnoževanje ali brezplačno poslušanje«. S tem ko uporabnik izbere delo, si ga predvaja ali ga naloži na svoj računalnik, dejansko privoli v brezplačno uporabo glasbenega dela. Trajen zapis dogovora pa je mogoče videti v zabeleži na spletni strani o tem, kolikokrat so uporabniki glasbeno delo predvajali ali ga naložili.⁶³

Lahko se zgodi, da avtor le objavi svoje delo na spletu in s tem omogoči vsakomur dostop do njega, ne da bi hkrati izrecno izrazil, ali je delo dovoljeno brezplačno uporabljati. Tako ravnanje se skladno z drugim odstavkom 80. člena ZASP razlaga v korist avtorja. Ker je v določenih okoliščinah avtorju glasbenega dela lahko tudi v korist, da se delo brezplačno predvaja, saj si s tem zagotavlja promocijo, bi se objava glasbenega dela na spletu brez vključitve posebnih tehničnih ukrepov lahko razlagala kot dovolitev brezplačnega izkoriščanja tega dela. Pri objavi glasbenega dela na spletu je ob odsotnosti drugačne izjave avtorjeve volje mogoče sklepati, da avtor dovoli brezplačno priobčitev glasbe spletnim uporabnikom v zasebni sferi, ne pa tudi brezplačno priobčitev nadaljnji javnosti, distribuiranje ali razmnoževanja dela v druge namene kot zasebne.

4.3. Odpoved materialnim pravicam

4.3.1. Določbe ZASP, ki se izrecno nanašajo na odpoved materialnim pravicam

ZASP v nekaterih členih izrecno določa, da se avtor določeni izključni pravici ne more odpovedati:

- avtor avdiovizualnega dela se ne more odpovedati izključni pravici do nadaljnje predelave avdiovizualnega dela v kakšno drugo umetniško obliko ali izključni pravici do nove avdiovizualne priredbe prvotnega dela, vendar po preteku desetih let od sklenitve pogodbe s producentom (četrti odstavek v povezavi s tretjim odstavkom 104. člena),
- avtor avdiovizualnega dela, ki je s producentom sklenil pogodbo o filmski produkciji, se tudi ne more odpovedati pravici do nadaljnje predelave avdio-

⁶² UL L 178/1, 17. julij 2000.

⁶³ Primer spletne strani, ki deluje na navedeni način, je <bandcamp.com> (5. 5. 2013).

vizualnega dela v kakšno drugo umetniško obliko (peti odstavek v povezavi s četrtem odstavkom 107. člena).

Prav tako se avtor ne more vnaprej odpovedati pravici do naknadnega honorarja, ki mu pripada po drugem odstavku 81. člena ZASP, če njegovo delo pozneje postane uspešnica. Navedena določba varuje avtorje, saj jim omogoča udeležbo pri dobičku, ki se z uporabo avtorskega dela doseže, kadar je dobiček očitno v nesorazmerju z dogovorjenim ali določenim honorarjem ali nadomestilom.

V literaturi je zastopano stališče, da se v drugih primerih avtor lahko odpove materialnim avtorskim pravicam in tudi posameznim zahtevkom, ki izvirajo iz pravic.⁶⁴ Enako stališče je zavzelo Višje sodišče v Ljubljani v sodbah z dne 9. januarja 2013 in 14. marca 2012.⁶⁵ Ker ZASP ne vsebuje posebnih določb o odpovedi materialnim avtorskim pravicam, naj bi se za ta primer uporabljala splošna pravna pravila civilnega prava.⁶⁶

4.3.2. Ali je odpoved avtorski pravici sistemsko ustrezna?

Najpomembnejša zakona na področju civilnega prava – Stvarnopravni zakonik (v nadaljevanju SPZ)⁶⁷ in Obligacijski zakonik (v nadaljevanju OZ)⁶⁸ – sicer ne vsebujeta splošnih določb o učinkovanju odpovedi določenim pravicam. Oprelitev odpovedi pravici in njene posledice za imetnika pravic pa je mogoče razbrati iz 241. člena SPZ, ki določa odpoved užitka. Skladno z drugim odstavkom tega člena je odpoved enostranska izjava užitkarja, da se svoji pravici odpoveduje. Skladno s prvim odstavkom 241. člena SPZ z odpovedjo užitek preneha.

Zato bi odpoved materialni avtorski pravici lahko opredelili kot enostransko izjavo volje, ki jo poda avtor in s tem povzroči, da njegova avtorska pravica preneha. V tem primeru torej materialna avtorska pravica preneha prej kot 70 let po avtorjevi smrti – zato se delo glede izkoriščanja te pravice šteje za javno dobro (ang. *public domain*). Ob odpovedi eni izmed pravic pa avtorjeve moralne in tudi preostale materialne pravice ne prenehajo. To se zgodi tudi ob smiselni uporabi pravila ločenih prenosov iz prvega odstavka 76. člena ZASP, po katerem prenos posamične materialne avtorske pravice ali posamične druge pravice avtorja ob odsotnosti drugačnega dogovora ali drugačne zakonske

⁶⁴ M. Trampuž in drugi, nav. delo, str. 185; J. Štempihar, nav. delo (1960), str. 56.

⁶⁵ II Cp 2010/2012, II Cp 3402/2011, <www.sodnapraksa.si> (10. 10. 2013).

⁶⁶ J. Štempihar, nav. delo (1960), str. 56.

⁶⁷ Ur. l. RS, št. 87/02 in nasl.

⁶⁸ Ur. l. RS, št. 83/01 in nasl.

določbe ne vpliva na prenos drugih pravic. Vendar se ta rešitev ne sklada z monistično teorijo in konceptom avtorske pravice kot enovite pravice na avtorskem delu, ker se s tem posamezna materialna pravica nepogojno loči od preostalih vidikov avtorske pravice na določenem delu. Kot smo že pojasnili, iz navedenega razloga nemška teorija zavrača možnost odpovedi materialnim pravicam in dopušča le neodplačni prenos te pravice.⁶⁹ V literaturi je sicer zastopano stališče, da pravilo, da se je posameznim materialnim pravicam mogoče odpovedati, izhaja iz načela konstitutivne prenosljivosti posamičnih materialnih pravic.⁷⁰ Vendar se pri konstitutivnem prenosu pravica avtorja le obremeni s pravico uporabnika, iz avtorjevega premoženja pa se ne loči. Odpoved materialni avtorski pravici pa povzroči, da materialna avtorska pravica preneha in tako ne obstaja več. Ker avtor iz tega razloga ne more več vplivati na to pravico, ima odpoved avtorski pravici zanj podobne pravne posledice kot translativni prenos, in ne kot konstitutivni. Zato menim, da ni v naravi materialne avtorske pravice v slovenskem pravu, da bi se ji bilo mogoče odpovedati.

Štempihar je že leta 1960 menil, da se je materialnim avtorskim pravicam vedno mogoče odpovedati.⁷¹ Vendar je jugoslovanski Zakon o avtorski pravici iz leta 1957 temeljil na dualistični teoriji avtorskega prava. Ker ta predvideva, da so posamezna premoženjska in moralna upravičenja avtorja ločena, je bila odpoved materialnim avtorskim pravicam sistemsko ustrezna.⁷² V okviru monistične teorije, ki jo izrecno določa 15. člen ZASP, pa odpoved materialnim avtorskim pravicam sistemsko ni upravičena.

Po drugi strani bi lahko iz določb ZASP (104. in 107. člen ZASP), ki izrecno prepovedujejo odpoved določeni izključni materialni pravici, *a contrario* sklepali, da se je preostalom materialnim avtorskim pravicam mogoče odpovedati. Vendar menim, da te določbe pomenijo le, da so v ZASP že zdaj sistemske nedoslednosti. To je mogoče odpraviti na dva načina: s črtanjem 15. člena ZASP o enovitosti avtorske pravice in ponovnim sprejetjem dualistične teorije ali z razlago 104. in 107. člena ZASP v pomenu, da avtor avdiovizualnega dela svoje pravice do predelave ne more neodplačno prenesti.

Uvedba dualistične teorije bi sicer lahko povzročila nekatere nesporazume in nevšečnosti: avtor načelno ne bi mogel zahtevati plačila za določen način izkoriščanja njegovega dela, vendar bi mu ostala moralna pravica skesanja, zaradi česar bi lahko uporabniku prepovedal nadaljnje brezplačno izkoriščanje dela. Po drugi strani pa bi odpoved materialnim avtorskim pravicam za avtorja lah-

⁶⁹ Glej razdelek 2.1.1.

⁷⁰ M. Trampuž in drugi, nav. delo, str. 185.

⁷¹ J. Štempihar, nav. delo (1960), str. 56.

⁷² Prav tam, str. 52.

ko imela tudi pozitivne posledice, saj bi tako lahko še pospešil diseminacijo svojih idej in lastno promocijo. V Evropi temeljijo na dualistični teoriji francoski, švicarski in belgijski sistem avtorskega prava.⁷³

4.3.3. Način podaje relevantnih izjav avtorja

Če vendarle ostane prevladujoče stališče slovenske pravne teorije in prakse, da spada odpoved materialnim avtorskim pravicam v slovenski sistem avtorskega prava, se postavi vprašanje, kako lahko avtorji odpoved podajo. Višje sodišče v Ljubljani je v sodbah z dne 9. januarja 2013 in 14. marca 2012 zavzelo stališče, da se odpoved uveljavljanju avtorskih pravic lahko dokaže z izjavami, ki so jih podali posamezni avtorji.⁷⁴ Vendar iz sodb ni razvidno, ali morajo biti izjave na papirju in jih mora podpisati avtor ali pa zadostuje, da avtor svojo voljo izjavi v elektronski obliki. Pri tem je spet treba upoštevati prvi odstavek 9. člena Direktive 2001/31/ES o storitvah v informacijski družbi, ki elektronsko komunikacijo izenačuje s starejšimi oblikami komunikacije. Uporabnik torej lahko dokazuje, da se je avtor odpovedal materialnim pravicam, s sklicevanjem na objavo avtorjeve odpovedi na spletu (na primer na avtorjevi spletni strani). V drugem primeru, če bi sodišče kot verodostojno obravnavalo le klasično podpisano izjavo na listu papirja, bi bila možnost dokazovanja odpovedi tako otežena, da bi odpoved v praksi izgubila vsakršen pomen.

4.4. Odpoved in brezplačni prenos avtorske pravice, ki se obvezno upravlja prek kolektivne organizacije

V 147. členu ZASP določa obvezno kolektivno upravljanje za naslednje izključne pravice: (1) priobčitev javnosti neodrskih glasbenih in pisanih del oz. male pravice (1. točka 147. člena) ter (2) pravice kableske retransmisije (4. točka 147. člena). Te pravice lahko pristojna kolektivna organizacija po tretjem odstavku 151. člena ZASP uveljavlja tudi brez pogodbe z avtorjem kot prisilni skrbnik⁷⁵ oziroma kot zakoniti skrbnik.⁷⁶ Drugi odstavek 151. člena ZASP določa, da avtor, dokler je kolektivno upravljanje avtorskih pravic po zakonu ali avtorjevem nalogu preneseno na kolektivno organizacijo, ne more osebno upravljati teh pravic.

Ob upoštevanju teh zakonskih določb se postavi vprašanje, kako je z odpovedjo oziroma brezplačnim prenosom izključnih materialnih avtorskih pra-

⁷³ J. Werther, nav. delo, str. 43.

⁷⁴ II Cp 2010/2012, II Cp 3402/2011, <www.sodnapraksa.si> (10. 10. 2013).

⁷⁵ M. Trampuž in drugi, nav. delo, str. 363.

⁷⁶ E. Drobež, nav. delo (2012, Združljivost ...), str. III.

vic, ki se obvezno kolektivno upravljajo. V slovenski sodni praksi in literaturi je prevladujoče stališče, da se avtor obveznemu kolektivnemu upravljanju ne more izogniti, tudi ne z izrecno odpovedjo materialnim pravicam. Kadar zakon določa obvezno kolektivno upravljanje določenih pravic, se pravice morajo upravljati (tržiti, prenašati, izterjevati) prek kolektivne organizacije, če to avtor in/ali uporabnik želita ali ne.⁷⁷ Obvezno kolektivno upravljanje malih avtorskih pravic se namreč po prevladujoči slovenski sodni praksi razume kot oblika prisilne licence, pri čemer avtor nima izbire, ali bo svoje pravice uveljavljal sam ali prek kolektivne organizacije. Zato tudi nima možnosti, da bi se materialni pravici odpovedal, niti je ne more brezplačno prenesti na uporabnika. Vsa avtorska neodrska glasbena dela, ki so varovana po ZASP, po objavi sama postanejo del repertoarja kolektivne organizacije.⁷⁸ Avtorji in drugi imetniki pravic, ki jih kolektivna organizacija ne zastopa na pogodbeni, temveč zakonski podlagi, postanejo ne glede na svojo voljo pasivni (izredni) člani kolektivne organizacije.⁷⁹

Višje sodišče v Ljubljani je v nekaterih novejših sodbah zavzelo drugačno stališče: odločilo je, da se avtor po slovenskem pravnem redu lahko veljavno odpove uveljavljanju malih glasbenih pravic, ter pojasnilo, da v tem primeru kolektivna organizacija za javno priobčitev njegovih glasbenih del ne more zahtevati plačila nadomestila.⁸⁰ Navedeno stališče je sodišče obrazložilo s tem, da je v naravi vsake materialne pravice, da se ji je mogoče odpovedati.⁸¹ Če pa se avtorji malim glasbenim pravicam niso odpovedali, jih obvezno upravlja kolektivna organizacija na podlagi pogodbe z avtorjem ali zakona.⁸²

Menim, da stališče Višjega sodišča v Ljubljani v sodbi z dne 14. marca 2012 ni pravilno, čeprav omogoča avtorjem več razpolaganja z lastnimi pravicami. Drugi in tretji odstavek 151. člena ZASP namreč jasno določata, da volja avtorja, če zakon predpisuje obvezno kolektivno upravljanje, ni upoštevana. Po tretjem odstavku 151. člena ZASP lahko pristojna kolektivna organizacija pra-

⁷⁷ Sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1628/2011 z dne 24. novembra 2011, <www.sodnapraksa.si> (10. 10. 2013).

⁷⁸ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani z dne 24. oktobra 2012, II Cp 1356/2012, točka 13 <www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/visja_sodisca/2012032113049745> (5. 5. 2013); sodba Višjega sodišča v Ljubljani z dne 30. oktobra 2012, II Cp 65/2012, točka 8, <www.sodisce.si/vislj/odlocitve/2012032113049738> (5. 5. 2013); obe sodbi tu citirajo M. Trampuž in drugi, nav. delo, str. 363 in 366.

⁷⁹ Prav tam, str. 366.

⁸⁰ Sodba z dne 14. marca 2012, II Cp 3402/2011; z dne 9. januarja 2013, II Cp 2010/2012, <www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/visja_sodisca/2012032113052980> (5. 5. 2013).

⁸¹ Prav tam, 6. točka.

⁸² Prav tam, 7. točka.

vice iz 147. člena tega zakona upravlja brez pogodbe z avtorjem. Ta zakonska določba dejansko prenaša upravljalvske pravice na kolektivno organizacijo. Dokler pa je upravljanje avtorskih pravic po zakonu preneseno na kolektivno organizacijo, avtor skladno z drugim odstavkom 151. člena ZASP teh pravic ne more osebno upravljati. S tem se jim ne more niti odpovedati niti jih neodplačno prenesti, saj obe ravnanji spadata v obseg upravljanja pravic. Pravica do prostega razpolaganja z materialnimi pravicami, kot jo določa drugi odstavek 70. člena ZASP, po zakonu preide na kolektivno organizacijo.

Obvezno kolektivno uveljavljanje avtorskih pravic z značilnostmi, kot jih ima v slovenskem sistemu, je z vidika avtorja bolj kot prisilnim podobno zakonitim licencam: avtor ne more dovoliti brezplačnega izkoriščanja del, ki se obvezno kolektivno upravljajo. Tudi to je razlog, zaradi katerega bi se obvezno kolektivno upravljanje moralo omejiti na posamične primere, v katerih je takšen način upravljanja primeren, nujen in potreben.

Žurej zagovarja nasprotno stališče: ZASP naj ne bi določal, da kolektivna organizacija mora upravljati pravice avtorjev, s katerimi nima sklenjenih pogodb. V ZASP je namreč dobesedno zapisano, da kolektivna organizacija po tretjem odstavku 151. člena le »lahko« upravlja pravice brez pogodbe z avtorjem. Iz neposrednega besedila tega člena tako Žurej sklepa, da se kolektivna organizacija samostojno odloči, ali bo dejansko upravljala pravice avtorjev, ki niso sklenili pogodbe, ali tega ne bo storila.⁸³

Vendar se takšna razlaga osredotoči le na tretji odstavek, namesto da bi bila upoštevana sistematika celotnega 151. člena ZASP. Prvi stavek prvega odstavka 151. člena ZASP določa: »Kolektivna organizacija **lahko** upravlja avtorske pravice na podlagi pogodbe z avtorjem.« Tretji odstavek 151. člena ZASP določa:

»Pravice iz 147. člena tega zakona **lahko** pristojna kolektivna organizacija upravlja brez pogodbe z avtorjem.«

V četrtem odstavku 151. člena ZASP pa je določeno:

»Avtorske pravice iz 1. točke 147. člena zakona se izjemoma **lahko** (po-udarila E. D.) upravljajo individualno, če je na vseh delih, ki so bila izvajana na določeni prireditvi, glavni izvajalec hkrati tudi imetnik teh avtorskih pravic.«

Iz sistematike in celotnega besedila člena je tako razvidno, da zakon kolektivni organizaciji ne podeljuje pravic, da se arbitrarno odloči, ali bo upravljala pravice, ki so ji zaupane v upravljanje po pogodbi z avtorjem ali po zakonu,

⁸³ J. Žurej, nav. delo, str. III.

in ali bo po lastni presoji četrtega odstavka dovolila ali prepovedala avtorju individualno upravljanje njegovih pravic. Besedo »lahko«, ki se v členu večkrat ponovi, je mogoče razlagati le kot vezni člen, ki poudari, da obstajata dve alternativni podlagi, na katerih je kolektivna organizacija upravičena upravljati avtorske pravice – na podlagi pogodbe ali zakona, kadar ta to določa.

Skladno s sodno prakso Vrhovnega sodišča RS se je mogoče tudi v primerih obveznega kolektivnega upravljanja odpovedati materialni pravici, vendar lahko to namesto avtorja stori kolektivna organizacija. Vrhovno sodišče RS je v sodbi opr. št. II Ips 606/2007 z dne 9. januarja 2008 obrazložilo, da v razmerju do uporabnikov in tretjih kolektivna organizacija ne nastopa kot zastopnik avtorjev, temveč kot posebne vrste skrbnik imetnikov pravic, ki te pravice upravlja za več avtorskih del več avtorjev hkrati. Navzven ima kolektivna organizacija tako naravo kolektivnega avtorja z vsemi značilnostmi avtorja, ki vsa dejanja in posle opravlja za račun avtorjev (in imetnikov sorodnih pravic) in v njihovem kar najboljšem interesu, vendar to počne v svojem imenu. Kot kolektivni avtor pa se kolektivna organizacija lahko materialni pravici tudi odpove, avtor pa te odpovedi ne more izpodbijati.⁸⁴ Takšna razlaga bi sicer lahko bila v nasprotju z načelom prožnosti avtorskega prava, ki izhaja iz monistične teorije in je v ZASP zapisan tudi v 83. členu, v katerem je določen preklic materialne pravice.

Prav v obravnavi instituta odpovedi pravicam, ki se obvezno kolektivno upravljajo, je razvidna nesmiselnost slovenskega sistema kolektivnega upravljanja – avtor, ki bi želel, da se njegova dela priobčujejo brezplačno, tega ne more storiti. Hkrati avtor, ki bi želel za priobčitev svojega dela pridobiti plačilo, ne more vplivati na ravnanje kolektivne organizacije, ki se njegovim pravicam odpove ali jih brezplačno prenese na uporabnika. Menim, da takšna zakonodaja preveč posega v interese avtorjev in zavira ustvarjalni razvoj.⁸⁵

4.5. Odpoved pravici do nadomestila

Vsebinske omejitve avtorske pravice posegajo v avtorjevo svobodo razpolaganja z delom, saj je zaradi njih vsakomur dovoljeno, da avtorsko delo uporablja na določen način. Ta uporaba je lahko prosta ali se zanjo zahteva plačilo nadomestila (zakonite licence). Nadomestilo naj bi pomenilo odmero za škodo, ki avtorju nastane s tem, da na določen način uporabe svojega dela ne more vplivati. Zato se postavlja vprašanje, ali se lahko avtor plačilu nadomestila odpove, z upoštevanjem dejstva, da uporabe dela ne more preprečiti.

⁸⁴ B. Rejc, nav. delo, str. 19.

⁸⁵ O omejevalni naravi obveznega kolektivnega upravljanja tudi M. Lubarda, nav. delo, str. 8–10.

ZASP določa naslednje pravice do nadomestila in poplačilne pravice:

- v 35. členu določa sledno pravico, v okviru katere ima avtor likovnega dela pravico do nadomestila, če se izvirnik likovnega dela ponovno proda, pod pogojem, da se prodajalec, kupec ali posrednik ukvarja s trženjem umetnin, kot so prodajni saloni, galerije in organizatorji dražb;
- 36. člen določa pravico javnega posojanja kot pravico do ustreznega nadomestila, kadar se daje izvirnik ali primerek dela v uporabo za določen čas, brez neposredne ali posredne gospodarske koristi, in če poteka prek organizacije, ki izvaja to dejavnost kot javno službo;
- 37. člen določa pravico do nadomestila za zasebno reproduciranje kot pravico do pravičnega nadomestila za tonsko ali vizualno snemanje in fotokopiranje svojega dela, ki se izvrši pod pogoji zasebne ali druge lastne uporabe iz 50. člena tega zakona;
- prva točka prvega odstavka 47. člena določa pravico do nadomestila za reproduciranje v namene pouka, v okviru katere je brez prenosa ustrezne materialne avtorske pravice, vendar ob plačilu primernega nadomestila, dopustno reproducirati v čitankah in učbenikih, namenjenih za pouk, dele avtorskih del ter posamična dela s področij fotografije, likovne umetnosti, arhitekture, uporabne umetnosti, industrijskega oblikovanja in kartografije, če gre za že objavljena dela več avtorjev periodike;
- druga točka prvega odstavka 47. člena določa pravico do reproduciranja za namene periodike, v okviru katere je ob plačilu primernega nadomestila dopustno reproducirati v periodičnem tisku ali v pregledih tiska posamične objavljene članke o aktualnih gospodarskih, političnih ali verskih temah ali z drugo vsebino podobnega značaja, če avtor tega ni izrecno prepovedal – ta pravica je bila uvedena leta 2008 z novelo ZASP-E⁸⁶ ter zadeva dejavnost klipinga;
- 47.a člen določa pravico do nadomestila za reproduciranje v korist invalidnih oseb;
- četrti odstavek 76. člena določa, da avtor obdrži pravico do nadomestila, če prenese pravico do dajanja v najem.

ZASP izrecno določa, da se naslednjim pravicam do nadomestila avtor ne more odpovedati;

- sledni pravici (šesti odstavek 35. člena) in pravici do nadomestila za zasebno reproduciranje (šesti odstavek 37. člena); za ti dve pravici zakon določa obvezno kolektivno upravljanje (druga in tretja točka 147. člena); odpovedati se jim ne morejo niti avtorji niti kolektivne organizacije;

⁸⁶ Ur. l. RS, št. 68/08.

- pravici do nadomestila za dovoljeno uporabo del v okviru klipinga, ki avtorju pripada na podlagi pravil delitve iz tretjega določila 154. člena;
- pravici do nadomestila, ki avtorju ostane pri prenosu pravice do najema, po četrtem odstavku 76. člena.

Ob upoštevanju nasprotnega razlogovanja in drugega odstavka 70. člena ZASP bi lahko sklepali, da se avtorji preostalim pravicam do nadomestila lahko odpovedo. Vendar je Sodišče EU v zadevi C-277/10 odločilo, da države članice ne smejo dopustiti, da bi se avtor lahko odpovedal pravici do nadomestila za izjeme zasebnega razmnoževanja.⁸⁷ Zato lahko sklenemo, da se pravicam do nadomestila na splošno tudi v slovenskem pravu ni mogoče odpovedati.

5. SKLEPNE UGOTOVITVE

Moralne avtorske pravice so v svojem bistvu neodpovedljive. V državah, kjer velja monistična teorija, se nezmožnost odpovedi prenese tudi na materialne avtorske pravice. Te pa je v vsakem primeru mogoče neodplačno prenesti, pri čemer avtorju ostane pravica do naknadne prepovedi neodplačnega izkoriščanja. Avtorjeva volja pa ni upoštevana v primerih zakonitih licenc in obveznega kolektivnega upravljanja (z zakonitim skrbništvom), saj tu avtor brezplačnega izkoriščanja ne more dovoliti.

Uvedba nove možnosti razpolaganja z malimi pravicami bi bila z vidika avtorjev, če bo sprejeta, dobrodošla novost v togem sistemu obveznega kolektivnega upravljanja. Vendar je nejasno, ali institut odpovedi malim pravicam konceptualno spada v slovenski sistem avtorskega prava. Možnost, da se avtor lahko nepreklicno loči od določene materialne pravice v korist širši javnosti, vse preostale materialne in moralne pravice na tem delu pa mu ostanejo, je v nasprotju z monistično teorijo avtorske pravice kot enovite pravice na delu. Ker institut odpovedi predvideva dokončno ločitev avtorja od materialne pravice, se ta ne more premisliti in kasneje zahtevati plačilo za nadaljnje izkoriščanje dela. Poleg tega bi takšna ureditev koristila le domačim avtorjem. Tuji avtorji najverjetneje ne vedo za slovenske kolektivne organizacije in zato ne bodo podali izjave o odpovedi na pravno veljaven način. Tudi če bi bila odpoved razvidna iz njihovega ravnanja na spletu, bi njihove pravice še vedno upravljal slovenska kolektivna organizacija.

Navsezadnje pa predlagana ureditev ni v korist kolektivni organizaciji. Ta bo namreč morala po predlogu 155. člena ZASP na svoji spletni strani za javnost

⁸⁷ Sodba Sodišča EU z dne 9. februarja 2012, zadeva C-277/10 (*Luksan*), še neobj. v ZOdl., točke 100–108. Glej razdelek 3.1.1.

prosto dostopno objaviti tudi »seznam avtorjev, ki so se v skladu s šestim odstavkom 151. člena tega zakona odpovedali svojim pravicam, navedbo pravice in avtorskega dela, na katerem se je avtor odpovedal pravici«. ⁸⁸ Tako bo morala kolektivna organizacija dejansko po zakonu reklamirati te avtorje, s čimer so lahko prizadeti interesi njenih članov.

Za odpravo sistemskih nedoslednosti bi zakonodajalec lahko v slovensko avtorsko pravo uvedel dualistično teorijo. Tako bi bila posamezna upravičenja iz avtorske pravice ločena in ločljiva. Ta rešitev bi avtorju v celoti omogočila razpolaganje z delom, saj bi se posameznemu upravičenju lahko nepreklicno odpovedal. Vendar svojih odločitev, tudi če bi se kasneje izkazale za nepravilne, ne bi mogel več spremeniti. Zato menim, da tak poseg v temelje slovenskega avtorskega prava ne bi bil smiseln.

Za varovanje koristi mladih neuveljavljenih avtorjev bi lahko zakon namesto tega določil kolektivno upravljanje vseh malih pravic na pogodbeni podlagi. Tako bi se vsak avtor lahko sam odločil, ali bo pravice uveljavljal prek kolektivne organizacije. Neuveljavljeni avtorji pa bi tako namesto odpovedi pravicam imeli možnost, da se ne včlanijo v kolektivno organizacijo in dovolijo brezplačno promocijsko uporabo del. Poleg tega bi zakon lahko določil izpodbojno zakonsko domnevo, da ima kolektivna organizacija z vsemi avtorji sklenjeno pogodbo o upravljanju določene vrste pravic. S tem bi zakon zavaroval interese članov kolektivnih organizacij, ohranil temeljno načelo celovitosti avtorske pravice, volje mladih neuveljavljenih avtorjev pa ne bi omejil pretirano.

Literatura

- Winfried Bullinger: § 63a UrhG, v: Artur-Axel Wandtke in Winfried Bullinger (ur.): Praxiskommentar zum Urheberrecht. 3. izdaja. Beck München 2009; <beck-online.beck.de> (5. 5. 2013).
- Estelle Derclaye: Wonderful or Worrisome? The Impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK Copyright Law, v: EIPR, 32 (2010) 5, str. 247–251.
- Thomas Dreier in Georg Nolte: Das deutsche Urheberrecht und die digitale Herausforderung, v: Informatik-Spektrum, 4 (2003) 26, str. 247–256.
- Eneja Drobež: Združljivost slovenskega sistema obveznega kolektivnega upravljanja malih pravic z evropskim pravom, v: Pravna praksa, 31 (2012) 28, priloga, str. II–VII.

⁸⁸ Predlog ZASP z dne 1. avgusta 2013.

- Eneja Drobež: Kako dokazati odpoved uveljavljanju materialnih avtorskih pravic, v: *Pravna praksa*, 31 (2012) 34, str. 12–14.
- Eneja Drobež: Prenos avtorskih pravic s strani delodajalca na tretje osebe, v: *Pravna praksa*, 32 (2013) 46, str. 14–16.
- Johannes Gräbig: Gerätevergütung für Drucker und PC, v: *GRUR* 2013, str. 816–818.
- Christian Handig: Einfach originell ... muss eine Idee sein. - Die Schutzfähigkeit von Ideen nach dem UrhG, v: *Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2010, str. 52–57.
- Maja Lubarda: Ali obvezno kolektivno upravljanje omejuje avtorje, v: *Pravna praksa*, 28 (2009) 26, str. 8–10.
- Stefan Müller: Der Verzicht auf technische Schutzmaßnahmen: kein Verzicht auf die gesetzliche Vergütung für private Vervielfältigung, v: *GRUR* 2011, str. 26–31.
- Wilhelm Nordemann: § 23, v: Ulrich Loewenheim (ur.): *Handbuch des Urheberrechts*. 2. izdaja. Beck, München 2010; <beck-online.beck.de> (5. 5. 2013).
- Alexander Peukert: Der digitale Urheber, v: Kirsten-Inger Wöhrn in drugi (ur.): *Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag*. De Gruyter, Berlin 2013, str. 459–468.
- Leonhard Reis: Filmurheberrecht: Was kommt nach der cessio legis? v: *Medien und Recht* 2013, str. 21–24.
- Boštjan Rejc: Aktivna legitimacija kolektivne organizacije po ZASP, v: *Pravna praksa*, 30 (2011) 24–25, str. 19–21.
- Haimo Schack: *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. Mohr Siebeck, Tübingen 2007.
- Claudia Schlüter: Harmonisierung ohne Harmonie? Das Infopaq v. DDF-Urteil des EuGH und der europäische Werkbegriff, v: Horst-Peter Götting in Claudia Schlüter (ur.): *Nourriture de l'esprit - Festschrift für Dieter Stauder*. Nomos, Baden-Baden 2011, str. 239–249.
- Gernot Schulze: § 137, v: Thomas Dreier in Gernot Schulze (ur.): *Urheberrechtsgesetz*. 3. izdaja. Beck München 2008; <beck-online.beck.de> (5. 5. 2013).
- Gernot Schulze: Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs?, v: *GRUR* 2009, str. 1019–1022.
- Malte Stieper: Neuordnung der urheberrechtlichen Geräteabgabe durch den EuGH, v: *EuZW* 2013, str. 699–702.
- Jurij Štampilhar: Prenos avtorske pravice in licence, v: *ZZR*, 28 (1959), str. 197–211.

- Jurij Štempihar: *Avtorsko pravo*. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1960.
- Miha Trampuž, Branko Oman in Andrej Zupančič: *Zakon o avtorski in sorodnih pravicah s komentarjem*. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1997.
- Miha Trampuž: *Avtorsko pravo – izbrana poglavja*. Cankarjeva založba, Ljubljana 2000.
- Michel M. Walter: *Österreichisches Urheberrecht: Handbuch. I. Teil – Materielles Urheberrecht, Leistungsschutzrecht, Urhebervertragsrecht*. Medien und Recht Verlag, Dunaj 2008.
- Michel M. Walter: *Zur Reform des österreichischen Filmurheberrechts*, v: *Medien und Recht* 2013, str. 73–81.
- Juliane Werther: *Urheberpersönlichkeitsrechte in Deutschland und Australien*. Lit Verlag, Berlin 2012.
- Jurij Žurej: *Avtorsko pravo – odprta vprašanja in pomisleki*, v: *Pravna praksa*, 31 (2012) 43, priloga, str. I–VIII.

VERZICHT AUF URHEBERRECHT

Eneja Drobež,

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

1. ENTWURF DES SLOWENISCHEN URHEBERRECHTSGESETZES VOM 1. AUGUST 2013

Am 1. August 2013 hat das Ministerium für wirtschaftliche Entwicklung und Technologie einen Entwurf des slowenischen Urheberrechtsgesetzes veröffentlicht.¹ Darin wurde zum ersten Mal vorgeschlagen, dass ein Urheber das ausdrückliche Recht haben sollte, auf seine Verwertungsrechte zu verzichten. Es wurde beabsichtigt, die in unserem Urheberrechtssystem fest verankerte obligatorische kollektive Wahrnehmung von kleinen musikalischen und literarischen Rechten beizubehalten. Jedoch sah der vorgeschlagene § 151, Absatz 6 vor, dass die Verwertungsgesellschaft keine Rechte wahrnehmen dürfe, wenn der Urheber auf sein Recht auf eine bestimmte Nutzungsweise eines bestimmten musikalischen oder literarischen Werkes verzichtet. Der Verzicht müsste ausdrücklich und irreversibel geschehen. Darüber hinaus wäre die Willenserklärung des Urhebers über den Verzicht erst dann wirksam, wenn diese der Verwertungsgesellschaft zugegangen sein würde. Dadurch würde eine neue Ausnahme von der obligatorischen kollektiven Wahrnehmung von kleinen Urheberrechten eingeführt werden, um die Interessen junger, noch nicht etablierter Urheber zu schützen. Die Regelung sollte ihre Kreativität fördern, dadurch dass sie ihnen neue Mittel zur unbegrenzten Verbreitung ihrer Musik zur Verfügung stellen würde.

¹ Entwurf vom 1. August 2013, <www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/gospodarsko_pravo_in_intelektualna_lastnina/predlogi_predpisov/ZASP_predlog_1.8.2013.pdf> (9. 9. 2013).

Nach dem Wortlaut des Gesetzesentwurfes sind folgende Ausgangspunkte ersichtlich:

1. Der Urheber dürfe nur auf eines oder mehrere bestimmter kleiner musikalischer oder literarischer Rechte auf einem oder mehreren bestimmten Werken verzichten. Das slowenische Urheberrechtsgesetz kennt acht Arten von kleinen Rechten: darunter fallen beispielsweise Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht, Senderecht, Kabelweitersendung, das Recht der Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung. Der Urheber könnte auch nur auf ein einzelnes kleines Recht verzichten, ohne Auswirkungen auf die anderen Rechte.
2. Der Verzicht hätte zur Folge, dass die Wahrnehmungsgesellschaft ein bestimmtes kleines Recht auf einem bestimmten Werk nicht wahrnehmen dürfte, sie aber die Verwaltung anderer kleiner Rechte auf demselben Werk behalten könnte. Dabei ist jedoch im Gesetzesentwurf der Wahrnehmungszwang von Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung nicht mehr vorgesehen.
3. Der Urheber könnte den Verzicht nicht rückgängig machen und seinen Willen, das Recht zu verlieren, nachträglich nicht mehr ändern.
4. Der Verzicht würde eine rechtliche Wirkung erst dann entfalten, wenn die Willenserklärung des Urhebers der zuständigen Verwertungsgesellschaft zugegangen sein würde.
5. Bemerkenswert ist auch, dass die Wahrnehmungsgesellschaft verpflichtet wäre, auf ihrer Webseite eine Liste aller Urheber zu führen, die auf kleine Rechte verzichtet haben, zusammen mit einer Auflistung bestimmter Werke und Rechte, auf die der Urheber verzichtet.

2. VEREINBARKEIT VON VERZICHT AUF VERWERTUNGSRECHTE MIT DEM SLOWENISCHEN URHEBERRECHTSSYSTEM

In meinen vorherigen Aufsätzen bin ich dafür eingetreten, dass der Urheber selbst entscheiden solle, wie er seine kleinen Musikrechte verwerten will.² Mit der Entwicklung des Internets und der damit einhergehenden Digitalisierung entstanden für ihn neue Möglichkeiten, kleine musikalische Rechte außerhalb des Systems der kollektiven Rechtswahrnehmung zu verwerten. Der Urheber kann diese Möglichkeiten auch als Werbung nutzen, um den Bekanntheitsgrad seiner Werke zu steigern. Zum Beispiel kann er einige Musikstücke kostenlos

² E. Drobež, a.a.O., S. III.

zur Verfügung stellen, unter den Bedingungen der Creative Commons-Lizenz. Darüber hinaus kann er seine Musik bei vielen Onlineplattformen wie YouTube, Myspace oder Bandcamp veröffentlichen. In dieser Weise verbessern sich die Chancen von jungen, noch nicht etablierten Urhebern, sich auf dem globalen Musikmarkt durchzusetzen.

Jedoch ist vor der Einführung des Instituts des ausdrücklichen und irreversiblen Verzichts auf das Urheberrecht zu überprüfen, ob solch eine Regelung im Einklang mit Konzepten ist, auf denen das slowenische Urheberrecht basiert. Das Urheberrecht ist nämlich von der Überzeugung geprägt, dass der Urheber für jede Nutzung seines Werkes eine finanzielle Gegenleistung erhalten sollte, die ihm seine schöpferische Tätigkeit weiterhin ermöglicht. Aus dieser Perspektive stellt das Institut des Verzichts auf das Urheberrecht eine Ausnahme von den anerkannten Grundsätzen des Urheberrechts dar – die Ausnahmen sind jedoch eng auszulegen.

3. MONISTISCHE VS. DUALISTISCHE THEORIE

Das slowenische Urheberrecht orientiert sich an der monistischen Theorie, nach welcher die persönlichkeitsrechtlichen und verwertungsrechtlichen Befugnisse des Urhebers untrennbar sind.³ Dies ist ersichtlich aus dem Wortlaut von § 15 des slowenischen Urheberrechtsgesetzes (*Zakon o avtorski in sorodnih pravicah – ZASP*).⁴ Der Verzicht hat aber zur Folge, dass die Verwertungsrechte erlöschen, obwohl die personenrechtlichen Befugnisse des Urhebers weiterhin existieren. Diese Konsequenz ist nicht im Einklang mit der monistischen Theorie. Deswegen dürfen die Urheber in den Rechtssystemen, die der monistischen Theorie folgen (beispielsweise das deutsche sowie das österreichische Rechtssystem), auf Verwertungsrechte nicht verzichten. Sie können aber Benutzern die kostenlose Nutzung ihrer urheberrechtlich geschützten Werke gestatten.⁵ Falls der Verzicht auf Verwertungsrechte tatsächlich in das slowenische Urheberrecht aufgenommen wird, müsste der Gesetzgeber die Unvereinbarkeit dieses Instituts mit der monistischen Theorie ansprechen.

Der Grundsatz der Untrennbarkeit der Verwertungs- und Persönlichkeitsrechte in den auf der monistischen Theorie basierenden Rechtssystemen kennt auch Ausnahmen: Nach § 23, Absatz 2 des österreichischen Urheberrechtsgesetzes, geht im Falle des Verzichts eines Miturhebers auf ein Urheberrecht das Miturheberrecht auf die anderen Miturheber über. Diese Regelung ist aber

³ M. Trampuž und Andere, a.a.O., S. 70; M. Trampuž, a.a.O., S. 129-130.

⁴ Amtsblatt der Republik Slowenien, Nr. 94/2004.

⁵ H. Schack, a.a.O., S. 166.

nur den Miturhebern zugedacht, sie ist als *lex specialis* nicht auf den Verzicht zugunsten eines unbestimmten Personenkreises anwendbar.⁶

Das französische und schweizerische Urheberrecht orientieren sich hingegen an der dualistischen Theorie. Die dualistische Theorie geht davon aus, dass das Urheberrecht als Vermögensrecht vom Persönlichkeitsrecht zu trennen ist.⁷ Deswegen ist es in diesen Rechtssystemen grundsätzlich möglich, auf Verwertungsrechte zu verzichten. Um das Institut des Verzichts mit den Grundlagen des slowenischen Urheberrechtssystems zu vereinbaren, könnte der slowenische Gesetzgeber § 15 ZASP streichen und statt der monistischen die dualistische Theorie einführen. Somit wären einzelne Befugnisse aus dem Urheberrecht auch im slowenischen Urheberrechtssystem trennbar. Die Urheber hätten somit die Möglichkeit, auf einzelne Verwertungsrechte an einzelnen Musikstücken für Werbungszwecke zu verzichten. Wegen der Irreversibilität des Verzichts könnten sie aber ihre Entscheidungen nicht mehr ändern, auch wenn sie dies später wünschen sollten. Deshalb bin ich der Auffassung, solch ein Eingriff in die Grundlagen des slowenischen Urheberrechts wäre nicht sinnvoll.

Um die Interessen von jungen, wenig bekannten Urhebern zu schützen, könnte der Gesetzgeber das System der Wahrnehmung von kleinen musikalischen Rechten durch Verwertungsgesellschaften auf Vertragsbasis einführen. Somit wäre jedem Urheber die Entscheidung überlassen, ob er seine Urheberrechte durch eine Verwertungsgesellschaft geltend macht. Urheber hätten die Möglichkeit, der Verwertungsgesellschaft nicht beizutreten und die kostenlose Nutzung ihrer Musik zu gestatten. Um die Bedürfnisse der Verwertungsgesellschaften nach effektiver Wahrnehmung von Rechten ihrer Mitglieder zu berücksichtigen, könnte eine gesetzliche Vermutung festgelegt werden, nach der die Verwertungsgesellschaft mit jedem Urheber einen Wahrnehmungsvertrag geschlossen habe. Die Vermutung wäre allerdings widerlegbar.

4. DAS GELTENDE SLOWENISCHE RECHT

In der slowenischen Gerichtspraxis wurde vereinzelt die Meinung vertreten, dass der Urheber bereits nach geltendem Recht auf kleine musikalische Rechte verzichten kann. Beispielsweise entschied das Höhere Gericht in Ljubljana im Urteil vom 14. März 2012, dass die Verwertungsgesellschaft kleine musikalische Rechte nicht wahrnehmen dürfe, wenn der Urheber auf seine Rechte verzichtet. Diese Auffassung hat das Gericht damit begründet, dass es in der

⁶ M. M. Walter, a.a.O., S. 770.

⁷ J. Werther, a.a.O., S. 43.

Natur jedes materiellen Rechts liege, dass man auf es verzichten kann.⁸ Die meisten Senate des Höheren Gerichts in Ljubljana vertreten aber die Gegenauffassung, dass der Verzicht auf Rechte im Falle der obligatorischen kollektiven Wahrnehmung der Urheberrechte nicht wirksam sei.⁹

Die Mindermeinung ist für die Urheber vorteilhaft, da sie ihnen zusätzliche Möglichkeiten für die Verbreitung und Bekanntmachung ihrer Werke bietet. Jedoch spricht der Wortlaut des slowenischen Urheberrechtsgesetzes gegen die Mindermeinung. Der zweite und dritte Absatz § 151 ZASP machen deutlich, dass die gesetzliche obligatorische kollektive Verwaltung Vorrang vor dem Willen des Autors hat. Gemäß § 151 ZASP, Absatz 3, nimmt die dafür zuständige Verwertungsgesellschaft kleine musikalische Rechte wahr, auch wenn kein entsprechender Vertrag mit dem Autor zustande gekommen ist. Alle kleinen musikalischen Rechte werden somit durch das Gesetz treuhänderisch an die Verwertungsgesellschaft übertragen. Darüber hinaus darf der Urheber nach § 151 ZASP, Absatz 2, die Rechte nicht persönlich verwalten, solange ihre Wahrnehmung per Gesetz an die Verwertungsgesellschaft übertragen ist. Da der Verzicht auf Verwertungsrechte und das kostenlose Anbieten von Werken im Netz in die Zuständigkeit der Rechteverwaltung fallen, sind solche Vorgänge dem Urheber nicht gestattet. Das Recht des Urhebers auf freie Verfügung über Verwertungsrechte, wie es im § 70 ZASP, Absatz 2, gesetzlich festgelegt ist, geht auf die Verwertungsgesellschaft über.

Obligatorische kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten mit Eigenschaften wie im slowenischen Urheberrechtssystem ähnelt aus der Perspektive des Urhebers gesetzlichen Lizenzen: Der Urheber verliert demzufolge Einfluss auf die Verwaltung seiner Rechte, als Gegenleistung ist er aber an den Einkünften der Verwertungsgesellschaft beteiligt. Deswegen müsste obligatorische kollektive Wahrnehmung auf bestimmte Fälle begrenzt werden, in denen sie geeignet, dringend und notwendig ist.

5. EUROPARECHTLICHE EINFLÜSSE

Die Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (sog. Info-Soc-Richtlinie) regelt in Artikel 3 das ausschließliche Recht der Urheber zur drahtgebundenen oder drahtlosen öffentlichen Wiedergabe von

⁸ II Cp 3402/2011, <www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/visja_sodisca/2012032113042482> (5. 5. 2013).

⁹ Urteil vom 24. Oktober 2012, II Cp 1356/2012, Rdn. 13; <www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/visja_sodisca/2012032113049745> (5. 5. 2013); Urteil vom 30. Oktober 2012, II Cp 65/2012, Rdn. 8 <www.sodisce.si/vislj/odlocitve/2012032113049738> (5. 5. 2013).

Werken.¹⁰ Kleine musikalische Rechte im slowenischen Recht fallen völlig unter dieses Recht. Deswegen ist zu untersuchen, ob gemäß Info-Soc-Richtlinie der Verzicht auf das Recht der öffentlichen Wiedergabe gestattet oder untersagt ist. Aus dem Erwägungsgrund 10 der Info-Soc-Richtlinie ist das Gebot einer angemessenen Vergütung der Urheber für die Nutzung ihrer Werke ersichtlich, die den Urhebern weitere schöpferische Tätigkeit ermöglichen würde. Folglich könnte festgestellt werden, dass im Europarecht nicht wünschenswert sei, dass die Urheber auf ihre Verwertungsrechte verzichten. Da aber weder die Info-Soc-Richtlinie noch andere urheberrechtliche Richtlinien den Verzicht auf Verwertungsrechte nicht ausdrücklich verbieten, kann man *a contrario* schlussfolgern, die Mitgliedstaaten können einen solchen Verzicht gesetzlich vorsehen.

Anderes gilt im Falle, wenn die Mitgliedstaaten eine nach Art. 5 der Info-Soc-Richtlinie zulässige Schranke des Urheberrechts in ihren Gesetzen bestimmen, so dass der Urheber keine Möglichkeit hat, die gesetzesgemäße Nutzung seines Werkes zu verbieten. Der Urheber kann auf den Anspruch des gerechten Ausgleichs, der ihm den entstandenen Schaden ersetzen soll, weder verzichten noch ihn auf eine andere Person übertragen. Der EuGH erläuterte in den Rechtssachen C-5/08 (*Infopaq I*)¹¹ und C-277/10 (*Luksan vs. van der Let*),¹² aus dem Erwägungsgrund 20 sei ersichtlich, der Unionsgesetzgeber habe beim Erlass der Info-Soc-Richtlinie die im Rahmen der früheren Richtlinien ausgearbeiteten Konzepte des Schutzes des geistigen Eigentums aufrechterhalten. Da gemäß Richtlinie 92/100/EG (Vermiet- und Verleihrichtlinie) der Urheber auf den Anspruch auf eine angemessene Vergütung für die Vermietung nicht verzichten kann, gelte das Gleiche auch für Ansprüche auf einen gerechten Ausgleich nach Art. 5 der Info-Soc-Richtlinie. Weiterhin beschloss der EuGH in den gemeinsamen Rechtssachen C-457/11 bis C-460/11 (*KYOCERA*),¹³ dass eine Zustimmung des Rechteinhabers zur Nutzung seines Werks auf die Weise, die von der Schranke des Urheberrechts erfasst ist, keine Auswirkung auf den gerechten Ausgleich habe. Demzufolge können die Urheber weder auf ihre Ansprüche verzichten, die ihnen wegen einer Schranke des Urheberrechts

¹⁰ <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32001L0029>> (19. 8. 2014).

¹¹ <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5ac4eb0c0f3eb4933a9ca9986aa8b7afc.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbN10?doclang=DE&text=&pageIndex=1&part=1&mode=DOC&docid=153302&occ=first&dir=&cid=157770> (19. 8. 2014).

¹² <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0277:DE:HTML>> (19. 8. 2014).

¹³ <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138854&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=214707>> (19. 8. 2014).

zustehen, noch die kostenlose Nutzung ihrer Werke gestatten, wenn die Nutzungsweise von der Schranke erfasst ist. Es ist zu vermuten, dass deswegen das österreichische Urheberrechtsgesetz gegen die Info-Soc-Richtlinie verstößt. § 42b oest. UrhG sieht nämlich eine Pflicht der Verwertungsgesellschaft zur Rückzahlung einer angemessenen Vergütung vor, die den Urhebern aufgrund privater Vervielfältigung zusteht, an denjenigen, der Trägermaterial für eine Vervielfältigung auf Grund der Einwilligung des Berechtigten benutzt.

Persönlichkeitsrechte sind aus der Rechtsweite der Richtlinie 2001/29/EG ausdrücklich ausgeschlossen.¹⁴ Daher können die Mitgliedstaaten selbst bestimmen, ob und wie auf sie verzichtet werden kann, unter Berücksichtigung der internationalen Abkommen auf dem Gebiet des Urheberrechts.

Literatur

- Eneja Drobež: Združljivost slovenskega sistema obveznega kolektivnega upravljanja malih pravic z evropskim pravom, in: *Pravna praksa*, 31 (2012) 28, Anhang, S. II–VII.
- Haimo Schack: *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. Mohr Siebeck, Tübingen 2007.
- Miha Trampuž, Branko Oman und Andrej Zupančič: *Zakon o avtorski in sorodnih pravicah s komentarjem*. Gospodarski vestnik, Laibach 1997.
- Miha Trampuž: *Avtorsko pravo: izbrana poglavja*. Cankarjeva založba, Laibach 2000.
- Michel M. Walter: *Österreichisches Urheberrecht: Handbuch*. I. Teil: Materielles Urheberrecht, Leistungsschutzrecht, Urhebervertragsrecht. Medien und Recht Verlag, Wien 2008.
- Juliane Werther: *Urheberpersönlichkeitsrechte in Deutschland und Australien*. Lit Verlag, Berlin 2012.

¹⁴ Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 2001/29/EG.

SO ETIČNI STANDARDI DEL POGODBE O MEDNARODNI PRODAJI BLAGA?

Kevin Rihtar,
diplomirani pravnik

1. UVOD

V mednarodnem trgovinskem prostoru je čedalje več prodaje blaga, ki jo opravljajo poslovni subjekti iz različnih držav. S pospešeno globalizacijo sta postala izvoz in uvoz ključna elementa gospodarske aktivnosti, pri čemer igrajo pomembno vlogo zlasti mednarodne korporacije, ki – ne tako poredko – dosega in presegajo prihodke v višini proračunov manjših držav.¹ Na globalnem trgu pa je čedalje večje število manjših in srednje velikih gospodarskih subjektov, ki na nacionalnih trgih še vedno realizirajo večino prihodkov in iz tujine zgolj uvažajo posamezne izdelke oz. jih tam zanje proizvedejo ali pa del svoje ponudbe izvozijo na njim tuje trge.

Vprašanje meddržavne trgovinske menjave že dolgo časa ni podrejeno nacionalnim pravnim redom, saj se kot izjemen uspeh na področju unifikacije prava mednarodne prodaje kaže Konvencija Združenih narodov o mednarodni prodaji blaga (CISG),² katere namen je zagotoviti moderen, poenoten in pravičen pristop k obravnavi pogodb o mednarodni prodaji blaga. Logična posledica tovrstnih prizadevanj so nižji transakcijski stroški ter višja stopnja zaupanja in predvidljivosti pri mednarodni prodaji blaga. Doslej je k CISG pristopilo že

¹ Zgolj za primerjavo: nemški koncern Siemens je imel leta 2012 dobrih 78 milijard evrov prihodkov, predvidena prihodkovna stran slovenskega proračuna za leto 2014 pa znaša slabih 9 milijard evrov. Podobno je imel ameriški Kraft Foods (lastnik blagovne znamke Milka in mnogih drugih) lani dobrih 18 milijard ameriških dolarjev, Nike pa dobrih 25 milijard ameriških dolarjev prihodkov.

² Konvencija Združenih narodov o mednarodni prodaji blaga z dne 11. aprila 1980. Veljati je začela 1. januarja 1988. V Sloveniji velja CISG na podlagi sukcesije (7. januar 1994) od dneva neodvisnosti, 25. junija 1991. Slovenija k besedilu konvencije ni podala nikakršnih pridržkov.

81 držav,³ kar pomeni, da je konvencija potencialno uporabna za več kot 75 % svetovne trgovine.⁴

Omenil sem, da je eden izmed namenov CISG tudi moderen pravni pristop.⁵ Že zgolj dejstvo, da je bil v veljavni različici sprejet v osemdesetih letih prejšnjega stoletja, bi to trditev lahko omajalo, vendar ni tako. CISG je namreč zasnovan tako, da se z oblikovanjem novejših sodne prakse in teoretičnih dognanj prilagaja vse bolj kompleksnim zahtevam mednarodnega trgovinskega prostora.⁶

Področij, ki v CISG niso izrecno zajeta, pa so se v praksi izkazala kot pomembna, je več. Konec prejšnjega stoletja je največ polemik sprožalo vprašanje, ali so računalniški programi blago v smislu CISG (nedavne razprave spet odpirajo to vprašanje). V zadnjih nekaj letih pa postaja čedalje bolj relevantno tudi vprašanje, ali in v kolikšnem obsegu so etični standardi oz. temeljne človeške vrednote del pogodbe o mednarodni prodaji blaga. Zaradi vsesplošnega razvoja – gospodarskega, ekološkega, humanitarnega in še kakšnega – ter zaradi čedalje večje ozaveščenosti populacije postajajo vse bolj pomembne nematerialne lastnosti blaga – kamor spadajo tudi vprašanja, kot so, ali je bilo blago proizvedeno v skladu z določenimi ekološkimi standardi, ali so bile delavcem zagotovljene temeljne pravice, ali se proizvajalec obnaša družbeno odgovorno, kakšen je ugled proizvajalca, in podobno.

Tega se zavedajo tudi velike mednarodne korporacije, ki veliko stavijo na ugled svojih blagovnih znamk, ki so pomemben del vrednosti korporacije.⁷ Povezovanje neetičnega ravnanja in posamezne blagovne znamke lahko pomeni, vsaj kratkoročno, izgubo ugleda in posledično upad prometa,⁸ prav tako pa nevarnost odškodninskih tožb s strani potencialnih oškodovancev. Tovrstne

³ Podatek je z dne 16. junija 2014. Kot zadnje države so pristopili Bahrajn, Brazilija in Kongo.

⁴ S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas, nav. delo, str. 2.

⁵ Več o uporabnosti CISG v konkretnih primerih ter o predpostavkah in področjih uporabe CISG glej K. Rihtar, nav. delo, str. 17–20.

⁶ K temu gotovo pripomore tudi dejstvo, da je bilo leta 2001 v Parizu oblikovano zasebno svetovalno telo CISG Advisory Committee, ki v svojih vrstah združuje največja imena mednarodnega trgovinskega prava. Trenutno CISG AC predseduje Ingeborg Schwenzer.

⁷ C. Fussler zagovarja stališče, da je vrednost podjetja zmnožek ekonomske, socialne in okoljske učinkovitosti. Kot primerno formulo navaja $P = me^i$, kjer P pomeni vrednost delnice na trgu, m je tržna kapitalizacija, e dobiček na delnico, potenca i pa je nabor socialnih in okoljskih učinkov, inovacij in drugih nematerialnih gonilnikov ugleda. Več o tem glej C. Fussler, navedeno delo, str. 43.

⁸ Leta 1995 je bila med ameriški potrošniki opravljena raziskava, ki je pokazala, da bi se 78 % kupcev izogibalo izdelkov, proizvedenih v obratih, ki zaposlujejo malo plačano otroško delovno silo (t. i. *sweatshops*). Glej I. Schwenzer in B. Leisinger, nav. delo, str. 252.

negativne asociacije so ena izmed posledic upoštevanja raznovrstnih etičnih standardov. Na drugi strani pa imamo tudi pozitivne asociacije, kar pomeni, da spoštovanje etičnih standardov dviguje konkurenčno prednost blaga, še posebej med etično ozaveščenimi posamezniki.⁹

Presojanje ustreznosti etičnih standardov v razmerju do mednarodne prodaje blaga, upoštevajoč ureditev po CISG, pa ni tako enostavno in je povezano z več problemi: ali so nematerialne lastnosti blaga sploh del kakovosti blaga v smislu čl. 35 CISG; ali je skladnost proizvodnje blaga z univerzalnimi etičnimi načeli poslovni običaj; ali to vprašanje sploh spada v nabor tem mednarodnega pogodbenega prava; kakšne so možne sankcije. S temi in podobnimi vprašanji se bom ukvarjal v tem članku. Dejstvo je namreč, da ta problematika postaja čedalje bolj pomembna,¹⁰ saj se dotika treh pomembnih subjektov v moderni potrošniški družbi: prodajalcev, proizvajalcev in ozaveščenih kupcev. Ker se prikaza problema lotevam z vidika CISG, je razumljivo, da me zanima predvsem razmerje med prodajalcem in proizvajalcem, ki je razmerje med dvema pravnima osebama s sedežem v različnih državah. Razmerje med prodajalcem in kupcem, ki pogosto pomeni razmerje med pravno in fizično osebo, je zunaj dosega CISG.¹¹ Ravno to razmerje pa je pomembno zaradi ravnanj in odločitev prodajalca, saj je njegova uspešnost odvisna tudi od zadovoljstva kupca. Nekoliko stereotipno rečeno: kar je pomembno kupcu, mora biti pomembno tudi prodajalcu.

2. MEDNARODNA PRAKSA NA PODROČJU ETIČNIH IN SORODNIH STANDARDOV

Spoštovanje raznovrstnih standardov pri produkciji in distribuciji blaga, ki presegajo minimalne zakonske zahteve, postaja vse bolj uporabno. Koncepti, kot je npr. »odgovornost podjetij za njihove učinke na družbo«,¹² se čedalje bolj sidrajo v družbeni realnosti. Podjetja se zavedajo pozitivnih in negativnih konotacij upoštevanja raznovrstnih standardov. Vprašanje, ki presega okvir tega članka, je, ali to počnejo zaradi pristnega prizadevanja storiti nekaj za družbo ali pa je to zgolj racionalna ekonomska odločitev. Ne glede na to, kateri

⁹ Več o tem glej K. Rihtar, nav. delo, str. 12 *et seq.*

¹⁰ I. Schwenzer, P. Hachem, C. Kee, nav. delo, str. 381.

¹¹ Predpostavka uporabnosti CISG je, da imata stranki, ki sta pravni osebi, ob sklenitvi pogodbe sedeža v različnih državah. Nadaljnji alternativni predpostavki sta, da sta obe državi podpisnici konvencije oz. se CISG uporabi kot pravo države, na katero odkazuje kolizijska norma.

¹² Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij z dne 25. oktobra 2011.

odgovor nam je ljubši, ostaja neizpodbitno dejstvo, da je to zavedanje privedlo do sprejemanja raznovrstnih kodeksov ravnanj oz. poslovanja (*code of ethics, general business principles, code of conduct ...*), ti pa imajo vpliv na presojo skladnosti blaga v smislu CISG. V praksi bo še posebej relevantno vprašanje zagotavljanja skladnosti proizvodov oz. polproizvodov znotraj dobaviteljevega procesa. V zvezi s tem je ključna ugotovitev, da mora podjetje, ki se zaveže spoštovati določene standarde, poskrbeti tudi za tovrstno skladnost pri svojih dobaviteljih oz. neposrednih poslovnih partnerjih.¹³

Nabor standardov, ki prihajajo v poštev v mednarodni prodaji, je obsežen in je odvisen od področja, na katerem korporacija deluje. Odvisen je tudi od tega, kakšne potrebe in zahteve ima posamezna korporacija in katera so primarna področja, na katerih želi delovati etično.¹⁴ V splošnem lahko standarde, ki so relevantni pri presoji skladnosti blaga z mednarodno prodajno pogodbo, razvrstimo v pet skupin: človekove pravice, delo in delovne razmere okolje, protikorupcijska prizadevanja in obveznosti do potrošnikov.

Zaradi raznolikosti in razpršenosti standardov težko govorimo o nekem konkretnem naboru posameznih standardov. Pogosto so prizadevanja za doseg etičnih standardov zapisana precej abstraktno v smislu ustrežanja določenim predpisom,¹⁵ še pogosteje pa ima morebitna etična klavzula v mislih zgolj ozko področje protikorupcijskih prizadevanj. Najustreznejše je tako tovrstne standarde preučevati znotraj javnih ali zasebnih iniciativ, katerih cilj je zagotoviti skladnost poslovanja z družbeno odgovornostjo podjetij. Mednarodno priznana načela in smernice so: Deset načel globalnega dogovora Združenih narodov,¹⁶ Smernice OECD za večnacionalna podjetja,¹⁷ Vodilna načela Zdru-

¹³ S. Ratner, nav. delo, str. 501; I. Schwenzer in B. Leisinger, nav. delo, str. 258. Tovrstno stališče je razmeroma strogo, čeprav razumljivo in potrebno. Če bi bila odgovornost omejena zgolj na neposrednega podpisnika določene iniciative, npr. United Nations Global Compact, bi bila tovrstna etična zaveza precej oslABLJENA. Večina velikih korporacij, ki so podpisnice tovrstnih zavez, je z etično bolj ozaveščenega »Zahoda«, njihovi dobavitelji pa so pogosto iz razvijajočih se držav, kjer je ravno zagotavljanje etične skladnosti največji problem. Nadaljnji razlog za upravičenost takšnega stališča je tudi v poslovni praksi, ki čedalje pogosteje izvaja preventivne skrbne preglede načina proizvodnje oz. poslovanja še pred sklenitvijo pogodbe o sodelovanju (*ethical audits*). Naročniki lahko tako načeloma dobro spoznajo način proizvodnje posameznega dobavitelja.

¹⁴ Nekatere korporacije si npr. prizadevajo zgolj za odpravo otroškega dela, druge za skladnost z ekološkimi načeli in podobno.

¹⁵ Npr. ustrežanje določbam ameriškega FCPA – Foreign Corrupt Practises Act iz leta 1977.

¹⁶ United Nations Global Compact je zasebna iniciativa pod okriljem Združenih narodov in je do zdaj gotovo najuspešnejša.

¹⁷ The OECD Guidelines for Multinational Enterprises so priporočila OECD, ki spodbujajo države članice, da ustrezno promovirajo tovrstno ravnanje. Ključne so tudi zaradi dejstva, ker svoj spekter pokritosti širijo tudi na dobavitelje, torej po vertikalni osi.

ženih narodov o podjetništvu in človekovih pravicah,¹⁸ Usmerjevalni standard ISO 26000 o družbeni odgovornosti,¹⁹ Usmerjevalni standard ISO 9000 o družini, The Kimberley Process²⁰ in podobno. Za mednarodno trgovino so relevantne tudi nekatere specializirane iniciative, ki potekajo zgolj znotraj posameznega sektorja oziroma panoge.²¹

Poleg omenjenih standardov v skupino nefizičnih lastnosti spadajo še nekateri drugi instrumenti, ki pa prav tako vplivajo na skladnost blaga s pogodbo o mednarodni prodaji in so z nematerialnimi standardi posredno povezani. Med njimi so razni certifikati o izvoru blaga, *kosher* in *halal* proizvodi, oznaka CE (Conformité Européene), certifikati dobre proizvodne prakse (GMP) in drugi.²²

3. NEMATERIALNE LASTNOSTI BLAGA PO CISG

CISG ne vsebuje definicije blaga. Iz določbe čl. 30 CISG je mogoče razbrati le, da je prodajalčeva obveznost dostaviti *blago*. Tudi iz določil o uporabnosti CISG, natančneje čl. 1/I, sledi zgolj dejstvo, da se CISG uporablja za pogodbe o prodaji *blaga*. Čl. 2 in 3 sicer omejujeta domet pojma *blago*, vendar zgolj tako, da naštevata določene stvari, ki ne spadajo v domet CISG.²³ Na podlagi stališč teorije²⁴ in sodne prakse²⁵ lahko ugotovimo, da je vodilo pri opredeljevanju pojma blaga njegova materialna opredmetenost. Četudi drži, da je jedro pogodbe o mednarodni prodaji blaga določitev stvari z njenimi fizičnimi lastnostmi, pa moramo na drugi strani upoštevati, da je materialno opredmetena

¹⁸ United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights so načela, ki jih je leta 2011 sprejel Svet za človekove pravice, in pomenijo prvi formalni okvir družbene odgovornosti na mednarodni ravni. Vodilna načela postavljajo podjetjem dolžnost preprečevanja, zmanjševanja in popravljanja kršitev človekovih pravic. Podjetja morajo sprejeti politiko prepoznavanja in reševanja te problematike ter primerno ukrepati.

¹⁹ Standard ISO 26000 ponuja podjetjem orodje za prepoznavanje in uresničevanje sedmih ključnih stebrov družbene odgovornosti: organizacijskega upravljanja, človekovih pravic, delovne prakse, okolja, poštene operativne prakse, potrošnikov in vključenosti v lokalno okolje.

²⁰ The Kimberley Process je skupna iniciativa nekaterih vlad, industrije in nevladnih organizacij z željo zaježiti pretok »krvavih diamantov«.

²¹ Equator Principles, Fair Labour Association, Electronic Industry Code of Conduct in podobno.

²² Za več glej K. Rihtar, nav. delo, str. 10–16.

²³ CISG se tako ne uporablja za stvari za zasebno rabo, stvari, prodane na dražbi, delnice, denar in druge finančne instrumente, plovila, letala in elektriko. Prav tako se ne uporablja v primeru mešanih pogodb, če je večinski del sestavljen iz prispevka v obliki dela oz. druge storitve.

²⁴ K. Maley, nav. delo, str. 83; F. Ferrari, nav. delo, str. 66.

²⁵ Sodba OLG Köln z dne 26. avgusta 1994.

stvar, blago v smislu CISG, sestavljena tako iz fizičnih kot tudi nefizičnih oz. nematerialnih lastnosti.

Tovrstna dihotomija se kaže tudi v nomotehničnem pristopu, saj CISG v čl. 41 in 42 določa nematerialni ekvivalent²⁶ zahtevi po dobavi blaga, ki ustreza količini, kakovosti in opisu v pogodbi, skladno s čl. 35 CISG. Čeprav navedena dihotomija *de iure* obstaja, pa jo je v povezavi s pojmovanjem kakovosti blaga treba preseči.²⁷ *De facto* med fizičnimi in nefizičnimi lastnostmi blaga ni kakovostne in pravno upravičljive razlike – obe vrsti lastnosti namreč enakovredno učinkujeta na sposobnost prodajanja te stvari:²⁸ blaga z madežem neetične proizvodnje, četudi bo tehnično povsem ustrezno, ne bo mogoče prodati etično ozaveščenim kupcem. Prav tako sta teorija in sodna praksa poenoteni v stališču, da je treba glede učinka enako obravnavati javnopravne pogoje, ki jih za skladnost blaga postavljajo države, in druge vrste standardov, ki so bodisi ideološke, ekološke, etične ali religiozne narave.²⁹

4. KAKO ZAGOTOVITI SKLADNOST BLAGA Z ETIČNIMI STANDARDI

Po prikazu, da so tudi nematerialne oz. nefizične lastnosti blaga lahko predmet presoje skladnosti blaga, se bom lotil vprašanja načinov, na katere lahko etično ozaveščen kupec³⁰ zagotovi nakup blaga, ki je skladno z etičnimi standardi. Možnosti je več, nekatere so manj sporne in zato potencialno učinkovitejše, medtem ko so druge, pravno gledano, nekoliko kompleksnejše.

Kupec bo lahko najučinkoviteje in tudi najmanj dvoumno dosegel skladnost blaga z etičnimi standardi preko izrecne stipulacije etičnih standardov neposredno v pogodbi. Nadalje obstaja možnost vnesti zahtevo po etični skladnosti v splošnih pogojih poslovanja, ki bi, seveda ob predpostavki veljavnosti splošnih pogojev poslovanja, zavezovali sopogodbenike. Že malce kompleksnejša inkorporacija je doseganje skladnosti s sklicevanjem na poslovne običaje oz. vzpostavljeno prakso med sopogodbenikoma. Pravno učinkovita je tudi rešitev z inkorporacijo etičnih standardov preko posebnega namena, ki mora biti

²⁶ Navedena člena določata dolžnost prodajalca, da kupcu dostavi blago, prosto pravic tretjih oseb oz. prosto zahtev, ki izvirajo iz pravic intelektualne lastnine. Iz dejstva, da se tovrstne pravice navezujejo na nematerialno lastnost blaga, je torej razvidna omenjena dihotomija, ki se v tem primeru nanaša na razlikovanje med stvarnimi in pravnimi napakami blaga.

²⁷ P. Schlechtriem in I. Schwenzer, nav. delo, str. 572.

²⁸ P. Schlechtriem, nav. delo (2002), para. 4.1.

²⁹ Prav tam; sodba BGH z dne 8. marca 1995.

³⁰ Ponovno naj opozorim, da imam tukaj v mislih kupca kot pravno osebo.

prodajalcu znan. Zadnja, v praksi verjetno težko uporabna možnost, je sklicevanje na običajno rabo proizvoda.³¹

Omeniti velja tudi nepravne načine zagotavljanja skladnosti blaga z etičnimi in drugimi standardi. Ključno pri tem je staro vodilo: spoznaj svojega sopogodbnika.³² Razvoj prakse na področju zagotavljanja etične skladnosti je prinesel t. i. kontrole proizvodnega procesa (*ethical audits*): kupec že pred sklenitvijo pogodbe preveri način proizvodnje in sklence, ali je proizvodna veriga na zanj primerni ravni. Šele nato se sklence posel.³³ V zvezi s tem je posebej zanimivo vprašanje, kako je v situaciji, če je kupec izvedel takšno kontrolo in pri tem naletel na določene sume, vendar sklenil, da vseeno podpiše pogodbo, nato pa se izkaže, da resnično ni zadoščeno temeljnemu standardu, zaradi česar se zmanjša ugled njegove blagovne znamke.³⁴ Menim, da je kupec v tem primeru privolil v potencialno škodo, ki je verjetno pomenila obliko poslovnega tveganja, zaradi česar bi moral biti (vsaj delno) (so)odgovoren. V takšnem primeru bi bilo namreč upoštevno določilo čl. 35/III CISG, ki določa izjemo prodajalčeve odgovornosti v primeru dobave blaga, neskladnega z izraženim posebnim namenom uporabe blaga.³⁵ Predhodna preverjanja ustreznosti proizvodnega procesa, vsaj implicitno, izkazujejo takšen poseben namen. V zvezi s tovrstnim dokazovanjem bi lahko imelo vlogo tudi načelo dobre vere v mednarodni trgovini, navedeno v čl. 7/I CISG.

Predvsem na področju zagotavljanja skladnosti blaga z etičnimi standardi so relevantni nedavni premiki pri pojmovanju skladnosti blaga s pogodbo. Čedalje večji poudarek pravni redi oz. pogodbene stranke in posledično sodišča ali tribunali namreč dajejo javnemu mnenju o posamezni vrsti blaga ter *de facto* možnosti prodaje, ne zgolj fizični ustreznosti blaga.³⁶ Skladno s tem pogledom

³¹ Pri običajni rabi ne gre toliko za možnost sklicevanja na skladnost blaga za potrebe doseganja podlage za sankcije zaradi kršitve pogodbe, temveč za apel, da naj se poslovna praksa obrne v smeri zagotavljanja etičnih standardov, kar bi pomenilo, da se normalno uporabljajo zgolj izdelki, ki so proizvedeni skladno z etičnimi zahtevami.

³² I. Schwenzer in B. Leisinger, nav. delo, str. 256.

³³ Prav tam.

³⁴ Zmanjšanje ugleda ima seveda za posledico tudi upad prihodkov oz. zmanjšanje drugih bilančnih sredstev.

³⁵ V zvezi z izjemo, določeno v čl. 35/III CISG, je treba opozoriti, da jo je skladno z uveljavljenim stališčem v pravni dogmatiki interpretacije treba razlagati ozko. Dokazno breme je seveda na prodajalcu, ki pa ne bo imel lahke naloge. Lahko bi se strinjali, da si še tako malomaren kupec zasluži več zaščite kot goljufiv prodajalec. Glej sodbo OLG Köln z dne 21. maja 1996.

³⁶ Pri tem bi lahko govorili o nekakšni izpeljavi standarda, ki se v angleški terminologiji navaja kot *resaleability of the goods*. Ta standard prodajalcu nalaga dolžnost, da kupcu, za katerega ve, da bo blago preprodal, dobavi takšno blago, ki bo uspešno izpolnjevalo ta cilj.

je tako za presojo skladnosti blaga pravno upošteven že sum o nepravilnostih, ki onemogoči nadaljnjo prodajo blaga.³⁷

4.1. Izrecna stipulacija etičnih standardov neposredno v pogodbi

Zaradi avtonomije pogodbenih strank in dispozitivne narave določb CISG³⁸ je razumljivo, da stranki svojim medsebojnim obveznostim lahko določita poljubno vsebino. V skladu s čl. 30 CISG je primarna obveznost prodajalca, da dostavi blago, izroči z blagom povezane dokumente in stori vse potrebno za uspešen prenos lastninske pravice na blagu v skladu s pogodbo in CISG.³⁹ V skladu z avtonomijo pogodbenih strank pa lahko stranki dogovorita tudi ancilarne oz. sekundarne obveznosti, ki so povezane z blagom. Tako si lahko zamislimo, da sta se stranki v pogodbi zavezali k spoštovanju dobrih proizvodnih praks. med primarnimi in ancilarnimi obveznostmi CISG ne razlikuje.⁴⁰ Nespoštovanje ancilarnih obveznosti tako pomeni kršitev pogodbe.

V zvezi s presojanjem skladnosti dostavljenega blaga je ključna določba čl. 35/I CISG, po kateri mora prodajalec dostaviti blago, ki po količini, kakovosti in opisu *ustreza pogodbi*. Na prvi pogled bi težko zatrjevali, da zaposlovanje otrok v proizvodnem procesu vpliva na kakovost proizvoda. S fizičnega vidika z blagom gotovo ni nič narobe, kar pomeni, da vizualno ni slabše kakovosti že zgolj zaradi tega. Skladno z doktrino pa je treba upoštevati, da koncept kakovosti blaga zajema presojo tako fizičnih kot tudi nefizičnih lastnosti blaga – torej vseh spremljevalnih okoliščin, ki vplivajo na kupčevo dožemanje stanja blaga.⁴¹ Komentatorji tako izrecno navajajo, da se v okviru presoje kakovosti blaga zahteva skladnost z javnopravnimi, tehničnimi, etičnimi in drugimi standardi, kot je npr. odsotnost uporabe otroške delovne sile.⁴²

Interpretativno lahko ugotovimo, da se v okviru čl. 35/I CISG zahteva bodisi izrecna bodisi implicitna stipulacija obveznosti, pri zadnji pa je treba paziti, da ne posežemo na področje posebnega namena stvari po čl. 35/II (b) CISG.

³⁷ I. Schwenzer, P. Hachem in C. Kee, nav. delo, str. 393.

³⁸ P. Schlechtriem in I. Schwenzer, nav. delo, str. 106; sodba Corte Supreme di Cassazione z dne 19. junija 2000.

³⁹ Pri tem opozarjam, da ne glede na izrecno navedbo dolžnosti prodajalca, da prenese lastninsko pravico na blagu, CISG samega prenosa lastninske pravice, upoštevajoč čl. 4 CISG, ne ureja. Za prenos lastninske pravice se bo tako uporabilo pravo, na katerega odkazujejo kolizijske norme v konkretnem primeru.

⁴⁰ S. Kröll, L. Mistelis in P. Perales Viscasillas, nav. delo, str. 346; F. Ferrari, nav. delo, str. 493; sodba BGH z dne 3. aprila 1996.

⁴¹ P. Schlechtriem, I. Schwenzer, nav. delo, str. 572.

⁴² S. Kröll, L. Mistelis in P. Perales Viscasillas, nav. delo, str. 495; P. Schlechtriem in I. Schwenzer, nav. delo, str. 573; I. Schwenzer, P. Hachem in C. Kee, nav. delo, str. 381.

Implicitno bi bilo soglasje doseženo, upoštevajoč čl. 8/III CISG, takrat, kadar bi iz vseh okoliščin primera, vključno s pogajanjem, lahko ugotovili, da bi razumna oseba morala vedeti za sopogodbениkov namen glede vključevanja etičnih standardov.⁴³

V praksi večje korporacije v pogodbe z dobavitelji čedalje pogosteje vključujejo t. i. etične klavzule. Oblikovanje takšne klavzule mora biti premišljeno, saj je treba zadostiti dovolj visoki stopnji določnosti. Abstraktno zapisane dolžnosti, kot sta zavezanost strogim predpisom ali spoštovanje visokih etičnih standardov, brez predhodne, vsaj implicitne seznantitve s potrebo po upoštevanju specifičnih etičnih standardov, po mojem mnenju ne bodo dovolj za veljavno inkorporacijo teh standardov.⁴⁴ Pri razlagi tovrstnih splošnih klavzul je lahko pomembno tudi dejstvo, katera stranka je klavzulo oblikovala. V skladu z uveljavljenim interpretativnim sredstvom – pravilom *contra proferentem* –, ki je veljavno vključeno tudi v mednarodno prodajo blaga,⁴⁵ se namreč nejasna določila razlagajo v škodo sestavljavca.⁴⁶

4.2. Inkorporacija etičnih standardov preko splošnih pogojev poslovanja

Sklepanje pogodb z uporabo splošnih pogojev poslovanja (v nadaljevanju: SPP) je poseben način oz. tehnika sklepanja pogodb: ena pogodbena stranka vnaprej pripravi besedilo pogodbe in ima tako možnost vanj vnesti vse tiste elemente, ki so nujni za zavarovanje njenega interesa.⁴⁷ SPP tako niso individualno dogovorjeni in so namenjeni ponavljajoči se uporabi.⁴⁸

Dobre proizvodne tehnike, standarde in druge nematerialne zahteve glede skladnosti blaga je pogosto treba precej natančno opredeliti. V primeru SPP

⁴³ Tovrsten primer so inkorporacije, pri katerih v sklopu pogajanj kupec predstavi prodajalcu shemo družbene odgovornosti svojega podjetja in navede, kako pomembni so zanj etični standardi, prodajalec pa to sprejme in vzame v račun. Podoben način bi bil, če bi kupec prodajalcu posredoval svoje brošure, v katerih je navedena etična usmerjenost podjetja.

⁴⁴ P. Schlechtriem in I. Schwenzer, nav. delo, str. 579. Izjema so lahko ključni etični standardi, ki tvorijo nabor temeljnih človekovih pravic, saj lahko od prodajalca, če je zavezan s takšno splošno klavzulo, ki od njega zahteva etično ravnanje, pričakujemo vsaj to, da v proizvodnem procesu ne bo zaposloval otrok, sužnjev in podobno.

⁴⁵ UNIDROIT, načelo št. 4.6. Po mnenju komentatorjev lahko *contra proferentem* pravilo izpeljemo tudi iz čl. 8/II CISG. Glej J. Honnold, nav. delo, str. 118.

⁴⁶ S. Vogenauer in J. Kleinheisterkamp, nav. delo, str. 527.

⁴⁷ N. Plavšak, M. Juhart in R. Vrenčur, nav. delo, str. 436.

⁴⁸ P. Huber, nav. delo, str. 123; CISG AC, svetovalno mnenje št. 13 z dne 20. januarja 2013, para. A-1.

ima tako pogodbeni stranka, ki želi vnesti to zahtevo v pogodbo, možnost, da svoje SPP, v katerih natančno opredeli svoje zahteve glede skladnosti s temi standardi, veljavno inkorporira v pogodbo z dobaviteljem.

Četudi SPP v CISG niso izrecno omenjeni, obstaja konsenz, da pravila za sklepanje pogodb veljajo tudi za inkorporacijo SPP v pogodbo o mednarodni prodaji blaga.⁴⁹ SPP so veljavno vključeni v pogodbo, kadar so se stranke izrecno ali implicitno dogovorile o njihovi inkorporaciji v času sklepanja pogodbe, nasprotna stranka pa je imela razumno možnost, da se z njimi seznani.⁵⁰

4.3. Inkorporacija etičnih standardov preko poslovnih običajev in prakse

V poslovnem svetu se dogaja, da se pogodbe sklepajo na hitro in brez poglobljenega pravnega razmisleka, prav tako pa posamezne pogodbene stranke morebiti nimajo zadostne pogajalske moči, da bi vanje vnesle zahteve, ki so v njihovem interesu. V takšnih primerih je lahko v pomoč čl. 9 CISG, ki daje podlago za tri možna izhodišča presoje skladnosti blaga: običaji, o katerih sta se stranki sporazumeli, praksa, vzpostavljena med strankama, in mednarodni poslovni običaji.

Običaji, o katerih sta se stranki sporazumeli, črpajo zavezujočo pravno moč iz sporazuma med strankama, katere običaje želita upoštevati v svojem pogodbenem razmerju, zanje pa veljajo pravila sklepanja pogodb.⁵¹ Tovrsten dogovor izhaja iz načela avtonomije strank. Glede na dejstvo, da je predhodnik CISG ULIS (Convention relating to Uniform Law on the International Sale of Goods)⁵² določal možnost izrecnega in implicitnega sporazuma glede običajev, CISG pa v čl. 9/I določa samo možnost sporazuma, brez navajanja načina, imamo interpretativno gledano dve možnosti: ali CISG dopušča samo izrecen dogovor ali pa tudi implicitnega. Menim, da sta po čl. 9/I CISG mogoča oba načina, čeprav je treba paziti, da na takšen način ne obidemo pogojev za uporabo običajev, o katerih se stranki nista sporazumeli, vendar bi jih morali upoštevati.⁵³ Na tej podlagi bo tako povsem upošteven dogovor o spoštovanju določenih iniciativ ali priporočil.⁵⁴ Najbolj jasna bo situacija takrat, kadar sta

⁴⁹ CISG AC, svetovalno mnenje št. 13 z dne 20. januarja 2013, para. B-1.2.

⁵⁰ K. Rihtar, nav. delo, str. 24; CISG AC, svetovalno mnenje št. 13 z dne 20. januarja 2013, para. B-2; sodba BGH z dne 31. oktobra 2001.

⁵¹ S. Kröll, L. Mistelis in P. Perales Viscasillas, nav. delo, str. 159 in 160.

⁵² Convention relating to Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) z dne 1. julija 1964.

⁵³ Gre za določilo čl. 9/II CISG.

⁵⁴ Glej razdelek 2.

obe stranki, vsaka zase, podpisnici katere izmed javnih ali zasebnih iniciativ, npr. UN Global Compact. Ti stranki sta se že pred vstopom v pogodbeno razmerje zavezali, da bosta spoštovali določene etične standarde. Upravičeno lahko sklepamo, da sta na takšen način, vsaj implicitno,⁵⁵ privolili v spoštovanje etičnih standardov tudi v konkretnih pogodbah.⁵⁶ Če je k tovrstni iniciativi pristopila samo ena stranka, druga pa za to ve, lahko druga stranka upravičeno pričakuje od prve, da bo blago ustrezalo etičnim standardom.⁵⁷ Standard presoje je tako podoben kot v primeru, kadar sta obe stranki podpisnici kakšnih iniciativ. Pogosto niti ne bo mogoče, da bi obe spoštovali točno določene etične standarde, saj za obe ne bodo uporabljivi in bodo logično mogoči samo za kupca ali pa prodajalca.⁵⁸ V smislu upoštevanja etičnih standardov bo najbolj relevantna situacija, kadar bo seveda prodajalec tisti, ki je zavezan k določenemu ravnanju oz. se je sam zavezal k določenemu ravnanju.

Če sta stranki v nekem časovnem obdobju sklenili in izpolnili več pogodb, ki so vsebovale določila o ustrezanju etičnim standardom, pozneje pa pogodba ni vsebovala izrecnega določila, lahko stranka še naprej pričakuje ustrezanje etičnim standardom na podlagi vzpostavljene prakse.⁵⁹ Ta se namreč lahko nanaša tudi na določeno kakovost blaga,⁶⁰ v pojmu kakovost pa so zajeti tudi etični standardi. Dejstvo, da izrecna navedba standarda v konkretni pogodbi manjka, ne pomeni implicitnega odreka, saj ima vzpostavljena praksa prednost.⁶¹

Če pogodbeni stranki nista podpisnici kakšne iniciative, ki zagotavlja ustrezanje etičnim standardom, prav tako pa nimata tovrstne vzpostavljene prakse, je še vedno mogoče inkorporirati določen nabor etičnih standardov v mednarodno prodajno pogodbo preko čl. 9/II CISG,⁶² ki ima objektivno naravo in je tako neodvisen od volje in dejanske vednosti pogodbenih strank.⁶³ V takšnem primeru je treba najprej preveriti, ali obstajajo posebne iniciative v posamez-

⁵⁵ Nekateri avtorji menijo, da je implicitno soglasje mogoče tudi v okviru čl. 9/I CISG, obstajajo pa tudi nasprotna stališča (npr. G. Eörsi). Glej P. Bout, nav. delo.

⁵⁶ I. Schwenzer in B. Leisinger, nav. delo, str. 265; I. Schwenzer, nav. delo, str. 106.

⁵⁷ I. Schwenzer, P. Hachem in C. Kee, nav. delo, str. 381.

⁵⁸ Upoštevanje načina pridelave nečesa je po naravi stvari vezano na prodajalca (proizvajalca v danem primeru), ne na kupca, ki to blago samo kupuje.

⁵⁹ I. Schwenzer in B. Leisinger, nav. delo, str. 265; I. Schwenzer, nav. delo, str. 106.

⁶⁰ S. Kröll, L. Mistelis in P. Perales Viscasillas, nav. delo, str. 158.

⁶¹ Prav tam, str. 159. V primeru, da bi stranki želeli odstopiti od vzpostavljene prakse, bi namreč morali izrecno izključiti upoštevnost vzpostavljene prakse.

⁶² S. Kröll, L. Mistelis in P. Perales Viscasillas, nav. delo, str. 161; I. Schwenzer in B. Leisinger, nav. delo, str. 265.

⁶³ S. Kröll, L. Mistelis in P. Perales Viscasillas, nav. delo, str. 163.

nem sektorju, ki določajo zavezanost določenim etičnim standardom, kot je npr. The Kimberley Process. Če posebnih iniciativ oz. kodeksov ni, je mogoče presojati določila širše znanih mednarodnih iniciativ s področja etičnih standardov, kot je npr. UN Global Compact.⁶⁴ Čeprav so tovrstna določila pomen-sko precej široka, ne more biti sporno, da zagotavljajo varstvo vsaj »*minimuma etičnih standardov, kot je prepoved otroškega dela, prisilnega dela in zagotovitev humanih delovnih pogojev*«. ⁶⁵ Iz tega izvira spoznanje, da so vsaj minimalne zahteve po ustrežanju etičnim standardom potencialno del vsake mednarodne prodajne pogodbe. Če bi želeli stranki izključiti tovrstno inkorporacijo, bi morali v skladu s čl. 6 CISG izključiti njihovo veljavnost.

4.4. Inkorporacija etičnih standardov preko posebnega namena

Po določilu čl. 35/II (b) CISG blago ni istovetno blagu iz pogodbe, če ni primerno za posebni namen, s katerim je bil prodajalec izrecno ali molče seznanjen med sklenitvijo pogodbe. Nadaljnja pogoja sta še kupčevo zanašanje na prodajalčevo strokovnost in smotrnost tovrstnega zanašanja.⁶⁶ Posebni namen je podan vedno, kadar uporaba neke stvari presega njeno običajno rabo. Za takšno situacijo bi lahko šlo tudi v primeru, ko kupec deluje na očitno etično ozaveščenem trgu. Za izpolnitev dolžnosti seznanitve je dovolj, da kupec navede ta specialni trg, kjer se bo blago prodajalo. V primeru, da gre za entiteto, ki npr. slovi po visokih etičnih zahtevah, se pridružujem mnenju Schwenzerjeve, da je podana implicitna zaveza k spoštovanju posebnega namena.⁶⁷

Prodajalec bo v primeru kupčeve zlorabe še vedno, skladno s čl. 35/III CISG, lahko uveljavljal izjemo od svoje odgovornosti v primeru kršitve posebnega namena, če bo dokazal, da se je kupec v trenutku sklenitve pogodbe zavedal potencialnega neskladja. Ta izjema je zelo relevantna v povezavi s prej omenjenimi skrbnimi pregledi proizvodnega procesa. Če je v tovrstnem pregledu kupec ugotovil nepravilnosti, pa pogodbo vseeno sklene, oz. če je za blago plačal smešno nizko ceno,⁶⁸ po mojem mnenju pride v poštev omenjena izjema, kar pomeni, da prodajalec ne bo odgovoren.

⁶⁴ I. Schwenzer in B. Leisinger, nav. delo, str. 265; I. Schwenzer, nav. delo, str. 106.

⁶⁵ Prav tam.

⁶⁶ R. Hyland, nav. delo, str. 320.

⁶⁷ Glej I. Schwenzer, nav. delo, str. 107.

⁶⁸ Cena, ki vsakemu razumnemu človeku sporoča, da ne more biti rentabilna v smislu zagotavljanja etičnih in drugih standardov.

4.5. Inkorporacija etičnih standardov preko običajne uporabe

Standard običajne uporabe blaga pomeni, da mora blago služiti temeljnemu namenu uporabe.⁶⁹ V poštev pride takrat, kadar ni nikakršnega pogodbenega določila v zvezi z zahtevano kakovostjo in tudi ni izkazan poseben namen. Predpostavka inkorporacije etičnih standardov preko običajne uporabe bi bila, da na celotnem področju mednarodne trgovine ali vsaj v posameznem trgovinskem sektorju obstaja trdno pomensko jedro oz. univerzalni nabor etičnih standardov, o nujnem upoštevanju katerih se vsi deležniki strinjajo. Zaradi raznolikosti družb ter njihovih kultur in parcialnosti družbene morale je verjetno težko z zadostno gotovostjo doreči, kateri etični standardi naj bodo spoštovani pri vsaki pogodbi o mednarodni prodaji blaga. Osebnostno tako menim, da tovrstna inkorporacija preko običajne uporabe vsaj za zdaj ni mogoča.⁷⁰

5. PRAVNA SREDSTVA V PRIMERU NEUPOŠTEVANJA ETIČNIH STANDARDOV

Neupoštevanje veljavno inkorporiranih etičnih standardov pomeni kršitev pogodbenih obveznosti. Najpogosteje bo tako prišlo v poštev uveljavljanje kršitve pogodbe zaradi neskladnosti blaga, čeprav bi bilo mogoče tudi, da prodajalec npr. ni dostavil certifikata, ali podobno.

Razlikovati je treba tudi med pravnimi sredstvi, ki pridejo v poštev pri prodajalčevi kršitvi pogodbe, in tistimi, ki pridejo v poštev pri kupčevi kršitvi pogodbe. Rešitve v obeh primerih so skorajda analogne in smiselno medsebojno uporabljive, čeprav pozna CISG ločeni poglavji za navajanje teh sredstev. Če se osredotočimo na kršitev pogodbe zaradi nespoštovanja etičnih standardov, ugotovimo, da bo največ takih primerov pri prodajalcu, ki bo najpogosteje tudi proizvajalec proizvoda ali polproizvoda oz. določene sestavine končnega proizvoda. Seveda je prav tako mogoč scenarij, da kupec ne spoštuje etičnih zavez, ki jih od njega pričakuje prodajalec. V takšnem primeru pridejo v poštev razne oblike preprodaje blaga, pri katerih je proizvajalec (prodajalec v tem primeru) jasno razviden, in pa uporaba blaga, ki je v nasprotju s pogodbenimi zavezami kupca.⁷¹

⁶⁹ Pri kozarcu je npr. to dejstvo, da drži tekočine, pri pisalu, da piše. Že tukaj nastane vprašanje, ali je imanentna lastnost blaga tudi dejstvo, da ustreza etičnim standardom. Če tudi je pisalo izdelal desetletni otrok, bo še vedno pisalo.

⁷⁰ Moje mnenje izraža duha trenutnega časa. Verjamem, da bo v prihodnosti povsem mogoče izoblikovati trdno jedro nabora etičnih standardov, ki bodo univerzalno uporabni pri vsaki pogodbi o mednarodni prodaji blaga.

⁷¹ Npr. kupec kupi umetno gnojilo in ga nato uporabi za serijsko proizvodnjo eksplozivnih teles, kar je v nasprotju z namenom, ki je bil izražen v pogodbi.

Glede na taksonomijo CISG bo imel kupec skladno z določilom čl. 45 CISG v primeru kršitve pogodbe na voljo naslednja pravna sredstva: izpolnitveni zahtevki, znižanje kupnine, odškodninski zahtevki in odstop od pogodbe. Splošna predpostavka uveljavljanja odgovornosti je zahteva po notifikaciji neskladnosti blaga v razumnem roku po odkritju neskladnosti.⁷² Kupec je prekludiran, če mu notifikacije ni uspelo posredovati v roku dveh let od dejanske dostave blaga.⁷³ Čl. 38 CISG sicer pozna kupčevo obveznost po pregledu dostavljenega blaga, vendar je razumljivo, da nespoštovanja etičnih standardov ni mogoče videti s prostim očesom, pa tudi s še bolj skrbnim pregledom ne.

Omeniti velja, da posledica nespoštovanja etičnih standardov ni samo uporaba pravnih sredstev. Ključna negativna posledica za sopogodbnika, ki ne bo spoštoval etičnih standardov, bosta verjetno *de facto* očrnen ugled in izguba nadaljnjih poslov. Zavedam se, da je predpostavka navedene trditve ta, da imajo etični standardi vedno vpliv na izbiro sopogodbnika. Kot velja za potrošnike, je tudi pri poslovnih subjektih najpomembnejši dejavnik pri odločitvi še vedno cena blaga.⁷⁴ Dokler bodo na trgu obstajali povpraševalci, ki jim ni mar za spoštovanje etičnih standardov, bodo tudi proizvajalci, ki teh standardov ne spoštujejo, zaradi ugodne cene našli poslovne partnerje. Slika je dolgoročno gotovo drugačna – etična ozaveščenost se povečuje in iz sodelovanja s poslovnimi partnerji, ki ne upoštevajo določenih etičnih standardov, izhaja čedalje več negativnih eksternalij.

5.1. Odstop od pogodbe

Gotovo najpomembnejša pravna posledica nespoštovanja etičnih standardov je možnost odstopa od pogodbe. Pri tem pa je treba opozoriti na predpostavke – odstop od pogodbe bo po čl. 49/I (a) CISG lahko mogoč zgolj, če neskladnost blaga s pogodbo pomeni bistveno kršitev pogodbe, če je bila tovrstna bistvenost predvidljiva s strani sopogodbnika⁷⁵ in če kupec odstop od pogodbe sporoči drugi stranki.⁷⁶ Kršitev je bistvena takrat, kadar je oškodovana stranka prikrajšana za tisto, kar je upravičeno pričakovala. Merilo je subjektivne na-

⁷² Čl. 39/I CISG.

⁷³ Čl. 39/II CISG.

⁷⁴ T. Devinney, P. Auger in G. Eckhard, nav. delo, str. 172.

⁷⁵ Pri tem gre za zahtevo, ki jo postavlja čl. 25 CISG. *De facto* bo odstop od pogodbe mogoč že takrat, ko obstaja bistvena prikrajšanost in je odstop od pogodbe sopogodbniku tudi sporočen. Predvidljivost kršiteljevega ravnanja zanj pomeni argument razbremenitve odgovornosti, če dokaže (dokazno breme je na njem), da prikrajšanost ni bila predvidljiva in ne bi bila predvidljiva razumni osebi. Več o tem glej F. Ferrari, H. Flechtner in R. Brand, nav. delo, str. 325; sodba BGH z dne 3. aprila 1996.

⁷⁶ Čl. 49/I (a) in 27 CISG.

rave in zahteva presojo pričakovanja s perspektive oškodovane stranke, v tem primeru kupca.⁷⁷ Koristno orodje za presojo bistvenosti je tudi odgovor na vprašanje, ali bi stranka vseeno stopila v pogodbeno razmerje, če bi vedela, da bo do te kršitve prišlo.⁷⁸ Upoštevati pa je treba, da si sodišča in tribunali pogosto prizadevajo ohraniti pogodbeno razmerje v veljavi. Odstop od pogodbe tako pomeni skrajno pravno sredstvo.

Odstop od pogodbe bo najlažje doseči pri izrecnem dogovoru glede upoštevanja etičnih standardov. Izrecna stipulacija namreč jasno opredeli, katere lastnosti blaga so za stranko bistvenega pomena,⁷⁹ kar bo olajšalo dokazovanje v primeru spora, še posebej pa je relevantno takrat, kadar je kupec imel prevladujoči vpliv pri oblikovanju pogodbe. Odstop od pogodbe dodatno olajša tudi seznanitev prodajalca s posebnim namenom, ki mu bo blago izpostavljeno. V navedenih primerih izrecnega dogovora upoštevanja etičnih standardov in izkazanega posebnega namena se kupec znebi očitka, ki je pogost v kršiteljevem ugovoru – namreč določbe čl. 77 CISG o obveznosti zmanjševanja dodatne škode, ki je posledica kršitve pogodbe. Temeljna narava blaga, še posebej če je kupec preprodajalec, je v zmožnosti tega blaga, da se proda. Strategija obrambe prodajalca, ki ni spoštoval etičnih standardov, bi tako lahko bila, da čeprav drži, da kupec blaga ni mogel prodati na primarnem trgu, bi nadaljnje kupce za to blago lahko našel na kakšnem drugem, etično manj ozaveščenem trgu in tako zmanjšal obseg škode. Če je prodajalcu znan namen, v tem primeru prodaja blaga na etično ozaveščenem trgu,⁸⁰ kupcu seveda ni treba iskati svojih kupcev na drugih trgih ali pa prodajati blaga z visokim popustom,⁸¹ še posebej če bi s tem škodoval lastnemu ugledu, kar pa je v primeru povezovanja z netičnimi praksami zagotovo pravilo. Podobno velja tudi v primeru izrecnega dogovora glede upoštevanja določenih standardov, saj bi se moral prodajalec zavedati, da tovrstna zahteva ni sama sebi namen, ampak je namenjena uresničevanju kupčevega poslanstva.

Pri nespoštovanju etičnih standardov je odstop od pogodbe zelo primerno pravno sredstvo. Utemeljena je ugotovitev, da bo skladnost z etičnimi standardi za vsakega etično ozaveščenega kupca pomenila bistveni pogoj. Četudi hude finančne posledice niso nujni pogoj za izkazovanje bistvenosti, bodo v praksi najpogostejše pravi razlog za odstop od pogodbe. Nespoštovanje etičnih stan-

⁷⁷ S. Kröll, L. Mistelis in P. Perales Viscasillas, nav. delo, str. 726.

⁷⁸ Sodba BGER z dne 15. septembra 2000.

⁷⁹ Sodba BGH z dne 3. aprila 1996.

⁸⁰ Zadoščala bi že seznanitev z namembno destinacijo, če je splošno znano, da gre za trg z visoko etično ozaveščenostjo.

⁸¹ CISG AC, svetovalno mnenje št. 5 z dne 7. maja 2005, para. 4.3.

dardov lahko vodi v upad prometa, izgubo obstoječih in potencialnih strank, izgubo ugleda ter odškodninske tožbe s strani deležnikov. Odstop od pogodbe je prav tako edino pravno sredstvo, ki omogoča, da se oškodovanec tudi na simbolični ravni distancira od kršiteljevega početja. Pretrganje poslovnega razmerja daje jasen signal, da oškodovanec obsoja sopogodbenikovo ravnanje, in ga prikaže v vsaj nekoliko boljši luči.

Po mojem mnenju je za odstop od pogodbe dovolj že jasno izražen sum o neskladnosti blaga z etičnimi standardi, če so ti univerzalni oz. temeljni in če pogodba predvideva več dobav oz. dolgoročnejše sodelovanje, pa se že na začetku izkaže omenjeni sum. Zaupanje je namreč ena izmed predpostavk uspešnega pogodbenega razmerja in strankam bi moralo biti dopuščeno, da v primeru porušenega zaupanja do druge stranke, še preden nastopijo dejanske ekonomske posledice, od pogodbe odstopijo.⁸²

5.2. Odškodninski zahtevek

Kršitev pogodbe, še posebej pri tako občutljivem vprašanju, kot je skladnost z etičnimi standardi, je pogosto povezana tudi s precejšnjimi finančnimi posledicami, ki so za oškodovanca v nekaterih primerih pravno upošteven temelj za uveljavljanje odškodninskega zahtevka. Poudariti velja, da uveljavljanje drugih pravic v primeru kršitve pogodbe ne onemogoča kumulativnega uveljavljanja odškodnine.⁸³

Pri kršitvi pogodbe zaradi neskladnosti blaga z etičnimi standardi je treba razlikovati med dvema primeroma: blago je bilo prodano, še preden je bila ugotovljena navedena neskladnost, ali pa blago še ni bilo prodano. V zadnjem primeru odškodnina zajema celotno vrednost izgubljenega prometa. Kot je bilo že navedeno, tudi v tem primeru ne moremo od kupca zahtevati, da škodo zmanjša tako, da proda blago po nižji ceni ali da išče kupce na drugih trgih – vsakršno nadaljnje povezovanje z etično neskladnimi praksami bi namreč še dodatno očrnilo njegov ugled. V primeru, ko je bilo blago prodano, še preden se je za kršitev izvedelo, in javnost za tovrstno ravnanje izve, pride v poštev odškodnina zaradi izgube ugleda oz. za škodo, storjeno dobremu imenu blagovne znamke.⁸⁴ Četudi je splošno sprejeto, da CISG ne omogoča povrnitve nepremoženjske škode,⁸⁵ pa odškodnina v primeru izgubljenega ugleda ne pomeni takšne škode. Izračun izgubljenega ugleda je namreč mogoč v povezavi

⁸² Podobno glede zaupanja tudi U. Magnus, nav. delo, str. 424.

⁸³ Čl. 45/II CISG.

⁸⁴ V angleški terminologiji je uveljavljen izraz *goodwill*.

⁸⁵ P. Schlechtriem, nav. delo, str. 94.

s finančnimi posledicami, ki so materialne in navzven (finančno) zaznavne narave. Pogoj seveda je, da so finančne posledice v zvezi z izgubo ugleda na razumen način izkazane.⁸⁶

Največji problem v zvezi z uveljavljanjem odškodninskega zahtevka nastane, ko je prišlo do kršitve etičnih standardov, vendar javnost, razen kupca samega, za to nikoli ne izve.⁸⁷ Problem je, da pri tem ne moremo govoriti o izgubi ugleda, izraženi v finančnih posledicah, ki bi bile materialne narave. Kot je bilo že rečeno, povračilo nematerialne škode po CISG ni mogoče. V strokovni literaturi je sicer ponujena možnost abstraktnega izračuna škode, tako da se za osnovo višine odškodnine vzame razlika do polne produkcijske vrednosti – uporaba neetičnih produkcijskih mehanizmov namreč znižuje produkcijske stroške, kar poruši ravnotežje pogodbene vrednosti, saj je prodajalec nepravilno maksimiral dobiček, seveda na strošek dobrovernega kupca.⁸⁸ Ključni problem v zvezi s tem je ravno v ugotovitvi, da se takšen izračun nevarno približuje pojmovanju nematerialne škode. Schlechtriem v zvezi s tem upravičeno opozarja, da domišljija pri oblikovanju novih institutov z interpretativnimi metodami ne sme preseči razumne meje.⁸⁹ Takšna razlaga, ki bi omogočala nematerialno škodo in posledično abstraktno določevanje njene višine, bi dopuščala izogibanje zahtevi po dokazovanju materialne škode. Menim, da takšna nematerialna odškodnina, ki ne temelji na konkretno izkazanih finančnih posledicah oz. izgubi, po CISG ni mogoča. Kupec bo v tem primeru imel še vedno na voljo odstop od pogodbe, posledica tega pa je tudi vzpostavitev začetnega stanja – torej vrnitev blaga in povračilo kupnine. Tudi v tej konstelaciji pa bo mogoče uveljavljati še določene druge stroške – stroške nadomestnega nakupa in morebitne druge stroške, ki so nastali zaradi neuspešnega posla.

Že nekajkrat omenjeno načelno stališče, da uveljavljanje nematerialne škode po CISG ni mogoče, je izpeljano iz čl. 74 CISG, ki določa načelo popolne odškodnine in obenem predpisuje izpolnjevanje določenih pogojev za odškodnino: kršitev pogodbe, nastala dejanska škoda, vzročna zveza med kršitvijo in nastalo škodo ter predvidljivost nastale škode. Iz tega izhaja, da glede nepremoženjske škode ne gre za pravno praznino. Smiselno bi torej bil sklep, da CISG

⁸⁶ Prav tam.

⁸⁷ Kriterij javnosti je tukaj relevanten zaradi finančnih posledic. Če namreč javnost za neetično ravnanje ne izve, preprodajalec po vsej verjetnosti ne bo deležen negativnih finančnih posledic v smislu zmanjšane prodaje, poslabšanja ugleda in podobno. Javnost je v tej povezavi treba razlagati precej široko, saj se vanjo štejejo tudi delničarji in nekateri drugi deležniki, ki imajo interes v etičnosti ravnanj podjetja. Ključno vprašanje tako ni povezano z javnostjo, temveč z nastankom finančnih posledic za podjetje.

⁸⁸ I. Schwenzer in B. Leisinger, nav. delo, str. 269.

⁸⁹ P. Schlechtriem, nav. delo, str. 97.

nepremoženjske škode zaradi kršitve ne dopušča, ker pa ne gre za pravno praznino, ni mogoče sklicevanje na načela ali pravna pravila uporabnega nacionalnega prava, skladno s čl. 7/II CISG. Sklicevanje na nacionalno pravo pa bi bilo mogoče, s tem pa tudi uveljavljanje nematerialne odškodnine skladno s tistim pravnim redom, če bi oškodovancu uspelo dokazati prevaro⁹⁰ glede na konkretno nacionalno ureditev. Prevladujoče stališče je namreč, da tovrstnih kršitev CISG ne ureja in je za razreševanje teh konfliktov treba uporabiti upoštevno nacionalno pravo.⁹¹

V zvezi z odškodnino je treba omeniti še alternativno možnost, ki oškodovancu prihrani breme dokazovanja. Govorim o pogodbeni kazni, ki jo je mogoče doreči tudi v pogodbi o mednarodni prodaji blaga, čeprav je CISG izrecno ne določa. Dogovor o pogodbeni kazni oškodovanca razbremeni dokazovanja višine nastale škode. Dovolj je dejstvo, da se uresniči predpostavka izplačila pogodbene kazni – kršitev pogodbe, za katero je bila pogodbena kazen dogovorjena. Glede na pogosto neenakost pogajalskih izhodišč sopogodbениkov bo tovrstna inkorporacija pogodbene kazni lahko težavna.

5.3. Izpolnitveni zahtevek in znižanje kupnine

Izpolnitveni zahtevek⁹² in zahtevek na znižanje kupnine imata pri neskladnosti blaga z etičnimi standardi zgolj omejen obseg. Na eni strani ni mogoče pričakovati, da bo prodajalec (proizvajalec v danem primeru) zgolj za namene tega naročila spremenil svoj proizvodni proces. Na drugi strani pa je bila škoda – z dejstvom, da niso bili spoštovani etični standardi – že storjena. Če je informacija o neskladnosti blaga z etičnimi standardi prišla v javnost in sopogodbениku povzročila ekonomsko škodo, potem se kot edini primerni sredstvi ponujata odstop od pogodbe in odškodninski zahtevek.

Izpolnitveni zahtevek je mogoč v primeru, kadar je bila ancilarna obveznost v dostavi certifikata skladnosti z določenim standardom. V tem primeru se bo zahtevek glasil na izročitev oz. dostavo tega certifikata. Če sopogodbениk tega ne bo storil, bo lahko kupec certifikat pridobil sam, vendar na stroške prodajalca.

Znižanje kupnine sicer pride v poštev v nekoliko neetični situaciji, ko bi kupec izvedel, da etični standardi niso bili upoštevani, vendar ta informacija ne

⁹⁰ Prevaro v tem kontekstu razumem tako, kot jo opredeljuje Obligacijski zakonik v čl. 49/I, torej spravljanje v zmoti ali držanje v zmoti z namenom sklenitve pogodbe.

⁹¹ P. Schlechtriem, nav. delo, op. 41.

⁹² Skladno s čl. 46/II, III CISG poznamo dve izpeljavi izpolnitvenega zahtevka: zahtevek za nadomestno izpolnitev in zahtevek za popravilo. Slednji pri neskladnosti z etičnimi standardi sploh ne pride v poštev.

bi prišla do javnosti in tako hujših ekonomskih posledic za kupca ne bi bilo. V tem primeru bi kupec hipotetično lahko od prodajalca zahteval znižanje kupnine, ki bi bilo proporcionalno zmanjšani vrednosti blaga ob njegovi dostavi.⁹³ V tem primeru je nujno ugotoviti, kolikšna je vrednost etično neoporečnega blaga in kolikšna je vrednost etično oporečnega blaga. Razlika med njima je osnova za znižanje kupnine. Ta razlika je seveda odvisna od okoliščin vsakega posameznega primera in neke univerzalne vrednosti ne moremo vzpostaviti. Poudariti je treba, da je to mejni primer, ki je na meji dobre vere v mednarodni trgovini in že sam po sebi lahko pomeni etično sporno ravnanje kupca. Razumljivo je, da lahko pride do vseh navedenih sankcij, vključno z znižanjem kupnine, samo v primeru uspešne inkorporacije etičnih standardov v pogodbo, še toliko bolj pa to velja v takšnih mejnih primerih, ko ni finančne škode – zaradi neseznanjenosti javnosti o neetičnosti blaga, kar torej ne vodi v upad prometa in izgubo ugleda. Zgolj v primeru veljavne, po vsej verjetnosti tukaj izrecne⁹⁴ inkorporacije etičnih standardov bi kupec tako lahko uveljavljal znižanje kupnine, četudi mu druge (finančne) posledice niso nastale. Znižanje kupnine bi tako imelo učinek neposrednega sankcioniranja kršitve pogodbenega določila in bi delovalo preventivno.

Pojavi se tudi vprašanje etičnosti samega zahtevka na znižanje kupnine, saj takšen zahtevek pomeni, da je »etični« kupec pripravljen sprejeti neetično blago, če mu je le ponujena zanj sprejemljiva znižana cena. Očitek je seveda teh ten. Kot je bilo že omenjeno, noben etično ozaveščen kupec ne bo imel interesa, da bi takšno pogodbo ohranil v veljavi. Zaradi varovanja lastnega ugleda in svoje blagovne znamke se bo najverjetneje poskušal kar najbolj distancirati od tovrstnih neetičnih ravnanj. Mogoče bi bilo celo sklepati, da je že sam zahtevek za znižanje kupnine, dan v tovrstnih primerih, v nasprotju z dobro vero v mednarodni trgovini, saj nasprotuje bistvu inkorporacije etičnih standardov, ki je v promociji etičnega ravnanja vseh deležnikov.

5.4. Prodajalčeva pravna sredstva

Kot je bilo že pojasnjeno, so prodajalčeva pravna sredstva smiselno analogna kupčevim. Zaradi narave stvari prideta v poštev predvsem dve pravni sredstvi: odstop od pogodbe in odškodninski zahtevek. Zahteve glede odstopa od pogodbe so enake kot pri kupčevem odstopu od pogodbe, nekaj težav pa je

⁹³ I. Schwenzer, nav. delo, str. 112.

⁹⁴ Menim, da je standard inkorporacije etičnih standardov – v primeru, ko ta kršitev ne doseže javnosti in se tako kršitev ne izrazi v finančni izgubi podjetja zaradi upada ugleda ali drugih finančnih posledicah – strožji in zahteva izrecen dogovor; impliciten tako ne zadošča. Drugačno pojmovanje bi omogočalo prehitre zlorabe, kar je gotovo v nasprotju z načelom dobre vere v mednarodni trgovini.

z računanjem višine odškodnine pri prodajalčevem odškodninskem zahtevku. Razlike namreč ni mogoče izračunati na podlagi vrednosti proizvedenega blaga, temveč bi bilo edini temelj dejstvo, da pogodbeni vrednost ni izražala prave vrednosti blaga.⁹⁵

6. SKLEP

Pojav koncepta družbene odgovornosti, ki gotovo pripomore tudi k dojetju, da so korporacije soodgovorne za razmere v družbi, sooblikuje tudi mednarodno prodajo blaga. Podjetja se zavedajo čedalje večje etične ozaveščenosti potrošnikov, ki od blaga pričakujejo več kot zgolj fizično skladnost blaga. Nematerialne lastnosti blaga tako postajajo pomembnejše, kot element kakovosti pa so priznane tudi v okviru CISG. Zaradi avtonomije strank, ki je v mednarodni prodaji blaga izredno pomembna, se lahko sopogodbeniki dogovorijo o izrecni vključitvi etičnih standardov. Če tovrstnega dogovora ni, pridejo v poštev poslovni običaji določenega sektorja oz. vzpostavljena praksa med strankama. V mednarodni trgovini je priznana tudi možnost inkorporacije etičnih standardov preko izraženega posebnega namena, ki naj ga blago izpolnjuje. Etično ozaveščen trg gotovo pomeni tovrsten poseben namen. Na sedanji razvojni stopnji mednarodnega trgovinskega prava je še prezgodaj govoriti o vsesplošni zahtevi po upoštevanju etičnih standardov – kulturna raznolikost držav podpisnic CISG je prevelika ovira, še posebej če upoštevamo ključni namen CISG, ki je v unifikaciji mednarodnega pogodbenega prava.⁹⁶

Zaradi neupoštevanja zahteve po skladnosti blaga z etičnimi standardi tako kupec kot tudi prodajalec lahko uveljavljata nekatera pravna sredstva. Zaradi narave kršitve bo najprimernejše pravno sredstvo odstop od pogodbe. Popolna prekinitev pogodbenega razmerja najboljše sanira povzročeno škodo zaradi etične neustreznosti blaga, zlasti če se dopolni z odškodninskim zahtevkom. Skladno z omejitvami pri uveljavljanju odškodnine bo morala biti škoda materialna, torej finančno izražena.

Prizadevanje za upoštevanje etičnih standardov v mednarodni trgovini je gotovo plemenit cilj, ki pa ima tudi pasti. Ne moremo mimo dejstva, da pretirana inovativnost pri interpretaciji CISG lahko nasprotuje prvotnemu namenu, zaradi katerega so se države pogodbenice odločile pristopiti h konvenciji. Ob upoštevanju njihove suverenosti in dejstva, da ravno veliko število ratifikacij

⁹⁵ Glej I. Schwenzer in B. Leisinger, nav. delo, str. 270.

⁹⁶ Unifikacija mednarodnega prava gotovo zahteva določene kompromise. Doseči zadostno število ratifikacij namreč pomeni, da mora biti akt primeren za raznovrstna kulturna, politična in pravna okolja.

pripomore k promociji unificiranega prava, od česar imajo koristi vsi subjekti mednarodne trgovine, je treba nove metode implementirati premišljeno in paziti na kompromise, ki so pri tako pomembni konvenciji neizbežni. Mnoge države, ki so pristopile k CISG tudi v zadnjem času, imajo drugačne poglede na etiko in moralo kot nekatere druge države, ki so morebiti bolj etično oza-veščene. Vprašati se moramo, ali je vpeljevanje novih institutov odgovornosti za kršitve pogodbe – pri čemer imam v mislih predvsem preventivno funkcijo odškodnine in povrnitev nematerialne škode, ki sta še posebej mikavni v po-vezavi z etičnimi standardi – koristno za nadaljevanje uspešnega poslanstva CISG. Kljub nekaterim pomislekom pa menim, da je treba omogočiti varstvo interesov tistih strank, ki se zavzemajo za etično skladnost blaga. Ob preudarni uporabi obstoječih možnosti inkorporacije etičnih standardov ter uveljavlja-nju znanih in v mednarodni trgovinski praksi uveljavljenih pravnih sredstev lahko dosežemo zastavljeni cilj, ki je dolgoročno v korist vsem udeleženi-m v mednarodni trgovini.

Literatura

- Patrick Bout: Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, v: Pace essay submission, 1998.
- Timothy Devineey, Pat Auger in Giana Eckhardt: The Myth of the Ethical Con-sumer. Cambridge University Press, New York 2010.
- Franco Ferrari: Fundamental Breach of Contract under the UN Sales Conven-tion – 25 Years of Article 25, v: Journal of Law and Commerce, 2006.
- Claude Fussler: Responsible Excellence Pays, v: The Journal of Corporate Citi-zenship, 16 (2004), str. 33–44.
- Peter Huber: Standard Terms under the CISG, v: Vindobona Journal of Inter-national Commercial Law & Arbitration, 13 (2009), str. 123–134.
- Richard Hyland: Conformity of Goods to the Contract Under the United Nati-ons Sales Convention and the Uniform Commercial Code, v: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, 1987, str. 305–341.
- Stefan Kröll, Loukas Mistelis in Pilar Perales Viscasillas (ed.): UN Convention on International Sale of Goods (CISG) Commentary. Verlag C. H. Beck, München 2011.
- Ulrich Magnus: Remedy of Avoidance of Contract under CISG – General Re-marks and Special Cases, v: Journal of Law, 25 (2005–06).

- Kristian Maley: The Limits to the Conformity of Goods in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, v: *International Trade & Business Law Review*, 12 (2009), str. 82–126.
- Nina Playšak, Miha Juhart in Renato Vrenčur: *Obligacijsko pravo – Splošni del*. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Steven Ratner: Corporations and Human rights – A Theory of Legal Responsibility, v: *Yale Law Journal*, 111 (2001), str. 443–545.
- Kevin Rihtar: *Etični standardi in skladnost blaga s pogodbo o mednarodni prodaji*. Pravna fakulteta, Ljubljana 2013.
- Peter Schlechtriem: Uniform Sales Law in the Decisions of the Bundesgerichtshof, v: *50 years of the Bundesgerichtshof – A celebration anthology from academic community*, 2002.
- Peter Schlechtriem: Non-Material Damages – Recovery under the CISG?, v: *Pace International Law Review*, 19 (2007), str. 89–102.
- Peter Schlechtriem in Ingeborg Schwenzer (ed.): *Commentary on the UN Convention on International Sale of Goods (CISG)* (3. izdaja). Oxford University Press, Oxford 2010.
- Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem in Christopher Kee: *Global Sales and Contract Law*. Oxford University Press, Oxford 2012.
- Ingeborg Schwenzer in Benjamin Leisinger: *Ethical Values and International Sales Contract*, v: *Commercial Law Challenges in the 21st Century*, 2007, str. 249–275.
- Ingeborg Schwenzer: Conformity of the Goods – Physical Features on the Wane?, v: *State of Play*, 2012, str. 103–112.
- Stefan Vogenauer in Jan Kleinheisterkamp: *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Oxford University Press, Oxford 2009.

ARE ETHICAL STANDARDS PART OF INTERNATIONAL SALES CONTRACT?

Kevin Rihtar,
Bachelor of Laws

Expansion of ethical awareness among members of different civil groups and expansion of general awareness due to increased fluidity of information and improved lifestyle have as a consequence greater emphasis on good manufacturing practices and ethical goodwill of each trademark. Individuals are getting more and more sensible about different information on child labour, we are bothered by exploitation of vulnerable groups, we are not lenient towards inhumane labour conditions and similar. But does the law have the obligation to prevent such anomalies?

We must agree on the fact that prevention of such improper practices is one of the roles that the international public law has and it is correct to state that we have come a long way, looking from a historic position, in order to provide basic human rights, although some areas of the world are still undernourished. More pressing is the question, whether such actions fall under the jurisdiction of private law, especially international contract law. Combining these two spheres, we quickly encounter the issue that international public law deals with different principles than international private contract law. Public interest has a secondary function in contract law and party autonomy, with dispositive nature of norms, play a major role. Why should then contract law try to take care of such public interests in providing ethical conduct? Answer to this question is not so obvious and monolithic. If the will of contractual parties denies such ethical questions, it is the role of law, within the established rules of public order, to allow such conduct. This question is for contractual parties in the sphere of international sale of goods, which is to a large extent subject to the United Nations Convention on Contracts for International Sale

of goods (CISG)¹ from 1980, rather specific, since the function of international sales lies in meeting the needs of consumers all over the world. It is safe to assume that the contractual will of subjects, who are entering into such international contracts, is bound to the interests and needs of those consumers. If the will of consumers is to use ethically produced goods, than international corporations must, if they wish to satisfy the needs of consumers and have a good business, than they must adhere to such trends, which are getting more and more important.

The duty of international private contract law is therefore to provide a plethora of instruments, which grant possible solutions for those subjects, who wish to adhere to high ethical principles in international sale of goods and production of those goods. The CISG, although enacted in 1980, is one of the most successful means of unification of international private contract law. The normative structure of the CISG enables constant dogmatic adjustments to the enacted text in order to provide modern solutions in international private contract law.² This asset, provided with quality structure of the norms that allow continental and common law legal systems to interact, is the most important reason for the CISG to be as successful as it is. More than 80 countries have enacted the CISG to this date,³ amongst them all major trade countries except United Kingdom and some smaller ones. If the country has not ratified the CISG, this does not necessarily mean that it would not be applied in specific case – party autonomy in international law provides for opt-in clause, which enables parties to choose the CISG as the law governing the contract. Of course, opt-out clause is also possible.

Before I proceed to clarify key aspects of the CISG, which enable incorporation of ethical standards into international sales contract, allow me to briefly present, what I consider under the phrase incorporation of ethical standards and what are practical consequences of such incorporation. Due to diversity of ethical standards, it is hard to speak about completed set of specific ethical standards, which could be easily listed down. Most commonly are the efforts towards achieving ethical standards written as an abstract conformity to different incentives, public and private ones, providing also prevention of different

¹ The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980). The CISG was adopted on 11th of April 1980. In Slovenia the CISG is applicable on the basis of succession (7th of January 1994) and entered into force on 25th of June 1991.

² One of the reasons for this is also the CISG Advisory Council (CISG-AC) which is a private initiative aimed at promoting a uniform interpretation of the CISG founded in 2001 in Paris. The current Chair is Prof. Ingeborg Schwenzer.

³ This information is from 1st of August 2014.

corrupt practises in international sale. Those incentives are strongly connected to the efforts of the Corporate Social Responsibility movements and are also taking into consideration the need to provide further means for profitable sustainable business.⁴ Such ethical incentives are: The OECD Guidelines for Multinational Enterprises, United Nations Global Compact,⁵ ISO 26000 on social responsibility, The Kimberley Process, Equator Principles and similar. Those incentives provide proper field to conduct research on which are those cornerstone standards that can apply in international sale. Beside aforementioned incentives, there are also other non-physical features of the goods that can be assessed in this contribution, since they are strongly interconnected with immaterial standards. Such features are: different origin certificates, kosher and halal products, CE (*Conformité Européene*), good manufacture practise certificates (GMP) and others. International corporations decide to incorporate ethical standards into their contracts mainly when they act on ethically aware market and see competitive advantage in such corporate behaviour.⁶ Such companies will demand adherence to high ethical standards from their suppliers and business partners. Breach of such duties often results in major negative media attention and important financial consequences due to loss of sale and profit – Nike and GAP are merely two examples of such negative publicity in recent years. Such companies try to overcome those problems with contractual stipulations on adherence to ethical standards and prohibition of different unethical practises, such as child labour, wage policies, fair labour conditions, slave labour *etc.*

Next question I would like to address deals with the problem, whether the CISG is capable of providing sufficient frame for the protection of those interests. Firstly, although the CISG does not provide a definition of the term “goods”, some types of goods are excluded from the CISG: goods for private

⁴ According to C. Fussler the company value is a composite of economic, social and environmental performance. The correct formula to assess company value may be: $P = me^i$, where P represents share's market price, m stands for market capitalisation, e is for expected earnings per share and i stands for social and environmental impacts as well as innovation and other intangible drivers of reputation. See C. Fussler, p. 43.

⁵ United Nations Global Compact is probably the most important private incentive started in 2000 under the auspices of Kofi Annan. To this date it has several thousands of member corporations from more than 140 countries. It also includes 18 corporations from Slovenia. UNGC is important for several reasons: it offers set of standards that should be respected in international trade; it is very large and representable and also very importantly it widens the sphere of influence from the member of UNGC to his partners and suppliers. See Ratner, p. 510.

⁶ According to a research conducted in the USA in 1995, 78% of buyers would not purchase products produced in sweatshops. See I. Schwenzer and B. Leisinger, p. 252.

use, stocks, money, electricity, ships, aircraft and some other types of goods.⁷ The key article to assess conformity of goods is Art. 35 of the CISG, which governs the seller's duty to deliver goods, which are of quantity, quality and description required by the contract. Quantity and description are due to its nature *per se* incapable of assessment, whether the goods are conforming to demanded ethical standards. We are therefore left with the quality, which is an indefinite legal term. In accordance with general conception, we first think about colour, size, appearance *etc.* Are therefore non-physical features able to constitute a vital part of the quality? I think they are and there is a general agreement amongst legal scholars and practitioners that such approach is the correct one. Since compliance with ethical standards presents such a non-physical feature it is logical that it also constitutes a vital part of the quality. There are namely no legally relevant distinctive elements between physical and non-physical elements, since both features of the goods have equal impact on resaleability of goods:⁸ even though the goods would correspond to every required technical aspect, we would not be able to sell those goods, if they were ethically tainted and tried to be sold to ethically aware consumers. Furthermore, theory and judicial practice show that there is a consensus about the fact that different standards of ideological, ecological, ethical and religious nature need to be treated as equal to other public law standards enacted by different countries.⁹

The next important aspect of incorporation of ethical standards is a consideration of possible ways, through which ethical standards can be incorporated into the international sales contract. The buyer (or the seller)¹⁰ will undoubtedly be most effective if it would achieve an express stipulation of ethical standards into the contract. Other similar possibility is incorporation via special terms and conditions, which would, supposing their validity is not a problem, oblige other contractual party or parties.¹¹

The next possible solution is a bit more complex and consists of the incorporation via any usage to which they have agreed, any practices which they have established between themselves – that means if they concluded several con-

⁷ See Art. 2 of the CISG.

⁸ See P. Schlechtriem and I. Schwenzer, p. 572.

⁹ P. Schlechtriem, para. 4.1.

¹⁰ My analysis is concentrated on a situation where the buyer is affected by the wrongdoing of the seller – such situation is also the most common one, since the seller is frequently represented in the role of a supplier. It should be mentioned that the CISG enacts obligations for both the seller and the buyer and also remedies for both the seller and the buyer.

¹¹ For more thorough analysis of ways of incorporation see I. Schwenzer and B. Leisinger, p. 262 *et seq.*, K. Rihtar, p. 21–30.

tracts and within each and every one ethical standards were observed, there is no need to put express stipulation of adherence to ethical standards in further contracts, since such conduct would be presumed. Within Art. 9 of the CISG there is another possibility – usages that are widely known in international trade and regularly observed by parties in particular trade sector. Such usages ought to have been known to the parties and therefore they should adhere to those. This concept is objective in its nature and therefore it is irrelevant, whether the parties agreed to use specific standards that would mean usages. In order to incorporate ethical standards via this possibility, it needs to be shown that specific ethical standards are part of usages in a specific trade sector. In some sectors ethical standards are regularly observed, but in others unfortunately not (yet).¹²

Legally and practically also an effective means of incorporation is presented by incorporation via particular purpose,¹³ which was expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract. Such incorporation would be successful, if the seller was aware of the buyer's involvement on a specifically ethically aware market or if the buyer would present the seller a leaflet with demanded ethical standards stated on it.

The last, in practice possibly hard to use, option is incorporation via ordinary purpose. Advocating for this option would mean that we have reached a stage, where we do not consider a pen being able to write if it would not be produced in an ethical way. I think we are not at this stage yet and I am neither sure about the future of this possibility nor if we would be allowed to take such wide approach towards defining ordinary use and still stay within interpretational frames of the CISG.¹⁴

In addition to these legally provided means of incorporation, some pragmatic ways to protect your goodwill from being harmed have also been brought to international attention. The most common way would be to assess the con-

¹² The Kimberly Process is for instance an incentive of some governments in the field of prevention of bloody diamonds. In this case it is safe to assume that such unethical practise is not tolerated in this field and the majority of stakeholders respect the given ethical standards. On the other hand it is unfortunately quite common in the textile industry that products are produced with the help of children.

¹³ See Art. 35 of the CISG.

¹⁴ One of the important cornerstones when interpreting the CISG is namely taking into consideration its uniform nature. Therefore partial interests of some more developed countries need to be synchronized with the rest of CISG member states. Another pragmatically relevant reason that contravenes such means of incorporation is also the fact that the main »deal breaker« for the customer is still the price of the product. See T. Devinney, P. Auger and G. Eckhard, p. 172.

tractual partner by means of ethical audit.¹⁵ The underlying principle is an old wisdom that you should know your business partner before you sign the contract. Ethical audits are rather expensive means, but they offer some insight about the person you will be doing business with.

In case of a failure to comply with ethical standards, a question how to proceed is in place. The most forthcoming answer would be that such noncompliance results in a breach of contractual stipulations. Since there was no adherence to the required ethical standards, goods are not of requested quality, which means that the goods are nonconforming. Another scenario is that ancillary obligations would be breached. This distinction has no practical value, since ancillary and primary obligations are treated equally within the CISG.¹⁶ The buyer as well as the seller will be able to invoke remedies offered by the CISG. Although all available remedies can be used in case of ethical noncompliance – request for performance, price reduction, avoidance of the contract and claiming damages – not all of them are of equal importance or suitability. In addition to these legal remedies, other practical consequences should also be mentioned. Connection with unethical practises has an impact on both parties, regardless of their fault and therefore loss of sales and profit and also harm to goodwill can mean a major distress for the corporations.

One of the practically most important remedies is the avoidance of the contract in accordance with Art. 49 of the CISG in connection to Art. 25 of the CISG. Although avoidance of contract is the ultimate remedy, it is the most proper remedy in case of noncompliance with ethical standards. The party seeking avoidance will pursue its interest, which would be in total detachment from the other party and contractual relationship.¹⁷ Avoidance of the contract is possible only in limited situations, subject to strict prerequisites: when there is a fundamental breach of the contract, foreseeability of such breach, party's notification about the breach and declared avoidance within the provided timeframe. A breach is fundamental, if it results in such detriment to the other party as to substantially deprive him of what he is entitled to expect under the contract.¹⁸ Fundamental-ity is a subjective standard and is therefore assessed from the buyer's point of view. Fundamental breach is hard to prove and therefore it is advised to include

¹⁵ Ethical audits are quite popular amongst some ethically aware corporations that conduct a thorough background check of possible partner or supplier in order to scan for any threats that would derive from unethical practises. See I. Schwenzer, p. 105.

¹⁶ S. Kröll, L. Mistelis and P. Perales Viscasillas, p. 346; F. Ferrari, p. 493; BGH Judgment from 3. April 1996.

¹⁷ Such actions are needed in order to mitigate any further loss due to loss of sales and other negative consequences.

¹⁸ Art. 25 of the CISG.

express clauses into the contract that stipulate avoidance in case of noncompliance with ethical standards or to discuss this position during the negotiations.

Avoidance of contract is commonly combined with a claim for damages, what the CISG enables; damages can also be claimed as an individual remedy. Art. 74 of the CISG governs full compensation of the loss if such losses were foreseeable. According to the prevailing view, only pecuniary damages can be compensated under the damages provision of the CISG, therefore excluding non-pecuniary or immaterial damages.¹⁹ This however does not circumvent the possibility for compensation deriving from harm to goodwill, which may result in pecuniary loss. Financial consequences will be extremely harsh, when the general public will become aware of such noncompliance and if they decide not to buy such products anymore. There is also a possibility of different lawsuits from stakeholders, who would condemn such unethical activities.²⁰ It is not easy to establish with reasonable certainty that a party suffered financial loss due to the breach of the contract, especially in cases of noncompliance with ethical standards. Abstract calculations, especially if the general public was not aware of the noncompliance, should be rejected.

Request for performance and price reduction play a minor part, when assessing remedies in case of ethical noncompliance. We cannot mend ethically tainted goods and another performance from the same provider would not be in buyer's interest.²¹ In addition, price reduction may be regarded as a reimbursement for a decrease in the value of the goods. Such remedy would be, however, *de facto* only suitable in cases, where the public is not aware of noncompliance and therefore there are no major financial or other consequences for the buyer. If the buyer uses such situation to compel the seller to reduce the price and the buyer keeps ethically tainted goods on the market, such action contradicts the principle of good faith in international trade enacted in Art. 7 of the CISG and should be rejected.

Incorporation of ethical standards in the international sales contract is an interesting topic that is gaining on publicity amongst legal scholars and practitioners in international trade. In the future we need to pay more attention to specific questions that derive from such incorporation and especially find the correct ratio between public and private interests.

¹⁹ P. Schlechtriem, p. 94.

²⁰ Most important part of stakeholders are definitely shareholders that have direct interests in good standing of the corporation. Therefore shareholders' lawsuits are most probable in such cases.

²¹ Reason for that lies in the fact that in such case the buyer will still be involved in unethical practise since he did not distance himself from such practice. As mentioned in my view the only possible way to do so is via avoidance of the contract.

Literature

- Timothy Devineey, Pat Auger and Giana Eckhardt: *The Myth of the Ethical Consumer*. Cambridge University Press, New York 2010.
- Claude Fussler: Responsible Excellence Pays, in: *The Journal of Corporate Citizenship* 16, 2004, pp. 33–44.
- Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (ed.): *UN Convention on International Sale of Goods (CISG) Commentary*. Verlag C.H. Beck, München 2011.
- Steven Ratner: Corporations and Human Rights – A Theory of Legal Responsibility, in: *Yale Law Journal* 111, 2001, pp. 443–545.
- Kevin Rihtar: *Etični standardi in skladnost blaga s pogodbo o mednarodni prodaji*. Pravna fakulteta, Ljubljana 2013.
- Peter Schlechtriem: Uniform Sales Law in the Decisions of the Bundesgerichtshof, in: *50 years of the Bundesgerichtshof – A celebration anthology from academic community*, 2002.
- Peter Schlechtriem: Non-Material Damages – Recovery under the CISG?, in: *19 Pace International Law Review*, 2007, pp. 89–102.
- Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (ed.): *Commentary on the UN Convention on International Sale of Goods (CISG) (3rd edition)*. Oxford University Press, Oxford 2010.
- Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem and Christopher Kee: *Global Sales and Contract Law*. Oxford University Press, Oxford 2012.
- Ingeborg Schwenzer and Benjamin Leisinger: Ethical Values and International Sales Contract, in: *Commercial Law Challenges in the 21st Century*, 2007, pp. 249–275.
- Ingeborg Schwenzer: Conformity of the Goods – Physical Features on the Wane?, in: *State of Play*, 2012, pp. 103–112.

JESU LI ETIČKI STANDARDI DIO UGOVORA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE?*

Kevin Rihtar,
diplomirani pravnik

Širenje etičke svijesti među pripadnicima različitih društvenih skupina i opća veća svijest zbog fluidnosti informacija te rasti razine kvalitete života, imaju za posljedicu i sve veće isticanje dobrih proizvodnih praksi i etičkog ugleda pojedinačne robne marke. Pojedinci postajemo osjetljivi na informacije vezane za zapošljavanje djece u proizvodnim pogonima, smeta nam eksploatacija ranjivih skupina, nemilosrdni smo do informacija o nehumanim radnim uvjetima i slično. Međutim, da li ima pravo obvezu sprječavati takve anomalije?

Sigurno se slažemo, da je to također jedna od zadaća međunarodnog prava, još posebno o ljudskih pravima, i istina je, da smo kod osiguravanja, bar temeljnih, ljudskih prava, s obzirom na ljudsku povijest, stigli već jako daleko. Teže je pitanje, da li je to zadaća i obveznog prava? Tu vrlo brzo naletimo na drugačije pojmove od onih na koje smo navikli unutar načela međunarodnog prava. Javni interes se u obveznom pravu u većoj mjeri podređuje privatnome, a autonomija volje ugovornih strana, uz dispozitivnost pravnih normi, igraju ključnu ulogu. Zbog čega bi znači ugovorno pravo brinulo za takva etička nastojanja, koja su inače u javnom interesu i vode k civiliziranijem i globaliziranijem društvu? Odgovor na to pitanje nije jednostavan i jednoznačan. Ako je volja ugovornih strana takva, da joj nisu bitna specifična etička pitanja, mora pravni red, naravno u okviru prihvaćenih kogentnih normi javnoga reda¹, to

* Prevod je delo Nikoline Krtinić, odvjetniške pripravnice v Odvjetniški družbi Rojs, Peljhan, Prelesnik & partnerji o.p., d.o.o.. Prijevod je rad Nikoline Krtinić, odvjetničke vježbenice u Odvjetničkom društvu Rojs, Peljhan, Prelesnik & partneri o.p., d.o.o.

¹ *Ordre public* ima naravno još uvijek vidljiv utjecaj na međunarodno poslovanje. Kao element procjene dolazi u obzir prvenstveno kod pitanja priznanja i izvršenja sudskih i arbitražnih odluka.

dozvoljavati. To pitanje je za ugovorne strane u okviru međunarodne trgovine robe, za koju u značajnoj mjeri važi Konvencija Ujedinjenih naroda o međunarodnoj prodaji robe (CISG) iz 1980. godine, nekoliko specifično, jer se međunarodna trgovina robe u pretežnoj mjeri pojavljuje u funkciji zadovoljenja potreba potrošača, fizičkih korisnika odnosno konačnih korisnika nekih proizvoda. Možemo naime tvrditi, da je volja subjekata koji sklapaju međunarodne ugovore o prodaji robe, vezana za interes i opće raspoloženje tih konačnih korisnika robe. I ako je njima u interesu upotrebljavati robu, koja je etički nesporna, zadaća je korporacija, naravno ako žele uspješno poslovati, da slijede te trendove.

Zadaća međunarodnog ugovornog prava mora zato biti, da omogućava mehanizam za procjenu takvog odnosa za sve one subjekte, kojima je u interesu tako ponašati se. CISG, iako usvojen u osamdesetim godinama prošlog stoljeća, predstavlja najuspješnije sredstvo unifikacije međunarodnog ugovornog prava. Normativna struktura CISG isto tako omogućava neprekidno dogmatično prilagođavanje važećeg uređenja na način koji odgovara modernim potrebama u međunarodnoj robnoj trgovini. To svojstvo, uz kvalitetnu strukturu normi, koje omogućavaju suživot kontinentalnih i *common law* pravnih redova, je razlog za sveopću upotrebljivost CISG, kojeg je do danas ratificiralo već više od 80 država, a među njima su i najbitnije trgovinske države, s iznimkom Velike Britanije i nekih manjih. Ako država nije potpisnica CISG, to još nužno ne znači, da se CISG u konkretnom slučaju neće upotrijebiti – autonomija stranaka u obveznom pravu ima za posljedicu i to, da se stranke mogu odlučiti za *opt-in* klauzulu i za njihov ugovorni odnos upotrijebiti odredbe CISG. Jednako naravno važi i u obratnom smjeru, u tom slučaju govorimo o *opt-out* klauzuli.

Još prije nego što predem na prikaz bitnih dijelova instrumentarija CISG, na kratko ću prikazati što podrazumijevam pod pojmom inkorporacija etičkih standarda u međunarodnom ugovoru o prodaji robe i u kojim bi se slučajevima to trebalo primjenjivati. Zbog raznolikosti i raspršenosti standarda, teško možemo govoriti o nekom konkretnom skupu pojedinačnih standarda.

Često je trud za dostizanje etičkih standarda zapisan vrlo apstraktno, u smislu odgovaranja pojedinačnim propisima, a još češće ima neka potencijalna etička klauzula u mislima samo usko područje antikorupcijskih nastojanja. Najprikladnije je tako standarde te vrste proučavati unutar javnih ili privatnih inicijativa, kojih je cilj osigurati sukladnost poslovanja s društvenom odgovornošću tvrtki. Međunarodno priznata načela i smjernice su: Deset načela globalnog dogovora Ujedinjenih naroda, Smjernice OECD za multinacionalna poduzeća, Vodeća načela Ujedinjenih naroda o poduzetništvu i ljudskim pravima, Usmjeravajući standard ISO 26000 o društvenoj odgovornosti, Usmjeravajući standard ISO 9000 o obitelji, *The Kimberley Process* i slično. Za međunarodnu

trgovinu su relevantne i neke specijalizirane inicijative, koje teku samo unutar pojedinačnog sektora odnosno oblasti. Uz navedene standarde, u grupu nefizičkih svojstava spadaju još neki drugi instrumenti, koji isto tako utiču na sukladnost robe s ugovorom o međunarodnoj prodaji i posredno su povezani s nematerijalnim standardima. Među njima su razni certifikati o izvoru robe, *kosher* i *halal* proizvodi, oznaka CE (Conformité Européene), certifikati dobre proizvodne prakse (GMP) i drugi. Korporacije se okreću inkorporaciji takvih etičkih standarda prvenstveno u slučaju kada djeluju na etičko osviješćenom tržištu odnosno vide u tome konkurentsku prednost. Te tvrtke će tako od svojih dobavljača i prodavatelja poluproizvoda zahtijevati, da im se isporučuje etički nesporna roba. Posljedice nepoštivanja etičkih standarda mogu za kupca takvog proizvoda, stranku međunarodnog ugovora o prodaji robe, biti vrlo neugodne – podsjetimo se npr. medijsko poznatih optužbi protiv tekstilnih giganata *Nike* i *GAP* prije nekoliko godina, kada su navodno njihove proizvode proizvodila djeca za mizernu naknadu. Takve tvrtke zato žele s različitim klauzulama, ugovornim odredbama, dogovorima vezanim za običaje i slično, izbjeći takve slučajeve slabe medijske slike i zahtijevaju od svojih dobavljača, da proizvode sukladno s određenom dobrom praksom i poštivajući konkretne etičke standarde (npr. zabrana zapošljavanja dječje radne snage, određen maksimalni koeficijent vezano za razliku u plaći između najbolje i najlošije plaćenih, upotreba lokalnih sredstava, zabrana eksploatacije radne snage, dobri radni uvjeti isl.).

Slijedeće pitanje koje je potrebno nasloviti je, da li je CISG, u okviru trenutnih odredbi, sposoban slijediti takav interes ugovorne strane. Najprije ističem, da iako CISG ne sadrži definiciju robe, ta nije upotrebljiva za sve slučajeve robe. Izričito su naime isključeni predmeti za osobnu upotrebu, dionice, novac, plovidla, letjelice i struja te stvari prodane putem aukcije. Glavna odredba za procjenu sukladnosti robe s ugovorom je čl. 35 CISG, koji zahtijeva dobavu robe, koja odgovara količini, kvaliteti i opisu iz ugovora. Količina i opis za procjenu mogućnosti upotrebe etičkih standarda, po prirodi stvari, neće biti primjereni. Ostane nam tako kvaliteta, koja nije nedefiniran pravni pojam. Sukladno s općim poimanjem ljudi, kod kvalitete najprije pomislimo na fizička svojstva robe, kao što su boja, veličina, izgled, upotrebljivost primjerena namjeni i slično. Da li to znači da nefizička svojstva robe, kao što su i etički standardi, mogu biti element procjene kvalitete? Mišljenja sam da jesu i da je takvo i novije prihvaćeno stajalište u teoriji i praksi. *De facto* među fizičkim i nefizičkim svojstvima robe nema kvalitativne i pravno opravdane razlike – obje vrste svojstava imaju naime jednakovredan učinak na sposobnost prodaje te stvari: i ako bude roba tehnički potpuno prikladna, ali će s robom biti povezana mrlja neetičke proizvodnje, roba se neće moći prodati etički svjesnim kupcima. Uz to, i teorija

i sudska praksa su jedinstveni u stajalištu da je potrebno u vezi učinkovitosti rezultata jednako uzimati u obzir javnopravne uvjete, koje za sukladnost robe određuju države, kao i druge vrste standarda koji su ideološke, ekološke, etičke ili religiozne prirode.

U praksi zatim slijedi najbitnije pitanje, kako osigurati sukladnost robe s etičkim standardima. Kupac će najučinkovitije i s najmanje dvosmislenosti doseći sukladnost robe s etičkim standardima pomoću izričite stipulacije etičkih standarda neposredno u ugovoru. Zatim postoji mogućnost unijeti zahtjev o etičkoj sukladnosti putem općih uvjeta poslovanja, koji bi, naravno uz pretpostavku valjanosti općih uvjeta poslovanja, vezali sve ugovorne strane.

Već malo kompleksniju inkorporaciju predstavlja postignuće sukladnosti putem pozivanja na poslovne običaje odnosno uspostavljenu praksu između ugovornih strana. Pri tom je potrebno razlikovati između običaja o kojima se stranke sporazumiju, uspostavljene prakse između stranaka i međunarodnih poslovnih običaja. Sporazumni običaji su vrlo blizu klasičnom ugovornom dogovoru, dok je već uspostavljena praksa između stranaka malo drugačija – ako budu naime protekli ugovori ispunjeni na etičko prikladan način, druga ugovorna strana će opravdano očekivati i buduća takva ispunjena, iako neće biti izričite ugovorne stipulacije. Još je posebniji slučaj međunarodnih poslovnih običaja, koji su objektivnog značaja i neovisni su od volje i stvarne upoznatosti ugovornih strana s njihovim postojanjem. Za potrebe inkorporacije etičkih standarda bilo bi potrebno dokazati da su ti specifični etički standardi dio međunarodnog poslovnog običaja u određenom sektoru. U nekim sektorima su takvi običaji već postignuti, u drugima, nažalost, još ne.

Pravno i praktički učinkovito je i rješenje s inkorporacijom etičkih standarda preko posebne namjene u okviru čl. 35/II (b) CISG, koja mora biti prodavatelju, izričito ili prešutno, poznata prije sklapanja ugovora. Takav slučaj bi bio kada bi prodavatelj bio upoznat s kupčevim djelovanjem na etički vrlo svjesnom području.

Zadnju, u praksi vjerojatno teško upotrebljivu mogućnost, predstavlja pozivanje na običajnu upotrebu proizvoda. Obrana te mogućnosti bi značila, da smo na stopi razvoja, koja običnoj upotrebi pisala ne pripisuje samo svojstvo, da piše, nego i da je proizvedeno na etički prikladan način. Mislim da tu stopu razvoja još nismo dostigli, a pitanje je i da li je takav način inkorporacije pravno uopće poželjan ili interpretativno moguć unutar CISG.

Treba spomenuti i ne-pravne načine osiguravanja sukladnosti robe s etičkim i drugim standardima, a pritom je ključna stara izreka: “upoznaj drugu ugovornu stranu”. Razvoj prakse na području pružanja etičke sukladnosti je donijela t.z.v. kontrola proizvodnog procesa (*ethical audits*), kod koje kupac, već prije

sklapanja ugovora, provjeri način proizvodnje i odluči da li je proizvodni lanac na njemu primjerenoj razini.

Nepoštivanje važeće inkorporiranih etičkih standarda predstavlja povredu ugovornih obveza. Najčešće će tako dolaziti u obzir isticanje povrede ugovora zbog nesukladnosti robe, iako bi bio moguć i drugi scenarij u kojem prodavatelj npr. nije dostavio certifikat i slično, što se broji za povredu ancilarnih obveza, koje su ekvivalent osnovnim ugovornim odredbama, tako da među njima CISG ne pravi razliku. I kupac i prodavatelj moći će, u skladu s odredbama CISG, koristiti pravna sredstva, koja za slučaj povrede ugovora stavlja na raspolaganje CISG. Iako su oboma smisleno na volju sva pravna sredstva koje omogućava CISG – zahtjev za ispunjenje, sniženje cijene, zahtjev za naknadu štete i raskid ugovora – neki su manje, a neki više, primjereni u takvim slučajevima etičke nedosljednosti. Osim pravnih sredstava, potrebno je spomenuti i stvarne posljedice, koje će, uglavnom, utjecati na obje ugovorne strane. Takvo povezivanje s neetičkim praksama crni ugled robne marke i njegovog nositelja, što posljedično predstavlja smanjenje prometa ili druge posljedice financijske prirode.

Pravno sredstvo s najvećim učinkom na ugovorni odnos svakako je raskid ugovora u skladu s čl. 49, u vezi s čl. 25 CISG, koje je ujedno i ultimativno pravno sredstvo, ali bez obzira na to, baš će raskid ugovora biti najprikladnije pravno sredstvo u slučajevima povrede ugovora zbog nepoštivanja etičkih standarda. Povređena strana mora naime pronaći način da se što više distancira od nastale situacije i da se pokuša vratiti u stanje prije sklapanja ugovora. CISG u čl. 49/I propisuje prilično stroge pretpostavke za raskid ugovora. Do toga će moći doći samo u slučaju kada bude nesukladnost robe predstavljala značajnu povredu, koja je bila predvidljiva i kada kupac o povredi i raskidu obavijesti drugu ugovornu stranu. Povreda je značajna kada je oštećena strana lišena onoga što je opravdano očekivala. Kriterij značajnosti je isto tako subjektivne prirode i procjenjivati će se kroz prizmu oštećene strane. Značajnost je, ponekad, teško dokazati, zato je poželjno, već u fazi pripreme ugovora, odnosno pregovora, naglasiti važnost etičkih standarda za drugu ugovornu stranu i možda u ugovoru izričito dogovoriti da takva povreda predstavlja značajnu povredu, što ima za posljedicu mogućnost raskida ugovora.

Raskid ugovora često se koristi zajedno sa zahtjevom za naknadu štete, što CISG naravno omogućava, a može se koristiti i potpuno samostalno, uz nastavak ugovornog odnosa. CISG u čl. 74 propisuje princip potpune naknade štete, koja uključuje stvarnu štetu i izgubljenu dobit. Otplata nematerijalne štete po CISG nije moguća, što kod degradacije ugleda ne bi trebalo predstavljati problem – takva posljedica može se materijalizirati i prikazana je u financijskim izvještajima, što znači da postoji naknada za materijalnu štetu. Finan-

cijske posljedice nastati će za oštećenu stranu, uglavnom, u onim slučajevima kada bude s povredom upoznata šira javnost, koja ima mogućnost bojkotirati kupnju proizvoda korporacije ili pak kada o povredi saznaju neki dionici, na primjer dioničari.

Naknadu štete je običajno vrlo teško izračunati, a tim više to važi za slučajeve povreda zbog nepoštivanja etičkih standarda. Kod izračuna moramo biti oprezniji da ne prekoračimo dozvoljene granice - financijske posljedice, koje će biti temelj za izračun naknade štete, moraju biti provjerljive i detaljno iskazane. Apstraktni izračuni, posebno u slučaju da financijskih posljedica zbog neobjavljivanja u javnosti nije bilo, u okviru CISG ne mogu doći u obzir.

Zahtjev za ispunjenje i zahtjev za smanjenje cijene imaju u slučaju takvih povreda manju ulogu. Etički proizvedena roba se ne može popraviti, a ponovno ispunjenje od istog dobavljača vjerojatno za oštećenu stranu (i njegove stranke) neće biti zanimljivo. Također je malo vjerojatan zahtjev za sniženje cijene, koji *de facto* dolazi u obzir samo u slučajevima kada javnost ne sazna za tu povredu i kada se cijeli ugovorni odnos nekako gurne pod tepih, a oštećena strana tu priliku iskoristi za pritisak na drugu ugovornu stranu i da mu na raspolaganje raskid ugovora ili sniženje cijene. Takvo postupanje je u suprotnosti s dobrom vjerom u međunarodnoj trgovini i kao takvo je u suprotnosti s čl. 7 CISG.

Tema procjene sukladnosti robe s etičkim standardima, uključujući i sve posljedice, vrlo je zanimljiva i u zadnjem vremenu se povećava odaziv među teoretičarima i praktičarima međunarodne prodaje robe. U buduću moramo naravno pojedinačnim pitanjima posvetiti još više pažnje i prvenstveno pronaći pravilni omjer između zaštite privatnih interesa ugovornih strana i javnog interesa.

POSEBNA VPRAŠANJA SOSTORILSTVA*

Matjaž Ambrož,

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

1. UVOD

Večina razprav o sotorilstvu za izhodišče jemlje naslednjo tipično situacijo: več oseb skupaj izvrši naklepno storitveno kaznivo dejanje, pri katerem krog možnih storilcev z zakonom ni omejen (na primer uboj, tatvino, rop, goljufijo, promet s prepovedano drogo). Da je splošno, naklepno in storitveno kaznivo dejanje hrbtenica razprav o sotorilstvu, ne preseneča, saj ustreza glavnini kaznivih dejanj, ki jih srečujemo v pravosodni stvarnosti. Za presojo sotorilstva pri teh kaznivih dejanjih je danes široko sprejeta ideja o sotorilstvu kot »funkcionalni oblasti nad dejanjem«.¹

Obstajajo pa izjeme, ki se izmikajo opisanemu kalupu splošnega, naklepnega in storitvenega kaznivega dejanja – te odpirajo posebna vprašanja sotorilstva.

Najprej se opisanemu kalupu izmikajo posebna kazniva dejanja (*delicta propria*). Uvodoma naj posebej poudarim, da bom skozi celotno razpravo govoril o *pravih* posebnih kaznivih dejanjih, pri katerih določen status storilca (na primer status uradne osebe) kaznivost konstituira, in ne zgolj modificira. Ves čas imam torej v mislih položaje, pri katerih kaznivega dejanja brez ustreznega statusa storilca sploh ne more biti.

S tem ko zakonodajalec določi, da posebnih kaznivih dejanj ne more izvršiti vsakdo, temveč le osebe z določeno lastnostjo, se precej zamajejo temelji klasičnim orodjem presoje sotorilstva, kot sta odločilnost (bistvenost) prispevka in oblast nad dejanjem. Še tako bistven prispevek ali še tako očitno obvladovanje dejanja ne moreta napraviti sotorilca iz osebe, ki nima z zakonom zahte-

* Rokopis je bil končan 1. avgusta. 2014.

¹ Podrobneje v slovenski literaturi M. Ambrož, nav. delo (2013), str. 294–295.

vane lastnosti (vzemimo tajnico, ki po dogovoru z načelnikom upravne enote v uradno knjigo vnese lažne podatke: tajnica, ki ni uradna oseba, ne more biti sotorilka ponareditve uradne listine po 259. členu KZ-1, četudi je bila nemara celo *spiritus agens* dejanja). Jasno je torej, da pri *delicta propria* odločilnost prispevka ali oblast nad dejanjem ne bosta mogli biti vodilno načelo razlikovanja sotorilcev in udeležencev. Posebej pa bo treba raziskati sporno vprašanje, ali je v teh primerih oblast nad dejanjem uporabna vsaj kot pomožno, sekundarno merilo, na podlagi katerega je v krogu oseb, ki imajo z zakonom zahtevano lastnost, mogoče napraviti rez med tistimi, ki naj se štejejo za sotorilce, in onimi, ki naj se jim pripiše zgolj vloga napeljevalcev in pomagačev (več policistov sodeluje pri izsiljevanju izjave, vendar so njihovi prispevki različni – je med njimi smiselno razlikovati storilce in udeležence?).

Merilo oblasti nad dejanjem trči ob primerljive omejitve tudi pri lastnoročnih kaznivih dejanjih – katera pravzaprav to so, je sicer sporno –, saj je pri njih storilstvo precej omejeno, s tem ko naj bi bilo vezano na »lastnoročno« izpolnitev biti kaznivega dejanja (ustrezneje bi bilo reči, da mora storilec bit kaznivega dejanja izpolniti neposredno, z lastno telesno dejavnostjo). Pomen ideje o lastnoročnosti se v sodobnem kazenskem pravu sicer zmanjšuje (krog kaznivih dejanj, ki jih štejemo za lastnoročna, se oži), vendarle pa ji bo koristno nameniti nekaj pozornosti, saj je v slovenski sodni praksi pustila nekaj sledi, zlasti pri presoji storilstva in udeležbe pri spolnih kaznivih dejanjih.

Nadalje imamo pri nepravih opustitvenih kaznivih dejanjih položaj, podoben tistemu pri *delicta propria*. Tudi pri opustitvenih kaznivih dejanjih namreč storilstva ne opredeljuje oblast nad dejanjem, temveč pravna dolžnost aktivnega ravnanja. V tem pogledu so si *delicta propria* in opustitvena kazniva dejanja na moč podobna: skupno jim je, da so njihovi storilci lahko le tisti, ki jim pravni red zaradi njihovih posebnih socialnih vlog nalaga posebne dolžnosti. Ta podobnost se izrazi zlasti pri sistematiziranju deliktov: ker nepravopustitvenega kaznivega dejanja ne more izvršiti kdorkoli, temveč le oseba s statusom garanta, del teorije neprava opustitvena kazniva dejanja šteje za *delicta propria*.² Po drugi strani pa nekateri avtorji predlagajo, da naj bi zaradi strukturnih podobnosti posebnih kaznivih dejanj in nepravih opustitvenih kaznivih dejanj oboja obravnavali pod skupnim višjim pojmom »dolžnostni delikti« (nem. *Pflichtdelikte*). Osrednja značilnost »dolžnostnih deliktov« naj bi tako bila, da inkriminirajo kršitve obveznosti, ki izhajajo iz posameznikove socialne vloge.³

² H.-H. Jescheck in T. Weigend, nav. delo, str. 620; P. Novoselec, nav. delo (2009), str. 159.

³ C. Roxin, nav. delo (2003), str. 107 in 671.

Opredelev, ali neprava opustitvena kazniva dejanja štejejo za podskupino *delicta propria* ali pa jih skupaj z *delicta propria* razglasimo za »dolžnostne delikte«, ni usodna: gre za vprašanje razvrščanja brez praktičnih učinkov. Ključno praktično vprašanje pa je, po katerih merilih pri opustitvah ločevati storilce in udeležence, saj merilo oblasti nad dejanjem ne bo uporabno: oblast nad dejanjem je po danes večinsko sprejetem stališču lahko podana le pri aktivnem sooblikovanju poteka dogodkov, torej o njej pri pasivnosti storilca ni mogoče govoriti.⁴ Pri tem je ključno, da ne pomešamo oblasti nad dejanjem in *možnosti preprečitve prepovedane posledice* (kar se je občasno dogajalo v nemški sodni praksi, ki je okoliščino, da bi opustitelj posledico lahko preprečil, štela za dokaz njegove »oblasti nad dejanjem«). Možnost preprečiti prepovedano posledico je namreč *predpogoj slehernega nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja* (brez nje kaznivega dejanja sploh ne more biti), zato smiselno ni mogoče, da bi bila lahko hkrati merilo odločanja, kateri opustitelji imajo oblast nad dejanjem in kateri ne. K temu je mogoče dodati še naslednji premislek. Večina napeljevalcev in pomagačev ima možnost preprečiti dejanje in posledico, na primer z grožnjo storilcu, da ga bodo prijavili policiji. Če bi držalo, da že možnost preprečiti posledico zadošča za oblast nad dejanjem, potem bi bilo treba oblast nad dejanjem priznati večini napeljevalcev in pomagačev ter jih razglasiti za storilce, od udeležbe bi torej ostalo bore malo.⁵ Možnosti preprečitve posledice torej ne kaže enačiti z oblastjo nad dejanjem, pri opustitvah bo treba poiskati alternativno merilo razmejitve med sotorilstvom in udeležbo.

Ob obravnavi posebnih vprašanj sotorilstva se je na koncu treba opredeliti še do dveh spornih tem: malomarnega sotorilstva in začetka poskusa pri sotorilstvu. Primerjalnopravno gledano se rešitev dileme, ali je malomarno sotorilstvo sploh možno, danes preveša v prid priznavanju te možnosti (dopusti jo tudi naš zakonik, s tem ko v prvem odstavku 40. člena določa, da sotorilci odgovarjajo v mejah naklepa *ali malomarnosti*). Pri tem pa je nesporno, da bodo za utemeljitev malomarnega sotorilstva ključna druga merila kot pri naklepnih deliktih (kdor brez naklepa izvrši dejanje, ga ne more obvladovati).

Vprašanje začetka poskusa pri sotorilstvu pa je sporno zlasti v primerih, ko vsi sotorilci ne delujejo sočasno oziroma ne pridejo »na potezo« hkrati. Osrednja dilema pri tem je, ali začetek poskusa presoja ločeno z vidika vsakega izmed sotorilcev ali naj preprosto velja, da se poskus začne za vse sotorilce hkrati, ko prvi izmed njih pride v stadij poskusa.

Dilem torej ni malo, pojdimo na pot!

⁴ C. Roxin, nav. delo (2003), str. 669–670.

⁵ C. Roxin, prav tam.

2. POSEBNA KAZNIVA DEJANJA (*DELICTA PROPRIA*)

Posebna kazniva dejanja so »posebna« zato, ker lahko njihovo bit izpolni le nosilec neke uradne, poklicne ali socialne zadolžitve (denimo uradna oseba, zdravnik, skrbnik, oseba, ki opravlja gospodarsko dejavnost). Gre za inkriminacijo hujših kršitev uradnih, poklicnih ali socialnih obveznosti, pri čemer lahko kot storilci (in s tem sotorilci) odgovarjajo le tisti posamezniki, ki so takšne obveznosti prevzeli.

Ta značilnost *delicta propria* se pri presoji (so)storilstva izrazi tako, da postane dejanska oblast nad dejanjem manj pomembna, osrednji pa je status, ki ga za storilce zahteva zakon. Tako ima nekdo lahko oblast nad dejanjem, lahko ga celo v celoti izvrši »z lastnimi rokami«, toda če nima z zakonom zahtevane lastnosti, bo lahko kvečjemu pomagač. Ko uradna oseba naroči izkušenemu ponarejevalcu, naj predrugači vsebino uradne listine, kar ta tudi lastnoročno naredi, je ponarejevalec zgolj pomagač, uradna oseba pa je (posredni) storilec⁶ kaznivega dejanja ponareditve uradne listine iz 259. člena KZ-1. To je pomemben odstop od splošnih pravil o storilstvu, saj bi bil pri »običajnih«, to je splošnih kaznivih dejanjih ponarejevalec, ki je dejanje izvršil lastnoročno, storilec, uradna oseba, ki ga je k temu nagovorila, pa napeljevalec.

V opisani situaciji obema protagonistoma nekaj manjka: ponarejevalcu manjka lastnost uradne osebe, ki jo zahteva zakon, uradni osebi pa manjka oblast nad dejanjem, saj je izvršitev dejanja v celoti prepustila nekomu drugemu, ki je popolnoma odgovoren. Gre torej za enega od primerov, ko storilstva ni mogoče utemeljiti z idejo o oblasti nad dejanjem. Nekateri avtorji so to sicer poskušali in trdili, da ima v teh primerih oseba s statusom (v našem primeru uradna oseba) »normativno« oblast nad dejanjem,⁷ s čimer se je načelno mogoče strinjati, hkrati pa to dokazuje, da prave (dejanske) oblasti nad dejanjem tukaj ni.

Na področju sotorilstva povedano *mutatis mutandis* pomeni, da oblast nad dejanjem, bistveni prispevek k dejanju in celo neposredno sodelovanje pri izvršitvi za sotorilstvo ne zadoščajo, če oseba nima lastnosti, ki jo za storilce zahteva zakon. To se je nazorno pokazalo v eni od novejših zadev iz slovenske sodne prakse (I K 7576/2010 – Ljubljana, II Kp 7576/2010 Ljubljana).

V tej zadevi so zaposleni v eni od državnih institucij svoj položaj izrabljali tako, da so z dobaviteljem sklepali fiktivne pogodbe za nabavo velikih količin toaletnega papirja in toaletnih brisač. Toaletne potrebščine v tolikšnem obsegu nikoli niso bile dobavljene – če bi bile, jih institucija niti ne bi imela kje

⁶ Gre za pojavno obliko posrednega storilstva, žargonsko imenovano »določno sredstvo brez potrebne kvalifikacije« – podrobneje M. Ambrož, nav. delo (2010), str. V.

⁷ H.-H. Jescheck in T. Weigend, nav. delo, str. 670.

hraniti, saj so bile količine izjemno velike (preračunano na zaposlenega približno 13,6 zvitka toaletnega papirja na delovni dan, kar z vidika življenjskega izkustva odločno presega realne potrebe). Na podlagi razlike med plačanimi in dejansko dobavljenimi toaletnimi potrebščinami so si vpleteni s storniranjem računov pri dobavitelju in drugimi računovodskimi operacijami pridobili protipravno premoženjsko korist v skupnem znesku najmanj 477.073,45 EUR. Pravna kvalifikacija po obtožbi je bila zloraba položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti (240. člen KZ-1) v sotorilstvu, pravno presojo pa je zapletla okoliščina, da se je po izvršitvi dejanja zakonski opis tega kaznivega dejanja spremenil. Krog možnih storilcev pri tem kaznivem dejanju je bil sicer vselej omejen na posameznike, ki opravljajo gospodarsko dejavnost, novi zakonski opis⁸ pa je ta krog še dodatno omejil na kader, ki opravlja vodenje ali nadzorstvo gospodarske dejavnosti.⁹ Ta, ožje opredeljeni status je izpolnjeval le eden od sodelujočih, za druge, ki niso opravljali funkcije vodenja oziroma nadzorstva, pa se je zastavilo vprašanje, ali je novo inkriminacijo zanje treba uporabiti retroaktivno, po načelu milejšega zakona, saj se po novem niso več uvrščali v krog možnih storilcev.

Okrožno sodišče je vse obsodilo kot sotorilce, z obrazložitvijo, da je sprememba zakonskega besedila za sodelujoče brez statusa »nevtralna«. Za sotorilstvo naj bi po mnenju sodišča zadoščalo, da je kdorkoli (vsaj eden) izmed sodelujočih imel ustrezen vodilni položaj, glede na to, da so delovali po vnaprejšnji delitvi vlog, medsebojno povezano, družil pa jih je »enoten naklep«. Temu je pritrdila tudi sodba višjega sodišča, ki navedenim argumentom dodaja, da se okoliščina, ki utemeljuje status storilca (vodilni položaj), »prenaša« s tistega sotorilca, ki jo ima, tudi na tiste, ki je nimajo.

Stališče o »prenašanju« statusa ni pravilno. Sotorilstvo je namreč oblika storilstva, kar pomeni, da mora vsak izmed sotorilcev izpolnjevati statusne pogoje, ki jih zakon zahteva za storilca. Poseben status storilca, ki utemeljuje kaznivost, se po načelu akcesornosti »prenaša« namreč le na udeležence v ožjem pomenu (napeljevalce in pomagače), ne pa na sotorilce. Drugače povedano: pri pravih posebnih kaznivih dejanjih oseba brez statusa ne more biti sotorilec, lahko pa je napeljevalec ali pomagač.

Smiselnost zakonske zožitve kroga možnih storilcev pri kaznivem dejanju zlorabe položaja pri gospodarski dejavnosti se je sicer izkazala za vprašljivo (in je bila pozneje odpravljena), vendarle pa bi bilo treba v opisani zadevi spremenjeni zakonski opis po načelu (naj)milejšega zakona uporabiti retroaktivno

⁸ Ta je veljal od začetka veljave KZ-1 (1. novembra 2008) do začetka veljave KZ-1B (15. maja 2012). Novela KZ-1B je krog možnih storilcev spet razširila.

⁹ Izčrpno o tem vprašanju H. Jenull, nav. delo, str. III–V.

za sodelujoče, ki niso imeli ustreznega statusa.¹⁰ Tako se postavlja vprašanje, ali zoženje kroga možnih storilcev v dani zadevi zagotavlja nekaznivost tistim sodelujočim, ki niso opravljali funkcije »vodenja ali nadzorstva«. Odgovor je negativen: spremenjeni zakonski opis je resda zožil krog možnih storilcev kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti, ni pa zožil kroga možnih udeležencev. To pomeni, da bi bilo treba sodelujoče, ki niso (več) izpolnjevali pogojev za storilce, obravnavati kot udeležence (pomagače).

Analizirana zadeva je zanimiva zato, ker opozarja na posebnosti presoje sostorilstva pri *delicta propria*. V celoti se je mogoče strinjati z oceno obeh sodišč, da so se prispevki vseh sodelujočih med seboj dopolnjevali in so bili za izvedbo načrta bistveni, z drugimi besedami: da so vsi sodelujoči imeli funkcionalno oblast nad dejanjem. Vse naštetu pa pri posebnih kaznivih dejanjih za sostorilstvo ne zadošča, če protagonist nima lastnosti, ki jo za storilca zahteva zakon. Ta ugotovitev ni pomembna le za »uporabnika prava«, temveč tudi za zakonodajalca, ki mora skrbno pretehtati, do katere mere ožiti krog možnih storilcev pri posameznih kaznivih dejanjih.

O sostorilstvu je pri posebnih kaznivih dejanjih torej mogoče govoriti le tedaj, ko več nosilcev z zakonom zahtevane lastnosti skupaj uresniči zakonski opis kaznivega dejanja. Kot sporno pa se kaže vprašanje, ali je treba vloge posameznih oseb, ki imajo z zakonom zahtevano lastnost, diferencirati glede na obliko in pomen njihovih prispevkov. Vzemimo šolski primer dveh policistov, ki sodelujeta pri izsiljevanju izjave (267. člen KZ-1). Kadar oba policista skupaj uporabita silo zoper osebo, od katere izsiljujeta izjavo, ni dvoma, da sta sostorilca kaznivega dejanja izsiljevanja izjave. Kaj pa v primeru, ko prvi policist predlaga drugemu, naj pri pridobivanju izjave uporabi silo, kar ta tudi stori – je prvi policist sstorilec ali zgolj napeljevalec? Del avtorjev izhaja iz tega, da je bistvo storilstva pri posebnih kaznivih dejanjih kršitev specifičnih prevzetih dolžnosti, zato naj bi nosilec teh dolžnosti odgovarjal kot storilec ne glede na to, na kakšen način in kako intenzivno prekrši svoje posebne dolžnosti;¹¹ tako naj bi bil tudi policist, ki je uporabo sile pri zaslišanju zgolj predlagal, (so)storilec kaznivega dejanja izsiljevanja izjave.

Težava tega pogleda je, da združi vse oblike kršitev posebnih dolžnosti v enotni pojem storilstva, ne da bi za to obstajala podlaga v zakonu (v navedenem primeru zakonski opis izsiljevanja izjave med izvršitvenimi oblikami nima

¹⁰ Glej tudi H. Jenull, nav. delo, str. III: »Z novo, ožjo opredelitvijo je položaj kot predmet zlorabe omejen na *top management*, zato zahteva dodatno konkretizacijo z opisom vodstvenih oz. nadzorstvenih vsebin [...] Zato je v tem delu KZ-1 milejši za storilce, ki takih pooblastil nimajo oz. jih niso imeli v času storitve dejanja.«

¹¹ C. Roxin, nav. delo (2006), str. 354.

napeljevanja k izsiljevanju izjave; podlaga za tak enotni pojem storilstva ne obstaja niti v splošnih zakonskih določbah o storilstvu). Drugače povedano: pri posebnih kaznivih dejanjih je storilec lahko le nosilec posebne dolžnosti, iz česar pa *ne sledi nujno*, da je vsak nosilec posebnih dolžnosti – ne glede na to, kako jih prekrši – tudi storilec.¹² Zato je ustrežnejša rešitev, da je treba v primerih, ko več nosilcev posebnih dolžnosti te dolžnosti skupaj prekrši, presoati pomen posameznih prispevkov in glede na to izpeljati sklepe, kdo od sodelujočih je (so)storilec in kdo nemara zgolj udeleženec. To torej pomeni, da tudi pri posebnih kaznivih dejanjih ideja o dejanskem obvladovanju dejanja ni brez pomena.

Problematika razmejevanja sotorilstva in pomoči pri *delicta propria* v primeru, da imajo vsi sodelujoči status, ki je potreben za storilca, se je v slovenski sodni praksi zelo nazorno pokazala v zadevi K 145/05 – Koper (I Ips 176/2009). Obdolženka kot predsednica nadzornega sveta ni opravila svojih dolžnosti in direktorju podjetja (sicer svojemu možu) naklepno ni preprečila poslov, škodljivih za podjetje, s čimer mu je omogočila pridobitev protipravne premoženjske koristi. Zaradi teh poslov je bil on obsojen kot storilec kaznivega dejanja zlorabe položaja in zaupanja pri gospodarski dejavnosti (240. člen KZ-1), njeno ravnanje pa so sodišča sledeč obtožbi ovrednotila kot pomoč pri tem kaznivem dejanju.

Čeprav se zakonski opis kaznivega dejanja zlorabe položaja in zaupanja pri gospodarski dejavnosti začne s splošnim »kdor«, nadaljnji opis dejanja omejuje krog možnih storilcev – kot je bilo omenjeno že pri obravnavi prejšnje zadeve, gre torej za *delictum proprium*. Tako nas opisano dejansko stanje postavlja pred problem sodelovanja dveh oseb pri posebnem kaznivem dejanju, pri čemer imata oba (on kot direktor, ona kot predsednica nadzornega sveta) lastnosti, ki ju kvalificirajo kot možna storilca tega kaznivega dejanja. Okoliščine zadeve razkrivajo, da je imel pri izvedbi dejanja osrednjo vlogo obdolženec, zato so sodišča za storilca štela le njega, obdolženkin prispevek pa so degradirala na raven pomoči. Čeprav ni sporno, da je bila njena vloga v celotnem deliktne dogajanju manjša od njegove, bi jo bilo vendarle ustrežneje šteti za sotorilko. Njeno ravnanje, ki je bilo usklajeno z moževimi deliktne potrebami, je eno izmed izvršitvenih ravnanj zlorabe položaja in zaupanja pri gospodarski dejavnosti: zakonski opis kot storilca opredeljuje tudi tistega, ki pri nadzorstvu gospodarske dejavnosti z namenom pridobitve premoženjske koristi sebi ali komu drugemu *opusti svoje nadzorstvene dolžnosti*. Že po formalnih merilih, ki storilstvo vežejo na izvršitveno ravnanje, gre torej za storilstvo, ne za pomoč; morebitno sklicevanje na to, da so bili sporni posli predvsem v njegovem, ne

¹² H.-H. Jescheck in T. Weigend, nav. delo, str. 652.

pa v njenem interesu, pa bi pomenilo zdrs v danes presežene in z zakonsko ureditvijo nezdržljive subjektivne teorije storilstva.¹³ Tudi sicer je danes v primerjalnem gospodarskem kazenskem pravu uveljavljeno stališče, da člani nadzornih svetov, ki naklepno opustijo potrebni nadzor, lahko odgovarjajo kot storilci (in ne zgolj udeleženci) gospodarskih kaznivih dejanj.¹⁴ Seveda pa je razlike v teži posameznih prispevkov treba upoštevati na ravni izbire in odmere sankcije. Opozoriti velja še, da je obravnavana zadeva nekoliko posebna zato, ker je obdolženec deloval storitveno, obdolženka pa opustitveno, vendar to ni ovira za konstrukcijo sosterilstva, kar bo v nadaljevanju še nadrobneje obravnavano.

Na koncu obravnave sosterilstva pri *delicta propria* ni odveč še enkrat poudariti, da vse povedano velja za prava *delicta propria*. Pri njih z zakonom zahtevana lastnost omejuje krog možnih storilcev in s tem sosterilcev. Pri nepravih *delicta propria* tovrstnih ovir za sosterilstvo seveda ni, mogoče pa je, da bodo sosterilci odgovarjali za različne modalitete kaznivega dejanja (policist in »civilist«, ki nekomu skupaj protipravno odvzame prostost, sta sosterilca, pri čemer pa policist odgovarja za kvalificirano obliko protipravnega odvzema prostosti po drugem odstavku 133. člena KZ-1).¹⁵

3. LASTNOROČNA KAZNIVA DEJANJA

Kot lastnoročna navadno opredeljujemo tista kazniva dejanja, pri katerih je potrebno, da storilec njihovo bit izpolni neposredno, z lastno telesno dejavnostjo. Katera kazniva dejanja so taka, kazenski zakonik ne pove, gre za stvar razlage zakonskih opisov, na podlagi katere kaznivemu dejanju prilepimo označbo »lastnoročni delikt«. Nespornih vsebinskih meril za podelitev te etikete pravni teoriji nikoli ni uspelo vzpostaviti.¹⁶ Bilo pa je pri tem precej inercije: potem ko se je nekega kaznivega dejanja etiketa lastnoročnosti prijel, se ga je navadno tudi precej trdovratno držala (kot paradne primere v literaturi srečujemo denimo krvoskrunstvo, delikte izjavljanja, opitost v prometu, v starejši literaturi pa tudi spolna kazniva dejanja).

Uvodoma je treba opozoriti, da v zvezi s konceptom lastnoročnega kaznivega dejanja v literaturi srečamo več kontroverz. Švicarski pisec Martin Schubarth

¹³ Podrobneje M. Ambrož, nav. delo (2010a), str. 636–638.

¹⁴ P. Novoselec, nav. delo (2009a), str. 30–31.

¹⁵ Analogno velja za udeležbo pri nepravih posebnih kaznivih dejanjih. Podrobneje o tej problematiki, vključno s predstavitvijo nasprotnih stališč, M. Ambrož, nav. delo (2013a), str. III–IV.

¹⁶ Prim. R. D. Herzberg, nav. delo, str. 896.

celo ocenjuje, da pri tej pravni figuri ne gre za nič drugega kot za »odraz čezmerne intelektualne produkcije nemške kazensko pravne dogmatike«. ¹⁷ Sam lastnoročno kaznivo dejanje šteje za izumetničeno konstrukcijo, ki se je lahko uveljavila le v Nemčiji in državah »uvoznicah« njene kazensko pravne doktrine. ¹⁸ V nemškem pravnem prostoru, ki ga avtor tako ostro kritizira, lahko spremljamo trend oženja kroga lastnoročnih deliktov (deloma zaradi dekriminalizacij nekaterih kaznivih dejanj, deloma zaradi drugačnega razumevanja obstoječih inkriminacij), hkrati pa lahko zasledimo tudi vse bolj pretanjene analize problematike lastnoročnosti, ki skušajo dokazati, da lastnoročno kaznivo dejanje nikakor ni enovita kategorija, temveč obstaja več različnih tipov lastnoročnih kaznivih dejanj (kako jih ustrezno sistematizirati, pa je seveda spet sporno). ¹⁹

Ne da bi se spuščal v te polemike, želim opozoriti na glavne praktične razsežnosti ideje o lastnoročnosti. Uvrstitev nekega kaznivega dejanja med lastnoročne delikte ima posledice pri presoji storilstva in udeležbe. Ti delikti niso združljivi s koncepcijo posrednega storilstva, praviloma pa v literaturi srečujemo tudi stališče, da jih ni mogoče izvršiti v sotorilstvu.

Teza, da lastnoročnih kaznivih dejanj ni mogoče izvršiti v sotorilstvu, ni samoumevno pravilna in si zasluži nekaj kritične obravnave. Ker lastnoročni delikt zahteva, da storilec bit inkriminacije izpolni »lastnoročno«, torej neposredno in z lastno telesno dejavnostjo, seveda drži, da pri njem ne more biti sotorilstva, ki bi temeljilo na bistvenem, a ne izvršitvenem prispevku. Ni pa videti načelnega zadržka, da bi o sotorilstvu govorili tedaj, kadar več sodelujočih po skupnem dogovoru in s prispevki, ki so izvršitvena ravnanja, izpolni bit nekega lastnoročnega delikta (dve priči se dogovorita in zavestno ter usklajeno izpovedujeta neresnico). Res pa je, da v teh primerih *ni treba* komplicirati s sotorilstvom. Če vsak od protagonistov sam in v celoti izpolni bit nekega lastnoročnega kaznivega dejanja, potem je pač storilec tega kaznivega dejanja; če denimo dve priči po poprejšnjem dogovoru krivo izpovedujeta, vsaka zase izvršita kaznivo dejanje krive izpovedbe, zato je vprašanje, ali ju lahko poimenujemo »sotorilca«, nepomembno. Z drugimi besedami: tudi pri lastnoročnih deliktih si je sotorilstvo mogoče v omejenem obsegu zamisliti, a zatekanje k tej pravni figuri praktično gledano ni potrebno.

Glede na povedano se zdi, da bi moralo biti vprašanje lastnoročnosti v povezavi s sotorilstvom precej obrobne pomena, še posebno upoštevajoč dejstvo, da se krog kaznivih dejanj, ki jih razglajamo za lastnoročna, postopno oži.

¹⁷ M. Schubarth, nav. delo, str. 841.

¹⁸ M. Schubarth, nav. delo, str. 840–841.

¹⁹ C. Roxin, nav. delo (2006), str. 410–420; R. D. Herzberg, nav. delo, str. 920–947.

Vendar pa slovenska sodna praksa, tudi novejša, kaže, da se nekateri vplivi ideje o lastnoročnosti ohranjajo.

Da bi te vplive lahko razumeli in kritično ovrednotili, je koristen kratek zgodovinski ekskurz. Na temo lastnoročnosti je bilo najbrž največ črnila prelitega v zvezi s tako imenovanimi *delicta carnis* (nem. *Fleischverbrechen*), ki bi jih lahko poslovenili kot mesene delikte, z nekaj manj ekspresivnosti pa jih lahko imenujemo tudi spolna kazniva dejanja. Ideja je bila, da pri spolnih kaznivih dejanjih le »lastnoročna« izvršitev uresničuje tisto specifično nevrednost dejanja, ki jo inkriminira deliktni opis.²⁰

Zgodovinsko najbolj znane so bile polemike ob znamenitem profesorskem (torej za didaktične namene izmišljenem) primeru *hamburške lastnice bordela*. Fabula tega osupljivo skonstruiranega primera – prvi naj bi ga v razpravo ponudil von Liszt²¹ – gre takole: lastnica bordela pri vodenju poslov eni svojih moških strank priskrbi kot prostitutko žensko, ki je – strankina sestra. O sorodstvenem razmerju ne stranka ne prostitutka ne slutita nič, saj sta bili ob rojstvu ločeni, pač pa zanj ve lastnica bordela. Tako stranka kot prostitutka torej ravnata brez naklepa glede incestuoznega spolnega odnosa, vprašanje pa je, ali je mogoče preganjati vsaj zvodnico kot posredno storilko ali pa so nemara nekaznivi vsi trije. Večinsko mnenje v literaturi je plediralo za nekaznivost zvodnice in odklanjalo konstrukcijo posrednega storilstva, s precej tавтоloškim argumentom, da je krvoskrunstvo pač lastnoročni delikt, ki ne prenese posrednega sotorilstva.

V teh polemikah se je pogosto premalo pozornosti namenilo razmerju med lastnoročnimi in posebnimi kaznivimi dejanji ter dejstvu, da se ti dve skupini kaznivih dejanj lahko prekrivata (storilci krvoskrunstva morajo biti v ustreznem sorodstvenem razmerju). V bajeslovnem primeru hamburške zvodnice zvodnica ne more biti posredna storilka krvoskrunstva že zato, ker v danih okoliščinah ne more biti storilka, saj ni v ustreznem sorodstvenem razmerju – razprava o lastnoročnosti je v konkretnem primeru pravzaprav odveč.²²

²⁰ Prim. R. D. Herzberg, nav. delo, str. 897. V slovenski literaturi glej zlasti ekskurz o lastnoročnih kaznivih dejanjih v D. Korošec, nav. delo, str. 195–200.

²¹ Navedba v C. Roxin, nav. delo (2003), str. 118.

²² Da bi bil primer sploh uporaben za razpravo, bi mu bilo treba dodati še eno razsežnost, ki bi že izhodiščno ne najbolj vsakdanji primer napravila še bolj grotesken: lastnica bordela bi morala biti hkrati tudi mati prostitutke in njene stranke (ali vsaj enega od njiju). Šele tedaj bi bila namreč po statusu primerna kot storilka, za razpravo pa bi bilo, ali lahko bit krvoskrunstva izpolni le z »lastnoročno« izvršitvijo.

Navedeni primer s krvoskrunstvom kljub veliki odmevnosti za razpravo o lastnoročnosti torej ni najboljši.²³ Veliko bolje je za izhodišče vzeti katero izmed nosilnih spolnih kaznivih dejanj, kakršni sta posilstvo in spolno nasilje. V zgodovini se je tudi pri teh kaznivih dejanjih pojavljala teza o njihovi lastnoročni naravi, v ozadju te teze pa je bila značilna moralno obarvana drža, v skladu s katero je jedro neprava pri teh kaznivih dejanjih v »telesni izvršitvi zavržnega dejanja«.²⁴

Pogled, ki je v spolnih kaznivih dejanjih videl lastnoročne delikte, je bil sprejet tudi v nekdanji jugoslovanski doktrini, čeravno z nekoliko drugačno utemeljitvijo. Znana je denimo Zlataričeva teza, da je posilstvo lastnoročni delikt, ki ga ni mogoče izvršiti v sosterilstvu, kajti »po naravi stvari tujega spolnega odnosa ni mogoče hoteti kot svojega, kot lastnega«.²⁵ Ta teza je problematična zato, ker temelji na danes preseženih *subjektivnih teorijah storilstva*, po katerih je sosterilec lahko le tisti, ki hoče dejanje kot »svoje lastno«.²⁶ Prav tako pa je problematično stališče, da šele lastna, telesna izvršitev spolnega dejanja pomeni uresničitev specifičnega neprava, ki ga inkriminirajo spolni delikti. To stališče vidi v spolnih deliktih predvsem napad na moralo, od tod sklep, da spolno ravnanje dobi ustrezno zavržnost šele, če storilec »moralno sporni akt« izvrši »lastnoročno«. Toda danes spolnih kaznivih dejanj ne razumemo več kot napad na nravnost, temveč v prvi vrsti kot napad na *spolno samoodločbo posameznika*. V pravno dobroto spolne samoodločbe pa je mogoče posegati tako »lastnoročno« kot skupaj še s kom drugim (sosterilstvo), pa tudi z izrabljanjem ravnanj tretje osebe (posredno storilstvo). Zato danes prevladuje sta-

²³ Zgolj kot zanimivost naj omenim še novejši, prav tako nenavaden profesorski konstrukt, v katerega je zajet problem lastnoročnosti. Osebi B, ki goji ekshibicionistična nagnjenja, se A zlaže, da neka dama soglaša s tem, da se B pred njo razgali. To B tudi stori, v dobri veri, da so bile A-jeve navedbe resnične. B torej ravna v »dejanski zmoti v širšem smislu« oziroma v okoliščinah »putativne privolitve«. Ali je glede na povedano A posredni storilec ekshibicionističnega ravnanja? Primer navaja M. Schubarth, nav. delo, str. 843, ki A-jevo posredno storilstvo odločno zagovarja. Primer sicer ni posebno aktualen za naše pravno okolje, ki se na ekshibicionistična ravnanja ne odziva s težkim topništvo kazenskega prava. Prav tako primer ni najbolj življenjski: ekshibicionistično vedenje je usmerjeno v »transgresijo«, zato pravega ekshibicionista mine želja po razkazovanju, kadar »ciljna publika« z razgaljenjem soglaša ali ga celo spodbuja. Zahvalo za zadnjo poanto dolgujem Renati Salecl.

²⁴ Besedna zveza je Welzlova, navajam jo po R. D. Herzberg, nav. delo, str. 929.

²⁵ B. Zlatarič, nav. delo (1956), str. 108. V tej zvezi velja opozoriti na enega novejših judikatov slovenskega Vrhovnega sodišča, ki ubere srednjo pot: omenja sicer »lastnoročnost« posilstva, vendar pa ne izključuje možnosti sosterilstva – glej I Ips 152/2004 z dne 22. decembra 2005.

²⁶ P. Novoselec, nav. delo. (2008), str. 445–447. Kritično o »storilski volji« kot elementu sosterilstva v slovenski literaturi M. Ambrož, nav. delo (2013), str. 290–292.

lišče, da večina spolnih kaznivih dejanj ni lastnoročnih, temveč jih je mogoče izvršiti tako v sotorilstvu kot s posrednim storilstvom.²⁷

Sled ideje o lastnoročnosti spolnih kaznivih dejanj v slovenski sodni praksi vendarle še lahko zaznamo, kar je mogoče ponazoriti z naslednjo zadevo (K 232/1997 – Maribor, I Kp 43/2005 – Maribor, I Ips 256/2007).

Obdolženca A in B sta ponudila prevoz avtoštoparkama. Obdolženec A je med vožnjo z uporabo neposredne fizične sile skušal oškodovanki otipavati, obdolženec B pa kot voznik ni uslišal njunih prošenj, naj ustavi avto. Zaradi energičnega odpora oškodovank je A odnehal. Oba sta bila obsojena na pogojno zaporno kazen, A zaradi dveh kaznivih dejanj poskusa spolnega nasilja (zdaj 171. člen KZ-1), B pa zaradi dveh kaznivih dejanj pomoči pri poskusu spolnega nasilja.

V tej zadevi ni dvoma, da je B s tem, ko kljub pozivom oškodovank ni ustavil vozila, funkcionalno obvladoval deliktno dogajanje oziroma da je bil njegov prispevek v izvršitveni fazi bistven: zaradi premikanja vozila za oškodovanki umik in beg tako rekoč nista bila mogoča. Da je že obtožba v njem videla zgolj pomagača, gre po vsej verjetnosti pripisati sklepanju, da brez sodelovanja pri spolnem ravnanju (na primer zgolj z uporabo sile) ni mogoče biti sotorilec spolnega kaznivega dejanja. Nobeno od sodišč, ki so se ukvarjala s to zadevo, sicer ne omenja, da naj bi se na kaznivo dejanje spolnega nasilja gledalo kot na lastnoročni delikt. Vendar pa je v okoliščini, da sodišča niso problematizirala zgolj pomagaške vloge B-ja, zaznati odzven ideje o lastnoročnosti.

Ključni praktični učinek razpravljanja o lastnoročnosti se zdi spoznanje, da je lastnoročnih kaznivih dejanj manj, kot se je včasih domnevalo. Tako ima odpoved ideji o lastnoročnosti spolnih kaznivih dejanj za posledico možnost, da kot sotorilci (in posredni storilci²⁸) odgovarjajo tudi posamezniki, ki so pri dejanju sodelovali, a osebno niso izvršili spolnih ravnanj. V predstavljeni zadevi bi torej kazalo A-ja in B-ja obravnavati kot sotorilca, čeprav B ni sodeloval pri tistem delu izvršitvenega ravnanja, ki je bil spolno obarvan. To, da je njuna odgovornost sotorilska, pa seveda ne pomeni »uravnilovke« na ravni sankcioniranja, pri katerem ima vsebina posameznih sotorilskih prispevkov odločilno vlogo.

²⁷ C. Roxin, nav. delo (2003), str. 118.

²⁸ Za komentar zadeve iz slovenske sodne prakse, ki odpira vprašanje posrednega storilstva pri spolnem napadu na osebo, mlajšo od petnajst let, glej M. Ambrož, nav. delo (2010b), str. 15–16.

4. OPUSTITVENO SOTORILSTVO

Čeprav so se v slovenski sodni praksi pojavila stališča, da je opustitveno sotorilstvo pojmovno nemogoče,²⁹ je danes v literaturi skoraj nesporno, da je taka pravna konstrukcija smiselna in možna. Seveda pa je v posameznih primerih lahko stvar razprave, ali gre v resnici za opustitveno sotorilstvo ali pa bi bilo nemara ustrezneje govoriti o vzporednem sotorilstvu ali opustitveni pomoči. Izhodiščno je mogoče razlikovati dva položaja: lahko gre za pasivnost vseh sodelujočih, lahko pa dejanje izvrši aktivno delujoči skupaj z opustiteljem. Preden se podamo v vsebinsko razčlenbo teh dveh položajev, še beseda o terminologiji: strogo jezikovno gledano je besedna zveza »opustitveno sotorilstvo« res protislovna (*contradictio in adiecto*), vendar pa jo je glede na ustaljene terminološke konvencije najbolje dopustiti, podobno kot smo storilca opustitvenega kaznivenga dejanja pripravljene imenovati »storilec«, čeprav mu očitamo prav to, da *ni* storil tistega, kar bi moral.

4.1. Kombinacija opustitev + opustitev

Kadar gre za pasivnost vseh sodelujočih, je za sotorilstvo seveda potreben skupni dogovor za dejanje.³⁰ Tako ne gre za opustitveno sotorilstvo, kadar več mimoidočih neodvisno drug od drugega ne pomaga ponesrečencu; v tem primeru je vsak izmed njih (vzporedni) opustitveni storilec. Ustalen primer za opustitveno sotorilstvo pa sta oče in mati, med katerima je obstajal dogovor o tem, da novorojenčka z opustitvijo nege in hranjenja prepustita smrti. Pripomniti velja, da konstrukcija sotorilstva v takem primeru nima posebnega praktičnega pomena, saj je vsak od njiju že sam zase opustitveni storilec – tu namreč nimamo dopolnjevanja posameznih prispevkov, kakršno je značilno za storitveno sotorilstvo (na primer eden od sotorilcev zamoti žrtev, drugi pa ji izmakne denar). Z drugimi besedami: v praktičnem pogledu je vseeno, ali očeta in mater v navedenem primeru obravnavamo kot sotorilca ali samostojna storilca.

Glede na navedeno nekateri avtorji zagovarjajo stališče, da je pri pasivnosti vseh sodelujočih edino »pravo« opustitveno sotorilstvo podano v primeru, ko sodelujoči po skupnem dogovoru ne izpolnijo dolžnosti, ki bi jo *lahko izpolnili le vsi skupaj*. Značilni primer je vodstvo podjetja, ki na podlagi kolegijske odločitve nevarnega izdelka ne umakne iz prometa, zaradi česar pride do okvare

²⁹ Višje sodišče v Celju Kp 214/96, izvleček iz sodbe je na voljo v D. Korošec, M. Ambrož, K. Filipčič in V. Jakulin, nav. delo, str. 212.

³⁰ Prim. C. Roxin, nav. delo (2003), str. 681.

zdravja ljudi.³¹ Takšno ozko razumevanje opustitvenega sotorilstva je mogoče zagovarjati, vendar, kot rečeno, praktičnih posledic nima.³²

Iz hrvaške sodne prakse je znana zadeva, v kateri se je nazorno postavilo vprašanje opustitvenega sotorilstva (Kž-206/00-3 – Bjelovar, K-172/99 – Virovitica).³³ Dve učiteljici sta vodili odpravo s 47 učenci tretjega in četrtega razreda osnovne šole v kopališče, ki je obsegalo tri bazene za plavalce in enega za neplavalce; kopališče v tistem času ni imelo organizirane reševalne službe. Učencem sta prepovedali kopanje v bazenih za plavalce. Med obiskom kopališča sta odšli tudi v 140 metrov oddaljeno restavracijo na kavo, v tem času pa je eden od učencev, star 10 let, utonil v bazenu za plavalce. Obsojeni sta bili za povzročitev smrti iz malomarnosti v nepravi opustitvi.

Zadeva je v literaturi praviloma obravnavana v zvezi s problematiko malomarnega sotorilstva, vendar pa hkrati odpira tudi vprašanja opustitvenega sotorilstva. Sodišči, ki sta obravnavali zadevo, sta podlago za opustitveno odgovornost našli v garantnem položaju učiteljic, ki naj bi temeljil na prostovoljno sprejetih obveznostih (vodenje ekskurzije, ki obsega tudi skrb za varnost otrok). Sodišči se pri tem nista opredelili glede vprašanja, ali gre za sotorilstvo ali vzporedno storilstvo. V hrvaški literaturi prevladuje mnenje, da gre za sotorilstvo,³⁴ v prid česar se navaja, da je šlo za kršitev obveznosti, ki jima je bila skupna, poleg tega pa je med njima obstajal tih (konkludenten) dogovor o tem, da obveznost prekršita. V zvezi s tem je mogoče pripomniti, da v dani zadevi ni šlo za položaj, ko bi prevzeto obveznost učiteljici lahko izpolnili le skupaj (samostojna intervencija vsake od njiju bi zadoščala), zato praktično gledano ni usodno, ali učiteljici štejemo za sotorilki ali samostojni (vzporedni) storilki.³⁵ V dani zadevi pa je seveda ključno to, da je bila vsaki od njiju zaupana skrb za otroke obeh razredov. Če bi bila namreč vsaka od njiju odgovorna

³¹ Prim. W. Gropp, nav. delo, str. 376.

³² Opozoriti velja tudi, da v literaturi pogledi glede tega, kdaj gre pri pasivnosti več oseb za sotorilstvo in kdaj za vzporedno storilstvo, precej variirajo. Bačić za merilo jemlje, ali je šlo za kršitev »skupne dolžnosti«, in tako primeroma za sotorilca šteje starša, ki naklepno dopustita, da se otrok utopi (F. Bačić, nav. delo, str. 313). Kljub temu da je reševalna dolžnost skupna, pa ne gre za dolžnost, ki bi jo lahko izpolnila le skupaj (zadoščalo bi, če bi eden od njiju skočil v vodo), zato smiselno enake rezultate daje vzporedno storilstvo. Poudarim naj, da gre v tem primeru predvsem za vprašanje etikete in da dilema torej vsebinsko ni usodna.

³³ Zadevo povzemam po P. Novoselec, nav. delo (2001), str. 669.

³⁴ P. Novoselec, nav. delo (2009), str. 346.

³⁵ Do enakega sklepa pride Bojanić, ki ugotavlja, da je obravnavano zadevo mogoče presojati kot sotorilstvo ali vzporedno storilstvo, pri tem pa sam sotorilstvo šteje za bolj prikladno, saj je bila podana skupna odločitev obdolženek, da otrok ne bosta ves čas nadzorali (I. Bojanić, nav. delo, str. 179).

le za svoj razred, bi za povzročitev smrti iz malomarnosti lahko odgovarjala le tista, iz razreda katere je bil ponesrečeni otrok.

4.2. Kombinacija storitev + opustitev

Nekoliko bolj kompleksni so položaji, pri katerih gre za sodelovanje aktivnih in pasivnih protagonistov. V ponazoritev je mogoče navesti šolski primer očeta in matere, ki se dogovorita, da bosta otroku vzela življenje, pri čemer ga mati zadržuje, oče pa ostane pasiven. Iz novejše nemške sodne prakse pa je denimo znana zadeva, v kateri sta sojetnika (A in B) večkrat skupaj trpinčila tretjega sojetnika, včasih oba aktivno, v nekaterih primerih pa je B sodeloval le opustitveno.³⁶

Ob teh položajih se postavlja vprašanje razmejitve opustitvenega storilstva in opustitvene pomoči. Tradicionalni pristop je v opustitvenem prispevku praviloma videl zgolj pomoč, saj naj bi bilo za storitveni prispevek značilno bistveno boljše obvladovanje dogajanja.³⁷

Problem tega pristopa je, da merilo oblasti nad dejanjem ni prikladno za vrednotenje opustitvenih prispevkov. Oblast nad dejanjem je danes večinsko razumljena kot aktivno sooblikovanje poteka dogodkov, torej pri opustitvah ne pride v poštev.

Uvodoma je bilo tudi že opozorjeno, da je maneuver, s katerim naj bi pri opustitvah oblast nad dejanjem »našli« v storilčevi možnosti preprečiti posledico, nesprejemljiv, saj je možnost preprečiti posledico nujni pogoj, da bi nekdo sploh lahko odgovarjal za nepravo opustitev, torej ne more biti hkrati merilo razvrščanja različnih kvalitativnih opustitvenih prispevkov. Vse to je kazenskopravno doktrino postavilo pred nalogo poiskati primernejše merilo, ki naj pove, kdaj je opustitveni prispevek pomoč in kdaj (so)storilstvo.

Del avtorjev³⁸ se je odzval tako, da se je zatekel v subjektivizem: o tem, ali je opustitveni prispevek storilski ali zgolj pomagaški, naj bi odločala protagonista notranja drža: če je imel opustitelj osebni interes, da posledica nastane, ali pa jo je vsaj »odobraval«, je sosterilec, če pa se je zgolj podrejal volji drugega, je pomagač. Pomisleki zoper opisani subjektivistični pristop so znani – gre za pomisleke, ki so vsebinsko enaki tistim, zaradi katerih se danes subjektivne teorije storilstva nasploh opuščajo: stališče, da posameznik reflektira dejanje na način, kot to od njega pričakuje kazensko pravo, je pogosto zgolj fikcija; posameznikovi psihični procesi neposrednemu sodniškemu spoznanju pogosto

³⁶ BGH 4 StR 488/08, z dne 12. februarja 2009. Za analizo glej V. Haas, nav. delo, str. 392–397.

³⁷ Prim. H.-H. Jescheck in T. Weigend, nav. delo, str. 696.

³⁸ V. novejši literaturi predvsem J. Bauman, U. Weber in W. Mitsch, nav. delo, str. 687.

niso dostopni, zato je treba o njih sklepati posredno, na podlagi objektivnih okoliščin, kar lahko vodi v precejšno poljubnost rezultatov.³⁹ In končno: mar nismo na skrajno spolzkem terenu, če vprašanje storilstva oziroma izpolnjenosti biti kaznivega dejanja vežemo na protagonistova stališča, interese in motive, ki jih zakonsko besedilo ne omenja?

Zaradi opisanih težav, ki jih pri razmejitvi opustitvenega storilstva in opustitvene pomoči prinašajo oblast nad dejanjem na eni strani in subjektivno obarvana merila na drugi strani, danes vse bolj prodira stališče, da je tisti, ki v nasprotju s svojo garantno dolžnostjo posledice ne prepreči, vselej storilec, in ne zgolj pomagač, seveda pa morajo biti poleg garantne dolžnosti izpolnjene tudi vse druge predpostavke za izpolnitev biti kaznivega dejanja na opustitveni način. Osrednja deviza tega stališča je, da je storilstvo *v prvi vrsti izpolnitev biti inkriminacije, zato je tisti, ki izpolni to bit – pa čeprav po merilih nepravih opustitev –, vselej storilec ne glede na to, da je bil ob njem še nekdo, ki je deloval aktivno.*⁴⁰ Po tem stališču sta oče in mati iz navedenega primera sosterilca uboja otroka ne glede na to, kakšni motivi so ju vodili pri dejanju.

Odlika tega stališča je, da je teoretično čisto in ne pušča prostora za poljubno razvrščanje opustitvenih prispevkov med storilske in pomagaške. Ima pa to stališče tudi težavo: vsaj na prvi pogled je strogo do opustiteljev. V primerih, ko hkrati delujeta dve osebi, ena aktivno, druga pasivno, se bo aktivno ravnanje praviloma zdelo »intenzivnejši kriminalni vložek«. Nepravo in krivda sta pri pasivnosti pogosto manjša kot pri aktivnem delovanju: za to, da nekoga potisneš v deročo reko, je treba zbrati več »kriminalne energije« kot za to, da nekoga iz deroče reke ne rešiš. Zato v številnih primerih ne bi bilo pravično, da bi aktivna in pasivna oseba odgovarjali v enakih kaznovalnih okvirih. To ugotovitev upoštevajo primerljivi kazenski zakoniki tako, da predpišejo fakultativno omilitev kazni pri nepravih opustitvenih kaznivih dejanjih (11. člen švicarskega KZ, 13. člen nemškega KZ, 20. člen hrvaškega KZ). Tako je mogoče v teh sistemih opustitvenemu (so)storilcu kazen omiliti in s tem upoštevati morebitno manjšo »kriminalno količino« (torej zmanjšano nepravo in krivdo) opustitvenega prispevka, z drugimi besedami: ti sistemi omogočajo uporabo pomagaških kaznovalnih okvirov za opustitvene sosterilce. Slovenski kazenski zakonik ne predpisuje možnosti omilitve kazni pri nepravih opustitvenih kaznivih dejanjih, iz pravkar povedanih razlogov pa bi bilo *de lege ferenda* priporočljivo, da bi se zakonodajalec za to možnost odločil. Dokler to vprašanje pri nas ni urejeno, pride v poštev določba o omilitvi kazni na podlagi posebnih

³⁹ Podrobneje M. Ambrož, nav. delo (2013), str. 291.

⁴⁰ C. Roxin, nav. delo (2003), str. 671. To stališče v nemški doktrini ni enotno sprejeto in je predmet številnih polemik; dober pregled je na voljo v H.-J. Schwab, nav. delo, str. 63–227.

olajševalnih okoliščin (50. člen KZ-1). Ta rešitev je po svoji naravi izrazito zasilna, vendarle pa omogoča diferenciranje kaznovanih okvirov za storitvene in opustitvene prispevke, kadar se to izkaže za upravičeno.

Čisto na koncu si velja zastaviti še vprašanje, ali stališče, po katerem je tisti, ki na opustitveni način izpolni bit kaznivega dejanja, vselej storilec, pravzaprav zanika možnost obstoja opustitvene pomoči. Ta možnost ni izključena, v resnici pa je polje opustitvene pomoči precej zoženo: podana je lahko le tedaj, ko z opustitvijo biti kaznivega dejanja sploh ni mogoče izpolniti. Tako bi šlo zgolj za opustitveno pomoč v primerih, ko garant ne prepreči izvršitve lastno-ročnega delikta (storilstvo pri teh kaznivih dejanjih namreč zahteva izvršitev z lastno telesno dejavnostjo), nadalje takrat, kadar nima posebne lastnosti, ki jo za storilca zahteva zakon, ali kadar ne izpolnjuje katerega od subjektivnih zakonskih znakov (na primer garant ne prepreči tatvine, vendar sam nima prilažitvenega namena).⁴¹ Zgolj za opustitveno pomoč bi šlo tudi tedaj, kadar je glede na okoliščine garantova dolžnost zgolj to, da prepreči pomoč pri kaznivem dejanju. Ta položaj je v praksi redek, Roxin ga ponazori s primerom očeta, ki v nasprotju s svojo nadzorstveno garantno dolžnostjo ne ukrene nič, da bi sinu preprečil pomoč pri kaznivem dejanju.⁴²

5. MALOMARNO SOTORILSTVO

Vprašanje, ali lahko več oseb, ki skupaj iz malomarnosti izvršijo kaznivo dejanje, obravnavamo kot sotorilce, je v teoriji sporno. Nasprotniki te pravne figure poudarjajo, da je malomarno sotorilstvo nasilna in nenaravna konstrukcija,⁴³ saj sotorilstvo zahteva skupno odločitev za dejanje, ki pa je pri malomarnem ravnanju ne more biti.⁴⁴ Zato predlagajo, da je treba primere, ko več posameznikov skupaj deluje malomarno in s tem izvrši dejanje, presojati kot vzporedno storilstvo. Pri tem ne gre za posebno vrsto storilstva, temveč le za »tehnični izraz«, ki skuša opisati, da je posledica sicer nastala zaradi prispevka več storilcev, vendar pa se ti za njeno povzročitev niso vnaprej dogovorili.

V številnih primerih se je na ta način malomarnemu sotorilstvu res mogoče izogniti. Tako je denimo v znanem šolskem primeru, ko dva delavca skupaj s strehe malomarno zalučata tram, ta pa poškoduje mimoidočega,⁴⁵ mogoče

⁴¹ Prim. C. Roxin, nav. delo (2003), str. 672–673.

⁴² C. Roxin, nav. delo (2003), str. 673.

⁴³ F. Bačić, nav. delo, str. 311.

⁴⁴ Prim. H.-H. Jescheck in T. Weigend, nav. delo, str. 676–677.

⁴⁵ Gre za prastar učbeniški primer, v novejši literaturi ga obravnava J. Renzikowski, nav. delo, str. 289–299.

reči, da sta posledico sicer povzročila skupaj, vendar se za njeno povzročitev nista vnaprej dogovorila, torej sta vzporedna storilca povzročitve smrti iz malomarnosti.

Vendar pa vzporedno storilstvo ni zdravilo za vse primere. Vsakemu izmed vzporednih storilcev je namreč treba dokazati, da je bilo njegovo ravnanje (so)vzrok nastale posledice,⁴⁶ kar pa vselej ni mogoče. To postane jasno, če primer z delavcema prilagodimo tako, da delavca po dogovoru drug za drugim na cesto mečeta opeke in ena od njih poškoduje mimoidočega, nemogoče pa je ugotoviti, kateri od delavcev jo je zalučal. Opisani problem se je razločno pokazal v pogosto citirani zadevi Kotaleče kamenje, o kateri je odločalo švicarsko zvezno sodišče leta 1989 (BGE 13 IV 58)⁴⁷ in je v učbeniški literaturi postala paradni primer za obravnavo malomarnega sosterilstva.⁴⁸

V tej zadevi sta dva moška po poprejšnjem dogovoru z vzpetine zvalila vsak po eno veliko skalo v dolino reke Töss, ne da bi se prepričala, ali to lahko storita brez nevarnosti za druge. Ena od skal je smrtno poškodovala ribiča v dolini, vendar pa ni bilo mogoče ugotoviti, ali je bila to skala, ki jo je zvalil moški A, ali skala, ki jo je zvalil moški B. Če bi ju obravnavali kot vzporedna storilca, bi moralo sodišče oba po načelu *in dubio pro reo* oprostiti, saj je za vsakega od njiju obstajal dvom, ali je bilo prav njegovo ravnanje vzrok nastale posledice (čeprav je bilo nesporno, da je njuno skupno delovanje posledico povzročilo). Švicarsko zvezno sodišče pa ju je štel za sosterilca in ju obsodilo (na pogojni zaporni kazni). Kot argument za to odločitev je navedlo, da sta se skupaj odločila za kršitev pravil skrbnosti, delovala pa sta usklajeno in povezano, zato se posledica lahko vzajemno pripiše obema.

Sodba je v literaturi naletela tako na kritike⁴⁹ kot na odobravanje.⁵⁰ Na splošno pa je mogoče reči, da se danes malomarnemu sosterilstvu vse bolj pritrjuje. Za to govorijo po eni strani praktični razlogi: kot kaže navedena zadeva, so možne kolektivne kršitve pravil skrbnosti s hudimi posledicami, za katere brez malomarnega sosterilstva ne bi odgovarjal nihče.⁵¹ Po drugi strani pa tudi pravnodogmatične težave, ki jih povzroča malomarno sosterilstvo, niso nerešljive. Skupne odločitve za dejanje, ki jo tradicionalno štejemo za pogoj sosterilstva,

⁴⁶ Prim. C. Roxin, nav. delo (2003), str. 96.

⁴⁷ Citirano po S. Trechsel in P. Noll, nav. delo, str. 206.

⁴⁸ Med drugim se zadeva pojavi celo kot otvoritveni eksempel v monografiji *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung* Joachima Renzikowskega.

⁴⁹ S. Trechsel in P. Noll, nav. delo, str. 206.

⁵⁰ K. Seelmann, nav. delo, str. 169; C. Roxin, nav. delo (2003), str. 96–97.

⁵¹ Novejša literatura tu posebej opozarja na problematiko kolegijskega odločanja, glej C. Roxin, nav. delo (2003), str. 97.

pri malomarnem sotorilstvu ne kaže razumeti kot odločitev za izpolnitev zakonskega opisa in povzročitev posledice, temveč zgolj kot skupno odločitev za ravnanje, ki mu manjka skrbnosti.

Malomarno sotorilstvo je združljivo tudi z ureditvijo v slovenskem kazenskem zakoniku, ki za sotorilca določa, da se kaznuje v mejah »svojega naklepa ali malomarnosti« (prvi odstavek 40. člena KZ-1). S tem je zakonik malomarno sotorilstvo predvidel kot možno, njegovo nadrobnejšo opredelitev pa je prepustil teoriji in sodni praksi. Osrednja strukturna razlika med »klasičnim« (torej naklepnim) in malomarnim sotorilstvom je, da oblast nad dejanjem ni primerno merilo za presojo slednjega. Ideja o oblasti nad dejanjem je namreč uporabna le za ciljno, tj. naklepno upravljanje deliktnega dogajanja, malomarno sotorilstvo pa je utemeljeno na drugih merilih, zlasti na kršitvi pravil skrbnosti. Zato pri malomarnem sotorilstvu skupne izvršitve dejanja, ki jo sotorilstvo zahteva, ne kaže razumeti kot skupno obvladovanje deliktnega poteka, temveč kot usklajeno kršitev pravil skrbnosti oziroma dolžnostnega ravnanja, ki je zavezovalo vse protagoniste.⁵²

6. POSKUS PRI SOTORILSTVU

Ker ni nujno, da vsi sotorilci delujejo v istem hipu, je pri sotorilstvu vprašanje začetka poskusa lahko sporno. Kot povsod so tudi tu možni bolj in manj težavni položaji. Tako vprašanje začetka poskusa ni sporno v primerih, ko je že vsak izmed sotorilcev začel uresničevati svoj prispevek. Če A in B skupaj izvršita poskus tatvine tako, da v lekarni A poskrbi za zmedo in prerivanje v vrsti, sotorilka B pa seže v torbico oškodovanke, vendar ji denarnice ne uspe odvzeti, ker jo zasačijo (Okrožno sodišče v Kopru K 325/06, Višje sodišče v Kopru Kp 213/2007), je nesporno, da sta tako A kot B dosegla stadij poskusa. B je namreč že začela jemati tujo stvar, A pa je z odvrčanjem pozornosti oškodovanke svoj sotorilski prispevek prav tako že opravil.

Težavnejši so primeri, ko podvig propade, še preden eden od sotorilcev s svojim prispevkom pride na vrsto. Vzemimo primer, ko si sotorilci A, B in C razdelijo delo pri ugrabitvi tako, da naj bi A in B na cesti prestregla oškodovanca in ga na silo pripeljala v stanovanje C-ja, kjer naj bi ga ta imel zaprtega. A in B oškodovanca sicer prestrežeta, vendar temu med ruvanjem uspe pobegniti. Nesporno je, da sta A in B sotorilca pri poskusu ugrabitve, toda ali je to tudi C, ki naj bi v skladu z dogovorom svoj prispevek opravil v poznejši fazi, do katere pa sploh ni prišlo?

⁵² Primerljiva rešitev je dobila svoj izraz v tretjem odstavku 36. člena hrvaškega KZ, ki velja od 1. januarja 2013.

Po večinskem stališču se poskus začne *za vse sotorilce hkrati* v trenutku, ko prvi izmed njih doseže stadij poskusa (t. i. enotni pristop).⁵³ Ta pristop zane-marja prispevek vsakega posameznika in šteje skupni dogovor kot zadostno podlago, da se poskus vzajemno pripiše vsem, čeprav so v stvarnosti do te faze prišli le nekateri ali pa le eden od sotorilcev. Argument za to stališče je pred-vsem ta, da iz narave sotorilstva izhaja, da se tisto, kar izvrši eden od sotoril-cev in je v mejah dogovorjenega, pripiše vsem drugim sotorilcem.

V nasprotju s pravkar povedanim manjšinsko stališče v literaturi zagovarja, da je treba presojati prispevek vsakega od sodelujočih posebej in za sotoril-ce pri poskusu šteti *le tiste, ki so stadij poskusa dosegli osebno, torej z lastnim ravnanjem* (t. i. individualni pristop).⁵⁴ Ta pristop – ki je po tukaj zastopanem stališču sprejemljivejši – je tesno povezan z idejo o oblasti nad dejanjem in s stališčem, da je sotorilstvo možno le med izvršitvijo delanja (ne pa v času pripravljalnih dejanj). Posameznik, ki svojega prispevka sploh ni mogel ude-janjiti, dejanja tudi ni mogel (so)obvladovati, zato ne more biti sotorilec po-skušenege dejanja. Z vidika ideje o oblasti nad dejanjem je mogoče reči, da zgolj sodelovanje pri načrtovanju dejanja za sotorilstvo ne zadošča, zato tudi ne more zadoščati za sotorilstvo pri kaznivem dejanju, ki ostane pri poskusu. Tudi če ideje o oblasti nad dejanjem ne sprejemamo, pa je navedeni argument *mutatis mutandis* mogoče uporabiti v povezavi z naukom o poskusu: ker za poskus ne zadošča zgolj dogovor (načrt) o kaznivem dejanju, tudi sodelovanje pri načrtovanju dejanja ne zadošča za poskus kaznivega dejanja v sotorilstvu.

Tukaj zagovarjani individualni pristop je očitno precej restriktivnejši, zato se velja vprašati, ali ustvarja nekazniva polja, ki so kriminalitetnopolitično ne-sprejemljiva. Ali lahko sprejmemo, da v navedenem primeru C ne bo odgovar-jal kot sotorilec poskusa ugrabitve samo zato, ker je bil oškodovanec dovolj spreten, da je pravočasno pobegnil? Zdi se namreč, da je C-jevo izognitev so-sstorilski odgovornosti mogoče pripisati bolj naključju kot pa njegovim zasluga-m.

Najprej je treba poudariti, da izognitev sotorilski odgovornosti ne izključuje drugih oblik kazenske odgovornosti. C bo še vedno lahko odgovarjal kot (psi-hični) pomagač pri poskusu ugrabitve, morda pa – glede na okoliščine primera – celo kot napeljevalec k ugrabitvi, ki je ostala pri poskusu (subsidiarno prihaja v poštev tudi odgovornost za dogovor za kaznivo dejanje po 295. členu KZ-1). Res je, da je pri navedenih možnostih kazni, s katero lahko računa, praviloma nižja od sotorilske. Prav tako je res, da te »ugodnosti« ne gre pripisati njegovi

⁵³ J. Bauman, U. Weber in W. Mitsch, nav. delo, str. 695; H.-H. Jescheck in T. Weigend, str. 681.

⁵⁴ C. Roxin, nav. delo (2003), str. 429–434.

zaslugi, temveč »naključju«. Toda igri naključja se v kazenskem pravu pogosto ni mogoče v celoti izogniti. Navsezadnje je pogosto od nje odvisno, ali bo dejanje dokončano ali zgolj poskušeno. Kdor bi se dosledno rad odpovedal privilegijem, ki nastanejo zaradi naključij, bi moral zagovarjati, da se poskus vselej kaznuje enako kot dokončano kaznivo dejanje. Še več, včasih je od naključja odvisno celo, ali bo storilcu uspelo preiti od golega naklepa in nekaznivih priprav v fazo kaznivega poskusa, te igre naključja pa v kazenskopravni presoji danes povečini ne problematiziramo. Na podlagi povedanega se torej individualni pristop, ki za poskus sotorilstva zahteva, da sotorilec stadij poskusa doseže osebno, kaže kot dogmatično čistejša in tudi kriminalitetnopolitično sprejemljiva rešitev.

7. SKLEP

Od nekdaj je osrčje kazenskopravne dogmatike zaznamoval naslednji arhetip kaznivih dejanj: splošni, naklepni in storitveni delikt. Malomarnost, opustitve, kazniva dejanja z zoženim krogom možnih storilcev se nam v tej zvezi kažejo kot tujki, ki se ne pustijo prepričljivo ujeti v Prokrustovo posteljo meril, ki so se oblikovala za splošna, naklepna in storitvena kazniva dejanja. Položaj postane še kompleksnejši, če te tujke povežemo s sotorilstvom: okoliščina, da imamo opraviti z več protagonisti, katerih prispevke moramo ovrednotiti, stvari seveda še dodatno zapleta.

Kot je bilo pokazano, je ključna težava v tem, da pri naštetih posebnih oblikah kaznivih dejanj odpovesta osrednji merili sotorilstva: oblast nad dejanjem in bistvenost prispevka. Vprašanje, katera alternativna merila naj ju nadomestijo, je v slovenski pravni literaturi še razmeroma neobdelano, enako pa velja tudi za druge dileme, ki sem jih obravnaval pod skupnim geslom »posebna vprašanja sotorilstva«. V resnici mnoge izmed njih niso preproste: usmeritve, ki jih je mogoče razbrati iz zakonskega besedila in duha, so pogosto skope, torej dopuščajo mnoštvo različnih interpretativnih izletov. To pa vendarle ne pomeni, da »karkoli gre«: med različnimi interpretativnimi izpeljavami je mogoče razlikovati bolj in manj prepričljive. Pričujoči zapis je poskus takega razlikovanja, pri čemer seveda tudi tukaj izpeljane in zagovarjane rešitve ne pretendirajo na status »dokončnih resnic«. Želim pa si, da bi se postopno, skozi nadaljnje brušenje v znanstvenem razpravljanju in sodni uporabi, vse bolj približevale idealoma doktrinarne prepričljivosti in kriminalitetnopolitične smotrnosti.

Literatura

- Matjaž Ambrož: Posredno storilstvo, v: *Pravna praksa*, (2010) 16-17, str. I–VII.
- Matjaž Ambrož: Pojem storilstva v kazenskem pravu, v: *Pravnik*, št. (2010) 9-10, str. 631–649 (citirano kot 2010a).
- Matjaž Ambrož: Vprašanja lastnoročnosti izvršitve, napeljevanja in posrednega storilstva, v: *Pravna praksa*, (2010) 36, str. 15–16 (citirano kot 2010b).
- Matjaž Ambrož: Pomoč in njene meje v kazenskem pravu, v: *Zbornik znanstvenih razprav* (2010), str. 69–92 (citirano kot 2010c).
- Matjaž Ambrož: Sostorilstvo v primežu teoretičnih modelov in praktičnih izvivov, v: *Pravnik*, (2013) 5-6, str. 289–315.
- Matjaž Ambrož: Izjeme od akcesornosti udeležbe (četrty odstavek 41. člena KZ-1), v: *Pravna praksa*, (2013) 31-31, str. I–VI (citirano kot 2013a).
- Matjaž Ambrož: Presoja poskusa, kadar pri kaznivem dejanju sodeluje več oseb, v: Matjaž Ambrož, Katja Filipčič in Aleš Završnik (ur.): *Zbornik za Alenko Šelih*. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Pravna fakulteta, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2013, str. 185–196 (citirano kot 2013b).
- Franjo Bačić: *Krivično pravo – opći dio*. 5. izdaja, Informator, Zagreb 1998.
- Jürgen Baumann, Ulrich Weber in Wolfgang Mitsch: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Verlag Ernst und Werner Gieseke, Bielefeld 2003.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Matjaž Ambrož in Katja Filipčič: *Kazensko pravo – splošni del*. 6. izdaja, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2013.
- Ivan Bele: *Kazenski zakonik s komentarjem – splošni del*. GV Založba, Ljubljana 2001.
- Ivan Bele: Problemi iz okrilja nauka o udeležbi, v: Alenka Šelih (ur.): *Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava*. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Ljubljana 2007, str. 235–252.
- Igor Bojanić: *Počiniteljstvo kao vlast nad djelom*. Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, Zagreb 2003.
- Walter Gropp: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Springer, Berlin 2005.
- Volker Haas: Die Beteiligung durch Unterlassen, v: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (2011) 5, str. 392–397.
- Bernd Heintschel-Heinegg (ur.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – Band 1*. Beck, München 2003.
- Rolf Dietrich Herzberg: Eigenhändige Delikte, v: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 82 (1970) 4, str. 896–947.

- Hinko Jenull: Poskus razlage kaznivega dejanja po 240. členu KZ-1; v: *Pravna praksa*, (2008) 45, str. I–VIII.
- Hans-Heinrich Jescheck in Thomas Weigend: *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*. Duncker & Humblot, Berlin 1996.
- Damjan Korošec: *Spolnost in kazensko pravo*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2008.
- Damjan Korošec, Matjaž Ambrož, Katja Filipčič in Vid Jakulin: *Materialno kazensko pravo: Splošni del, Judikatura slovenskih sodišč*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2011.
- Petar Novoselec: Prouzročenje smrti iz nehaja nečinjenjem [komentar sodne prakse], v: *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, (2001) 1, str. 669–670.
- Petar Novoselec: Supočiniteljstvo, posredno počiniteljstvo i jedinstvo radnje kod silovanja [komentar sodne prakse], v: *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, (2008) 1, str. 445–447.
- Petar Novoselec: Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja, v: *Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta na Rijeci*, 29 (2008) 2, str. 721–758 (citirano kot 2008a).
- Petar Novoselec: *Opći dio kaznenog prava*. Sveučilište u Zagrebu, Zagreb 2009.
- Petar Novoselec: *Uvod u gospodarsko kazneno pravo*. Sveučilište u Zagrebu, Zagreb 2009 (citirano kot 2009a).
- Petar Novoselec: Razgraničenje supočiniteljstva i pomaganja kod razbojništva, v: *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, (2010) 2, str. 961–963.
- Petar Novoselec: Die Rezeption der Tatherrschaftslehre im kroatischen Strafrecht, v: Manfred Heinrich, in drugi: *Strafrecht als Scientia Universalis – Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*. Walter de Gruyter, Berlin 2011, str. 1643–1657.
- Ingeborg Puppe: *Strafrecht – Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*. Nomos, Baden-Baden 2011.
- Constantin Rehaag: *Prinzipien von Täterschaft und Teilnahme in europäischer Rechtstradition*. Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg 2009.
- Joachim Renzikowski: *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Mohr Siebeck, Tübingen 1997.
- Thomas Rotsch: »Einheitstäterschaft« statt Tatherrschaft. Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
- Claus Roxin: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Walter de Gruyter, Berlin 1973.

- Claus Roxin: Strafrecht – Allgemeiner Teil II (Besondere Erscheinungsformen der Straftat). Verlag C. H. Beck, München 2003.
- Claus Roxin: Täterschaft und Tatherrschaft. 8. izdaja. Walter de Gruyter, Berlin 2006.
- Wolfgang Schild: Tatherrschaftslehren. Peter Lang, Frankfurt na Majni 2009.
- Martin Schubarth: Binnenstrafrechtsdogmatik und ihre Grenzen, v: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 110 (1998) 4, str. 827–847.
- Hans-Jörg Schwab: Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen. Peter Lang, Frankfurt na Majni 1996.
- Kurt Seelmann, Strafrecht – Allgemeiner Teil. Helbin & Lichtenhahn, Basel 2005.
- Zoran Stojanović: Krivično pravo – opšti deo. Pravna knjiga, Beograd 2009.
- Stefan Trechsel, Peter Noll: Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I. Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1998.
- Bogdan Zlatarić: Napomene o saučesništvu u novom krivičnom zakoniku, v: Arhiv za pravne i društvene nauke, 66 (1951) 1, str. 114–135.
- Bogdan Zlatarić: Krivični zakonik u praktičnoj primjeni (1. svezak). Narodne novine, Zagreb 1956.

DR. ŽUN OB ZAČETKIH SOCIOLOGIJE PRAVA NA SLOVENSKEM

Avgust Lešnik (ur.): Anton Žun: Sociologija prava – Sociologija – Politična sociologija, Izbrani spisi s spremnimi besedili Avgusta Lešnika, Albina Igličarja, Rudija Rizmana in Igorja Lukšiča. Znanstvena založba Filozofske fakultete (Zbirka Portreti, Oddelek za sociologijo, Katedra za občo sociologijo), Ljubljana 2014, 442 strani.

Pri Znanstveni založbi Filozofske fakultete ljubljanske univerze so letos v zbirki Portreti izšli izbrani spisi pokojnega profesorja dr. Antona Žuna (1917–1978). Obsežna knjiga Žunovih razprav prinaša njegove študije, v katerih je obravnaval vprašanja, povezana z državo in pravom. Zato so Izbrani spisi tematsko razdeljeni na tri dele – sociologijo prava, občo sociologijo in politično sociologijo. Njegove razprave uvajajo začetna pojasnila urednika knjige dr. Avgusta Lešnika in uvajalna besedila treh avtorjev, ki se danes ukvarjajo z navedenimi področji (Igličar, Rizman, Lukšič).

Dr. Anton Žun je končal študij prava z doktoratom na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani leta 1941. Po drugi svetovni vojni je bil najprej sodnik in potem predsednik Okrajnega sodišča v Radovljici ter nato sodnik Okrožnega sodišča v Ljubljani. Leta 1962 se je zaposlil na novoustanovljenem Oddelku za sociologijo Filozofske fakultete v Ljubljani, kjer je skupaj s profesorji Borisom Zihelrom, Ludvikom Čarnijem in Marjanom Britovškom zasnoval preučevanje sociologije na posebnem, specializiranem oddelku. Sociologijo kot študijski predmet pa je že v petdesetih letih prejšnjega stoletja na Pravni fakulteti ljubljanske univerze zasnoval dr. Jože Goričar. Z dr. Žunom sta se srečevala na Inštitutu za sociologijo, ki je bil leta 1959 ustanovljen pri Univerzi v Ljubljani. Oba znanstvenika sta usmerila pozornost tudi v raziskovanje razmerij med družbo, državo in pravom, kar je vodilo do začetkov sociologije prava na ljubljanski univerzi.

Med pglavitnimi usmeritvami in zaslugami profesorja ljubljanske filozofske fakultete dr. Antona Žuna je bilo spremljanje miselnih tokov v evropskem in

svetovnem družboslovju ter dodajanje novih spoznanj omenjenim tokovom. V času njegove univerzitetne kariere – ob dokajšnji zaprtosti tedanje Jugoslavije in Slovenije – je bila ta dejavnost kar zahtevno in včasih tudi že kar pogumno početje. Njegovi prispevki s področja sociologije prava, ponatisnjeni pretežno iz revij *Pravnik* in *Anthropos*, so zajeti v prvem delu knjige.

Iz tuje znanstvene literature povzeta Žunova spoznanja in njegove analize domačih družbenih procesov so ostajali v okviru splošne ideološke usmeritve t. i. dialektičnega materializma. Vendar je dr. Žun že ob razlagi, da je pravo normativna oblika ekonomske vsebine, poudaril relativno samostojnost prava in njegovo lastno pravno vsebino.¹ Zato je analiziral povratno učinkovanje prava na svojo ekonomsko osnovo na primeru samoupravnega prava delovnih organizacij in lokalnih skupnosti ter vlogo prava pri utrjevanju družbene solidarnosti. Pri obravnavi države pa je v središče postavil njeno ekonomsko funkcijo v državnem socializmu ter prenašanje te funkcije na delovne kolektive v samoupravnem socializmu. Ob tem je posegel tudi v ideologijo države blaginje in v stališča tedanjih angleških laburistov o mirnem prehodu iz kapitalizma v socializem s pomočjo večine delavskih predstavnikov v parlamentu.

Nedvomno največja zasluga profesorja Žuna pri uveljavljanju in utrjevanju sociologije prava v slovenskem znanstvenem prostoru pa je njegovo zavzemanje za integralni pogled na pravo. To smer razmišljanja je nakazal že v prikazu oblikovanja sociologije prava kot posebne sociološke discipline.² Položaj sociologije prava v družboslovju je posebej prepričljivo utemeljil v jasni in pregledni razčlenitvi razmerja med filozofijo prava, pravno znanostjo in sociologijo prava.³ Pri zavzemanju za uveljavitev sociologije prava je izhajal iz spoznanja o družbeni vezanosti pravnih pojavov, kakor so jih razumeli Jhering, Kantorowicz, Ehrlich, Duguit in Gurvitch. Na te ugotovitve je navezal Realejevo misel o tridimenzionalnem pogledu na pravo⁴ kot pojavu, ki je sestavljen iz vrednot, norm in odnosov.

Ob upoštevanju delitve dela v znanosti naj bi vrednote v pravu preučevala filozofija prava, pravne norme teorija prava in pravne odnose sociologija prava. Zato naj – po Žunovem stališču – preučevanje pravne zavesti zajame filozofski vidik, raziskovanje normativne emanacije prava juridični vidik, razlago soci-

¹ Npr. v članku: Anton Žun: O naravi prava v naši socialistični družbi, v: *Pravnik*, XVII (1962) 5, str. 151.

² Anton Žun: Nekaj misli o sociologiji prava, v: *Pravnik*, št. 7-8/1967, str. 221–228.

³ Anton Žun: Problem razmerja med filozofijo prava, pravno znanostjo in sociologijo prava, v: *Pravnik*, št. 7-8/1968, str. 225–223.

⁴ Miguel Reale: Fondamenti della concezione del diritto, v: *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, št. 2/1961.

alnih silnic in determinant prava pa sociološki vidik. Navedenim trem vidikom ustrezajo tudi specifični metodični prijemi. Filozofija prava uporablja ob preučevanju pravičnosti aksiološko metodo, analizo normativno izraženega pozitivnega prava omogoča pravnodogmatična metoda, pravo kot socialno dejstvo pa pojasnjujemo z induktivnimi in eksperimentalnimi sociološkimi metodami.

Vsa ta pestrost in skrivnostnost družbenih tokov je prepletena s pravnim pluralizmom, ki šteje državo le za enega izmed dejavnikov pravotvorne dejavnosti, ob številnih drugih družbenih silnicah in družbenih pojavih, ki »obkrožajo« pravne procese. Takšen pogled veje tudi iz študij vseh klasikov sociologije prava⁵ in iz začetnih raziskav v slovenski sociološkopravni znanosti. Ta se je lotela raziskav o razlikah med pravnimi in drugimi vrstami družbenih norm, ki jih je spodbudil pojav samoupravnega prava, preučevala je procese družbenega in pravnega odločanja glede na razmerja družbene moči v delovnih in bivanjskih okoljih, spremljala premike v slovenski pravni kulturi in reforme pravosodja⁶ ter se poglobila v socialno nadzorno funkcijo pravnega sistema.

Na tem področju je postavil dr. Žun za tisti čas zelo napredne trditve, na primer: »Zakonodajalec naj oblikuje temeljne pravne strukture, sodniki (pravniki) pa so tisti družbeni instrument, ki bo lahko zagotovil dopolnjevanje pravnega sistema, in to s tolikšno mero gibčnosti in prilagodljivosti, kakršno zahteva dosežena stopnja v procesu pospeševanja družbenega razvoja.«⁷ In tudi, da »pravo vse bolj privzema funkcijo organizacije in socialne kontrole namesto funkcije prisilnega urejanja, razreševanja in ukinjanja konfliktov.«⁸

V sklopu preučevanja pravnih odnosov so bili predmet raziskav tudi produkcijski odnosi. Ti so bili obravnavani kot odločilni za naravo vseh drugih družbenih odnosov. To marksistično izhodišče je bilo v ozadju vseh razprav s področja sociologije prava v slovenski družbi v drugi polovici dvajsetega stoletja. V okviru te družboslovne paradigme v istem času dr. Žun zapiše: »Zato je moderno pravo v svojem bistvu oblikovni izraz objektivnih, to je ekonomskih odnosov.«⁹ Pri spoznavanju družbenih temeljev pravnih norm so marksistično orientirani teoretiki izhajali iz ekonomske strukture določene globalne družbe. Pri tem pa ta usmeritev ni zapadla v ekonomski redukcionizem, saj so bili

⁵ Npr. Ehrlich, Gurvitch, Weber, Luhmann, Habermas.

⁶ Npr. razprava Anton Žun: Pravosodna funkcija v luči sociologije prava, v: *Pravnik*, 27 (1972) 4-6, str. 127-136.

⁷ Prav tam, str. 129.

⁸ Prav tam.

⁹ Žun v razpravi Anton Žun: Nekaj pogledov na problem razmerja med pravom in pravičnostjo, v: *Pravnik*, 25 (1970) 1-3, str. 15.

vedno upoštevani še drugi družbeni odnosi, politika, ideologija, religija, zgodovinske težnje, psihološki tokovi itd. Pravni pojavi so se nadalje pojasnjevali z vidika delovanja družbenih razredov in političnih strank, vsebine javnega mnenja ter ob upoštevanju razmer v delovnih in družinskih okoljih.

Pozornost sociologije prava je obrnjena zlasti v realno, faktično plat prava. Žun je v zvezi s tem poudaril: »Pravičnost utemeljuje veljavnost (validnost) prava, pozitivnost pa njegovo učinkovitost (efektivnost).«¹⁰ Zato je bil že na začetku interes raziskovalcev obrnjen k vplivom političnih dejavnikov na pravo, objektivne pogoje oblikovanja ustreznih splošnih pravnih norm oziroma iskanje najbolj racionalnih oblik pravnega reguliranja družbenih odnosov, moč tega urejanja pri usmerjanju ravnanja ljudi ter socialne posledice nenadzorovanega pravnega normiranja. Tako široka kompleksnost pravnih pojavov zahteva raznovrstne specifične pristope. Zato lahko tudi novi (filozofski, sociološki, psihološki, politološki itd.) pogledi na pravo bogatijo tradicionalno pravno teorijo. Ta se v prizadevanjih za celovito pojasnitev vse bolj opira tudi na spoznanja sorodnih znanstvenih disciplin.

Žun je posebej poudarjal razlikovanje med pravnimi znanostmi in sociologijo prava.¹¹ Pri tem je opozarjal, da sociologija prava preučuje predvsem socialna dejstva, ki oblikujejo pravo. Takšno opredelitev navezuje na spoznanje, da pravni odnosi temeljijo najprej v ekonomskih odnosih in da izražajo pomembna socialna dejstva. Ta socialna dejstva kot element prava raziskuje sociologija prava, znanost o pravu pa normativno-logično področje prava. Norma je namreč, v smislu te razlage, logično oblikovani izraz pravnega odnosa, tako da je znanost o pravu usmerjena predvsem na normativni izraz pravnih odnosov. Za slovensko družboslovno misel je povzel Radbruchova¹² in Kaufmannova¹³ spoznanja o povezavi pozitivnosti in pravičnosti v pravu, ko je ponovil Radbruchovo misel, »da je pojem pravičnega prava pač toliko pozitiven, kolikor je naloga pozitivnega prava, da je vsebinsko pravično.«¹⁴

¹⁰ Prav tam, str. 13.

¹¹ Posebej v že omenjeni Žunovi razpravi *Problem razmerja med filozofijo prava, pravno znanostjo in sociologijo prava*, str. 227.

¹² Žun je tedaj uporabljal Radbruchovo delo *Rechtsphilosophie* iz leta 1956; zdaj imamo v slovenskem prevodu delo Gustava Radbrucha *Filozofija prava*, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana 2001, in GV Založba, Ljubljana 2007.

¹³ Žun je uporabljal Kaufmannovo razpravo v italijanski reviji *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, št. 5, Milano 1962; zdaj imamo v slovenskem prevodu delo Arthur Kaufmann: *Uvod v filozofijo prava*. Cankarjeva založba, Ljubljana 1994.

¹⁴ Žun v razpravi *Problem razmerja med filozofijo prava, pravno znanostjo in sociologijo prava*, str. 228: »To misel izraža G. Radbruch (1956: 169) v tem smislu, da je pojem pravičnega prava pač toliko pozitiven, kolikor je naloga pozitivnega prava, da je vsebinsko pravično.«

S tem v zvezi je profesor Žun razvil še misel, da je veljavnost esenca prava, učinkovitost pa njegova eksistenca.

Zato naj bi sociologija prava preučevala in spoznavala temelje, s katerih izvira-jo pravne norme (ter pozneje pravni odnosi), oziroma povratno učinkovanje teh norm na temelje svojega nastanka. Socialna dejstva in odnosi, ki vplivajo na oblikovanje pravnih norm za ravnanje pravnih subjektov, morajo biti raziskovani s sociološkimi metodami in raziskovalnimi tehnikami. Te pokažejo na soodvisnost med socialnimi in pravnimi pojavi, med splošnim socialnim in pravnim razvojem. V tej socialni stvarnosti so posebej opazni – za pravo – pomen političnih procesov, človekova produkcijska dejavnost in spontane oblike njegovega združevanja. Zato mora sociologija prava tesno sodelovati s sociologijo politike, sociologijo dela in sociologijo družbenih skupin.

Potreba po takšnem sodelovanju je izkazana v celotni sociologiji prava. Žun je namreč razdelil sociologijo prava na genetično in operacionalno. Genetična sociologija prava naj bi preučevala socialne izvore prava oziroma pravo kot produkt družbenih procesov. Operacionalna sociologija prava pa naj bi raziskovala socialno učinkovanje prava. Empirično zasnovano raziskovanje omogoča odkrivanje dejansko učinkovitih – ne le veljavnih – pravnih norm. Žun to poimenuje z izrazom realno pravo. Tega tvori skupnost norm, ki se dejansko uporabljajo, medtem ko tako imenovano idealno pravo tvori celota veljavnih pravnih norm. Predmet preučevanja sociologije prava mora biti predvsem realno pravo oziroma socialna dejanskost prava.

Prispevki dr. Žuna so omenjenim spoznanjem dajali utemeljeno teoretično podlago in nakazovali smeri raziskav o razmerjih med pravom in drugimi sestavinami družbenega sistema. V slovensko družboslovno misel o pravu je Žun vnesel evropsko dimenzijo in z njo skušal dopolniti tedanje jugoslovanske in slovenske uradne ideološke poglede na državo in pravo. S takšnim pristopom je odločilno prispeval k uveljavitvi sociologije prava kot raziskovalne in pedagoške discipline, ki ima zdaj trdno zasidran položaj na pravni fakulteti ljubljanske univerze.

Drugi del Žunovih Izbranih spisov so ponatisnjene razprave s področja obče in politične sociologije. V tem okviru so zbrani Žunovi prispevki o državi ter razpravi o družboslovni metodologiji in formalizmu v sociologiji. Uvodno pojasnilo v ta del knjige je prispeval dr. Rudi Rizman, ki primerja stališča Antona Žuna in angleškega politologa Ralpa Milibanda. Teoretika namreč povezuje misel o dvojni naravi države, njeni razredni in splošnodružbeni naravi. V maniri tedaj prevladujoče poenostavljene marksistične misli o državi Žun vendarle opozarja:

»Marx je imel vselej pred očmi poleg represivnih funkcij tudi organizacijske funkcije, to je, funkcije organiziranja socialnega življenja. Te funkcije je treba opravljati v vsaki družbeni skupnosti ne glede na njeno razredno strukturo, medtem ko so represivne funkcije tipične zgolj za razredno družbo.«¹⁵

Tematiziranje države se pravzaprav nadaljuje tudi v tretjem delu Žunovih Izbranih spisov, za katerega je uvodno pojasnilo prispeval dr. Igor Lukšič. Ta opozarja, da je Žun navezoval svoje razlage na politično misel italijanskega marksista Antona Gramscija. Pod njegovim vplivom sta nastali Žunovi razpravi Gramsci in marksistična teorija o državi: problem hegemonije in diktature proletariata¹⁶ ter Gramscijeva misel o sintezi filozofije in politike.¹⁷ Poleg tega je Žun napisal za slovenske bralce nekaj tehtnih recenzij knjig beograjskih družboslovcev, med njimi recenzijo Lukičeve knjige o političnih strankah, ter pripravil uvodne študije k slovenskim izdajam izbranih del Togliattia, Labriole in Gramscija.

Začetni razpravi v zadnjem delu knjige posegata v dinamično razmerje med civilno družbo in (politično) državo. Žun ugotavlja, da je – po Gramsciju – v civilni družbi odločilna vloga intelektualcev, ki vplivajo na javnost kot najpomembnejšo sestavino civilne družbe. Svojo drugo razpravo sklene z ugotovitvijo:

»Gramscijeva vizija urejene družbe, ki nastopi po strnitvi civilne in politične družbe in v kateri ni več premoči nobene družbene skupine, nakazuje socializacijo obeh funkcij, kjer bodo vsi organski intelektualci vseh, kar šele pomeni resnično in dokončno sintezo filozofije in politike.«¹⁸

V sodobnosti se namreč razlike med civilno družbo in državo intenzivno zmanjšujejo. Civilna družba z aktiviranjem političnih strank in interesnih skupin vse bolj usmerja svoje potrebe in interese v delovanje države, država pa s svojo socialno funkcijo posega na področja, ki so bila v predmodernem času pridržana civilni družbi (socialno varstvo, kultura, gospodarstvo, zdravstvo itd.). Zato naj bi tudi državne odločitve vse bolj izhajale iz objektivnih potreb celotne družbe. S tem se zmanjšujejo ekskluzivnost ter razrednost oziroma političnost države, civilna družba pa izgublja zasebnost in svobodo. Na eni strani postaja tehnobirokratska racionalnost osnovni kriterij zakonodajnih in vseh

¹⁵ Anton Žun: Po 50 letih Leninovega dela *Država in revolucija*, v: *Teorija in praksa*, 6 (1969) 1, str. 160–166, ponatis v Anton Žun: *Izbrani spisi*. Filozofska fakulteta, Ljubljana 2014, str. 250.

¹⁶ *Naša sodobnost*, 9 (1961).

¹⁷ *Teorija in praksa*, 4 (1967).

¹⁸ Anton Žun: Gramscijeva misel o sintezi filozofije in politike, ponatis, v: Anton Žun: *Izbrani spisi*. Filozofska fakulteta, Ljubljana 2014, str. 346.

drugih državnih odločitev, na drugi pa so vse bolj očitne zahteve po zmanjševanju razdalj med civilno družbo in državo z uporabo instrumentov neposredne demokracije. V tej dialektični enotnosti nasprotij ima pomemben položaj pluralizem, od nazorskega in kulturnega prek gospodarskega in lastniškega do političnega in pravnega. Pri tem civilna družba pospešuje demokratično politično kulturo, pluralizem in delovanje socialne države. Temeljna značilnost civilne družbe je končno v njeni avtonomnosti. Ta se izraža predvsem v samostojnosti subjekta civilne družbe nasproti državi in tudi nasproti drugim subjektom civilne družbe. Navedeno avtonomijo omejujejo le splošni okviri družbenega organiziranja.

Opisano stanje omogoča tudi razmah pravnega pluralizma v globalni družbi. Ob državi kot osrednjem pravotvornem subjektu se pojavljajo tudi subjekti civilne družbe kot ustvarjalci pravnih norm, od lokalnih skupnosti in društev do gospodarskih organizacij in avtonomnih javnih služb. Domet te avtonomne (samoupravne) normativne dejavnosti je lahko v posameznih globalnih družbah večji ali manjši, vendar je nekaj prostora za navedeno samostojno aktivnost zagotovljenega v vsakem družbenem sistemu. Poleg tega civilna družba s svojim delovanjem vpliva na pravotvorno dejavnost države, in ta vpliv je tem večji, čim bolj je država demokratična.

S tega zornega kota je poudarjena tudi Žunova teza, da je bistveno vprašanje vsakokratnega političnega sistema razmerje med civilno družbo in politično oblastjo. V njegovih Izbranih spisih pa je še vrsta drugih tez, ki so preživele njegov čas in so povedne ter usmerjevalne tudi v enaindvajsetem stoletju.

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



POMEN USTAVNOSTI IN USTAVNA DEMOKRACIJA: ZBORNİK OB DVAJSETLETNICI SLOVENSKE USTAVE

Igor Kaučič (ur.): Dvajset let Ustave Republike Slovenije: pomen ustavnosti in ustavna demokracija. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani in Ustavno sodišče Republike Slovenije, Ljubljana 2012, 418 strani.

Znanstveni zbornik sta ob dvajsetletnici Ustave Republike Slovenije in ob mednarodni znanstveni konferenci pod uredniško taktirko prof. dr. Igorja Kaučiča izdala Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani in Ustavno sodišče Republike Slovenije. Konferenca *Dvajset let Ustave Republike Slovenije: pomen ustavnosti in ustavna demokracija* je potekala 21. in 22. decembra 2011 in privabila številne ugledne domače in tuje (ustavno)pravne strokovnjake. Predavalo jih je petindvajset. Zbornik, ki je izšel aprila 2012, združuje prispevke udeležencev konference in nekaterih drugih pravnih strokovnjakov. Poleg slavnostnega predavanja prof. dr. Franceta Bučarja vsebuje še enaintrideset prispevkov (sedem od njih v angleškem jeziku), vsi pa so, kot se spodobi, opremljeni s povzetkom in ključnimi besedami v slovenskem in angleškem jeziku.

Uvod v zbornik je zapis slavnostnega otvoritvenega predavanja zaslužnega profesorja Univerze v Ljubljani in predsednika osamosvojitvene Skupščine Republike Slovenije ter njene Ustavne komisije, **dr. Franceta Bučarja**, na tej mednarodni konferenci. Med poudarki prof. Bučarja velja nemara omeniti naslednjo misel: »Za prehod v demokracijo in normalno družbeno stanje narod ne potrebuje dovoljenja kogarkoli izven sebe; katerakoli institucija na naddržavni ravni ima lahko le vlogo servisa, ki opravlja dogovorjene dejavnosti za njegov račun in po njegovem pooblastilu.« Razmislek o tem je slavnostni govornik ponudil v kontekstu kritike »jugokomunizma«, a mu je mogoče pripisati širšo lucidnost: še kako aktualna je taka misel ob vse močnejših evropskih integracijah. Nova ustavna ureditev ob slovenski osamosvojitvi je sicer resda nujno izhodišče za razvoj družbe, a temeljnega premika ne more zagotoviti ustava, temveč se mora ta zgoditi v družbi sami. V avtoritarni državi ima vlogo

stabilizatorja neposredno oblastna elita sama, v demokratični državi pa nasprotno ustava.

Prispevki so v nadaljevanju smiselno razporejeni v **tri vsebinske sklope**. Prvi, izhodiščni sklop ima enak naslov kot zbornik: Pomen ustavnosti in ustavna demokracija.

V prvem prispevku iz tega sklopa, naslovljenem *Iskanje neusahljivega vira slovenske državnosti ter njegove ustavne identitete*,¹ je **prof. dr. Peter Jambrek**, nekdanji ustavni sodnik in predsednik Ustavnega sodišča Republike Slovenije, obudil spomine na proces ustanavljanja ustavnega sodišča samostojne države in ustalitev pravne podlage za njegovo delovanje, kar je trajalo več kot tri leta vse do uveljavitve Zakona o ustavnem sodišču aprila 1994. V nadaljevanju je prof. Jambrek predstavil pravne akte, ki so bili sprejeti v letih osamosvajanja in so sestavljali ta celoviti in pravno strukturirani proces. Pri tem ne gre prezreti pripravljanih del (*travaux préparatoires*), ki so zbrana v publikaciji *Nastajanje slovenske ustave* v treh zvezkih, ter avtorskih besedil iz strnjenega predhodnega obdobja nastajanja slovenske ustavnosti med letoma 1987 in 1990.

Prof. dr. Marijan Pavčnik, redni član Slovenske akademije znanosti in umetnosti ter profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, je v prispevku z naslovom *Materia Constitutionis (Glose ob pisateljski ustavi)*² opozoril na dragoceno vlogo pisateljske ustave, ki je opustila stvarino tedaj veljavne socialistične ustave in se zavzela za klasično moderno ustavo, ter orisal vsebino in pomen njenih poglavij in nekaterih posameznih določb. Čeprav je nekatere vidike moderne ustavnosti deloma zapostavila (npr. položaj in vlogo ustavnega sodišča), pa na drugi strani velja opozoriti, da veljavna Ustava nekaterih njenih pomembnih predlogov ni upoštevala (npr. na področju socialne države, volilnega praga in parlamentarnega sistema). Avtor je poudaril tudi pomen preambule pisateljske ustave, ki je prispevala k novemu razumevanju ustavnih besedil, npr. tistemu, ki gradi na osrednji vlogi človekovega dostojanstva.

V prispevku *Ustavna ureditev organizacije državne oblasti* **prof. dr. Franca Grada**, profesorja na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, je govor med drugim o kakovosti urejanja v ustavi, ki je pogosto boljše tam, kjer je ustava bolj splošna, in slabše, kjer se po nepotrebnem spušča v podrobnosti. Govor je tudi o načelu delitve oblasti, ki v slovenski ustavni ureditvi mestoma ni dosledno iz-

¹ Besedilo sestavljata avtorjev govor na slavnostni seji Ustavnega sodišča ob dnevu ustavnosti v Ljubljani, 23. decembra 2011, ter prispevek za razpravo na mednarodni znanstveni konferenci, omenjeni uvodoma.

² Prispevek je referat, ki ga je avtor pripravil za posvet Izvori slovenske ustave, 20 let po »pisateljski ustavi«, ki je potekal 20. novembra 2008 v Ljubljani v prostorih Državnega sveta.

vedeno. Težava je predvsem v vlogi Državnega zbora pri oblikovanju vlade, ki imenuje tudi ministre. Tudi predsednik republike je pri nas šibkejši kot v drugih državah s parlamentarnim sistemom. V Ustavo RS smo ravno tako prenesli nekatere druge elemente prejšnjega skupščinskega sistema. Vse to povzroča določene težave v razmerju med organi oblasti in pri njihovem delovanju v praksi, je opozoril avtor.

Mag. Matevž Krivic, nekdanji ustavni sodnik, je v prispevku z naslovom *Upanje in skepsa ob odločanju Ustavnega sodišča*, pojasnil svoje razloge za oboje.³ Po njegovem mnenju se Ustavno sodišče na hudo preobremenjenost ne bi smelo odzvati s kršenjem zakonskih kriterijev iz drugega odstavka 55.b člena Zakona o ustavnem sodišču v okviru senatnega odločanja. Avtor je med drugim poudaril, da bi bila »pozitivna selekcija« primerov za obravnavo pred Ustavnim sodiščem po ameriškem zgledu boljša od sedanje negativne selekcije. V nadaljevanju ob analizi odločb Ustavnega sodišča govori o preobremenjenosti sodišča in kakovosti odločanja, ki si po naravi stvari nasprotujeta.

Prof. dr. Lovro Šturm, nekdanji ustavni sodnik in predsednik Ustavnega sodišča, je v prispevku *Ustavnosodna presoja o razmejitvi totalitarne sistema in svobodne demokratične družbe, temelječe na človekovem dostojanstvu* obravnaval odločbo, s katero je Ustavno sodišče poimenovanje ulice po Titu razglasilo za protiustavno. O oženju razumevanja pravnega interesa kot predpostavke za obravnavo pobud za oceno ustavnosti in zakonitosti je pisal **prof. dr. Janez Čebulj**, ravno tako nekdanji ustavni sodnik in predsednik Ustavnega sodišča, v prispevku *Pravni interes za ustavnosodno presojo predpisov (Od oženja pravnega interesa do opustitve pobude za presojo predpisov)*. Med drugim je pojasnil, da oženje razumevanja pravnega interesa ni tako problematično, saj so sodišča tista, ki naj v konkretnih postopkih vlagajo zahteve, poleg tega pa morajo v svojih postopkih po 23. členu Ustave že sama zagotavljati varstvo pravic in pravnih koristi. Obravnaval je tudi pomen novele ZUstS, glede predlaganih ustavnih sprememb pa opozoril na nekatere pasti.

V prispevku *Nekatera vprašanja o delu Ustavnega sodišča (Ustavno sodišče in temeljna načela delovanja sodišč)* je **Jože Tratnik**, nekdanji ustavni sodnik in predsednik Ustavnega sodišča, obravnaval položaj tega sodišča v povezavi s temeljnimi načeli delovanja sodišč, med drugim z večstopenjskostjo ter instančnostjo, načelom naravnega (zakonitega) sodnika in načelom zbornosti. *Referendumu vrniti legitimnost, Državnemu zboru pa avtoriteto*, je v svojem

³ Članek je delno povzet po prispevku mag. Krivica: *Ali lahko vendarle še upamo v ustavno sodišče?*, delno pa je njegovo nadaljevanje, v: Jernej Rovšek, Liana Kalčina (ur.): 60-letnica sprejema Splošne deklaracije OZN o človekovih pravicah, 15-letnica sprejema Zakona o varuhu človekovih pravic: zbornik prispevkov z mednarodne konference v Ljubljani 2008. Varuh človekovih pravic, Ljubljana 2009, str. 55 in nasl.

prispevku pozval **prof. dr. Ivan Kristan**, nekdanji predsednik Državnega sveta Republike Slovenije. Težave ne vidi v uresničevanju prvega odstavka 3. člena Ustave glede pravice do samoodločbe, ki ga je s svojim predlogom Komisiji za ustavna vprašanja oktobra 1990 tvorno sooblikoval, temveč v drugem odstavku tega člena, pri katerem gre za slabitev Državnega zbora kot ljudskega predstavništva, ter v neposrednem odločanju ljudstva prek nelegitimnega referenduma. Ustavno sodišče je z odločbama o občini Ankaran grobo poseglo v načelo delitve oblasti, z ustanovitvijo občine Ankaran pa trikrat kršilo Ustavo.

Prof. dr. Igor Kaučič s Pravne fakultete Univerze v Ljubljani je v prispevku *Ustavnorevizijska dinamika: De constitutione lata in de constitutione ferenda* obravnaval dinamiko sprememb Ustave Republike Slovenije, ki v primerjavi z nekaterimi evropskimi ustavami nikakor ni pretirana. K dosedanjim spremembam Ustave so po njegovem mnenju pripeljali pretežno politični razlogi, tako zunanji kot notranji, ne pa pravna neustreznost ali pomanjkljivost njenih določb. Avtor je obravnaval tudi neuspele poskuse spremembe, med katerimi so bili nekateri predlogi utemeljeni (npr. glede imunitete poslancev Državnega zbora in glede ustavnega sodstva). V postopku ustavne spremembe je treba strokovni in laični javnosti dati možnost za pravočasen in celovit odziv ter argumentirano razpravo. To pri večini dosedanjih sprememb ni bilo zagotovljeno v zadovoljivi meri.

Teme *Slovenska ustavna kultura (20 let kasneje)* se je lotil **prof. dr. Miro Cerar**, profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Zapisal je, da v Sloveniji politične stranke in politiki vsaj javno do Ustave večinoma izkazujejo spoštljiv odnos. Vendar pa to še ne pomeni, da ni nevarnosti, da bi ob zagotovljeni »dvotretjinski« koaliciji hitro postala plen oziroma žrtev ozkih političnih interesov. Predlogi za sprejem nujnih in koristnih ustavnih sprememb so pogosto žrtev močne ideološke (bipolarne) razklanosti slovenskega naroda, kar onemogoča konsenz. Politične, nekatere gospodarske in druge družbene elite so v zadnjih dvajsetih letih svojo družbeno legitimnost, avtoriteto in ugled večinoma zapravile.

Nekatera vprašanja mandata ministra je načel **prof. dr. Rajko Pirnat** (Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani). Ustava ne ureja nekaterih oblik prenehanja mandata, npr. v primeru pravnomočne obsodbe za kaznivo dejanje ali ob smrti, ko nastane problem v zvezi z opravljanjem tekočih poslov. Problemu nadomeščanja ministra bi se bilo bolje izogniti z uvedbo instituta stalnega sekretarja (*permanent secretary*), ki ni politični funkcionar, njegov mandat pa ni vezan na mandat ministra. **Prof. dr. Mirjam Škrk**, nekdanja ustavna sodnica, je v prispevku *Predhodna presoja mednarodnih pogodb* obravnavala razmerje med Ustavo in mednarodnim pravom ter institut predhodne ustavnosodne presoje mednarodne pogodbe. Pri tem se je med drugim ustavila pri časovni

pristojnosti predhodne presoje, mogočih predlagateljih tega postopka, pravnih učinkih mnenja po drugem odstavku 160. člena Ustave in dopustnosti interpretativnega izreka.

Dr. Jadranka Sovdat, ustavna sodnica in podpredsednica Ustavnega sodišča, se je v svojem prispevku lotila teme z naslovom *Ustavno varstvo volilne pravice*. Ustava po njenem mnenju večinoma nudi ustrezen ustavnopravni okvir, saj določa vsa sodobna volilna načela in vsebuje temeljno podlago za zagotovitev neodvisne sodne kontrole volitev. Kljub temu pa ustavodajalec ni izbral najustreznejšega mehanizma sodne kontrole, ko je govor o parlamentarnih volitvah. Državni zbor je namreč najprej sam svoj volilni sodnik, Ustavno sodišče, ki po tretjem odstavku 82. člena Ustave odloča o pritožbi zoper odločitev Državnega zbora, pa opravi tako vlogo pritožbenega organa kot tudi volilnega sodnika na prvi in zadnji stopnji. Ureditve sodne kontrole volitev v Ustavi je zato eno od področij, kjer so spremembe potrebne. Na *Ustavne usmeritve zakonodajne dejavnosti* je v svojem prispevku, zadnjem v prvem sklopu zbornika, opozoril **prof. dr. Albin Igličar** (Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani). Pri tem je med drugim obravnaval pojem zakonodajne politike in ponudil ponovni premislek o treh ustavnih usmeritvah zakonodaje. Opozoril je tudi na hitro, obsežno in nekakovostno sprejemanje zakonodaje.

Drugi sklop zbornika ima naslov *Razmerja med ustavnim sodiščem, državnimi in meddržavnimi organi*. V uvodnem prispevku se je **prof. dr. Boštjan M. Zupančič**, sodnik Evropskega sodišča za človekove pravice, vprašal: *Quis custodiet ipsos custodes? Sestav ustavnih zavor in ravnovesij*. Zorni kot je pri tem metafizični, kot rešitev pa je predlagal, da dilemo kralja filozofa presežemo s pomočjo Maritainovega *Uvoda v metafiziko*. **Dr. Brigitte Bierlein**, avstrijska ustavna sodnica, je (v angleškem jeziku) obravnavala *Razmerja med ustavnimi sodišči in drugimi državnimi organi* s poudarkom na parlamentu. Pri tem je med drugim razmišljala, ali ima ustavno sodišče pristojnost presojati ustavne določbe. Z omenjenimi razmerji se je v prispevku *Dejanska avtoriteta ustavnega sodišča nasproti drugim državnim organom* (v angleškem jeziku) ukvarjala **prof. dr. Gertrude Lübbe-Wolff**, sodnica nemškega Zveznega ustavnega sodišča. Opozorila je, da odločitve ustavnega sodišča hitro lahko povzročijo napetosti v razmerju do drugih državnih organov, skrajni primer je celo nespoštovanje njegovih odločitev in krčenje pristojnosti. Nespoštovanje odločitev pa pomeni žalitev javnosti nasploh.

Nadvlada ustave kot temelj za razvoj evropskega konstitucionalizma je teza, ki jo je (v angleškem jeziku) postavil **prof. dr. Rainer Arnold** s Pravne fakultete Univerze v Regensburgu. Vladavina prava v novih demokracijah pomeni vladavino ustavnega prava, nadvlado parlamenta pa zamenjuje nadvlada ustave, saj se lahko le tako zagotovi varstvo človekovega dostojanstva in temeljnih

pravic nasproti zakonodajalcu. **Prof. dr. Verica Trstenjak**, nekdanja generalna pravobranilka na Sodišču EU, je v prispevku *Načelo primarnosti v pravu EU: in vloga ustavnih sodišč* obravnavala drugo obliko nadvlade. Po tem načelu v primeru nasprotja prevlada pravo Unije ne glede na to, kam v hierarhiji nacionalnega prava je uvrščen nacionalni predpis. Avtorica je med drugim omenila zadevo C-285/98, *Tanija Kreil*, posledica katere je bila sprememba nemške ustave. **Prof. dr. Branko Smerdel** s Pravne fakultete Univerze v Zagrebu je v prispevku *Teorija ustavnega inženirstva po dveh desetletjih tranzicije* (v angleškem jeziku) pozornost namenil ustavi v vlogi strateškega načrta kot sredstva za zagotavljanje trajnostnega razvoja pravnih, političnih in drugih razmerij v državi. Odgovor na vprašanja, kako to zagotoviti, ponuja teorija ustavnega inženirstva. Ta je posebej pomembna v času krize.

V prispevku *Ustavna demokracija v odločbah Ustavnega sodišča Republike Slovenije* je **prof. dr. Ciril Ribičič**, nekdanji ustavni sodnik, (v angleškem jeziku) obravnaval odločitve Ustavnega sodišča, ki jim je mogoče pripisati t. i. pozitivni sodni aktivizem. Odločitve, povezane z referendumom, so bile tiste, v katerih je Ustavno sodišče opredelilo pomen ustavne demokracije. Avtor je kot pozitivnega opredelil tisti sodni aktivizem, ki s širšo ustvarjalno razlago prispeva k varstvu človekovih pravic.

Jan Zobec, ustavni sodnik, je v zadnjem prispevku drugega sklopa (v angleškem jeziku) osvetlil *Razmerje med ustavnosodno presojo in doktrino* ter poudaril, da teorija ustavnega prava in ustavnosodna presoja pomembno vplivata druga na drugo. Značilnost tega dialoga je avtor prikazal pretežno s slovensko izkušnjo. Sklenil je z mislijo, da je doktrina temelj za racionalno in predvidljivo sodno odločanje, hkrati pa doktrina postane doktrina šele, ko je podprta s prakso.

Tretji sklop zbornika vsebuje *Izbrana vprašanja slovenske ustavnosti*. **Prof. dr. Rudi Kocjančič** (Fakulteta za upravo Univerze v Ljubljani) je obravnaval *Temeljne dileme o ustavni ureditvi oblikovanja vlade v Republiki Sloveniji*. Zavzel se je za volilni sistem, ki bo omogočal stabilnejšo vlado, in pri tem opozoril na nemškega. Pri spremembah bo treba upoštevati nesporne prednosti proporcionalnih in večinskih sistemov, opustiti pa slabosti obeh vrst sistemov.

Doc. dr. Saša Zagorc s Pravne fakultete Univerze v Ljubljani je v prispevku *Neizvoljivost za poslanca: ustavni desuetudo?* zastavil vprašanje, ali je postal institut neizvoljivosti za poslanca, kot je urejen v drugem odstavku 82. člena Ustave, ob odsotnosti konkretizacije na zakonodajni ravni, Ustavi nasprotni običaj. Ravno zaradi neaktivnega zakonodajalca poznamo v našem pravnem redu le približke neizvoljivosti za poslanca, zato je sklenil, da je navedena določba v Ustavi dejansko neučinkovita. Ob tem je ugotovil, da Ustavno sodišče v

dotedanji sodni praksi še ni odgovorilo na vprašanje, ali Ustava zakonodajalcu sprejem takega zakona nalaga ali ga za to zgolj pooblašča. Sam meni, da je zakonodajalec k temu zavezan.

O razmerju med slovenskim ustavnim pravom in pravom EU je v prispevku *Slovensko ustavno pravo v odnosu do prava EU* razmišljal **doc. dr. Matej Avbelj** s Fakultete za državne in evropske študije. Prispevek govori o treh dimenzijah slovenskega ustavnega prava, ki je, tako tedaj avtor, še vedno deficitarno v doktrinarnem, personalnem in idejnem smislu. Njegov odnos do prava EU je obravnaval v predpristopni in popristopni fazi. Med drugim je sklenil, da bi morale Ustavno sodišče jasneje opozoriti na razliko med federalnim načelom nadrejenosti in primarnosti, ki to ni. **Doc. dr. Jernej Letnar Čerňič** (Fakulteta za državne in evropske študije) je v prispevku *Slovenska ustava in varstvo človekovih pravic* obravnaval predvsem vprašanja ustavne pritožbe kot temelja svobodne demokratične družbe, ki naj se ne omejuje, pravice do referendumu kot neusahljivega vira slovenske državnosti, ter vprašanje vodoravnega učinkovanja človekovih pravic. **Doc. dr. Blaž Ivanc** z Zdravstvene fakultete Univerze v Ljubljani se je v prispevku *Ustavnosodna presoja načela subsidiarnosti – izbrani primerjalni vidiki* ukvarjal z uveljavljanjem načela subsidiarnosti v nekaterih državah članicah EU, npr. Nemčiji, Portugalski, Franciji. V sklepu je predlagal, da bi načelo subsidiarnosti izrecno uredili v Ustavi.

Dr. Sebastian Nerad, generalni sekretar Ustavnega sodišča Republike Slovenije, je prav tako obravnaval razmerje med pravom EU in nacionalnim pravom v prispevku *Recepcija prava Evropske unije v nacionalno ustavno pravo: Ustavno sodišče med pravom Evropske unije in Ustavo*. Po avtorjevem mnenju je mogoče temeljna načela prava EU, ki opredeljujejo razmerje med notranjim pravom in pravom EU, šteti tudi za domača ustavnopravna načela. Zlasti to omogoča tretji odstavek 3.a člena Ustave. Avtor je v nadaljevanju obravnaval sodno prakso Ustavnega sodišča, v kateri je to sprejelo, potrdilo in razlagalo temeljna načela EU. Po načelu lojalne razlage pa so k temu zavezani vsi državni organi. Takšno razumevanje pomembno vpliva na razlago 160. člena Ustave glede pristojnosti Ustavnega sodišča in s tem na vlogo sodišča.

Na temo *Kršitev pravice do enakopravnega izobraževanja Romov – ESČP* je razpravljala **prof. dr. Alenka Kuhelj** s Fakultete za upravo Univerze v Ljubljani. Pri tem je obravnavala pritožbe pred Evropskim sodiščem za človekove pravice zoper Češko, Grčijo in Hrvaško ter odzive nanje. Politike diskriminacije ne zaznamo le v vzhodni Evropi, temveč tudi v državah, kot sta Francija in Italija. **Mag. Andrej Kristan** z Univerze v Genovi se je v prispevku posvetil vprašanju ustrezne interpretacije ustave, kar je orisal z naslovom *Razumeti ustavo*. Razpravo je odprl s tezo, da imamo več kot eno ustavo. Poleg besedilne ustave nastajajo še predstavnoskladne ali ideološke ustave in pa družbena ustava. Ka-

dar se Ustavo, torej besedilno ustavo, razlaga z argumentom namena, se njeni razlagalci pogosto ne zavedajo šibke legitimnosti takšne razlage. Posebej to drži, kadar so njen predmet predpisi, sprejeti v zbornih telesih.

As. dr. Samo Bardutzky s Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, trenutno kot raziskovalec zaposlen na Univerzi v Kentu, je avtor prispevka z naslovom *Diskrecijska izbira ustavnih pritožb in pobud za presojo predpisa*.⁴ V spodletelem postopku ustavne reforme med letoma 2008 in 2011 je bila načrtovana tudi uvedba diskrecijske pravice ustavnih sodnikov pri izbiri ustavnih pritožb in pobud za oceno ustavnosti predpisa, o katerih bi Ustavno sodišče odločalo vsebinsko. Zamisel se je zgledovala predvsem po postopku *certiorari* Vrhovnega sodišča Združenih držav Amerike. V nadaljevanju je avtor obravnaval tudi smiselnost določitve vsebinskega merila za usmeritev diskrecijske izbire ter delovanje diskrecijskega izbiranja v sistemu razpršene ustavnosodne presoje. Prispevek je sklenil z vprašanjem, koliko glasov sodnikov naj zadošča za odločitev o sprejemu zadeve v obravnavo, in opozoril na pomembnost ureditve samega izbirnega postopka, ki bi mu bilo treba ob morebitni ponovni diskusiji uvajanja diskrecijskega sistema izbire na Ustavnem sodišču posvetiti bistveno več pozornosti.

Iztok Štefanec,
univerzitetni diplomirani pravnik,
raziskovalec na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

⁴ Prispevek vsebuje določene poudarke doktorske disertacije Samo Bardutzky: Sprejem zadeve v ustavnosodno presojo. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2013.

AVTORSKI SINOPSIS*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 347.241

ZEILHOFER OREHEK, Ksenija: Pravni standardi imisijskega prava**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 7-8**

Prispevek opredeljuje pomen pravnih standardov in vlogo sodišča pri zapolnjevanju njihove vsebine. Opozarja na razpršenost normativne ureditve imisij v pozitivnem pravu in se osredotoča na aktualne probleme teh standardov v sodni praksi. Številnost in nejasnost nekaterih pravnih standardov, ki jih ponuja slovenska zakonodaja, primerja s pravno ureditvijo nemškega kroga. S predstavitvijo normativne ureditve imisij v nemški, avstrijski in švicarski pravni ureditvi, zlasti pa njihove pravne teorije in sodne prakse, nakaže, da je pravne standarde mogoče poenotiti in urediti na enem mestu. Takšna rešitev bi bila mogoča v enotnem civilnem zakoniku. V našem pravnem sistemu, ki ima stvarno- in obligacijskopravne temelje, pa mora sodna praksa skrbeti za pravilno oblikovanje in enotno uporabo teh pravnih standardov.

Original Scientific Article

UDC: 347.241

ZEILHOFER OREHEK, Ksenija: Legal Standards in Emission Law**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 7-8**

The author presents the importance of legal standards and the role of the courts in filling their content. It draws attention to the diversification of the regulatory framework of legal standards of emission law and focuses on current problems with these legal standards in practice, with regard that the courts have already adopted single positions on certain dilemmas. The author compares the multiplicity and vagueness of some of the standards offered by the Slovenian legislation with the legal regulation of Germanic countries. The article highlights the legal terminology in German, Austrian and Swiss legal systems, where it, in particular with the analysis of their case-law, indicates that it is possible to unify legal standards. Such a solution would be possible in the case of a uniform civil code. However, until then, it is the jurisprudence, which will have to take care of the design and the uniform application of legal standards, which are in the Slovenian legal system based on property law and law of obligations.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.78.04

DROBEŽ, Eneja: Odpoved avtorski pravici**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 7-8**

Najnovejši predlog sprememb ZASP predvideva uvedbo instituta odpovedi malim pravicam. Vendar je nejasno, ali institut odpovedi avtorskim pravicam spada v sistem slovenskega avtorskega prava. Ta namreč temelji na monistični teoriji, po kateri je avtorska pravica celovita pravica na avtorskem delu. Zato je avtor ne more niti v celoti niti delno prenesti ali se ji nepreklicno odpovedati, temveč jo lahko le obremeni s pravico drugega. Da bi bila odpoved malim pravicam sistemsko ustrezna, bi moral zakon sprejeti dualistično teorijo prava, po kateri so avtorske pravice ločene in ločljive. Taka rešitev bi sicer omogočila avtorjem večje razpolaganje z malimi pravicami kot po veljavnem pravu, v skladu s katerim jih obvezno upravlja kolektivna organizacija. Vendar bi to za avtorje lahko imelo tudi negativne posledice, saj svojih odločitev o odpovedi pravicam, tudi če bi se kasneje izkazale za nepravilne, ne bi mogli več spremeniti. Za varovanje koristi mladih neuveljavljenih avtorjev bi lahko zakon namesto tega določil kolektivno upravljanje vseh malih pravic na pogodbeni podlagi. Tako bi se vsak avtor lahko sam odločil, ali bo pravice uveljavljal prek kolektivne organizacije ali pa bo dovolil brezplačno uporabo svojih del. Za varovanje interesov članov kolektivnih organizacij pa bi zakon lahko določil zakonske domneve in pogodbene kazni v korist kolektivnih organizacij.

Original Scientific Article

UDC: 347.78.04

DROBEŽ, Eneja: Waiver of Copyright**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 7-8**

Recently proposed amendment of the Slovenian Copyright Act foresees, that authors could waive their performing rights. However, it is unclear whether such legal institute is consistent with the existing Slovenian system of copyright law. The latter is based on the monistic theory, according to which the copyright is a uniform right on the author's work. Hence, the author can neither transfer it (in whole or in part) nor irrevocably waive it. Author is only able to charge his right with the right of another person. To introduce the waiver of performing rights in Slovenian law, the monistic theory that is currently in force has to be replaced by the dualistic theory, according to which the parts of copyright are separable and transferrable. Such a solution would allow authors to accelerate the circulation and use of their musical works more than it is possible under current system of mandatory administration of small musical rights. However, this could also have negative consequences for authors who would not be able to change their decision on waiver, even if so desired by the author later. In order to protect the benefits of young emerging authors the law could instead introduce the collective management of small rights on a contractual basis. Thus, each author could by himself decide whether the rights will be asserted through a collective society, or will he allow free use of his works. In order to protect the interests of members of collective societies, the law could subsequently introduce legal presumptions and contractual penalties in favour of collective societies.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.451:339.5/.9

RIHTAR, Kevin: So etični standardi del pogodbe o mednarodni prodaji blaga?**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 7-8**

Prispevek obravnava vprašanje upoštevnosti etičnih standardov pri mednarodni prodaji blaga, za katero se uporabljajo pravila Konvencije Združenih narodov o mednarodni prodaji blaga (CISG), in način, kako etični standardi, ki so nematerialne narave, vplivajo na presojo skladnosti blaga. Uvodoma je prikazan vpliv novjših razvojnih trendov, povezan z vprašanjem etičnosti proizvodnje, na mednarodno trgovino in akterje na tem trgu. Pojasnjeno je, da ima etična ozaveščenost družbe posledice tudi v pogodbenih razmerjih med mednarodnimi trgovinskimi partnerji. V nadaljevanju se avtor zavzema za potrebnost upoštevanja nematerialnih lastnosti blaga, ki vplivajo na samo pojmovanje njegove kakovosti. V prispevku so nato obsežneje predstavljeni možni načini vključevanja etičnih standardov v pogodbo, pri čemer so nekatere inkorporacije mogoče tudi brez volje pogodbenih strank. Opravljena je tudi analiza pravnih sredstev v primeru neupoštevanja etičnih standardov. Avtor sklene z načelnim odobravanjem nakazanega razvoja, vendar opozori, da je treba upoštevati tudi interpretativne meje same Konvencije.

Original Scientific Article

UDC: 347.451:339.5/.9

RIHTAR, Kevin: 'Are Ethical Standards Part of International Sales Contract?'**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 7-8**

Subject of the article is the issue of the possibility for incorporation of ethical standards in the international sales contract, which is subject to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the consequent possibility of assessing conformity of the goods. Firstly, the author shows the influence of recent development trends in the field of ethical production of the goods. It is explained that trends in ethical awareness of the society reflects upon international sales market and its actors. Secondly, the author advocates for the necessity to take non-physical features of the goods into account when assessing quality of the goods. Possible ways of incorporation of such ethical standards are extensively presented, some of them offering incorporation without parties' agreement. In the second part of the contribution, analysis of remedies in event of non-conforming goods due to lack of ethical standards is carried out. The author concludes with general remark that although there is need to promote such legal activities, special consideration must be placed upon the fact that the nature of the CISG, as an instrument of unification, has its limits in interpretation.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 343.237

AMBROŽ, Matjaž: Posebna vprašanja sotorilstva**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 7-8**

Največ razprav o sotorilstvu za izhodišče jemlje storitvena in hkrati naklepna kazniva dejanja, pri katerih krog možnih storilcev ni omejen, kakršna so denimo umor, goljufija, tatvina, rop itd. Ti »klasični scenariji« so v literaturi razmeroma bogato obdelani, pri čemer je v evrokontinentalnem pravnem okolju postala zelo vplivna ideja o sotorilstvu kot funkcionalni oblasti nad dejanjem. Vendar pa obstajajo tudi tipi kaznivih dejanj, ki se v okvir tega koncepta ne pustijo ujeti: opustitvena kazniva dejanja, malomarna kazniva dejanja, posebna kazniva dejanja (*delicta propria*) in lastnoročna kazniva dejanja. Naštete skupine kaznivih dejanj zaznamujejo posebnosti, ki zahtevajo precejšnje prilagoditve tudi na področju razumevanja sotorilstva. Članek elaborira posebnosti sotorilstva pri teh kaznivih dejanjih, pri čemer poudarek namenja dilemam, ki so se odprle v novejši slovenski sodni praksi.

Review Article

UDC: 343.237

AMBROŽ, Matjaž: Special Issues of Co-Perpetration**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 7-8**

The institution of co-perpetration is mostly discussed within a classical framework of actively committed intentional offences, whereas the scope of possible perpetrators is not limited (*delicta communia*), such as e.g. murder, fraud, theft, robbery etc. These »classical scenarios« are relatively well elaborated in the literature, whereas the idea of co-perpetration as »functional control over the act« (ger. *funktionelle Tatherrschaft*) has become very influential in euro-continental scholarly literature as well as in the case-law. There are, however, other types of offences, which hardly fit into this concept, namely omissive offences, negligent offences, offences, which demand special status of the perpetrator (*delicta propria*) and offences, which have to be committed *manu propria* (ger. *eigenhandige Delikte*). These offences are marked with numerous peculiarities, which demand substantial adaptations of teachings on co-perpetration. The article attempts to reflect the particularities of co-perpetration in cases of these »non-typical« offences, whereas emphasis is given to dilemmas spotted in the recent Slovenian case-law.

Prikaz knjige

UDK: 316.334.4(049.3), 34:316(049.3)

IGLIČAR, Albin: Dr. Žun ob začetkih sociologije prava na Slovenskem**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 7-8**

V 19. stoletju je sociologija prava nastajala vzporedno z občo sociologijo in ostajala v njenem okviru. V samostojno znanstveno disciplino se je izločila šele kasneje, ko se je obča sociologija že uveljavila in dobila status akademske discipline, to je na začetku 20. stoletja. Sociologija prava v Sloveniji je izhajala iz spoznanj obče sociološke teorije ter uporabe socioloških metod pri pojasnjevanju prava kot družbenega pojava. Dr. Žun je zato s tako širokim pristopom pojasnjeval socialne, interesne, politične, kulturne in ekonomske okoliščine, zaradi katerih so nekateri družbeni odnosi urejeni s pravnimi normami, ter ugotavljal skladnost realnih odnosov z idealnimi normami in spoznaval vsebinsko pravne kulture v globalni družbi.

Book Review

UDC: 316.334.4(049.3), 34:316(049.3)

IGLIČAR, Albin: Dr. Žun on the Beginnings of the Slovenian Sociology of Law**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 7-8**

Sociology of law was originating simultaneously with the origination of general sociology in the middle of the 19th century and remained in its frame. It was separated from the general sociology and became an independent scientific discipline only later. When the general sociology was already established and got the status of an academic discipline. i.e. at the beginning of the 20th century. Sociology of law in Slovenia must proceed from the cognitions of general sociological theory and use sociological methods in interpreting law as a social phenomenon. Dr. Žun's view was, that only with such a broad approach it is possible to explain social, interest, political, cultural, and economic circumstances, due to which some social relations are regulated by legal norms, to find conformity of real relations with ideal norms, to get to know the contents of legal culture in a global society.

Prikaz knjige

UDK: 342.4(049.3)

**ŠTEFANEC, Iztok: Pomen ustavnosti in ustavna demokracija:
zbornik ob dvajsetletnici slovenske ustave**

Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 7-8

Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani in Ustavno sodišče Republike Sloveniji sta ob dvajseti obletnici sprejema Ustave Republike Slovenije izdali znanstveni zbornik z naslovom *Pomen ustavnosti in ustavna demokracija*. Uredil ga je prof. dr. Igor Kaučič. Združuje enaintrideset prispevkov, večina jih je v slovenskem jeziku, sedem pa v angleškem. Njihovi avtorji so jih priznani domači in tuji (ustavni) pravniki, univerzitetni učitelji, ustavni sodniki in drugi ugledni pravniki. Prispevki so razdeljeni v tri podnaslovljene vsebinske sklope: *Pomen ustavnosti in ustavna demokracija*, *Razmerja med ustavnim sodiščem, državnimi in meddržavnimi organi* ter *Izbrana vprašanja slovenske ustavnosti*. Uvod v zbornik je slavnostno predavanje prof. dr. Franceta Bučarja, predsednika osamosvojitvenega zasedanja Skupščine Republike Slovenije ter njene ustavne komisije, ki ga je imel na dvodnevni mednarodni znanstveni konferenci. Ta je v počastitev dvajsetletnice slovenske ustave potekala 21. in 22. decembra 2011 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in na Ustavnem sodišču Republike Slovenije pod naslovom *Dvajset let Ustave Republike Slovenije: pomen ustavnosti in ustavna demokracija*.

Book Review

UDC: 342.4(049.3)

ŠTEFANEC, Iztok: Significance of Constitutionality and Constitutional Democracy: Insight into Miscellany, Marking Twenty Years of the Slovenian Constitution

Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 7-8

The Faculty of Law of the University of Ljubljana and Constitutional Court of the Republic of Slovenia have honored the twentieth anniversary of the adoption of the Constitution of the independent Republic of Slovenia in 1991 also by publishing scientific miscellany entitled *Significance of Constitutionality and Constitutional Democracy*. It was edited by professor Igor Kaučič. It includes thirty-one contributions predominantly in the Slovenian language, seven of them in English. They were contributed by renowned domestic and foreign (constitutional) lawyers, university professors, constitutional judges and other eminent lawyers. The contributions are divided into three subtitled thematic sections: *Significance of Constitutionality and Constitutional Democracy*; *Relations between the Constitutional Court, National and International Bodies*; and *Selected Issues of Slovenian Constitutionality*. The miscellany is introduced by keynote lecture of professor France Bučar, the president of the first Assembly of the Republic of Slovenia (and its Constitutional Commission) after its independence. The lecture was given at the two-day international scientific conference, held to commemorate the twenty years of the Slovenian Constitution on 21 and 22 December 2011 at the Faculty of Law, University of Ljubljana, and Constitutional Court of the Republic of Slovenia. The conference was entitled *Twenty Years of the Constitution of the Republic of Slovenia: Significance of Constitutionality and Constitutional Democracy*.

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 Anglišta, Pravna založba, Ljubljana 2008.

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

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

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

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

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

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

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

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

8.

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

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

Če uradne krajšave ni, jo izbere pisec.

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

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

Primer: Ur. l. RS, št. 50/07.

9.

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

Primer navajanja odločbe Ustavnega sodišča RS:

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

10.

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

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

Morebitne spremembe mora avtor sporočiti uredništvu.

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

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

Prispevke za objavo v reviji pošljite na naslov:

IUS SOFTWARE, d. o. o., GV Založba, Tivolska cesta 50, 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:

IUS SOFTWARE, d. o. o., GV Založba
Tivolska cesta 50
SI-1000 Ljubljana
Slovenia

or electronically to: **pravnik@revija-pravnik.si**

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



*Sodobni
svet pravnih
informacij*

Pravne vsebine še
nikoli niso bile tako
enostavno dostopne.

www.iusinfo.si



Pravnik

Pravnik letnik 69 (131)

številka 7-8/2014