

# Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik 72 (134)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka 3-4/2017

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

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

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

Uredniški odbor:

**dr. Matej Accetto, dr. Mitja Deisinger, Hinko Jenull, dr. Miha Juhart, dr. Erik Kerševan, Boštjan Koritnik, dr. Janez Kranjc, dr. Marijan Pavčnik, dr. Konrad Plauštajner, dr. Saša Prelič, Mojca Seliškar Toš, dr. Darja Senčur Peček, dr. Alenka Šelih, dr. Mirjam Škrk, dr. Verica Trstenjak, dr. Lojze Ude, dr. Dragica Wedam Lukić**

Mednarodni uredniški odbor:

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

Odgovorna urednica:

**dr. Dragica Wedam Lukić**

Strokovni urednik:

**Boštjan Koritnik**

Tehnični urednik:

**Dean Zagorac**

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

Naslov: Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana

Tisk: Litteralis, d.o.o.

Naklada: 520 izvodov

Izide 12 števil na leto, v šestih zvezkih.

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

**Naročila**

e-naslov: [pravnik@revija-pravnik.si](mailto:pravnik@revija-pravnik.si), tel.: 01 42 03 113, faks: 01 42 03 115

**Letna naročnina (cene z DDV):**

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

IBAN: SI56 6100 0000 9259 676

## VSEBINA

### *Uvodnik*

Ljubo Bavcon

Nekaj kritičnih misli o kriminalitetni politiki  
na področju gospodarstva – 165

### *Članki*

Blaž Kovačič Mlinar

Nekateri ustavnopravni vidiki inkriminacije  
po 240. členu Kazenskega zakonika  
(KZ-1) – 171

Primož Križnar

Vprašanje zakonite uporabe termovizijske  
naprave v kazenskem postopku – 183

Primož Rataj,  
Grega Strban

Vloga sodnih svetov za zagotovitev  
učinkovitega sodnega sistema – 209  
(*daljši povzetek v slovenskem jeziku*) – 255

Rastislav Kanižar

Volitve prek interneta kot izziv prihodnosti v  
primerjavi s tradicionalnim voliščem – 261

### *Avtorski sinopsisi*

(*v slovenskem in angleškem jeziku*) – 283

### *Navodila za avtorje*

(*v slovenskem, angleškem in hrvaškem  
jeziku*) – 293

# CONTENTS

## *Editorial*

- Ljubo Bavcon      Some Critical Reflections on the Criminal  
Justice Policy in the Field of Economy – 165

## *Articles*

- Blaž Kovačič Mlinar      Some Constitutional Aspects of Article 240 of  
the Slovenian Criminal Code – 171
- Primož Križnar      The Question of Lawful Usage of Thermal  
Imaging Device in Criminal Procedure – 183
- Primož Rataj      The Role of the Councils for the Judiciary for  
Grega Strban      an Effective Judicial System – 209  
*(longer summary in Slovenian language)* – 255
- Rastislav Kanižar      Internet Voting as a Future Challenge in  
Comparison to Traditional Voting – 261

## *Authors' Synopses*

*(in Slovenian and English language)* – 283

## *Guidelines for Authors*

*(in Slovenian, English and Croatian  
language)* – 293

## NEKAJ KRITIČNIH MISLI O KRIMINALITETNI POLITIKI NA PODROČJU GOSPODARSTVA\*

**Ljubo Bavcon,**

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, zaslužni profesor  
Univerze v Ljubljani*

V začetku leta sem v dnevnem časopisju bral poročilo o sojenju v zadevi MIP. Posebej me je presenetila poročevalčeva ugotovitev, da sodnica ni ugodila zahtevi tožilca, ni izrekla predlagane denarne kazni in ni odredila vrnitve domnevne protipravno pridobljene premoženjske koristi, in to z argumentom, da obtoženi očitanih mu dejanj ni storil iz koristoljubnosti, temveč zato, ker je poskušal rešiti svoja podjetja, ki jim je grozil stečaj.

Zadeve MIP v nadrobnostih ne poznam in ne vem, kaj vse je obtožnica očitala obtoženemu. Dovolil sem si citirati novinarsko poročilo samo v tem delu, ker tako nazorno odkriva temeljno vprašanje kriminalitetne politike na področju gospodarstva, in sicer vprašanje, kako in s katerimi merili je mogoče in je treba razločevati med gospodarskimi ukrepi posameznikov, ki so nesporno kriminalni, in tistimi, ki jim tega ni mogoče očitati, posledica obojega pa je bila tak ali drugačen bankrot, če smem to splošno besedo uporabiti za vsakovrstne pojavne oblike gospodarske neuspešnosti.

Že pred leti sem v enem svojih člankov opozoril na to problematiko. Med drugim sem zapisal, da je bilo to vprašanje velik problem tudi v prejšnji državi, posebej po tem, ko je leta 1960 Tito v takrat znamenitem govoru v Splitu zahteval energičen pregon gospodarskega kriminala, ki ga je razglasil za poglavitni vzrok in krivca za gospodarsko neuspešnost samoupravnega socializma in

---

\* Besedilo je nekoliko dopolnjen prispevek avtorja za okroglo mizo Ali ima gospodarska družba pravico živeti mimo volje njenih delničarjev – korporacijski in kazenski vidik, v okviru dogodka Aktualna vprašanja gospodarskega prava (Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Odvetniška akademija Odvetniške zbornice Slovenije in Nebra, 22. in 23. marca 2017 na Pravni fakulteti v Ljubljani), 22. marca 2017.

za nizek standard ljudi. Najprej so seveda organi represije pozaprli množico direktorjev, računovodij in drugih gospodarstvenikov, ko pa so zadeve prišle do sodišč, je vendarle in vsaj praviloma prevladal razum in obsojenih je bilo, vsaj v Sloveniji, samo kakih dvajset obtoženih in še ti so bili kmalu odpuščeni. Odprlo pa se je vprašanje, ki je aktualno tudi zdaj, skoraj 60 let pozneje, kaj je v gospodarstvu kriminalno in kaj ne. Pokojni profesor Kobe je takrat predlagal, da naj bo osnovno merilo kriminalnosti odgovor na vprašanje, ali si je vpleteni gospodarstvenik napolnil svoje žepe. Sam bi danes najprej soglašal s Kobetovim stališčem, če gre seveda za ostanke nekdanje družbene lastnine, dodal pa bi danes še pomembnejše vprašanje, kaj pa če so izgube, bankroti itd. posledica gibanj na tržišču doma in v tujini. V mislih imam najprej gospodarske krize, ki so neizogibna posledica kapitalistične družbeno-ekonomske ureditve, še zlasti v njeni neoliberalistični izvedbi. Tako urejena družba je izrazito rizična družba, za nobeno ravnanje ni mogoče vnaprej in z gotovostjo trditi, da bo prineslo dobiček in zato imamo veliko napačnih ekonomsko-političnih odločitev Evropske komisije, nato slovenske vlade, Narodne in drugih bank in potem še zgrešene, napačne, panične in tako tudi inkriminirane gospodarske poteze posameznih nosilcev gospodarske dejavnosti. Glede tega moram še posebej poudariti, da pravkar povedano ni in ne želi biti opravičevanje tistih »junakov našega časa«, ki znajo izrabiti rizičnost ekonomske ureditve in si z najrazličnejšimi gospodarskimi manipulacijami napolnijo svoje žepe. Opozarjam samo na težavnost razločevanja in na to, da kaznovalna represija za moja pojmovanja ni in ne more biti primerno sredstvo za reševanje socialnih, političnih in gospodarskih problemov in konfliktov. Pri tem samo zaradi razumnega obsega tega prispevka puščam ob strani zahtevo vsake dostojne demokratične države, da še zlasti kazenskega prava ni dopustno zlorabljati za doseganje kakih političnih, ekonomskih, socialnih itd. ciljev, ali še bolj naravnost povedano, za kazenski pregon različnih sovražnikov, ki si jih sproti in po potrebi izmišlja vladajoča politična elita.

Ta uvodna izvajanja so se mi zdela potrebna zato, ker tudi zdaj politiki razglašajo gospodarsko kriminaliteto za pglavitni vzrok gospodarskih kriz in njihovih spremljajočih posledic, med katerimi sam vidim predvsem osiromašenje prebivalstva. Nedavno smo poslušali trditve, da gospodarska kriminaliteta in korupcija ogrožata demokratično ureditev zahodnega dela sveta. Potem so to geslo zamenjala druga, najprej terorizem, zdaj migranti, z nastopom skrajnih desničarjev v Evropi in Donalda Trumpa v ZDA pa so se ti bavbavi zelo namnožili in zahteve po represiji, vsakovrstnem preganjanju zdaj tega zdaj onega »kriminala« postajajo čedalje glasnejše in dobivajo žal precej množično podporo volivcev, tako da ni povsem jasno, kakšen bo izid volitev v Franciji, kar bi bilo lahko celo usodnega pomena za Evropsko unijo. Pri tem je zanimi-

vo, da se aktualne levo- in desnosredinske vladajoče politične strukture ne le ne upirajo takim težnjam in zahtevam, marveč jim nasedajo tako, da tudi tradicionalno svobodoljubne dežele tako imenovanega Zahoda postajajo iz dneva v dan bolj naklonjene uporabi, ali še bolje rečeno zlorabi kaznovalne represije, zavite v plašč policijskega in kazenskega prava v imenu varnosti in za urejanje političnih, gospodarskih, medijskih in še kakšnih družbenih konfliktov, protislovij in problemov.

Toda v resnici kriminaliteta ni in ni nikoli bila poglavitna nevarnost za obstoj take ali drugačne družbene ureditve. Tudi vrednot, na katerih naj bi bila zgrajena idealna demokratična pravna država, ne ogroža ne ta ne ona zvrst kriminalitete, marveč so za te vrednote resnična in zelo resna nevarnost politične zlorabe kriminalnega argumenta in neobrzdano pretiravanje pri praktičnem in zakonodajnem odzivanju na te pojave. Skratka, z zlorabo kriminalnega argumenta opravičujejo spremembe, ki se ponekod že uveljavljajo, drugje pa grozijo z uvedbo represivne, policijske države, ki naj nadomesti idealno demokratično pravno državo. Zato in če nočemo slepo slediti trendom, ki se zdaj uveljavljajo v našem delu sveta, bi bilo prav in koristno, če bi med drugim tudi kritično, s stališča vladavine prava, ocenili vsak predlog za spremembo kazenske in kaznovalne zakonodaje, in med njimi zlasti tudi tiste, ki pridejo iz Evropske komisije.

Ena večjih nevarnosti pojma gospodarske kriminalitete je v tem, da se izogiba vsaki malce bolj določni in trajni opredelitvi, tako pa postane predmet interpretacij na podlagi zahtev trenutno vladajoče politične opcije in zato predmet političnih manipulacij in merjenja politične moči. V zadnjih nekaj letih so se zato pojmovanja o tem, kaj je prepovedano, zelo razširila. V tem okviru seveda ne morem nadrobneje obdelati vseh tistih inkriminacij, ki so v kazenskem zakoniku namenjene preprečevanju in kaznovanju gospodarske kriminalitete. Zadostovati bo morala ugotovitev, da se je v zadnjih desetih letih bistveno spremenilo pojmovanje in razlaga pojma zloraba položaja, kakor nas je o tem obvestil kolega H. Jenull v uvodniku revije *Odvetnik*.<sup>1</sup> Zdaj se je v kazenskem pravosodju uveljavilo pravilo civilnega prava o »vestnosti dobrega gospodarja« kot merilo za presojo zlorabe položaja ali pravic. Kazenska sodišča pred desetimi in več leti tega merila niso uporabljala, če pa ga zdaj uporabljajo za dejanja, ki so bila storjena pred desetimi in več leti, torej za nazaj, potem močno dvomim o zakonitosti takega ravnanja, ker krši dve maksimi tega načela, in sicer: zakon mora biti znan ob izvršitvi kaznivega dejanja (*lex praevia*) in zakon mora biti nedvoumno določen (*lex certa*). Verjamem in razumem, da je mikavno kazensko preganjati in »končno vendarle« tudi obsoditi ljudi, ki

<sup>1</sup> Čas tožilcev, v: *Odvetnik*, št. 1/2014.

so jih mediji razglasili za storilce hudih gospodarskih kaznivih dejanj, organe pravosodja po obtožili, da jim niso mogli ali znali priti do živega prej. Žal, tako umovanje velja v domačih kuhinjah in ob šankih, vladavina prava pa tega ne dopušča. Treba se bo odločiti, ali bomo zaradi naše pravne varnosti in svobode spoštovali pravila vladavine prava, ali pa bomo, zaradi peščice ljudi, ki so ali bi zaradi uporabe kazenskega prava *lege artis*, ostali nekaznovani, žrtvovali vladavino prava in na široko odprli vrata samovolji.

Res pa je, da kazensko pravo čedalje bolj posega na področje civilnega in gospodarskega prava, kar je med drugim razvidno tudi iz raziskave (disertacije) dr. Cirila Keršmanca. Avtor je v doktorski disertaciji<sup>2</sup> teoretično in tudi empirično raziskoval dve, v pravosodni praksi poglavitni kaznivi dejanji, in sicer poslovno goljufijo in zlorabo položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti. Že v začetnih izvajanjih je avtor opredelil svoje raziskovanje kot iskanje razmejitve med kazenskopravno relevantnimi preslepitvami na eni strani in zgolj civilnopravno relevantno »zvižčnostjo« na drugi strani. Pri tem se je oprl tudi na misel pokojnega prof. P. Kobeta iz davnega leta 1973, da je namreč relativnost pojmov, ki jih uporablja gospodarsko kazensko pravo, sicer njegova slabost, toda hkrati žal njegova neizogibna posebnost. Vendar, nadaljuje avtor, če ta posebnost postane brezmejna, to vodi v množenje (nabrekanje) inkriminacij, ki se vse bolj oddaljujejo od škodnega načela (angl. *harm principle*), ki pa je za legitimnost kazenskega prava bistvena. Ta težnja, vse bolj širiti cono kriminalnosti, uporablja čedalje več nejasnih, zgolj od razlage odvisnih pojmov in tako zajema čedalje več bagatelnih primerov. Ti primeri uživajo *de facto* prednost na škodo bolj zapletenih zadev. Pozornosti je vredna avtorjeva analiza zakonodajnega razvoja poslovne goljufije, ki se v Kazenskem zakoniku (KZ-1)<sup>3</sup> iz leta 2008 pojavi tudi kot kaznivo dejanje brez premoženjske škode. S primerom, ki ga je poimenoval »Medo«, je nazorno pokazal vso pojmovno zmedo glede vprašanj, katera ravnanja so v kapitalističnem gospodarskem sistemu normalno gospodarsko poslovanje in zato nekazniva, katera pa že segajo v cono kaznivosti.

Tu moram omeniti tudi najnovejšo spremembo 240. člena v predlogu novele KZ-1E. O tem je profesor Matjaž Ambrož napisal razpravo v Pravni praksi z dne 19. januarja 2017 Naklep in namen pri kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti. Z avtorjevim soglasjem povzemam nekatere njegove ugotovitve. Predlog novele naj bi dosednji delikt brez posledice spremenil v posledičnega v obliki pridobitve protipravne premoženjske

<sup>2</sup> Kot monografija je izšla pod naslovom Preslepitve na meji in onkraj pregona. GV Založba, Ljubljana 2014.

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 55/08 in nasl.

koristi ali povzročitve škode, hkrati pa črta storilčev namen. Smisel te spremembe je prozoren. Glede na zakonsko zahtevani namen je bilo v teoriji in sodni praksi že zdavnaj sprejeto stališče, da je treba za to dejanje obtožencu dokazati direktni naklep in da torej eventualni naklep ne zadostuje. Če bo predlagana sprememba uveljavljena, bo za to dejanje zadoščal že eventualni naklep. Prof. Ambrož utemeljeno opozarja, da ob korektni, *lege artis* uporabi tudi spremenjene inkriminacije ne bo mogoče širiti, saj sta »struktura in duh tega kaznivega dejanja taka, da v življenju praviloma hodita vstric z direktnim naklepom«. Omejujem se le še na avtorjevo opozorilo, da je »zlasti pri poslih, ki prinesejo velike izgube, psihološki pritisk ugotoviti kršitev notranjih pooblastil, velik. Zato inkriminacija eventualnega naklepa ne sme pomeniti odpovedi temu, da se vprašanje kršitve notranjih pooblastil kar se da skrbno in brez ihta razišče«.

In tako se na koncu sprašujem, kaj pa, če bi za spremembo poskusili oblikovati kriminalitetno politiko na splošno in posebej za gospodarsko kriminaliteto tako, da bi bila utemeljena na strokovnih in znanstvenih analizah o gibanjih kriminalitete, umirjena, razumna, da ne bi bila sredstvo za politične obračune, da bi lahko organi za njeno izvrševanje mirno delovali legitimno, zakonito, strokovno pravilno in pravično, kar štejem tudi za njihovo največjo možno učinkovitost. Ali bi bilo mogoče, da se na zakonodajni ravni ne bi vdali zahtevam po deformaliziranju, ekspanziji in fleksibilizaciji kazenskopravnih norm. Ti izrazi pomenijo zanikanje skrbi zakonodajalca za legitimnost kaznovalno pravnih norm, ali bolje rečeno skladnost z ustavnimi načeli za spoštovanje in varstvo človekovih pravic, na njihovo odmerjenost in razumnost (*ultima ratio*), za jasnost in določenost dejanja v zakonu, za usklajenost pravnega sistema kot celote in podobno. Na ravni represivne prakse pa se ne bi smeli vdati težnjam po moralizatorstvu in subjektivizaciji, s čimer mislim na pristranskost in na sklepanje po vzorcu »kdor laže, tudi krade, pa še uši ima«, kot smo temu rekli dodali mulci še pred drugo vojno. Veliko bolje kot politizacija in moraliziranje se mi zdijo stvarni ukrepi, kot so, samo za primer: racionalna organizacija dela, kadrovska kakovostna in količinsko zadostna zasedenost, finančna primernost in še več tem podobnih dejanskih ukrepov na področju organov kazenskega pravosodja, začevši s policijo. Glede poštenosti, korektnosti in podobnih vrlin gospodarskega poslovanja bi, če je to v okviru kapitalističnega sistema sploh mogoče, nemara dosegli veliko več, s primerno pravno in etično regulacijo v okviru gospodarskega prava in etičnih kodeksov kot pa z nasiljem.



## NEKATERI USTAVNOPRAVNI VIDIKI INKRIMINACIJE PO 240. ČLENU KAZENSKEGA ZAKONIKA (KZ-1)

**Blaž Kovačič Mlinar,**

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, odvetnik*

### 1. UVOD

Člen 240 Kazenskega zakonika (KZ-1)<sup>1</sup> inkriminira zlorabo položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti in je v zadnjih letih ena najpogostejše uporabljenih določb za pregon t. i. gospodarske kriminalitete. Pri tem pa se porajajo številna vprašanja.

V tem prispevku bom najprej obravnaval vprašanje, do kod sploh segajo meje upravičenega kazenskopravnega odzivanja države v primeru odločitev posloводства, ki gospodarski družbi ne povzročijo nobene škode, storilec ali tretje osebe pa pridobijo (premoženjsko) korist. Gre pravzaprav za (ustavnopravno) vprašanje, do kod sega svobodna gospodarska pobuda in kje se začenja upravičen interes države v smislu kazenskopravne represije. V nadaljevanju bom poskusil utemeljiti tezo, da je treba pri tem upoštevati predvsem okoliščino, ali je družbi z ravnanjem posloводства nastala škoda ali ne, zgolj nastala korist pa državnega posega z instrumenti kazenskega prava ne more upravičiti, saj interesi lastnikov s tem niso bili prizadeti.

V drugem delu prispevka pa opozarjam na ustavnopravno problematično ravnanje tožilcev in sodišč v teh kazenskih postopkih, saj se kot vsebina te (blanketne) inkriminacije pogosto navaja kršitev načela vestnega in poštene-ga gospodarstvenika po prvem odstavku 263. člena Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1).<sup>2</sup> Menim, da ta določba ZGD-1 vsebuje zgolj načelo in ne konkretnega pravila, kar pa je sporno z vidika načela zakonitosti v kazenskem

---

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 55/08 in nasl.

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 42/06 in nasl.

(materialnem) pravu. Zato menim, da sklicevanje na omenjeni člen ZGD-1 v konkretnih obtožbah in sodbah ne more zadostiti ustavnopravnim zahtevam v smislu *lex certa*.

## 2. USTAVNOPRAVNI OKVIR DRŽAVNIH POSEGOV V SVOBODO GOSPODARSKE POBUDE

Ustavno sodišče v svojih odločitvah izhaja s stališča, da je omejevanje svobodne gospodarske pobude s predpisi dopustno le, če je to nujno zaradi varovanja močnejše javne koristi (na primer varovanje zdravja in življenja prebivalcev, varstva potrošnikov in upnikov, redne oskrbe itd.). Poleg tega pa Ustavno sodišče v odločbah sprejema merila, ki presegajo okvir varstva svobodne gospodarske pobude. Omejevalni ukrepi so dopustni le, če poleg varstva javne koristi izpolnjujejo pogoje primernosti, sorazmernosti in trajnosti, če so določni in ne kršijo enakopravnosti subjektov.

Temeljno merilo pri določitvi meje upravičenih posegov države na področje gospodarstva mora biti načelo delovanja uprave v korist družbe, ki jo upravlja. Sam koncept (nezvestobe družbi) je bil v slovenski kazenskopravni red prenesen iz nemške kazenskopravne teorije in prakse, ki je to kaznivo dejanje (nem. *Untreue*) opredelila kot ravnanje uprave, ki je v nasprotju z interesi njenih lastnikov. Najbolj klasičen primer takega ravnanja je denimo uporaba denarnih sredstev, ki pripadajo družbi, v zasebne namene. V takem primeru gre namreč za jasno korelacijo med pridobitvijo protipravne koristi na eni strani (povečanje zasebnega premoženja uprave) in škodo (v smislu zmanjšanja premoženja) družbe na drugi strani. Vendar pa je slovensko kazensko pravo koncept »nezvestobe« družbi tako razširilo, da KZ-1 (in že prej veljavni Kazenski zakonik – KZ<sup>3</sup>) inkriminirata tudi ravnanja uprave, ki gospodarski družbi ne povzročijo nobene škode, povzročita pa korist za storilca ali tretje osebe. Prvi odstavek 240. člena KZ-1 namreč določa, da storilec ravna z namenom, da bi sebi ali komu drugemu pridobil protipravno premoženjsko korist ali povzročil premoženjsko škodo, pri čemer ni niti potrebno, da bi bila ta korist res tudi pridobljena (razen pri kvalificirani obliki kaznivega dejanja, ki jo predpisuje drugi odstavek istega člena, kjer mora storilec sebi ali drugemu pridobiti vsaj 50.000 evrov koristi).

Pri tem je treba poudariti, da je temeljno načelo, ki naj vodi najprej zakonodajalca, nato pa tudi sodišče, načelo omejenosti poseganja v družbene odnose z instrumenti kazenskopravne represije. Kazensko pravo je namreč *ultima ratio*, kar pomeni, da je treba pri urejanju družbenih razmerij najprej uporabiti vse

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 63/94 in nasl.

manj invazivne državne posege (na primer s kogentnimi pravili civilnega in gospodarskega prava). Šele če tako urejanje ni uspešno, se lahko poseže po kazenskopравни represiji, ki po svoji vsebini pomeni uporabo državno sankcioniranega (fizičnega) nasilja. Omenjeno načelo je še toliko pomembnejše, če se ga uporabi v sferi svobodne gospodarske pobude oziroma v družbenoekonomskem sistemu, kot ga predpisuje tudi Ustava v 74. členu. Kot rečeno, je Slovenija v ustavi sprejela načelo, da je gospodarska pobuda svobodna, lastnina pa v zasebni (in ne morda družbeni) lasti.

To med drugim pomeni, da gospodarska družba kot taka, torej kot gospodarski subjekt, nikakor nima enakih pravic kot fizična oseba, saj na primer nima niti pravice do življenja, ker jo lahko družbeniki pač kadarkoli likvidirajo. Zato je gospodarska družba v tem smislu stvar (seveda ne v strogo stvarnopravnem pomenu), pri čemer je treba poudariti, da se je že sam pojem »pravna oseba« razvil iz institutov, ki jih je poznalo že rimsko pravo (na primer institut ustanove) in v skladu s katerimi je pravna oseba sprva pomenila zgolj skupnost določenega premoženja oziroma stvari. Zato gospodarska družba kot gospodarski subjekt sama po sebi zasleduje le interese družbenikov in ne more imeti »svojih« interesov, ki bi bili ločeni od interesov družbenikov. Gospodarska družba je namreč zgolj sredstvo njenih družbenikov (oziroma delničarjev) za doseganje določenega cilja, to je dobička. Prav pridobivanje dobička pa je primaren namen (interes) družbenikov oziroma »lastnikov« posamezne gospodarske družbe in kar tako obliko združevanja bistveno razlikuje od drugih pravnih oseb (na primer društva ali zavoda).

Zato je tudi temeljna naloga posloводства družbe pridobivanje dobička za družbenike, to pa mora biti tudi temeljno vodilo sodišču pri presoji, ali je poslovodstvo prekršilo svoje dolžnosti in je zato tako ravnanje protipravno tudi v smislu 240. člena KZ-1. Dejanja posloводства so v tem smislu dejanja »skrbnika«, ki razpolaga s tujo stvarjo oziroma premoženjem in je v vlogi »pooblaščenca« družbenikov, ki so v vlogi nosilca »kvazi-lastninske« pravice v družbi. Poslovodstvo lahko stori kaznivo dejanje zlorabe položaja, če so njegova ravnanja v nasprotju z njegovimi »pooblastili«, glede na to, da je njegova obveznost in dolžnost, da varuje funkcionalno namembnost premoženja kot sredstva družbe, ki je posredno »v lasti« družbenikov. Zloraba zaupanja pa pomeni ravnanje, ki nasprotuje pričakovanju tistih, ki so poslovodstvu zaupali vodenje poslov družbe.

Zato je treba znova poudariti, da bistvo kaznivega dejanja po 240. členu KZ-1 ni varovanje interesov gospodarske družbe kot take, torej kot pravne osebe, ampak varovanje parcialnih interesov njenih »lastnikov«, torej družbenikov (oziroma delničarjev). Družbeniki pa ustanovijo gospodarsko družbo zgolj z enim namenom, to pa je pridobivanje dobička. Če bi namreč imeli druge na-

mene, potem bi ustanovili zavod, društvo ali zadrugo, pri katerih gre prav tako za pravne osebe, ki pa niso namenjene primarno pridobivanju dobička, ampak služijo drugim interesom (kultura, šport, dobrodelnost itd.).

Zato menim, da tudi ni pravilno stališče, kot ga je v različnih kazenskih postopkih, v katerih sem tudi sam sodeloval kot zagovornik, izrazilo tožilstvo (in posledično tudi sodišče), in sicer da ima konkretna gospodarska družba tudi nekakšen splošen, družbeni pomen, oziroma da so predmet kazenskopravnega varstva pri tem kaznivem dejanju tudi na primer delavci in upniki gospodarske družbe. Za varstvo upravičenih interesov teh subjektov namreč kazenska zakonodaja predvideva druge inkriminacije (na primer kršitev temeljnih pravic delavcev – 196. člen KZ-1, oškodovanje upnikov – 227. člen KZ-1).

Na podlagi omenjenega zato lahko zatrdimo, da je treba določbe 240. člena KZ-1 razlagati ustavnoskladno, kar pomeni predvsem ozko, saj bi bila široka razlaga v nasprotju s temeljnimi ustavnimi načeli v smislu svobodne gospodarske pobude in sistema zasebne lastnine. Kazenskopravno je zato treba sankcionirati zgolj tista ravnanja posloводства, ki pomenijo najhujše kršitve temeljne dolžnosti posloводства, to pa je zagotavljanje čim večjega dobička gospodarski družbi, ki jo vodi. Oziroma *argumentum a contrario*: vsa druga ravnanja posloводства, ki bi lahko bila sporna zato, ker so ogroženi (tudi pravno zavarovani) interesi tretjih oseb (ali celo širše – družbe kot celote), ne morejo pomeniti inkriminiranega ravnanja po določbi omenjenega člena KZ, saj ta varuje zgolj interese »lastnikov« družbe.

V tem smislu je treba razlagati tudi inkriminacijo 240. člena KZ-1, ki določa, da lahko posloводство izvrši predmetno kaznivo dejanje tudi tako, da izraabi svoj položaj z namenom, da bi pridobilo protipravno premoženjsko korist (sebi ali drugim). Na prvi pogled taka inkriminacija namreč omogoča sankcioniranje tistih dejanj, ki gospodarski družbi niso povzročila nobene škode, tretjim osebam pa je bila pridobljena premoženjska oziroma nepremoženjska korist. Glede na že omenjeno je treba ugotoviti, da bo tako ravnanje posloводства protipravno oziroma v posledici kazenskopravno sankcionirano lahko le v primeru, če je posloводство ob takem ravnanju zanemarilo svojo temeljno nalogo, to pa je pridobivanje (maksimalnega) dobička za družbenike. Če pa posloводство ustvari hkrati korist (dobiček) za družbenike in korist (dobiček) zase ali za tretje osebe, potem tako ravnanje ne more biti kazenskopravno sankcionirano oziroma protipravno, razen če tožilstvo oziroma sodišče dokaže, da se je pri tem posloводство **namerno (naklepno)** odreklo delu dobička oziroma da je prišlo do prelivanja premoženja iz premoženjske sfere gospodarske družbe v premoženjsko sfero drugih oseb. To pa posledično pomeni, da je gospodarski družbi nastala škoda. Torej je možnost, ki jo predvideva predmetna inkriminacija – pridobitev zgolj koristi (brez povzročitve škode družbi)

–, le navidezna oziroma bo v vsakem dejanskem, življenjskem primeru nujno prišlo tudi do oškodovanja družbe.

To pa je tudi edino pravilno in ustavnopravno sprejemljivo glede na določbo 74. člena Ustave. Ustvarjanje koristi za tretje osebe, ne da bi hkrati prišlo do oškodovanja (lahko tudi v smislu izgubljenega dobička) družbe oziroma njenih »lastnikov«, ni ravnanje, ki bi ga lahko država kazenskopravno sankcionirala, saj bi s tem neupravičeno posegla v polje svobodne gospodarske pobude. Jasno je namreč, da država (oziroma njeni organi) ne morejo prevzeti vloge nekakšnega super-nadzornika nad poslovnimi odločitvami poslovodstev gospodarskih družb. Ta vloga (nadzora) je namreč pridržana nadzornim svetom in skupščinam lastnikov, ti pa se lahko v primeru malomarnega vodenja odločijo tudi za vložitev odškodninskih tožb zoper poslovodstvo, če so taka ravnanja družbi povzročila škodo.

Pri tem pa je treba poudariti tudi okoliščino, da lahko v primeru izvršitve kaznivega dejanja, pri kateri je bila zgolj pridobljena korist, ne da bi bila pri tem povzročena škoda družbi, v okviru katere je storilec deloval, pripelje do absurdnega položaja, ko družba oziroma družbeniki ne bodo imeli na voljo pravnega sredstva v obliki odškodninske (ali drugačne civilnopravne) tožbe (saj škoda družbi ni bila povzročena) in tako torej njihovi interesi v tem primeru niso prizadeti in zato tudi niso civilnopravno varovani, kljub temu pa bo tako ravnanje poslovodstva izpolnjevalo znake kaznivega dejanja po 240. členu KZ-1 in bo torej upravičevalo kazenskopravno represijo. Z drugimi besedami: v takih primerih država »oškodovancu« ne prizna nobenega pravnega interesa, čeprav naj bi bilo to kaznivo dejanje storjeno prav zoper koristi oziroma premoženje tega »oškodovanca«, sama pa tako ravnanje kazenskopravno sankcionira in tako najbolj intenzivno poseže v pravico do svobodne gospodarske pobude. Pri tem pa je jasno, da so pogoji za civilnopravno odgovornost v teoriji strožji kot pogoji za kazenskopravno odgovornost oziroma bo poslovodstvu »težje« dokazati kazensko kot civilnopravno odgovornost. V tem primeru pa civilnopravna odgovornost poslovodstva sploh ni predvidena oziroma mogoča, saj ni izpolnjena temeljna predpostavka odškodninske odgovornosti poslovodstva: nastanek škode.

Zato se sprašujem o ustavnosti tistega dela določbe prvega odstavka 240. člena KZ-1, ki določa, da je mogoče izvršiti predmetno kaznivo dejanje tudi tako, da storilec ravna z namenom, da bi pridobil korist, ne da bi hkrati tudi imel namen povzročiti škodo, saj menim, da taka inkriminacija ni v skladu z 74. členom Ustave. KZ-1 bi moral v skladu s tem namreč izrecno določati, da mora storilec s takim ravnanjem povzročiti tudi škodo, kot sem že pojasnil.

Pri tem je treba namreč poudariti, da je tudi izgubljeni dobiček ena od oblik (premoženjske) škode, ki jo določa in priznava Obligacijski zakonik (OZ)<sup>4</sup> v

<sup>4</sup> Uradni list RS, št. 83/01 in nasl.

132. členu, v katerem določa, da je izgubljeni dobiček preprečitev povečanja premoženja. Že iz teorije civilnega prava pa je poznano, da je mogoče kot izgubljeni dobiček v smislu premoženjske škode upoštevati tisto preprečitev povečanja premoženja, do katere bi ob rednem oziroma normalnem poteku dogodkov zagotovo prišlo. Navadna škoda je torej zmanjšanje nekega premoženja, izgubljeni dobiček pa preprečitev njegovega povečanja. Izgubljeni dobiček zato ni računovodska kategorija, ampak pravna, gre torej za poseben pravni institut po določbah obligacijskega in kazenskega prava,<sup>5</sup> tisti, ki izgubljeni dobiček zatrjuje, pa mora dokazati, da bi brez protipravnega ravnanja povzročitelja do povečanja premoženja nedvomno prišlo.

Z drugimi besedami: če storilec predmetnega kaznivega dejanja izvrši kaznivo dejanje tako, da je sebi ali drugemu pridobil korist, potem bo nujno moralo biti tako ali drugače oškodovano tudi premoženje družbe oziroma njenih družbenikov, vsaj v smislu izgubljenega dobička. Zato v nobenem primeru ne moremo govoriti o nekakšnih zgolj abstraktno opredeljenih in varovanih interesih gospodarske družbe *per se*, ampak je možno v vsakem primeru storilcu očitati tako ravnanje, ki je navsezadnje za družbo oziroma njene družbenike povzročilo škodo v kakršnikoli pravno priznani obliki.

Edini kazenskopravno relevanten očitek, ki ga je v takem primeru (ko gre zgolj za pridobitev koristi) mogoče nasloviti na storilca, namreč je, da je s svojimi ravnanji pridobil korist zase ali za tretje osebe, namesto da bi se ta korist (dobiček) zlila v premoženje družbe in posledično k njenim družbenikom v obliki povečanega dobička oziroma premoženja. Pri tem pa je pomembno poudariti tudi to, da sodna praksa in tudi civilnopravna teorija razumeta izgubljeni dobiček kot tisto preprečitev povečanja premoženja, do katerega bi sicer ob verjetnem toku dogodkov zagotovo prišlo. To pa pomeni, da mora na primer tožnik v odškodninski tožbi v civilnem postopku s stopnjo gotovosti dokazati, da bi se brez protipravnega ravnanja toženca dogodki zvrstili tako, da bi dobiček nastal in da bi bilo zato premoženje tožnika večje, kot je sicer.

V vsaki taki konkretni zadevi bi zato moralo tožilstvo storilcu dokazati, da je bilo premoženje konkretne družbe zaradi izgubljenega dobička zmanjšano na račun pridobitve koristi storilcu oziroma tretjim osebam. Pokaže se torej, da je trenutno veljavna inkriminacija po 240. členu KZ-1 ustavno sporna, saj inkriminira pridobitev koristi brez povzročitve škode, čeprav zgolj pridobivanje koristi ne more biti predmet upravičenega kazenskopravnega sankcioniranja, kot sem že pojasnil.

<sup>5</sup> Glej na primer sklep Vrhovnega sodišča III Ips 21/2001 z dne 20. septembra 2001.

### 3. NAČELO VESTNEGA IN POŠTENEGA GOSPODARSTVENIKA KOT VSEBINA BLANKETNE NORME?

Določba 240. člena KZ-1 je po svoji vsebini pravzaprav (tiha) blanketna norma, saj vsebina dolžnostnega ravnanja posloводства ni zapisana v Kazenskem zakoniku, ampak v drugih pravnih virih, na primer v ZGD-1, uzancah, področnih zakonih itd. Vsekakor pa mora sodišče v vsakem konkretnem primeru, ko odloči, da je prišlo do kršitve dolžnostnega ravnanja, tudi natančno opredeliti vsebino tega dolžnostnega ravnanja oziroma povedano drugače: v skladu z načelom zakonitosti v kazenskem pravu (28. člen Ustave), v okvir katerega spada tudi zahteva, da morajo biti dolžnosti subjektov kazenskega prava vnaprej jasno in natančno določene (*lex certa*), mora sodišče (in še prej tožilstvo) najprej določiti, kako bi moral storilec v konkretnem primeru ravnati (kakšno je bilo njegovo konkretno dolžnostno ravnanje), nato pa obrazložiti, kako je to svojo dolžnost kršil. V vsakem konkretnem primeru bi moralo zato sodišče v sodbi najprej določno opredeliti, katero je bilo tisto dolžnostno ravnanje, ki ga je storilec z očitanimi ravnanji sploh prekršil. Šele naklepna kršitev takega dolžnostnega ravnanja ima namreč lahko za posledico kazensko odgovornost storilca.

Menim, da pa pri tem zgolj sklicevanje na prvi odstavek 263. člena ZGD-1 ni dovolj. Ta določba ZGD-1 namreč vsebuje zgolj načelo in ne konkretno pravilo. Že teorija pravoznanstva uči, da se načela uporabljajo v razponu – »več ali manj«, pravila pa izključujoče – »vse ali nič«. Načela posredujejo le vrednostna merila, zato sploh niso neposredno uporabna v konkretnih primerih.<sup>6</sup> Zato tudi teorija kazenskega prava uči, da je s stališča načela zakonitosti sicer dovoljeno, da je vsebina kakšnega zakonskega znaka kaznivega dejanja določena v kakšnem drugem predpisu (in ne v kazenskem zakoniku), vendar pa se mora tudi v tem primeru upoštevati načelo določnosti v zakonu (*lex certa*).<sup>7</sup> Gre za t. i. blanketne dispozicije, med katere spada tudi določba 240. člena KZ-1, saj pravil, kako mora ravnati naslovnik te pravne norme, kazenski zakonik ne vsebuje.

Seveda pa mora biti vsebina zakonskega znaka, ki je v drugem predpisu, prav tako določna, kot če bi bila zapisana v kazenskem zakoniku. Pravno načelo (na primer vestnega in poštenega gospodarstvenika) pa te zahteve ne izpolnjuje, saj gre zgolj za vrednostni standard ravnanja, ki ga mora šele v vsakem konkre-

<sup>6</sup> Glej Marijan Pavčnik: Teorija prava: prispevek k razumevanju prava. GV Založba, Ljubljana 2011, str. 123.

<sup>7</sup> Glej Ljubo Bavcon in drugi: Kazensko pravo: splošni del. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009, str. 187.

tnem primeru sodišče napolniti z vsebino in je torej podvržen »vrednotenju in ocenjevanju«.<sup>8</sup>

ZGD-1 v prvem odstavku 263. člena namreč zgolj določa, da morajo člani organov vodenja in nadzora pri opravljanju svojih nalog ravnati v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika in varovati poslovno skrivnost. Tako opredeljena dolžna ravnanja članov organov vodenja in nadzora lahko zato razdelimo na 1. dolžnost skrbnega ravnanja (angl. *duty of care*, nem. *Sorgfaltspflicht*) in 2. dolžnost zvestobe (angl. *duty of loyalty*, nem. *Treupflicht*).<sup>9</sup> Pri presoji, ali konkretno ravnanje ustreza standardu vestnega in poštenega gospodarstvenika, presojamo izključno objektivna merila temu, in sicer se vprašamo, kako bi v konkretni situaciji ravnal nekdo, ki vodi podjetje primerljive velikosti, dejavnosti ter gospodarskega položaja nasploh, in ki ima za vodenje podjetja vsa potrebna strokovna znanja in izkušnje<sup>10</sup> – od članov organov vodenja in nadzora pa se tudi sicer zahteva strožja skrbnost, tj. profesionalna skrbnost. Dolžnost zvestobe družbi pa izhaja že iz dolžnosti ravnanja v korist družbe.<sup>11</sup>

V primerjavi s prej navedeno določbo je prej veljavni ZGD<sup>12</sup> v 258. členu urejal le skrbnost in odgovornost članov uprave družbe (ne pa članov vseh organov vodenja in nadzora, ne glede na sistem upravljanja, za katerega se odločijo ustanovitelji oziroma lastniki družbe), prav tako pa izrecno ni določal dolžnosti ravnanja v dobro družbe.<sup>13</sup> Z uveljavitvijo ZGD-1 se je tako standard dolžne skrbnosti, ki se zahteva od članov organov vodenja in nadzora družb, razširil, vendar to nikakor ne pomeni, da bi vsaka odločitev, ki jo ti sprejmejo in se končno izkaže za škodljivo, že zato pomenila kršitev zahtevanega standarda skrbnosti.<sup>14</sup> Za uporabo določbe prvega odstavka 263. člena ZGD-1 mora biti torej škoda tudi dejansko povzročena, zato ta določba sploh ne more pomeniti vsebine kazenskopravne norme v primerih, ko se povzročitev škode storilcu sploh ne očitata.

Pri tem je treba poudariti, da pravilo t. i. podjetniške presoje (angl. *business judgment rule*), ki se je razvilo tako v anglo-ameriškem in tudi kontinentalnem

<sup>8</sup> M. Pavčnik, nav. delo, str. 123.

<sup>9</sup> Peter Podgorelec: Odškodninska odgovornost članov posloводства – analiza nekaterih sodb Vrhovnega sodišča RS, v: Podjetje in delo, št. 5/2013.

<sup>10</sup> Višje sodišče v Mariboru v sodbi I Cpg 539/2013 z dne 9. maja 2014.

<sup>11</sup> Prav tam.

<sup>12</sup> Uradni list RS, št. 30/93 in nasl.

<sup>13</sup> Rado Bohinc, v: Marijan Kocbek (ur.) in drugi: Veliki komentar zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1), 2. knjiga (168. do 470. člen). GV Založba, Ljubljana 2007, str. 313.

<sup>14</sup> Peter Podgorelec: Splošna odškodninska odgovornost članov organov vodenja in nadzora delniške družbe po ZGD-1, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2010, str. 978.

pravnem sistemu, in ga danes kot institut poznajo v angleškem, ameriškem, nemškem in nekaterih drugih pravnih sistemih,<sup>15</sup> katerega bistvena vsebina je, da uprava družbe ne odgovarja za vsako napačno poslovno odločitev, zaradi katere nastane družbi škoda, ampak mora upravi zmeraj ostati določeno polje proste (lastne) presoje,<sup>16</sup> pri nas kot zakonski institut še ni uzakonjeno, ampak je njegovo priznanje in tudi uporaba zaenkrat (sicer v znatni meri uspešno) prepuščena sodni praksi.<sup>17</sup>

Korak k temu, da bi se pravilo podjetniške presoje končno vneslo tudi v zakon, je bil predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o gospodarskih družbah-1 z dne 2. aprila 2015 (ZGD-1I), ki ga je pripravilo Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo.<sup>18</sup> Skladno s predlogom, bi prvi odstavek 263. člena ZGD-1 tako dobil nov drugi stavek, ki bi se glasil:

»Ne gre za kršitev dolžnosti ravnanja s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika, če je član organa vodenja ali nadzora smel pri sprejemanju podjetniške odločitve razumno domnevati, da ravna na podlagi primernih informacij in v dobro družbe.«

V postopku sprejemanja novele ZGD-1I je taka dopolnitev določbe prvega odstavka 263. člena ZGD-1 sicer izpadla, toda to ni ovira, da sodišča pravila podjetniške presoje tudi v prihodnje ne bi uporabljala.

Kakor pa je bilo opozorjeno tudi v obrazložitvi<sup>19</sup> predloga novele ZGD-1I, je pri presoji odgovornosti (tako civilne kot končno tudi kazenske) članov organov vodenja in nadzora družbe bistveno prav vprašanje razmejitve med napačno poslovno odločitvijo in kršitvijo dolžne skrbnosti. Vsaka podjetniška odločitev, ki se (pozneje) izkaže za škodljivo, nujno še ne pomeni ravnanja v nasprotju z zahtevanim standardom skrbnosti. Pri tem je treba upoštevati zlasti, da podjetniške odločitve ne prinašajo samo možnosti za uspeh, ampak je z njimi zmeraj povezana tudi določena stopnja poslovnega tveganja. Že iz narave podjetniške dejavnosti nujno izhaja, da se sprejemajo tudi nekatere tvegane odločitve, to so odločitve, ki lahko na koncu prinesejo tudi izgubo.

<sup>15</sup> Mile Dolenc: Odgovornost uprave gospodarske družbe za škodo, povzročeno družbi, v: *Pravni letopis* 2010, str. 117–128.

<sup>16</sup> P. Podgorelec, nav. delo (2010), str. 978.

<sup>17</sup> Tako je pravilo podjetniške presoje med drugim uporabilo tudi Vrhovno sodišče RS v sodbi III Ips 80/2010 z dne 9. julija 2013, sodbi in sklepu III Ips 75/2008 z dne 21. decembra 2010 ter nekaterih drugih odločbah, prav tako pa tudi Višje sodišče v Ljubljani v sklepu in sodbi I Cpg 171/2012 z dne 10. oktobra 2013 in nekaterih drugih odločbah

<sup>18</sup> Dosegljiv je na <[http://www.findinfo.si/download/razno/ZGD-1I\\_26032015.pdf](http://www.findinfo.si/download/razno/ZGD-1I_26032015.pdf)> (9. 4. 2017).

<sup>19</sup> Glej strani 68 in 69 predloga.

Zato se od uprave družbe (oziroma tudi drugih organov) ne pričakuje zgolj, da išče poslovne priložnosti za družbo, ampak da si na koncu tudi upa sprejeti podjetniško odločitev, čeprav je ta tvegana. Če bi upravo družbe obremenili z odgovornostjo za vsako škodo, ki nastane kot posledica poslovne odločitve, bi to povzročilo, da bi se uprava izogibala vsakršnim tveganim poslovnim odločitvam. To pa končno ne bi imelo le negativnih narodnogospodarskih učinkov (kar bi se odrazilo kot manjši bruto družbeni produkt, prav tako pa lahko tudi kot nižji davčni prihodki), ampak bi bilo tudi v nasprotju z interesi delničarjev (njihov interes je maksimizirati dobiček). Delničarji si namreč ne želijo menedžerjev, ki si ne upajo tvegati, saj to *de facto* zmanjšuje njihove možnosti za čim višji dobiček.<sup>20</sup>

Ta doktrina temelji na spoznanju, da so vsakdanje poslovne odločitve tvegane (rizične) in polne notranjih nasprotji. Zato je treba upravi gospodarske družbe omogočiti, da sprejema odločitve brez strahu (oziroma zavesti), da bo zaradi njih morala odgovarjati, pri čemer tudi ne bi bilo pošteno pričakovati, da bo poslovodstvo gospodarske družbe ves čas sprejemalo zgolj popolne (najbolj pravilne) odločitve. Prav zato pa je treba pri presoji standarda vestnega in poštenega gospodarstvenika ugotoviti zgolj, ali gre za razumno odločitev organov vodenja in nadzora družbe v dani, konkretni situaciji.<sup>21</sup>

Pri tem je treba poudariti, da se omenjeni standard uporablja v primerih, ko so zoper poslovodstvo s strani družbe ali družbenikov vložene odškodninske tožbe. Ta standard je namreč potreben zaradi presoje, ali je poslovodstvo pri vodenju poslov družbe ravnalo **neskrbno** ali ne. Seveda pa je predpogoj za vsakršno odškodninsko odgovornost poslovodstva predvsem nastanek škode, kar vnovič kaže na absurdnost kazenskih postopkov, ko se omenjeno načelo uporablja za utemeljitev kazenskopravne odgovornosti storilcev tudi v primerih, ko se storilec sploh ne očita, da so s svojim kaznivim dejanjem povzročili kakršnokoli škodo.

Vsekakor pa je iz tega jasno, da prvi odstavek 263. člena ZGD-1 ne vsebuje konkretnega pravnega pravila, ki bi v skladu z načelom *lex certa* kot posebnim vidikom načela zakonitosti v kazenskem pravu, kot ga določa 28. člen Ustave, morala vsebovati vsaka kazenskopravna norma. Naslovnik take (kazensko-pravne) norme zato vnaprej sploh ne more določno vedeti, kaj je kaznivo in kaj ne, s tem pa je kršeno tudi načelo zakonitosti v kazenskem pravu (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*):

<sup>20</sup> P. Podgorelec, nav. delo (2010).

<sup>21</sup> M. Dolenc, nav. delo.

»Ustava ga ureja kot materialnopravno jamstvo v kazenskem postopku – kot človekovo pravico, katere spoštovanje naj državi prepreči arbitrarno in samovoljno uporabo kazenskopravne represije zoper posameznika. Kot je navedlo Ustavno sodišče že v odločbi št. U-I-335/02 z dne 24. 3. 2005, ta določba Ustave postavlja več pogojev, in sicer:

- prepoved določanja kaznivih dejanj in kazni s podzakonskimi akti ali z običajnim pravom (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*);
- prepoved določanja kaznivih dejanj in kazni s pomočjo praznih, nedoločljivih ali nejasnih pojmov (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*);
- prepoved analogije pri ugotavljanju obstoja kaznivih dejanj in izrekanju kazni (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*);
- prepoved povratne veljave predpisov, ki določajo kazniva dejanja in kazni zanje (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).

Iz teh prepovedi izhajajo njim nasprotne ustavne obveznosti, ki so najprej usmerjene k zakonodajalcu. Ta lahko le z zakonom (»zakon« določil – *lex scripta*) zaradi varstva človeka, družbe kot celote in njenih vrednot opredeljuje, katera ravnanja posameznikov so zavržna (*mala in se*) ali nesprejemljiva do te mere, da jih je treba prepovedati (*mala prohibita*) in kazenskopravno sankcionirati. Sankcije so hude, saj je na tej podlagi dovoljeno posamezniku odvzeti prostost (drugi odstavek 19. člena Ustave). Zahteva po zakonu hkrati pomeni, da je le zakonodajna oblast tista, ki lahko določa, kaj je kaznivo, in to le s posebnim aktom, ki ima v pravnem redu poseben položaj (zakon) in ki se v parlamentu sprejema po posebnem, vnaprej urejenem postopku (zakonodajni postopek, 89. člen Ustave). Ko zakonodajalec opredeljuje kaznivo dejanje, mora ravnati do te mere določno (zakon »določil«), da je mogoče povsem jasno razmejiti med ravnanji (storitvami ali opustitvami), ki so kazniva, in med tistimi, ki v polje kaznivosti ne spadajo. To razmejitev naredi tako, da določno opredeli znake posameznega kaznivega dejanja. Zahteva po določnosti kazenskega zakona (*lex certa*) je specialna ustavna zahteva v primerjavi z načelom določnosti in jasnosti kot enim od načel pravne države iz 2. člena Ustave, ki se nanaša na vse predpise. **Zakonodajalec sicer pri opredeljevanju kaznivih dejanj lahko uporablja nedoločne in pomensko odprte pravne pojme, če je mogoče z ustaljenimi metodami razlage jasno ugotoviti vsebino prepovedanih ravnanj. Ne sme pa uporabljati praznih, nedoločljivih ali nejasnih pojmov** [poudaril B. K. M. ]. Z načelom določnosti, ki jasno razmejuje polje kaznivega od nezaknivega, je neposredno povezana tudi zahteva po prepovedi zakonske in pravne analogije (*lex stricta*) že na ravni zakonodajalca. Ustavnomaterialno jamstvo iz prvega odstavka 28. člena Ustave je namenjeno posamezniku, ki mora vnaprej vedeti, kaj je kaznivo, saj le tako lahko prilagodi svoja ravna-

nja. Zanj mora biti predvidljivo, kakšne posledice lahko ustvarja njegovo voljno ravnanje, vedeti mora, kje je meja, s katero je zakonodajalec zarisal polje kaznivosti in zunaj katere je polje njegove splošne svobode ravnanja (35. člen Ustave), ki ni kaznivo. Od tod logična prepoved retroaktivne določitve kaznivih dejanj (*lex praevia*).«

Tako Ustavno sodišče v odločbi Up-879/14-35 z dne 20. aprila 2015.

Zato menim, da načelo po prvem odstavku 263. členu ZGD-1 sploh ne more biti (blanketna) vsebina kazenskopravne norme po 240. členu KZ-1, ampak je lahko sodišču le vodilo pri vsebinskem opredeljevanju konkretnih pravnih pravil in njihovem razumevanju. V vsaki konkretni zadevi bo sodišče zato moralo pojasniti, kateri je tisti zakonski dejanski stan, ki ga je izluščilo iz določbe 240. člena KZ-1 in s katerim je primerjalo konkretni dejanski stan (ugotovljena odločilna dejstva), zato da bo obramba sploh lahko preverila, ali je bila ta primerjava opravljena v skladu z načelom zakonitosti v kazenskem pravu. Golo sklicevanje na sicer pomembno načelo po prvem odstavku 263. člena ZGD-1 pa tej zahtevi, kot sem pojasnil, ne more zadostiti, saj ta ne vsebuje nobenega konkretnega pravila, ki bi lahko napolnilo blanketno normo po 240. členu KZ-1.

# VPRAŠANJE ZAKONITE UPORABE TERMOVIZIJSKE NAPRAVE V KAZENSKEM POSTOPKU\*

**Primož Križnar,**

*magister prava, sodniški pripravnik na Višjem sodišču v Ljubljani,  
asistent na Inštitutu za kriminologijo pri PF Univerze v Ljubljani*

## 1. UVOD

»Botanično« ukvarjanje s konopljo se je v Republiki Sloveniji v zadnjih nekaj letih, predvsem zaradi lahke in cenovne dostopnosti osnovnih pripomočkov za njeno vzgojo, v zimskem obdobju nekoliko neprimerne podnebja za zunanjo rast, želje po neprekinjenem zaslužku z njeno prodajo ter seveda povečanja varstva zelenega nasada pred njegovo najdbo s strani policistov ali krajo konkurence, preselilo v zaprte prostore hiš in poslovnih stavb. Tam zdaj posamezniki konopljo vzgajajo hidroponično, saj kulturno rastlino vsadijo kot lončnico, prsti, v katero posadijo seme, pa primešajo dodatne hranilne raztopine. Za povečanje učinka lonček s semeni še obdajo s črnim zastorom, uredijo dotok svežega zraka prek prezračevalnega sistema tako obdanega prostora in prostor ustrezno reflektorsko osvetlijo.<sup>1</sup> Navodila in oprema za tak podvig so

---

\* Prispevek razširja del magistrske naloge z naslovom *Uporaba tehnologij nadzora skozi novejšo slovensko sodno prakso*, ki jo je avtor pod mentorstvom prof. dr. Katje Šugman Stubbs uspešno zagovarjal 31. marca 2015 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Prispevek je bil pripravljen v okviru projekta *Pravo v dobi velikega podatkovja – reguliranje zasebnosti, transparentnosti, tajnosti in drugih nasprotujočih vrednot v 21. stoletju*, ki ga izvaja Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, financira pa ga Agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije (2014–2017).

<sup>1</sup> Pri tem se glede na zadnje trende ter difuzijo svetlobe uporabljajo reflektorji z visokotlačnimi natrijevimi žarnicami (HPS – *high pressure sodium lights*), ki zaradi kemijske reakcije proizvajajo širok spekter barv, ki se približuje spektru naravne svetlobe, potrebne za proces fotosinteze.

brez večjih težav dostopna kar na spletu, in to celo v slovenskem jeziku, skupaj z organizirano dostavo vsega potrebnega,<sup>2</sup> razen semen konoplje.

Čeprav gre za laboratorijsko gojenje,<sup>3</sup> ki torej poteka daleč stran od radovednih oči javnosti in predvsem policije, ne more ostati popolnoma prikrito. Prezračevalni sistem namreč povzroča brneč zvok, skupaj z odvajanjem toplega in vlažnega zraka se prenaša značilen vonj konoplje, ultravijolična svetila pa so zaradi velike priključne moči v primerjavi z drugimi porabniki v gospodinjstvu velik vir toplote in svetlobe ter porabijo občutno več električne energije.<sup>4</sup> Policisti v predkazenskem postopku po prejemu informacij o možnem gojenju konoplje, poleg svojih čutil, ki so odvisna od subjektivnih zmožnosti zaznavanja posameznika, za preverjanje potencialno zaznane kriminalne aktivnosti ali anonimne prijave kot eno od prvih sredstev ukrepanja uporabijo termovizijsko napravo, s katero zaznajo toplotne anomalije opazovanega prostora. Za tem preverijo še porabo električne energije z odčitavanjem električnega števca ali pa kar pri dobavitelju električne energije pridobijo podatek o njeni mesečni porabi, ki ga nato primerjajo s statističnimi podatki o primerljivi povprečni porabi električne energije v Republiki Sloveniji (RS). Na te podatke ter dodatne informacije o lastništvu ali najemu prostora se pozneje praviloma opira sodna odredba o preiskavi pred tem opazovanega prostora. Pri tem se kot nedorečeno postavlja vprašanje, ali lahko v slovenskem pravnem sistemu za utemeljevanje take sodne odredbe za zakonite sprejememo tudi podatke, ki smo jih pridobili s termovizijsko napravo. Njene uporabe namreč zakonodajalec na zakonski ravni ni natančno uredil niti z Zakonom o kazenskem postopku (ZKP)<sup>5</sup> niti z Zakonom o nalogah in pooblastilih policije (ZNPPol),<sup>6</sup> čeprav se lahko po delovanju in naravi zbranih informacij, kot bom predstavil v nadaljevanju, termovizija obravnava kot preiskovalni ukrep.

<sup>2</sup> V spletni trgovini, v kateri je že na prvi pogled očitno (Green City), da je vsebina povezana z vzgojo konoplje, po preučitvi prodajnega programa, še zlasti rubrike »Semena«, pa nam to postane jasno <<http://www.slo-growshop.com/index.php?route=common/home>> (8. 1. 2017).

<sup>3</sup> Tako o tem v sodbah Vrhovnega sodišča RS I Ips 36696/2011-168 z dne 18. aprila 2013 in I Ips 54601/2011-120 z dne 28. marca 2013.

<sup>4</sup> Take okoliščine kot tipske za hidroponično gojenje konoplje sprejema tudi Vrhovno sodišče RS v zadevi I Ips 8738/2010-83 z dne 31. maja 2012.

<sup>5</sup> Ur. l. RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, 47/13 in 87/14.

<sup>6</sup> Ur. l. RS, št. 15/13 in 23/15 – popr.

## 2. DELOVANJE TERMOVIZIJSKE NAPRAVE

Termovizijska naprava oziroma kamera<sup>7</sup> je naprava, ki se uporablja pri nadzoru državne meje, iskanju pogrešanih oseb v naravi, varovanju oseb ali objektov in splošnih preiskovalnih aktivnostih.<sup>8</sup> Z njo lahko izmerimo količino toplotnega<sup>9</sup> sevanja objektov in ga pretvorimo v vidno sliko ali digitalen izpis temperature, odvisno od tipa termovizijske naprave. Vsak objekt s površinsko temperaturo nad absolutno ničlo ( $-273\text{ }^{\circ}\text{C}$ ) namreč oddaja elektromagnetno sevanje, ki ima daljšo valovno dolžino kot vidna svetloba, kar človeškemu očesu onemogoča njegovo vidno zaznavanje.<sup>10</sup> Zato si pri opazovanju termodinamičnih razlik pomagamo s termovizijsko napravo, katere vgrajena leča je sposobna nadomestiti naravne ovire človeškega vida, v nekaterih primerih (na primer tema, gosta megla, šibke fizične ovire – okno, zavesa itd.)<sup>11</sup> pa celo nadvladati elemente naravnih zakonitosti.

Naprava torej zaznava toplotno sevanje zunanjih površin objektov, ki je nastalo zaradi notranje temperature prostora, to pa nato pretvori v človekovim očem zaznavno sliko oziroma vidni vzorec.<sup>12</sup> Deluje na principu premosorazmernosti, kar pomeni, da ji delo olajšuje toplejša površina – močnejše kot je toplotno sevanje, bolj jasno bo razvidno na sliki. Iz slednje je mogoče razbrati temperaturne razlike na opazovani površini, ki so ponazorjene z različnimi barvami. Različne barve na sliki pomenijo različna fizična stanja opazovane površine, in sicer modra – brez toplotnega sevanja, zelena – minimalno toplotno sevanje, rumena – zmerno toplotno sevanje in rdeča – intenzivno toplotno sevanje. Glede na tipe termovizijskih naprav, ki jih uporabljajo organi kazenskega pre-

<sup>7</sup> Pri tem izraz kamera ni popolnoma primeren, saj gre bolj za zaznavanje (toplote) kot za zajemanje (fotografij).

<sup>8</sup> Jon Severs: *Dark Visions*, v: *Intersec: The Journal of International Security*, 17 (2007) 10, str. 20–21 ter <<http://www.policija.si/index.php/policijske-uprave/pu-koper/enote/630>> (8. 1. 2017) in <<http://www.policija.si/index.php/o-policiji/6309-helikopterji-in-oprema?lang=>>> (8. 1. 2017).

<sup>9</sup> In ne infrardečega sevanja, saj ima to drugačno valovno dolžino – tako o tem Severs, J., nav. delo, str. 20.

<sup>10</sup> Človeško oko je sposobno zaznati valovne dolžine sevanj od 380 do 750 nm, toplotnega sevanja pa zaradi večje valovne dolžine, in sicer od 750 nm do 1 mm, ni sposobno zaznati (seveda razen na primer načrtnega segrevanja kovine do žarišča ali pa ekspanzije živega srebra v termometru).

<sup>11</sup> Dwight Dumpert: *Night Vision for Law Enforcement & National Security*, v: *Intersec: The Journal of International Security*, 12 (2002) 3, str. 75.

<sup>12</sup> V nadaljevanju se bom z opisom osredotočil le na kamero, ki ustvarja sliko, pri čemer je postopek uporabe termovizijske naprave, pri kateri na opazovano površino usmerimo laserski žarek, popolnoma enak, le da taka naprava ne izrisuje slike, temveč poda številski podatek o temperaturi opazovane površine.

gona RS, pa je proizvedena slika toplotnih sevanj površin črno-bela, pri čemer črna predstavlja nično toplotno sevanje, bela izredno močno toplotno sevanje, odtenki sive pa glede na intenziteto sevanja površin variirajo. Za optimalen rezultat je treba upoštevati tudi okoliščine, v katerih bo naprava najučinkovitejša. Med opazovanjem objektom in zunanjo temperaturo mora obstajati vsaj 10 °C temperaturne razlike, opazovani objekti naj bi bili pred pregledom vsaj 12–24 ur enakomerno ogrevani, za najboljše rezultate se meritve lahko opravi le pred sončnim vzhodom ali po sončnem zahodu,<sup>13</sup> največja razdalja med napravo in objektom pa naj bi bila približno 800 metrov.<sup>14</sup>

Navedba točnih podatkov termovizijskih naprav, ki jih uporabljajo policisti, bi verjetno posegla v taktiko in metodiko njihovega delovanja, vendar pa splošno dostopni podatki o javnih naročilih Ministrstva za notranje zadeve (MNZ) razkrivajo, da policisti pri svojem delu uporabljajo štiri različne tipe termovizijske kamere,<sup>15</sup> in sicer Matis<sup>16</sup> ter JIM LR BOPAS CS 04 GEO<sup>17</sup> proizvajalca Sagem, in THV 1000/2000/3000 ter HRC proizvajalca FLIR.<sup>18</sup> Prva dva tipa naprave sta ročna in zato namenjena osebni uporabi policistov, tretji tip naprav pa je celoten termovizijski sistem, primeren za vgradnjo v helikopter, čoln ali kombinirano vozilo, zadnji tip kamere pa je stacionaren in se uporablja pri varovanju objektov in poslopij.

### 3. UPORABA TERMOVIZIJSKE NAPRAVE KOT HIŠNA PREISKAVA?

#### 3.1. Ustavnopravni okvir

Domovanje je središče življenja skorajda vsakega posameznika. Služi zadovoljevanju nujnih življenjskih potreb, osebnostnemu razvoju, kot izhodišče za izvedbo vsakodnevnih opravkov ter kot kraj, kjer prihaja do socialnih interakcij med osebami. Nedvomno pa je kraj prebivanja zaradi praviloma zaprtih

<sup>13</sup> <<http://www.toplotneizgube.si/uporaba-termografije/kaj-je-to-termografija>> (8. 1. 2017).

<sup>14</sup> To velja le za ročne termovizijske naprave, pri vgrajenih napravah pa je lahko ta razdalja precej večja (J. Severs, nav. delo, str. 21), tudi do deset kilometrov (D. Dumpert, nav. delo, str. 76).

<sup>15</sup> <<http://enarocanje.si/?podrocje=pregledobjave&IzpObrazec=184952>> (7. 1. 2017).

<sup>16</sup> <[http://www.defenco.gr/Portals/0/Products/Optronics/Survey/D1381E\\_MATIS\\_HH.pdf](http://www.defenco.gr/Portals/0/Products/Optronics/Survey/D1381E_MATIS_HH.pdf)> (8. 1. 2017).

<sup>17</sup> <[http://www.sagem.com/file/download/d1592e\\_jim\\_lr.pdf](http://www.sagem.com/file/download/d1592e_jim_lr.pdf)> (8. 1. 2017).

<sup>18</sup> <<http://www.flir.com/legacy/view/?id=51481>> (8. 1. 2017) in <<http://www.flir.com/legacy/view/?id=51469>> (8. 1. 2017).

prostorov tudi bistven za tisti del posameznikovega življenja, ki ga ta s širšo javnostjo ne želi deliti. Zaradi tako pomembnih funkcij je posameznikova pravica do spoštovanja doma, na podlagi katere lahko pričakuje, da ga javnost v njegovem domu ne bo motila, izrecno zapisana v prvem odstavku 8. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP).<sup>19</sup> Ali neko prebivališče pomeni dom v okviru 8. člena EKČP, je sicer odvisno od dejanskih okoliščin, zlasti od zadostnih in stalnih povezav s specifičnim krajem,<sup>20</sup> bistveno pa je, da se javna oblast v dom ne sme samovoljno vmešavati,<sup>21</sup> razen če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države, zato da se prepreči nered ali zločin, da se zavaruje zdravje ali morala ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi (drugi odstavek 8. člena EKČP).

Po drugi strani pa Ustava RS<sup>22</sup> v 36. členu med drugim določa, da je stanovanje nedotakljivo in da vanj oziroma v druge tuje prostore nihče ne sme vstopiti proti volji stanovalca brez sodne odločbe, niti teh prostorov ne sme preiskovati. Predmet ustavnopravnega varstva je zaključena celota prostorov, ki jih oseba uporablja za bivanje, kjer živi sama ali skupaj z bližnjimi ter skrito pred očmi javnosti in kamor spusti le osebe, ki jim dovoli vpogled v najbolj skrita področja svojega življenja.<sup>23</sup> Ker Ustava RS zagotavlja strožje standarde varovanja pravice do nedotakljivosti stanovanja od EKČP, saj za kakršenkoli poseg v stanovanje zahteva sodno odločbo, je treba zakonitost uporabe termovizijske naprave preveriti ob upoštevanju ustavnih norm.<sup>24</sup>

Ustava RS s pravico do nedotakljivosti stanovanja ne varuje domovanja kot objekta, temveč posameznikovo zasebnost v teh bivalnih prostorih.<sup>25</sup> Vendar pa posameznik ni samodejno varovan že v vsakem bivanjskem prostoru, temveč le tam, kjer upravičeno pričakuje zasebnost in to upravičenje izrazi na navzven zaznaven način, družba pa je to pričakovanje pripravljena sprejeti za ra-

<sup>19</sup> Ur. l. RS – Mednarodne pogodbe, št. 7/94.

<sup>20</sup> Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) v zadevi *Prokopovich proti Rusiji* z dne 18. februarja 2005, tč. 36.

<sup>21</sup> Na primer z izvedbo hišne preiskave. Glej sodbo ESČP v zadevi *Murray proti Združenemu kraljestvu* z dne 28. oktobra 1994, tč. 88.

<sup>22</sup> Ur. l. RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148 in 47/13 – UZ90,97,99.

<sup>23</sup> Odločba Ustavnega sodišča RS Up-430/00 z dne 10. oktobra 2002, tč. 13.

<sup>24</sup> O zahtevi po zagotavljanju višje ravni varstva zasebnosti glej na primer odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-40/12-31 z dne 11. aprila 2013, tč. 27.

<sup>25</sup> Odločba Ustavnega sodišča RS Up-3381/07 z dne 4. marca 2010, tč. 5.

zumno.<sup>26</sup> Presojjo, ali uporaba termovizijske naprave pomeni dejansko izvedbo hišne preiskave, je zato treba opraviti prek koncepta pričakovane zasebnost,<sup>27,28</sup> po katerem je treba pretehtati, ali posameznik v nekem prostoru utemeljeno pričakuje zasebnost (subjektivni test) in ali je to pričakovanje tako, da ga je družba pripravljena sprejeti kot upravičeno (objektivni test). Ker evropskega pristopa glede obravnavane problematike še ni zaslediti, je argumentacijo izpolnjenosti pogojev pričakovane zasebnosti mogoče graditi na ameriškem pristopu, razvitim v sodbi Vrhovnega sodišča Združenih držav Amerike (ZDA) v zadevi *Kyllo v. United States*.<sup>29</sup> V njej je sodišče razsodilo, da uporaba termovizijske naprave posega v posameznikovo zasebno življenje v domovanju in dejansko pomeni preiskavo ter da bi morali policisti pred njeno uporabo pridobiti sodno odločbo. Poleg tega pa je treba zaradi načina uporabe naprave, ki je predstavljena v naslednjem razdelku, v presojo vključiti še trenutno uveljavljeno stališče slovenskih sodišč, da zgolj opazovanje oziroma nadzor nekega objekta pomeni klasično metodo policijskega dela in ne pomeni izvajanja prikritega preiskovalnega ukrepa.<sup>30</sup>

### 3.2. Dejanska uporaba naprave

Policisti ob prvi informaciji gojenja konoplje v zaprtih prostorih praviloma preverjajo toplotno sevanje tega prostora ter porabo električne energije. Kot že omenjeno, gre za dva indica, ki nakazujeta na kriminalno dejavnost v zvezi s konopljo, saj reflektorska svetila zaradi njihove moči, ki se ji ni mogoče izogniti za normalno rast konoplje v zaprtem prostoru, oddajajo veliko količino toplote ter pri tem porabijo veliko več električne energije kot v povprečju. Uporabljen

<sup>26</sup> O tem na primer sodbi Vrhovnega sodišča RS I Ips 198/2008 z dne 15. januarja 2009 in I Ips 63358/2010-170 z dne 4. oktobra 2012.

<sup>27</sup> Za potrebe tega prispevka privzemam ta koncept. O konceptu pričakovane zasebnosti Matej Avbelj in drugi: Komentar Ustave Republike Slovenije: dopolnitev – A. Fakulteta za državne in evropske študije, Kranj 2011, str. 537–538. O »zastarelosti« tega koncepta zaradi napredka tehnologije pa Primož Križnar: Varstvo lokacijske zasebnosti s pomočjo mozaične teorije podatkov, v: Zbornik znanstvenih razprav, 76 (2016), str. 99–140.

<sup>28</sup> Ta koncept se je razvil z zadevi *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 353 (1967), sprejemajo pa ga Evropsko sodišče za človekove pravice (*Halford proti Združenemu kraljestvu*, 25. junij 1997, tč. 45; in *Copland proti Združenemu kraljestvu*, 3. julij 2007, tč. 42), Ustavno sodišče RS (Up-3381/07 z dne 4. marca 2010) ter Vrhovno sodišče RS (I Ips 63358/2010-170 z dne 4. oktobra 2012).

<sup>29</sup> 533 U.S. 27 (2001).

<sup>30</sup> Sodbi Vrhovnega sodišča RS I Ips 456/2006 z dne 13. septembra 2007 ter I Ips 257/2008 z dne 6. novembra 2008.

tip termovizijske naprave je odvisen od okoliščin posameznega primera,<sup>31</sup> vendar je način ravnanja vedno enak. Policisti z napravo namreč na določeni razdalji opazujejo površine objekta,<sup>32</sup> ki ob upoštevanju splošnih izolacijskih standardov kljub temu navzven prepuščajo notranjo toploto prostora, to pa termovizijska naprava zazna ter pretvori v človekovim očem vidno sliko. Ko je ta dobljena, policisti sliko le še primerjajo z barvno skalo in iz nje razberejo približno temperaturo, ki jo opazovani objekt ali njegov del oddaja. Poleg tega policisti za primerjavo s termovizijsko napravo opazujejo tudi objekte, ki so v neposredni bližini opazovanega, oziroma objekte, ki po svoji namembnosti ustrezajo opazovanemu, s čimer ugotovijo, ali so toplotni izpusti opazovanega objekta povprečni. Če ni tako, je naslednji korak praviloma preverjanje podatkov o porabi električne energije opazovanega objekta ter pridobitev podatkov o uporabniku objekta, šele za tem pa, seveda odvisno od količine in kakovosti do tedaj zbranih informacij, sledi predlog za izdajo sodne odredbe za preiskavo prostorov.

### 3.3. Prvine hišne preiskave

Termovizijske naprave, ki so v uradni rabi na ozemlju RS, so zmožne zaznati posameznikovo aktivnost znotraj opazovanega prostora. Ob upoštevanju normalne telesne temperature posameznika (med 36 °C in 37 °C), optimalne temperature bivanjskih prostorov<sup>33</sup> in natančnosti termovizijske naprave<sup>34</sup> je očitno, da lahko termovizijska kamera, usmerjena v okno opazovanega objekta, opazovalcu omogoči vpogled v intimno sfero posameznika, ki je v času opazovanja v prostoru, saj za to obstaja zadostna temperaturna razlika.<sup>35</sup> Tega ji ne prepreči okensko steklo ali pa tenka plast zaves,<sup>36</sup> temveč šele materi-

<sup>31</sup> Na primer prirejen prostor v kleti, na podstrežju, v garaži, bivanjskih prostorih itd. Bistveno je le to, da policisti izberejo tisti tip kamere, ki najbolj ustreza okoliščinam konkretnega primera tako, da bodo z njeno uporabo pridobili čim natančnejše podatke o toplotnih anomalijah opazovane površine.

<sup>32</sup> To lahko policisti storijo zelo lagodno, kar iz policijskega vozila pri odprtem vratnem steklu.

<sup>33</sup> V zimskem času med 21 in 25 °C, v poletnem času pa še nižjih notranjih temperatur opazovanega prostora zaradi delovanja klimatskih naprav in podobno.

<sup>34</sup> Ta je sposobna zaznati temperaturno razliko 0,02 °C – D. Dumpert, nav. delo, str. 75, 77.

<sup>35</sup> Da je mogoče s termovizijsko napravo določiti navzočnost in lokacijo posameznika znotraj prostora, tudi Susan Moore: Does Heat Emanate Beyond the Threshold? Home Infrared Emissions, Remote Sensing and the Fourth Amendment Threshold, v: Chicago-Kent Law Review, 70 (1994) 2, str. 810–811.

<sup>36</sup> Okensko steklo in tanke zaves v večini primerov povzročata največje toplotne izgube in s tem razkrivata neposredno notranjo temperaturo prostora, poleg tega pa je skozi njiju v večini primerov v notranjost prostora mogoče tudi videti.

al, ki termovizijski napravi onemogoči delovanje na toploto občutljive leče, na primer rolete, zaradi katerih je nemogoče zaznati sekundaren vir toplote<sup>37</sup> za njim. Zaradi narave njenega delovanja naprava sicer res ni sposobna prodreti skozi zidove oziroma druge trdne, svetlobno in toplotno težje prepustne materiale,<sup>38</sup> ne glede na to pa ob pravilni in učinkoviti uporabi zazna aktivnost znotraj prostora, ki se v primeru opazovanja zidov kažejo v notranji temperaturi prostora, posredno izraženi prek zunanje površine zidu opazovanega prostora. Zaradi toplotnih prehajanj iz notranjosti prostora do zadnje fizične ovire termovizijska naprava tako dejansko zaznava toplotne vire in aktivnosti znotraj prostora. S tem pa poseže v posameznikovo prostorsko zasebnost, katere namen je varovati bivanje v prostoru in svoboden razvoj posameznikovega zasebnega življenja.<sup>39</sup>

Iskanje toplotnih anomalij s pomočjo termovizijske naprave je pasivno, saj naprava zajema le sliko toplotnih emisij zunanosti površine.<sup>40</sup> Ne gre torej za napravo, ki bi bila na osnovi napredne tehnologije (že) zmožna neposredno prodreti v notranjost prostora, na primer s pomočjo usmerjenega žarka<sup>41</sup> ter tako pridobiti prostorske informacije. Vendar pa je z njeno pomočjo ne glede na način njenega delovanja nedvomno mogoče pridobiti podatek, ki izvira iz notranjosti opazovanega prostora, saj se s tem zasleduje tudi namen njene uporabe – tj. preverjanje notranje toplote prostora zaradi morebitnega delovanja reflektorskih svetil pri proizvodnji konoplje. Narava njenega delovanja v aktivni ali pasivni obliki (angl. *off-the-wall* ali *through-the-wall*) tako postane irelevantna, saj sta za presojo vprašanja posega v zasebnost ključna le bit pridobljene informacije ter okoliščine njenega zbiranja. Podatek o temperaturi, ki je pridobljen prek opazovanja površine izključno z uporabo tehnološkega napredka, je dejansko podatek o notranjosti prostora (njegovi temperaturi), v vseh bivalnih prostorih pa osebe utemeljeno pričakujejo, da ne bodo izpostavljene očem javnosti. Zato ni pomembno, ali je bil podatek pridobljen z dejanskim vdorom v prostor ali le s pasivnim opazovanjem zunanjih površin prostora. V nasprotnem primeru bi namreč zavrnilo trenutno uveljavljen koncept

<sup>37</sup> Primaren vir toplote leča termovizijske naprave zazna na roletih, ker pa deluje pasivno in le fotografira brez oddajanja žarkov in prodiranja globlje v prostor, sekundarnega vira, pa čeprav bi bil ta v neposredni bližini primarnega, ne more zaznati.

<sup>38</sup> Stališče v zadevi *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

<sup>39</sup> Odločba Ustavnega sodišča RS Up-3381/07 z dne 4. marca 2010, tč. 5.

<sup>40</sup> Tako o tem v zadevi *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001) in D. Dumpert, nav. delo, str. 75.

<sup>41</sup> Na primer skeniranje prostorov z elektromagnetnim valovanjem – Conor Friedersdorf: *The NYPD Is Using Mobile X-Ray Vans to Spy on Unknown Targets*, <<http://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/10/the-nypd-is-using-mobile-x-rays-to-spy-on-unknown-targets/411181/>> (8. 1. 2017).

upravičenega pričakovanja zasebnosti in se vrnili k lastninskemu pojmovanju zasebnosti,<sup>42</sup> kar pa glede na razvoj tehnologije in njeno čedalje večjo zmožnost prodiranja skozi naravne in umetne ovire<sup>43</sup> nikakor ni primerno.<sup>44</sup> Moderna tehnologija namreč fizičnih ovir sploh ne potrebuje več, saj praviloma zaznava zvočne, toplotne, električne in radijske parametre, zaradi česar bi lahko ob uporabi lastninskega koncepta sklepali, da za »le« pasivno oziroma neinvazivno zaznavanje informacij iz notranjosti prostora, sodne odredbe ne potrebuje. Tako stališče pa se nam danes zdi že na prvi pogled paradoksalno.<sup>45</sup>

Nekateri sicer trdijo, da se z uporabo naprave ne razkriva nobenih intimnih podrobnosti znotraj opazovanega prostora,<sup>46</sup> s čimer pa se ni mogoče strinjati. Glede na ustaljeno pojmovanje zasebnost obsega v območju človekovega bivanja bolj ali manj sklenjeno celoto njegovih ravnanj, za katero je značilno in konstitutivno, da si jo človek vzdržuje sam ali z najbližjimi in da v njej biva z občutkom varnosti pred vdorom javnosti ali kogarkoli nezaželenega.<sup>47</sup> Ena od prvin današnjega življenja je tudi vzdrževanje optimalnih bivanjskih ali delovnih pogojev v prostoru, ki jih posameznik vsakodnevno uporablja. V te pogoje zagotovo uvrščamo tudi temperaturo, ki na posameznika in njegovo počutje ter zdravje nedvomno vpliva.<sup>48</sup> Seveda je uravnavanje temperature odvisno od subjektivnih preferenc posameznika – nekdo preprosto uživa v toplem udobju, spet drugi si želi hladne okolice. To osebam omogoča neomejeno izbiro ustrezne temperature pod pogojem, da bodo dobavitelju toplotne energije poravnali zapadle obveznosti. Gre za svobodo človeškega ravnanja v smislu pravice do samostojnega odločanja v lastnih zadevah, ki posameznikom daje pravico, da izberejo svoj življenjski slog, razvijejo svoje osebnosti in da živijo

<sup>42</sup> *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), koncept pa se je presenetljivo uporabil v novejši zadevi *United States v. Jones*, 132. S. Ct. 945 (2012).

<sup>43</sup> <<http://www.humabio-eu.org/index.html>, [http://cordis.europa.eu/project/rcn/78373\\_en.html](http://cordis.europa.eu/project/rcn/78373_en.html)> (8. 1. 2017) in <<http://www.csc-scc.gc.ca/research/005008-rr11-01-eng.shtm>> (8. 1. 2017).

<sup>44</sup> Po lastninskem pojmovanju zasebnosti bi bilo namreč brez sodne odredbe dovoljeno uporabljati vso moderno informacijsko tehnologijo, ki fizično ne presega oziroma posega v lastninsko pravico opazovane osebe.

<sup>45</sup> O tem tudi Luke Albrecht: *The Use of a Thermal Imaging Device Constitutes a Search Under the Fourth Amendment*, v: *Suffolk University Law Review*, 36 (2003), str. 255.

<sup>46</sup> *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

<sup>47</sup> Odločbi Ustavnega sodišča RS Up-32/94 z dne 16. junija 1994, tč. 12. in U-I-25/95 z dne 27. novembra 1997, tč. 37. in 38.

<sup>48</sup> Prenizka temperatura z uporabo klimatskih naprav lahko na primer povzroči prehlad, v zimskem času pa botruje povečani rabi ogrevanja. Visoka temperatura lahko povzroči neučinkovito opravljanje miselnih nalog, v poletnem času pa zato posameznik prostor raje zapusti in se s tem izpostavi javnosti.

tako, kot se sami odločijo.<sup>49</sup> Oseba to svojo pravico praviloma izvršuje v prostoru, v katerem prebiva in nad katerim ima dejansko in izključno oblast, ki se razteza tudi nad vse stvarno v tem okolju.<sup>50</sup> Temperatura v prostoru izvira iz različnih energij,<sup>51</sup> te pa se prek ustrezne naprave izražajo v obliki višjih ali nižjih stopinj Celzija. Posameznik z upravljanjem svojega sistema za uravnavanje temperature v prostoru dejansko obvladuje energijo, ki mu naklanja osnovo za ustvarjanje vsečne notranje temperature. Ker so kot stvari v slovenskem pravnem redu opredeljene tudi oblike energij in valovanj, ki jih je človek sposoben obvladovati,<sup>52</sup> temperaturo kot neločljivo komponento toplotne energije pa posameznik v bivalnem prostoru obvladuje, menim, da je potrebno temperaturo šteti za del bivanjskega okoliša posameznika, v katerem slednji izvršuje svojo temeljno pravico do zasebnosti in nad katerim ima oblast. Na prvi pogled temperatura sicer res ne spada v najbolj varovano sfero intimnosti posameznika,<sup>53</sup> temveč le v splošno pojmovanje zasebnega življenja, ki pa mu je še vedno zagotovljeno ustavnopravno varstvo. Termovizijska naprava bi lahko prikazala tudi osebnostna ravnanja posameznika, na primer ob kateri uri se oprha<sup>54</sup> in ali ima strasten spolni odnos,<sup>55</sup> saj ta ravnanja lahko bistveno vplivajo na temperaturo prostora. Zato bi si lahko z opazovanjem prostora s termovizijsko napravo, v katerem posameznik upravičeno pričakuje zasebnost, ustvarili podobo o njegovem intimnem življenju, s čimer bi močno posegli v osebnostne pravice opazovanega.<sup>56</sup>

Mogoče bi bilo trditi, da so toplotne anomalije opazovane površine izpostavljene javnosti (angl. *in plain view*), zaradi česar posameznik upravičeno ne more pričakovati zasebnosti, niti ne bi takega pričakovanja družba spoznala za legitimnega.<sup>57</sup> Pa je res tako? Tehnično gledano je termovizijska naprava zmožna zaznavati le temperaturo z zunanje strani opazovanega prostora, pri čemer

<sup>49</sup> Člen 35 Ustave RS. O tem glej na primer odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-272/98 z dne 8. maja 2003, tč. 21.

<sup>50</sup> Odločbi Ustavnega sodišča RS Up-32/94 z dne 16. junija 1994, tč. 12; in U-I-25/95 z dne 27. novembra 1997, tč. 37 in 38.

<sup>51</sup> Električne, plinske, vetrne, jedrske itd.

<sup>52</sup> Drugi odstavek 15. člena Stvarnopravnega zakonika (SPZ, Ur. l. RS, št. 87/02 in 91/13).

<sup>53</sup> Ta po splošnem pojmovanju predstavlja posameznikove misli, čustva, spolno opredelitev, zapise v dnevnik in posameznikovo telo (na primer goloto in bolezni).

<sup>54</sup> *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

<sup>55</sup> Heather McShain: Not quite Bradbury's Fahrenheit 451: The Uncertain Future of Sense-enhancing Technology in the Aftermath of *United States v. Kyllo*, v: *West Virginia Law Review*, 105 (2003), str. 22.

<sup>56</sup> Ustavno sodišče RS je v odločbi U-I-272/98 z dne 8. maja 2003, tč. 22, na primer že zavzelo stališče, da vizualni nadzor, ki traja toliko časa, da si je mogoče ustvariti podobo o posameznikovem življenju, pomeni poseg v osebnostne pravice.

<sup>57</sup> *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001), odklonilno mnenje sodnika Stevensa.

je opazovana površina res vsem na očeh. Vendar je krivec za povišano zunanjo temperaturo notranja temperatura prostora. To lahko vodi edinole v vzročno povezan zaključek, da je termovizijska naprava zaznala notranjo temperaturo prostora, ki je bila le posredno izražena prek prostorskih ovir, s tem pa je bil *de facto* pridobljen podatek, ki ga posameznik za »štirimi stenami« ni zavestno izpostavil javnosti, temveč ga je skušal ohraniti zasebnega, na primer z vgradnjo izolacije. Nadalje toplotna različenost ob gojenju konoplje na prvi pogled ni izpostavljena javnosti<sup>58</sup> in je s prostim očesom zaradi naravnih ovir sploh ni mogoče zaznati. Tako na primer ob primerjavi policijskega vonjanja konoplje<sup>59</sup> in opazovanja toplotnih emisij spoznamo, da policisti v prvem primeru uporabljajo svoja naravna čutila, v drugem primeru pa morajo za zaznavo uporabiti tehnično nadomestilo, pri čemer bi za zaznavo teh morala popolnoma enako storiti tudi preostala javnost. Zaznavanja toplotnih izpustov torej ni mogoče povezovati z uporabljanjem naravnih čutil in zato ne moremo govoriti o tem, da je nekdo notranjo temperaturo svojega prostora zavestno izpostavil javnosti, saj javnost te brez uporabe ustrezne tehnologije sploh ni sposobna zaznati. Vedenje o toplotni anomaliji brez upoštevanja očitnih izjem (na primer taljenja snega ali izparevanja vodnih kapljic) je torej odvisno od uporabe termovizijske naprave, do tega podatka pa bi se lahko brez njene uporabe prišlo le s fizičnim vstopom v prostor,<sup>60</sup> v katerega je glede na 36. člen Ustave RS mogoče vstopiti le na podlagi sodne odredbe<sup>61</sup> ali privolitve posameznika. Toplotne emisije torej niso izpostavljene javnosti, še posebej zaradi trenutno prevladujočega stališča, po katerem lahko posameznik upravičeno pričakuje zasebnost na tistih stvareh, ki jih ni vidno izpostavil javnosti<sup>62</sup> oziroma posameznikom ni omogočil prostega dostopa do njih.<sup>63</sup> Toplotna prehajanja pa so očem povprečnega posameznika nevidna, niti jih brez ustrezne naprave ne more zaznati ob morebitnem prostem dostopu do opazovane površine.<sup>64</sup>

<sup>58</sup> Razen samo-inkriminirajočih okoliščin, na primer taljenjem snega na strehah v obdobju, ko je zunanja temperatura občutno pod lediščem, primeroma Lizzie Dearden: *Melting snow being used by police to find cannabis farms in the Netherlands*, v: *Independent*, 10. februar 2015.

<sup>59</sup> To je poudarjeno v sodbi Vrhovnega sodišča RS I Ips 10335/2012-78 z dne 19. junija 2014.

<sup>60</sup> *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

<sup>61</sup> Na podlagi petega odstavka 36. člena Ustave RS izjemoma tudi brez nje, vendar položaji, v katerih je to mogoče, za potrebe tega prispevka niso relevantni.

<sup>62</sup> Primeroma sklep Višjega sodišča v Ljubljani V Kp 11780/2013 z dne 13. oktobra 2015.

<sup>63</sup> Po nasprotni razlagi sodbi Vrhovnega sodišča RS I Ips 312/2003 z dne 19. februarja 2004 in XI Ips 61492/2011-68 z dne 26. januarja 2012.

<sup>64</sup> Ob stiku z opazovano površino zaradi različnih koeficientov toplotne prevodnosti, izolacijskih materialov, naše telesne in zunanje temperature ne moremo natančno občutiti temperature opazovane površine.

### 3.4. Ali torej gre za hišno preiskavo?

Termovizijska naprava ima ključno vlogo v zaznavanju okoliščin, ki človekovemu očesu niso vidne. Je bistvena pri izmeri notranje temperature prostora in je v luči proaktivnih preiskovalnih dejanj nikakor ne gre obravnavati le v smislu ojačanja policistovih čutil,<sup>65</sup> temveč njihove popolne nadomestitve. Policisti pri preiskovanju preteklih in prihodnjih kaznivih dejanj že uporabljajo nekatere pripomočke in naprave, ki bi jih lahko enačili s termovizijsko napravo, in sicer UV luči, rentgen in konec koncev tudi kemične preparate za izzivanje latentnih sledi. To policistom pokaže tisto, kar jim zgolj z uporabo čutil ni zaznavno. Vendar pa se uporaba termovizijske naprave od navedenih pripomočkov razlikuje vsaj v dveh pogledih: uporaba drugih pripomočkov je ustrezno zakonsko urejena,<sup>66</sup> nekateri od teh pripomočkov pa so postali že del vsakdanje rabe.

Termovizijska naprava ni zgolj pripomoček, s katerim si je mogoče pomagati pri preiskavi – napravi pripada poseben status tehnološke novitete, s katero je preiskavo dejansko mogoče izvesti.<sup>67</sup> Tak status je naprava pridobila po t. i. pravilu splošne rabe (angl. *general public use*), ki ga je razvilo Vrhovno sodišče ZDA.<sup>68</sup> To pravilo, ki je dejansko del objektivnega testa koncepta pričakovane zasebnosti, zahteva, da je treba v primeru tehnoloških naprav, ki so zaradi svoje naprednosti<sup>69</sup> sposobne preiskovati,<sup>70</sup> preveriti, ali družba sprejema napravo, ki so jo uporabili policisti, kot splošno uporabno.<sup>71</sup> Če je naprava splošno uporabna in so jo policisti uporabili pri opravljanju svojih temeljnih nalog, so pridobljeni podatki zakonit dokaz, čeprav je bila preiskava opravljena brez sodne odredbe. In obratno – če gre za napravo, ki je namenjena izključni upo-

<sup>65</sup> To dosežemo z na primer bralnimi očali, videonadzornimi sistemi za prepoznavo obrazov itd.

<sup>66</sup> O tem pri uporabi termovizijske naprave ni mogoče govoriti, bo pa to predstavljeno v nadaljevanju.

<sup>67</sup> H. McShain, nav. delo, str. 28.

<sup>68</sup> *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

<sup>69</sup> Da termovizijska naprava tega je sposobna, tudi Hunter Carpenter: *The Warrantless Use of Thermal Imaging Technologies is Unconstitutional*, v: *Mississippi Law Journal*, 71 (2001), str. 339.

<sup>70</sup> Ameriška sodišča na primer razlikujejo med pripomočkom (očala) in superiornim instrumentom pridobivanja podatkov (izučeni pes, ki ni prav tehnološki, je pa superiorni instrument zaznavanja vonjav zaradi svojih prirojenih sposobnosti), ki pomeni sredstvo za izvedbo preiskave – *United States v. Thomas*, 757 F.2d 1359 (2d Cir. 1985), *State v. Young*, 867 P.2d 593 (Wash. 1994), pred tem pa drugače *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983).

<sup>71</sup> Kaj sicer to pomeni, ni jasno, menim pa, da je treba v tem pogledu upoštevati merili razširjenosti uporabe (v katerih panogah in za kaj se uporablja) ter dostopnosti naprave (ali je splošno dostopna povprečnemu posamezniku in kolikšna je njena cena) na specifičnem ozemlju oziroma v določeni družbi.

rabi organov preiskovanja in pregona, so dokazi ob izostanku sodne odredbe nezakoniti.<sup>72</sup>

Ob uporabi tega pravila je mogoče ugotoviti, da termovizijska naprava ni zgolj pripomoček pri preiskovanju kriminalitete, temveč je tehnično sredstvo, pretežno namenjeno uporabi policije. Najprej lahko ugotovimo, da glede na navedeno termovizijska naprava omogoča preiskavo prostora, saj pridobi podatek o notranji temperaturi. Nadalje je njena uporaba omejena na specifične dejavnosti (vojaške in policijske, gasilske, medicinske, gradbene in električne),<sup>73</sup> zato povprečni državljani z napravo v vsakdanjem življenju ne razpolagajo. Podatki, pridobljeni z njo, jim namreč pri vsakodnevnih opravkih ne koristijo, poleg tega pa je naprava tudi cenovno nekoliko manj dostopna<sup>74</sup> in si je nekateri sploh ne bi mogli privoščiti.<sup>75</sup> Zato menim, da njena uporaba v javnosti ni vseprisotna,<sup>76</sup> kot je to na primer mogoče trditi za pametne telefone. V nasprotno ne bi prepričali niti morebitni podatki o množični proizvodnji teh naprav, saj je treba razlikovati med proizvedenim ter dejansko uporabo, pri čemer pa slednje v RS med povprečnimi posamezniki vsaj trenutno še ni zaslediti.

<sup>72</sup> Zaradi vse večjega tehnološkega razvoja bi tako pravilo v slovenski pravni red vneslo nekaj ravnotežja med javnimi interesi po varnosti pravno zavarovanih dobrin ter zasebnostjo posameznika. Če namreč do informacij o posamezniku lahko dostopa javnost in se z njimi seznani prek modernih naprav splošne uporabe, ni razloga, da bi pri tem omejevali tudi policijo in druge varnostne ustanove. Obratno pa bi veljalo, da je treba naprave, ki niso v splošni rabi in so zmožne invazivnih posegov v zasebnost, jasno in natančno omejiti s transparentno zakonodajo.

<sup>73</sup> Ryan McCarthy: Over 60 Unexpected Uses of Infrared Thermal Imaging Camera Images, <<https://reductionrevolution.com.au/blogs/news-reviews/69333381-over-60-unexpected-uses-of-infrared-thermal-imaging-camera-images>> (9. 1. 2017).

<sup>74</sup> Cene na spletnem portalu eBay se gibljejo med 65 in 3.999 ameriških dolarjev, <<http://www.ebay.com/>> (9. 1. 2017), na domačem trgu pa ni tako, saj je na spletni strani Bolha.com mogoče zaslediti ceno 1.870 evrov <<http://www.bolha.com/rekreacija-sport/lov/flir-thermosight-rs32-1308219253.html?acclt=1483533925&kw=flir>> (9. 1. 2017), v spletni trgovini Conrad pa cene od 355 do kar 41.059 evrov, <[http://www.conrad.si/Termovizijske-kamere.htm?websale8=conrad-slowenien&ci=SHOP\\_AREA\\_17210\\_0510037](http://www.conrad.si/Termovizijske-kamere.htm?websale8=conrad-slowenien&ci=SHOP_AREA_17210_0510037)> (9. 1. 2017).

<sup>75</sup> Cena pri ocenjevanju splošne uporabe tehnologije ima pomembno vlogo, saj nižje cene povzročijo večjo uporabo tehnologije in obratno – glej Kevin Bankston in Ashkan Soltani: Tiny Constables and the Cost of Surveillance: Making Cents Out of United States v. Jones, v: Yale Law Journal Online, 123 (2014).

<sup>76</sup> Orin Kerr: Can the Police Now Use Thermal Imaging Devices Without a Warrant? A Reexamination of *Kyllo* in Light of the Widespread Use of Infrared Temperature Sensors, The Volokh Conspiracy, <<http://volokh.com/2010/01/04/can-the-police-now-use-thermal-imaging-devices-without-a-warrant-a-reexamination-of-kyllo-in-light-of-the-widespread-use-of-infrared-temperature-sensors/>> (9. 1. 2017), na to pa se namiguje tudi v sodbi ESČP v zadevi *Szabo and Vissy proti Madžarski* z dne 12. januarja 2016, tč. 68 (»becomes widespread«).

Ob upoštevanju pravila *general public use* tako lahko sklenemo, da termovizijska naprava ni zgolj pripomoček pri opravljanju policijskega dela, temveč naprav, ki v celoti nadomesti policistova čutila.<sup>77</sup> Z njo se pridobi podatek o notranjosti prostora, pri čemer lahko naprava zazna tudi aktivnost v prostoru. Na tej podlagi je mogoče oblikovati sklep o posameznikovih vsakodnevnih opravkih, s tem pa je poseženo v posameznikovo pravico do samostojnega odločanja v lastnih zadevah. Temperatura bivanjskega prostora je namreč avtonomna preferenca posameznika, ki ima nad prostorom dejansko in izključno oblast. Kot tako pa jo je mogoče šteti za zasebno, saj se nanaša na telesno identiteto posameznika<sup>78</sup> ter prostor, v katerem posameznik svobodno uresničuje razvoj, izpopolnjuje svojo osebnost<sup>79</sup> ter vzpostavlja in razvija odnose z drugimi osebami.<sup>80</sup> To pa še zlasti, ker so v bivanjskem prostoru vse podrobnosti intimne, saj je celoten dom varovan pred radovednimi očmi države,<sup>81</sup> posameznik v njem upravičeno pričakuje zasebnost in družba tako pričakovanje sprejema za razumno. Ker pa je temperatura del stvarne sfere prostora, ji zato pripada ustavnopravno varstvo.

Zato menim, da uporaba termovizijske naprave pomeni preiskovalno dejanje po 36. členu Ustave RS in bi morali policisti za izvedbo tega (proaktivnega) ukrepa pridobiti ustrezno predhodno sodno odločbo. V smislu dejanske izvedbe hišne preiskave je namreč treba obravnavati vsak poseg,<sup>82</sup> s katerim se pridobijo podatki, ki bi jih sicer lahko pridobili le s fizičnim vstopom v stanovanje ali drug varovan prostor.<sup>83</sup> Tako je treba zavrnilo še argument, da zgolj opazovanje objekta ne pomeni izvajanja prikritega preiskovalnega ukrepa. Policisti izključno s čutili namreč niso zmožni zaznati temperaturnih anomalij, zato ne gre za klasično opazovanje objektov zaradi izvajanja zasede ali

<sup>77</sup> Policist namreč toplotnega sevanja ne vidno ne čutno ne more zaznati, zato govori-mo o nadomestitvi, konopljo pa lahko zavoha, vendar to izučen pes namesto njega opravi veliko hitreje.

<sup>78</sup> Sodbi ESČP v zadevah *Mikulić proti Hrvaški* z dne 4. septembra 2002, tč. 53; in *Smirnova proti Rusiji* z dne 24. oktobra 2003, tč. 95–97.

<sup>79</sup> Sodbi ESČP v zadevah *Brüggemann and Scheuten proti Zvezni republiki Nemčiji* z dne 12. julija 1997, tč. 55; in *Friend proti Združenemu kraljestvu* z dne 24. novembra 2009, tč. 40–43.

<sup>80</sup> Sodbi ESČP v zadevah *McFeely & Ors proti Združenemu kraljestvu* z dne 15. maja 1980; ter *Niemietz proti Nemčiji* z dne 16. decembra 1992, tč. 29.

<sup>81</sup> *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

<sup>82</sup> Ne le v premagovanju fizičnih ovir, temveč tudi v smislu položaja, ko policisti s teh-nično dovršeno napravo (na primer termovizijsko kamero) preiščejo prostor in od zunaj zaznajo, ali je v njem obremenilna okoliščina. Polona Mozetič: *Nezakonite migracije in spreminjanje pojmovanja zasebnosti v družbi kontrole*, v: *Revija za kriminalistiko in tehnologijo*, 60 (2009) 1, str. 10–11.

<sup>83</sup> Tako o tem v ZDA (*Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001)) in Nemčiji (BVerfG 1 BvR 370/07 z dne 27. februarja 2008).

pa zaznavanja kriminalne aktivnosti. Poleg tega pa se za opazovanje objekta uporablja napredna tehnološka noviteta, s katero se že lahko pridobi eden od ključnih dokazov za poznejši kazenski postopek, ki ga policisti zgolj z lastnimi čutili in opazovanjem objekta ne bi mogli pridobiti.

### 3.5. Kritično do stališča slovenske sodne prakse

Vprašanje zakonitosti uporabe termovizijske naprave je že obravnavalo Višje sodišče v Ljubljani.<sup>84</sup> Kršitve ustavne pravice do nedotakljivosti stanovanja iz 36. člena Ustave RS ni ugotovilo, saj naj bi po mnenju sodišča policisti pridobili le podatke o temperaturi in prikazu razporeditve toplote po površini objekta, brez vstopa v objekt. Napačno naj bi bilo tudi obrambno stališče,<sup>85</sup> da gre pri uporabi termovizijske naprave za dejansko izvedbo hišne preiskave, saj s termovizijo ni bilo poseženo v notranjost stavbe, temveč se je z zunanje strani merila toplotna izguba stavbe, pri čemer je bilo zaznано večje toplotno oddajanje v spodnjih oziroma kletnih prostorih.

S takim stališčem se ne gre strinjati. Sodišče je sprva pravilno povzelo delovanje termovizijske naprave, saj so policisti res pridobili podatke o temperaturi in njeni razporeditvi po površini brez dejanskega vstopa v objekt. Vendar je sodišče ob tem zmotno sklepalo, da s tem ni bilo poseženo v notranjost prostora. Namen opazovanja s termovizijsko napravo je bil namreč preverjanje anonimne informacije o laboratoriju v kletnih prostorih, torej preverjanje, ali iz kletnih prostorov izhaja povečano toplotno sevanje zaradi uporabe reflektorskih svetil. Termovizijska naprava se je torej uporabila za pridobivanje informacije o notranjosti prostora – notranji temperaturi prostora in s tem potrditvi morebitne uporabe reflektorskih svetil za gojenje konoplje. Kot sem že pojasnil, notranja temperatura prostora povzroči zunanje toplotno sevanje, prek njegovega zaznavanja pa je mogoče sklepati o notranji temperaturi prostora. Gre za neločljivo povezani komponenti, ki ju razmejuje le izolacija opazovanega prostora. In ker notranja temperatura spada med stvarne komponente prostora, v katerem posameznik uživa zasebnost, se je z uporabo termovizijske naprave *de facto* poseglo v notranjost prostora, v katerega pa policisti v tistem trenutku zaradi pomanjkanja odredbe in volje uporabnika še niso mogli vstopiti.

Policisti pri tem prostora niso zgolj vizualno nadzorovali,<sup>86</sup> temveč so ga opazovali s termovizijsko napravo, kar jim je omogočilo zaznati temperaturo v

<sup>84</sup> Sklep Višjega sodišča v Ljubljani V Kp 11445/2014 z dne 26. marca 2015.

<sup>85</sup> Pritožbeno stališče je temeljilo na tem, da bi moralo uporabo termovizijske naprave prej odobriti sodišče, saj se z njeno pomočjo pridobivajo podatki o notranjosti prostora, s čimer je poseženo v 36. člen Ustave RS.

<sup>86</sup> Vizualno nadzorovanje ali opazovanje samo po sebi sicer ne pomeni nič drugega kot izvrševanje temeljnih policijskih nalog – odločba Ustavnega sodišča RS U-I-272/98 z dne 8. maja 2003, tč. 22.

njegovi notranjosti, česar z lastnimi čutili ne bi bili sposobni zaznati. S tem so brez sodne odredbe posegli v zasebnost uporabnika prostora, saj je bil pridobljen podatek o notranji temperaturi prostora, ki ga sicer drugače kot z vstopom v prostor ne bi bilo mogoče pridobiti. Ob tem je razvidno, da sodišče ni obravnavalo narave pridobljenega podatka in problematike napredne tehnologije,<sup>87</sup> čeprav je bilo zaradi te mogoče pridobiti podatek o notranjosti prostora. Prav rešitev vprašanja o zmožnosti dejanske izvedbe preiskave zaradi narave zbranih podatkov pa bi sodnemu senatu zagotovo vzpostavilo razumen dvom v zakonitost njene uporabe brez *ex-ante* sodne odredbe. Protiargument stališču sodišča je tudi v že zastopanem stališču, da je treba v smislu dejanske izvedbe hišne preiskave obravnavati vsak poseg, s katerim se pridobijo podatki, ki bi jih sicer lahko pridobili le s fizičnim vstopom v stanovanje ali drug varovan prostor. Na tej podlagi je edini logični zaključek ta, da je bila uporaba termovizijske naprave enakovredna hišni preiskavi, zaradi česar bi morala biti izpolnjena vsaj temeljna zahteva iz drugega odstavka 36. člena Ustave RS – pridobitev predhodne sodne odredbe.<sup>88</sup> Navsezadnje je podatek notranje temperature prostora tudi sled kaznivega dejanja gojenja konoplje, pridobivanje takih podatkov v notranjosti prostora pa pomeni samo bistvo hišne preiskave.<sup>89</sup>

Gornje enačenje uporabe termovizije ter hišne preiskave je v obravnavani zadevi privedlo do vprašanja upravičenega pričakovanja zasebnosti posameznika, ki naj bi prostor uporabljal, saj je posameznik pred razkritjem svojega ravnanja varovan na vsakem kraju, kjer lahko utemeljeno in s tem razvidno za druge pričakuje, da ne bo izpostavljen očem javnosti, pri čemer je njegovo domovanje prvi, ne pa edini tak kraj.<sup>90</sup> Višje sodišče je v navedlo, da obtoženi v objektu ni stanoval in da je stavba dajala videz zapuščenosti, torej znotraj opazovanega prostora zasebnosti ni pričakoval in določb 36. člena Ustave RS ter hišne preiskave po ZKP ni bilo treba uporabiti. V tem delu je sodišče pravilno ugotovilo, da obtoženi v omenjeni zadevi znotraj prostora, ki je bil opazovan

<sup>87</sup> Sodišče je le zaupalo spisovnim podatkom ter se z zmožnostmi naprave ni seznani-  
lo, čeprav takega naprednega strokovnega znanja nima.

<sup>88</sup> Za odgovor na vprašanje, ali je prišlo do hišne preiskave, je treba oceniti način  
izvedbe policijskih nalog, kraj pridobivanja podatkov oziroma dokazov (ali gre za no-  
tranji prostor, ali je prostor izpostavljen javnosti) ter upravičeno pričakovanje zasebnosti  
posameznika na kraju preiskave – glej sodbo Vrhovnega sodišča RS I Ips 32457/2011-159  
z dne 13. decembra 2012.

<sup>89</sup> Prvi odstavek 214. člena ZKP, sodba Vrhovnega sodišča RS XI Ips 39930/2011-262 z  
dne 24. novembra 2011.

<sup>90</sup> Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-272/98 z dne 8. maja 2003, tč. 20 ter sodba Vr-  
hovnega sodišča RS I Ips 291/2007 z dne 18. oktobra 2007.

s termovizijsko napravo, ni upravičeno pričakoval zasebnosti.<sup>91</sup> Ne glede na to, da je šlo za zaključeno celoto prostorov, jih obtoženi ni uporabljal, temveč je s svojo neuporabo ustvarjal videz zapuščenosti objekta in s tem ni izkazal subjektivnega pričakovanja zasebnosti, niti ne bi takih okoliščin javnost štela kot take, ki bi obtoženega upravičevale v njegovi zasebnosti. Tega ne spremeni niti dejstvo, da osebe niso mogle vstopiti v prostor in je bil ta torej zaklenjen,<sup>92</sup> saj fizične ovire v primeru zapuščenosti objekta niso relevantne okoliščine zasebnosti.<sup>93</sup>

Višje sodišče tako pravilno razlaga koncept upravičenega pričakovanja zasebnosti, zmotno pa je njegovo stališče, da z napravo ni bilo poseženo v notranjost prostora. Tudi če bi že bilo tako, bi bila zaradi narave podatkov še vedno potrebna zagotovitev ustreznega varstva zasebnosti. V nasprotnem primeru se prek stališča Višjega sodišča vračamo k lastninskemu konceptu pojmovanja zasebnosti, po katerem poseg v zasebnost pomeni šele prekoračitev fizičnih ovir, kar pa glede na sprejeti koncept pričakovane zasebnosti vodi v neustavno situacijo.<sup>94</sup> Zavedati se je tudi treba, da so ovire, s katerimi varujemo našo zasebnost, zaradi napredka tehnologije iz dneva v dan šibkejše in kaj kmalu ne bodo več zmogle obraniti radovednih pogledov javnosti in države. Zato je treba v dvomljivih primerih ugotoviti, ali je bil s tehnologijo<sup>95</sup> pridobljen podatek, ki po svojem bistvu ustreza tistemu, ki bi ga lahko pridobili le z izvedbo posameznega preiskovalnega dejanja ali prikritega preiskovalnega ukrepa. Nadalje je treba ugotoviti, ali je bila naprava v splošni rabi, navsezadnje pa glede na okoliščine oceniti, ali je v prostoru posameznik utemeljeno pričakoval zasebnost. Šele nato bo mogoče zakonito odgovoriti na vprašanje, ali je z uporabo moderne informacijske tehnologije dejansko prišlo do posega v zasebnost ali ne. Ob izostanku spoštovanja teh meril pa se bo zasebnost namreč kmalu uklonila tehnologiji, ki jo organi pregona uporabljajo pri izvajanju njihovih

<sup>91</sup> Obtoženi je sicer imel sklenjeno najemno pogodbo za vzpostavitev hotelskega kompleksa, vendar v več mesecih ni nakazal, da bi objekt prenavljal oziroma urejal za zadovoljevanje turističnih potreb.

<sup>92</sup> Glej obrazložitev sklepa Višjega sodišča v Ljubljani V Kp 11445/2014 z dne 26. marca 2015.

<sup>93</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS I Ips 71/2008 z dne 4. septembra 2008.

<sup>94</sup> Po tem bi bila na primer uporaba prisluškovalne naprave zakonita, če le ne bi posegala v posest ali lastninsko sfero opazovanega.

<sup>95</sup> In ne pripomočka, saj ta naravna čutila le ojača in jih ne nadomešča.

temeljnih nalog,<sup>96</sup> s tem pa posameznike v njihovih domovih prepustila na milost in nemilost uslužbencev države z nalogami varovanja javnih koristi.<sup>97</sup>

#### **4. UPORABA TERMORIZIJSKE NAPRAVE KOT EKVIVALENT PRIKRITIM PREISKOVALNIM UKREPOM?**

##### **4.1. Prisluškovanje v tujem prostoru**

Ker se s termovizijsko napravo pridobiva podatek o notranji temperaturi prostora, ta pa po svoji kakovosti spada med ustavno varovane dobrine, z njeno uporabo policisti dejansko izvedejo prikrito preiskavo stanovanja, s katero iz notranjosti prostora pridobijo sled o gojenju konoplje – visoko temperaturo kot podatek dokazne narave.

Zbiranje podatkov iz notranjosti objekta s tehnično napravo brez vstopa v objekt pravnemu redu RS ni neznan. Organom kazenskega pregona je namreč s prvim odstavkom 151. člena ZKP ob izpolnjevanju zakonskih pogojev dovoljeno prisluškovanje in opazovanje v tujem stanovanju ali drugih tujih prostorih, z uporabo tehničnih sredstev za dokumentiranje. Hipotetičen način izvedbe tega preiskovalnega ukrepa med drugim obsega vstop v sosednji prostor, ki je v neposredni zračni liniji (brez ovir) prostora, v katerem je oseba, ki se ji prisluškuje. V primeru izvedbe takega prikritega preiskovalnega ukrepa se z uporabo paraboličnega mikrofona,<sup>98</sup> ki se ga skozi okna usmeri v prostor, v katerem je nadzorovani posameznik, lahko zberejo in posnamejo govorni glasovni zapisi te osebe.

Obe policijski nalogi se tako izvršita na enak način – policist s tehnološko napravo na določeni razdalji, brez fizičnega vstopa, pridobi podatke, ki so bili v tistem trenutku na voljo v notranjosti prostora, v katerem je bila nadzorovana oseba. Podatka sta sicer vsebinsko različna: podatek o notranji temperaturi je izražen v obliki slike, informacija o (po)govoru osebe v prostoru pa v zvočnem zapisu. Dejstvo pa je, da sta bila oba podatka pridobljena na podlagi nečesa, kar izvira iz notranjosti opazovanega prostora (temperatura prostora, glas

---

<sup>96</sup> Scott Byrd: Criminal Procedure: Searching High and Low for a Search in Kylo: Justice Scalia Reaffirms Core Protection of the Fourth Amendment, v: Oklahoma Law Review, 56 (2003), str. 168.

<sup>97</sup> Bradley Leger: Thermal Imaging and the Fourth Amendment: The Government's »High-Tech Assault« on »A Once Treasured Haven«, v: South Texas Law Review, 43 (2002), str. 849.

<sup>98</sup> Gre celo za splošno dostopno napravo, <[http://www.spyshop.si/prisluskovalne-naprave/i\\_98\\_parabolni-mikrofon-za-nadzor-bionic-spy-ear](http://www.spyshop.si/prisluskovalne-naprave/i_98_parabolni-mikrofon-za-nadzor-bionic-spy-ear)> (8. 1. 2017).

posameznika v tem prostoru). Nadalje parabolični mikrofoni zgolj ojača sluh policista, termovizijska naprava pa čuti policista v celoti nadomesti, vendar policist na koncu z obema napravama zbere podatke, ki ju brez njih ne bi mogel pridobiti drugače, kot le z vstopom v stanovanje, v katerem bi lahko občutil toploto oziroma slišal (po)govor. Tehnološki napravi policistu torej omogočita zbiranje informacij, ki bi jih bilo po drugi poti skorajda nemogoče pridobiti.

Ne glede na to, da sta policijski nalogi glede na njuno dejansko izvedbo skorajda enaki, da uporabljeni tehnološki napravi delujeta po enakem principu in da se pri tem poseže v ene najbolj pomembnih ustavno zagotovljenih pravic,<sup>99</sup> pa je zakonsko urejeno le prisluškovanje.

## 4.2. Tajno opazovanje

Termovizijsko napravo je sicer prvenstveno mogoče uporabiti zgolj za opazovanje objektov in njihovih površin. Vendar pa si je zaradi že omenjene razlike med telesno temperaturo posameznika ter temperaturo bivanjskih prostorov in natančnosti termovizijske naprave mogoče zamisliti tudi situacijo, ko bi jo policisti usmerili v okno opazovanega objekta in s tem neposredno opazovali osebo oziroma izseke iz njenega vsakodnevnega življenja.

To pomeni, da se zoper osebo izvršuje ukrep tajnega opazovanja po 149.a členu ZKP, saj se termovizijska naprava uporablja za ugotavljanje ter spremljanje položaja, gibanja in aktivnosti osebe v nekem stanovanjskem objektu,<sup>100</sup> kar pomeni tipične elemente tajnega opazovanja po tretjem odstavku 149.a člena ZKP. Položaj, gibanje in aktivnosti opazovane osebe so lahko celo enake tistim zgoraj, ki povzročijo spremembo temperature v prostoru, vendar pa je bistveno to, da je tajno opazovanje osredotočeno na osebo in ne na objekt. Zato je treba v primeru opazovanja osebe s termovizijsko napravo za njeno uporabo prej pridobiti vsaj odredbo državnega tožilstva (peti odstavek 149.a člena ZKP), saj zaradi tehničnih zmožnosti naprave ne gre za klasične metode policijskega dela.<sup>101</sup> Za to morajo biti podani utemeljeni razlogi za sum priprave ali izvršitve, da je konkretna oseba izvršila, izvršuje ali pripravlja oziroma organizira izvršitev katerega od kaznivih dejanj iz četrtega odstavka 149.a člena ZKP, pri tem pa je mogoče utemeljeno sklepati, da policisti z drugimi ukrepi tega dejanja ne morejo odkriti, preprečiti ali dokazati oziroma bi bilo to povezano z nesorazmernimi težavami (prvi odstavek 149.a člena ZKP).

<sup>99</sup> B. Leger, nav. delo, str. 854.

<sup>100</sup> S. Moore, nav. delo, str. 810–811.

<sup>101</sup> Zanje odredba ni potrebna. Štefan Horvat: Zakon o kazenskem postopku (ZKP) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 326.

Izvedbe takega ukrepa praviloma ne bo odredil preiskovalni sodnik, saj za tajno opazovanje osebe termovizijske naprave ni treba namestiti v osumljenčevo vozilo, drug zavarovan oziroma zaprt prostor ali predmet s tajnim vstopom (2. točka šestega odstavka 149.a člena ZKP). Policisti namreč lahko ta ukrep izvajajo kar iz neoznačenega policijskega vozila na javno dostopnih prostorih ter krajih in prostorih, ki so vidni z javno dostopnega kraja oziroma prostora. Ko pa se bo za tajno opazovanje osebe v njenem stanovanju zaprosilo na primer sosedu te osebe,<sup>102</sup> bo treba pridobiti tako pisno soglasje zaprosenega kot tudi odredbo preiskovalnega sodnika (3. točka šestega odstavka v zvezi s 4. točko 7. člena 149.a člena ZKP). Ravnanje policistov v nasprotju s tem pa bo na podlagi 154. člena v zvezi s 83. členom ZKP vodilo v izločitev dokazov, ki so jih policisti pridobili z uporabo termovizijske naprave.

## 5. UPORABA TERMOVIZIJSKE NAPRAVE IN NAČELO ZAKONITOSTI POSEGOV V PRAVICO DO ZASEBNOSTI

Uporabe termovizijske naprave izrecno ne predpisuje noben zakon (na primer ZKP ali ZNPPol) ali vsaj splošno dostopen podzakonski akt, tako da ni mogoče vedeti, v kakšnih okoliščinah ter kako je napravo sploh mogoče uporabiti in zoper koga. Predstavljeni način delovanja termovizijske naprave lahko glede na že omenjeno izenačimo z izvedbo prikritih preiskovalnih ukrepov, katerih bistvo je prikrito in proaktivno zbiranje dokazov za potrebe poznejšega kazenskega postopka. Ti ukrepi pa morajo biti zaradi posega v ustavno varovane človekove pravice in temeljne svoboščine natančno opredeljeni v zakonu ter podvrženi učinkoviti sodni kontroli, torej vsaj predhodni sodni odredbi.<sup>103</sup>

V prvem in drugem odstavku 148. člena ZKP je med drugim določeno, da sme policija v primeru podanih razlogov za sum izvršitve kaznivega dejanja, ki se preganja po uradni dolžnosti, ukreniti potrebno, da se odkrijejo in zavarujejo sledovi kaznivega dejanja in predmeti, ki utegnejo služiti kot dokaz, iz tega razloga pa opraviti pregled določenih objektov in prostorov. Kako ali s čim je tak pregled mogoče opraviti, ni jasno, besedna zveza »ukreniti potrebno« pa je generalna klavzula,<sup>104</sup> ki zaradi svoje nedoločenosti ne sme biti podlaga za po-

<sup>102</sup> Zato, ker je iz bivanjskega prostora sosedu na primer mogoče neposredno videti v bivanjski prostor opazovane osebe.

<sup>103</sup> To je bistvo odločbe Ustavnega sodišča RS U-I-25/95 z dne 27. novembra 1997, o tem pa tudi Š. Horvat, nav. delo, str. 323. Glej tudi sodbo ESČP v zadevi *Dumitru Popescu proti Romuniji* (št. 2) z dne 26. aprila 2007, tč. 70–73.

<sup>104</sup> Taka je tudi določba 4. člena ZNPPol, ki opredeljuje temeljne naloge Policije.

seganje policije v posameznikovo zasebnost.<sup>105</sup> Zakonski podlagi za uporabo termovizijske naprave se zato najbolj približa prvi odstavek 113. člena ZNPPol, ki policiste pooblašča za uporabo tehničnih sredstev za fotografiranje ter video snemanje,<sup>106</sup> ki so potrebna pri opravljanju policijskih nalog zaradi zbiranja osebnih in drugih podatkov, namenjenih dokazovanju prekrškov in kaznivih dejanj ter identificiranju kršiteljev oziroma storilcev. V podzakonskih aktih, na primer Pravilniku o policijskih pooblastilih,<sup>107</sup> termovizija ni omenjena, na podlagi 7. člena Uredbe o vozilih, plovilih, oborožitvi in posebni opremi policije<sup>108</sup> pa je mogoče le indično sklepati, da je termovizijska kamera umeščena med posebno opremo policije. Tipizacija tehničnih sredstev iz 113. člena ZNPPol je namreč predmet internega urejanja,<sup>109</sup> podatki o njih pa zaradi varstva taktike in metode policijskega dela širši javnosti niso dostopni.

Ustavna zahteva po določnosti zakona (*lex certa*), ki izhaja iz 2. člena Ustave RS,<sup>110</sup> je jasna – poseganje v ustavno varovane pravice mora biti urejeno natančno in nedvoumno, saj v nasprotnem primeru obstaja možnost različne uporabe zakona in arbitrarnosti državnih ali drugih organov za izvrševanje javnih pooblastil, ki odločajo o pravicah posameznikov. Ta norma je imanentna v primeru predpisov, ki urejajo pooblastila represivnih organov pri poseganju v človekove pravice in temeljne svoboščine, še zlasti tistih, ki urejajo proaktivne posege v človekove pravice in svoboščine. V primeru slednjih je zaradi specifičnega načina poseganja v najpomembnejše pravne dobrine po mnenju Ustavnega sodišča RS<sup>111</sup> država v izvrševanju svojih pooblastil še bolj omejena in morajo biti zato pravna pravila tako natančna, da ne dopuščajo nikakršnih arbitrarnih ali širokih razlag in potvarjanja dejansko izvedenih prikritih preiskovalnih ukrepov.<sup>112</sup> Jasnejšo opredelitev, kot je ta splošna opredelitev načela zakonitosti, na kazenskoprocesnem področju podaja ESČP, po stališču katerega mora vsak poseg v zasebnost temeljiti 1. na določeni pravni podlagi, 2. ki

<sup>105</sup> Odločba Ustavnega sodišča RS Up-62/98 z dne 1. julija 1999, tč. 22.

<sup>106</sup> Termovizijska naprava zajame sliko opazovane površine in bi o njej lahko govorili kot o tehničnem sredstvu (termalnega) fotografiranja.

<sup>107</sup> Pravilnik o policijskih pooblastilih, Ur. l. RS, št. 40/06, 56/08, 15/13 – ZNPPol in 16/14.

<sup>108</sup> Uredba o vozilih, plovilih, oborožitvi in posebni opremi policije, Ur. l. RS, št. 2/14.

<sup>109</sup> Glej peti odstavek 114. člena ZNPPol.

<sup>110</sup> Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-25/95 z dne 27. novembra 1997, tč. 32.

<sup>111</sup> Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-152/03-13 z dne 23. marca 2006, tč. 13, 16.

<sup>112</sup> Podobno tudi Ustavno sodišče RS v odločbi U-I-158/95 z dne 2. aprila 1998, tč. 15. Enako meni Bečir Kečanović: Tajni policijski ukrepi v kriminalističnem preiskovalnem diskurzu, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 51 (2000) 4, str. 327.

mora biti predvidljiva,<sup>113, 114</sup> 3. njena pravna pravila morajo natančno urejati uporabo naprav in sredstev za izvedbo prikritih preiskovalnih ukrepov<sup>115</sup> 4. in morajo biti poleg tega dostopna širšemu krogu javnosti,<sup>116</sup> 5. posegi v obliki prikritih preiskovalnih ukrepov pa so dopustni le v primeru, da so v demokratični družbi obravnavani kot nujni<sup>117</sup> ter 6. da so zoper njih na voljo ustrezni mehanizmi pravne zaščite.<sup>118</sup>

Če primerjamo zahteve ESČP in prvi odstavek 113. člena ZNPPol, je na prvi pogled očitno, da uporaba termovizijske naprave ni urejena zakonito. Najprej je treba poudariti, da naprava v citiranem členu ni izrecno omenjena ali predvidena, posledično pa s tem ni izpolnjena zahteva po natančni zakonski ureditvi, ki bi morala izkazovati popolno in zaključeno celoto naprav ter sredstev za izvedbo prikritih ukrepov. V RS mora biti sodiščem namreč znano, kako in s katerimi tehničnimi sredstvi je policija pridobila podatke,<sup>119</sup> saj je mogoče le na taki osnovi sprejeti dokončen sklep o vprašanju zakonitosti posega, s čimer se prepreči arbitrarno poseganje v zasebnost posameznikov. Ker v predmetni zadevi ni tako, zakonodaja ni nedvoumna, saj povprečno razumnemu posamezniku dopušča precej pomislekov o tem, katera tehnična sredstva se bodo potencialno lahko uporabila zoper njega<sup>120</sup> in na osnovi katerega dokaznega standarda. Hkrati s temi pomisleki je organom pregona omogočena široka razlaga zakonske norme o tem, katera sploh so tehnična sredstva, ki jih je po njihovi subjektivni (arbitrarni?) oceni dopustno uporabiti. Nadalje je akt, s katerim so tehnična sredstva za izvajanje policijskih nalog tipizirana oziroma urejena glede na peti odstavek 114. člena ZNPPol, interne narave, ki

<sup>113</sup> V smislu, da je posamezniku znano, da pravna podlaga omogoča izvedbo posameznega ukrepa s tehničnim sredstvom, ki se ob podanih pogojih lahko izvede zoper njega, seveda pa ne tako, da bi se posameznik imel možnost seznaniti s prikritimi ukrepi zoper njega s trenutkom njihove uvedbe, kar bi potemtakem izgubilo svoj smisel.

<sup>114</sup> Sodba ESČP v zadevi *Amann proti Švici* z dne 16. februarja 2000, tč. 55–56.

<sup>115</sup> Zaradi vse večjega napredka tehnologije bi torej morale biti znane, s katerimi napravami informacijske tehnologije so se posegi v zasebnost izvedli, saj bi lahko le tako preverili zakonitost izvedbe ukrepa.

<sup>116</sup> Sodba ESČP v zadevi *Khan proti Združenemu kraljestvu* z dne 4. oktobra 2000, tč. 27.

<sup>117</sup> Nujnost se razlaga z zaščito temeljnih demokratičnih institucij ter pridobivanjem bistvenih informacij, namenjenih za operacijo nadzora zoper konkretnega posameznika. Glej sodbo ESČP v zadevi *Szabo in Vissy proti Madžarski* z dne 12. januarja 2016, tč. 73.

<sup>118</sup> Sodba ESČP v zadevi *Zakharov proti Rusiji* z dne 4. decembra 2015, tč. 236.

<sup>119</sup> Primeroma sodbi Vrhovnega sodišča RS I Ips 394/2007 z dne 17. januarja 2008 in I Ips 440/2008 z dne 17. septembra 2009.

<sup>120</sup> Smiselno sodba ESČP v zadevi *The association for European integration and human rights in Ekimdzhiiev proti Bolgariji* z dne 30. januarja 2008, tč. 75.

splošni javnosti ni dostopen.<sup>121</sup> Pravna podlaga termovizijske naprave v prvem odstavku 113. člena ZNPPol je torej blanketna norma, ki termovizijsko napravo kot tehnično sredstvo uvaja na podlagi internega akta, s katerim se širši krog javnosti preprosto ne more seznaniti, to pa vodi v razumno sklepanje, da pravna osnova za njeno uporabo ni splošno dostopna in s tem predvidljiva.<sup>122</sup> Ob tem ne gre pozabiti, da je poseg v ustavno zagotovljene pravice mogoče določiti le na zakonski ravni, zato pa bi morala tudi tehnična sredstva, ki se ob takem posegu uporabljajo in so njegov bistveni del, postati predmet zakonske materije.<sup>123</sup> Ureditve uporabe termovizijske naprave je zato v RS vsaj trenutno, ne glede na njeno potrebno<sup>124</sup> uporabo v demokratični družbi zaradi nasprotovanja temeljnemu načelu zakonitosti v kazenskem postopku »nezakonita«, še zlasti zato, ker posamezniku niso znane niti okoliščine niti postopkovni pogoji njene uporabe.<sup>125</sup>

Z uporabo termovizijske naprave, kot izhaja iz prakse predkazenskih postopkov, se ne posega le v pravice osebe, katere prostor se opazuje, temveč tudi posameznikov, ki v okolici opazovanega prostora bivajo. Policisti namreč sliko opazovanega prostora primerjajo s slikami sosednjih prostorov objektov, torej posežejo tudi v pravice drugih, zoper katere se prikriti ukrep pridobivanja notranje temperature sploh ne izvaja.<sup>126</sup> To še dodatno utrjuje prepričanje o arbitrarni uporabi termovizijske naprave, zoper podatke katere posamezniki, ki so bili opazovani izključno zaradi možnosti izvedbe primerjave, nimajo omogočenega učinkovitega pravnega sredstva,<sup>127</sup> ker sploh ne vedo, da so bili njihovi objekti predmet preiskave, zagotovo pa jim ni znano, da zoper specifično osebo pozneje poteka kazenski postopek, v katerem se bodo notranje temperature njihovih objektov uporabile v prid potrjevanja indica o gojenju

<sup>121</sup> Podatki, označeni kot interni, so tajni podatki, katerih razkritje nepoklicani osebi bi lahko škodovalo delovanju ali izvajanju nalog organa – 4. točka 13. člena Zakona o tajnih podatkih (ZTP, Ur. l. RS, št. 50/06 – uradno prečiščeno besedilo, 9/10 in 60/11).

<sup>122</sup> S tega vidika ne vzdrži argumentacija, da pogojev izvedbe prikritega invazivnega posega ni treba zapisati v zakon, saj je predvidljivost pomembnejša. Glej sodbo ESČP v zadevi *Liberty in drugi proti Združenemu kraljestvu* z dne 1. oktobra 2008, tč. 60, 69.

<sup>123</sup> O tem tudi Irena Vovk: Policijska država?, v: Pravna praksa, 32 (2013) 4, str. 32.

<sup>124</sup> Zaradi zaznavanja enega od indicov, ki v povezavi z drugimi nakazuje na hidropo- nično gojenje konoplje v prostoru, tako pridelana substanca pa je zdravju še bolj škodljiva – sodba Ustavnega sodišča RS XI Ips 48793/2013–149 z dne 6. novembra 2013, tč. 8.

<sup>125</sup> Po ustaljeni praksi ESČP mora biti to posameznikom znano. Glej sodbo v zadevi *Dragojević proti Hrvaški* z dne 15. aprila 2015, tč. 81.

<sup>126</sup> L. Albrecht, nav. delo, str. 255.

<sup>127</sup> Obstajati mora učinkovito in ustrezno pravno jamstvo proti zlorabi. Glej sodbo ESČP v zadevi *Kennedy proti Združenemu kraljestvu* z dne 18. avgusta 2010, tč. 153.

konoplje. Navsezadnje je nekoliko nepoštena<sup>128</sup> tudi razporeditev dokaznega bremena, ki ga nosi obramba obdolženca, saj mora ta zaradi nejasne zakonske ureditve izkazati, da so s termovizijsko napravo organi pregona dejansko posegli v prostor upravičenega pričakovanja zasebnosti,<sup>129</sup> to pa lahko ob policijskem sklicevanju na tajno naravo njihovega dela pomeni *probatio diabolica*.

## 6. SKLEP

Lastnosti termovizijske naprave in narava zbranih podatkov so vsekakor take, da je pri njeni uporabi mogoče govoriti o vnaprejšnji izvedbi preiskave opazovanega prostora, po drugi strani pa je naprava učinkovita za pridobivanje indicia o hidroponičnem gojenju konoplje. Uporaba termovizijske naprave torej nije bitko med učinkovitostjo kazenskega postopka ter zasebnostjo posameznika, zmagovalca pa bo treba zaradi vse hitrejšega razvoja tehnologije ter njenega sofisticiranega in prikritega poseganja v našo zasebnost,<sup>130</sup> skladno z načelom zakonitosti, natančno določiti z zakonom. V njem bi lahko zakonodajalec za uporabo termovizijske naprave predvidel dokazni standard razlogov za sum,<sup>131</sup> ki bi se utemeljeval s prvo informacijo o notranjem gojenju konoplje, povišano porabo električne energije objekta ter subjektivnim zaznavanjem gojenja (prek vida, vonja ali sluha), poleg tega pa bi morali organi pregona še izkazati, da je mogoče v točno določenem prostoru<sup>132</sup> pridobiti dokaze, ki jih z milejšimi ukrepi ne bi bilo mogoče zbrati. S tem bi bila zagotovljena minimalna zakonska predvidljivost o uporabi tega tehničnega sredstva, zadoščeno pa bi bilo tudi evropskim pravnim standardom. Do tedaj pa je treba zagovarjati tezo, da gre pri uporabi termovizijske naprave za izvedbo hišne preiskave, zaradi česar je treba spoštovati drugi odstavek 36. člena Ustave RS<sup>133</sup> in za zakonito termovizijo izdati predhodno sodno odločbo, ki bo utemeljena vsaj na stopnji razlogov za sum in s katero bo preiskovalni sodnik kot pravovarstveni garant

<sup>128</sup> Neracionalno in pretirano dokazno breme v zvezi z učinkovitim varstvom zasebnega življenja ni razumno. Glej sodbo ESČP v zadevi *Turek proti Slovaški* z dne 13. septembra 2006, tč. 116.

<sup>129</sup> Tega na primer ni treba dokazovati pri nameščanju mikrofонов, GPS-naprave, prestrzanju telekomunikacij itd.

<sup>130</sup> Sodbi ESČP v zadevah *Weber in Saravia proti Nemčiji* z dne 29. junija 2006, tč. 93; ter *Iordachi in drugi proti Moldaviji* z dne 14. septembra 2009, tč. 39.

<sup>131</sup> V primeru utemeljenih razlogov za sum bi bil namreč že izpolnjen vsebinski kriterij za hišno preiskavo, ki se je do zdaj utemeljeval tudi s podatki, pridobljenimi s termovizijsko napravo.

<sup>132</sup> Gre za specifičnost prostora, ne pa še osredotočenost preiskovanja.

<sup>133</sup> Člen 36 Ustave RS določa, da ne sme nihče vstopiti v prostor brez odločbe sodišča.

preverjal utemeljenost posega v posameznikovo zasebnost.<sup>134</sup> V nasprotnem primeru, torej ko ta ustavna jamstva niso spoštovana, pa je treba dokaze, pridobljene s termovizijsko napravo, iz postopka izločiti.

Treba se je zavedati, da bo zasebnost, dokler tehnične naprave za zbiranje osebnih podatkov, ki jih pri svojem delu uporabljajo slovenski organi kazenskega pregona, ne bodo znane ali vsaj predvidljivo urejene, v podrejenem položaju učinkovitosti kazenskega postopka, moč nadzorovanja pa bo v rokah izvršilne oziroma represivne veje oblasti, čeprav bi o sprejemljivosti novih nadzorovalnih tehnologij danes morala odločati demokratična družba.<sup>135</sup> Do tedaj je zato v zvezi z uporabo napredne tehnologije najbolje uporabljati načelo zakonitosti in na področju posameznikove zasebnosti prepovedati vse invazivne posege, ki niso izrecno zakonsko dovoljeni.

---

<sup>134</sup> Tako o tem tudi Informacijski pooblaščenec Republike Slovenije: Ponovno mnenje IP k dopolnjenemu predlogu Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o nalogah in pooblastilih policije (predlog ZNPPol-A, EVA 2015-1711-0006), <[https://www.ip-rs.si/fileadmin/user\\_upload/Pdf/pripombe/MNZ\\_\\_mnenje\\_k\\_predlogu\\_ZNPPol-A\\_\\_ju-lij\\_2016.pdf](https://www.ip-rs.si/fileadmin/user_upload/Pdf/pripombe/MNZ__mnenje_k_predlogu_ZNPPol-A__ju-lij_2016.pdf)> (9. 1. 2017).

<sup>135</sup> O tem tudi Irena Vovk: Policijska pooblastila, v: *Pravna praksa*, 33 (2014) 3, str. 32.



# THE ROLE OF THE COUNCILS FOR THE JUDICIARY FOR AN EFFECTIVE JUDICIAL SYSTEM\*

**Primož Rataj,**

*Master of Laws, Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Ljubljana*

**Grega Strban,**

*Doctor of legal sciences, Full professor, Faculty of Law, University of Ljubljana*

## 1. INTRODUCTION

One of the conditions for the effective rule of law principle, a cornerstone of every modern democratic state, perhaps even the most important one, is an independent and impartial judiciary. Independence and impartiality need to be ensured for the judiciary to fulfil its role in relation to the parties of courts' proceedings, society and other branches of power. To achieve these two qualities, appointment, responsibility, and dismissal of judges on the one hand, and determination of the scope of their rights and obligations on the other, need to

---

\* This contribution presents one of the results of the project JUST/2015/JACC/AG/QUAL/8484 – "Supreme Courts as guarantee for effectiveness of judicial systems in European Union", ongoing from June 2016, coordinated by the Supreme Court of the Republic of Latvia, in cooperation with the Supreme Court of Lithuania, the Supreme Court of Spain, the Curia of Hungary, and the Faculty of Law (University of Antwerp) and the Faculty of Law (University of Ljubljana). The project has been produced with the financial support of the European Commission. The contents of this publication are the sole responsibility of the authors and can in no way be taken to reflect the views of the European Commission.

The authors would like to thank all the Supreme Courts that have kindly responded to the questionnaire prepared under this project.

Independence of the judicial authority is solemnly declared and protected in the Constitutions of the European Union Member States. In France for instance, the President of the Republic is the guarantor of the independence of the judicial authority and is assisted by the High Council of the Judiciary. See Article 64 of French Constitution of 4th October 1958. Another example is Italy, where the Judiciary is a branch that is autonomous and independent of all other powers. See Article 104 of Italian Constitution.

be provided for in a manner, which is separated from the influence of (daily) politics. It is presumed that this also leads to a higher level of professional competence and quality of judiciary in general. One of the existing paths<sup>1</sup> to achieve this goal, is the creation of a special body named the Council for the Judiciary,<sup>2</sup> which exists in a number of the European Union (EU) Member States (hereinafter the Member States). While their names in the Member States vary,<sup>3</sup> the term Council will be used hereinafter to avoid confusion. It is usually a *sui generis* body with a constitutional foundation<sup>4</sup> that places it beyond the reach of the ordinary legislator, with the intent to enable it to execute the assigned tasks in complete independence.<sup>5</sup>

The Councils differ significantly in their composition (of judges or also other members who are appointed or elected by various institutions) and their competences, roles and influence. This is due to the peculiarities of legal and political sphere and level of development of a national system, its tradition, and other deeply rooted structural and cultural factors, which make every Council unique.<sup>6</sup> Its role can be very different and can range from being an auxiliary one, to being a supervisory or even an intermediary one connecting the different branches of power, namely the judicial, legislative, and executive power

---

<sup>1</sup> In Europe, there are broadly five models of court administration in use. They are the Ministry of Justice model, the Judicial Council model, the courts service model, hybrid models and the socialist model. For more information about each of them see M. Bobek and D. Kosař, 2013, p. 7–9, and D. Kosař, 2016, p. 131–133.

<sup>2</sup> This wording is already being used by the European Network of Councils for the Judiciary.

<sup>3</sup> The High Council of Justice in Belgium, the National Judicial Council in Croatia and Hungary, the Council for administration of Courts in Estonia, the Danish Court Administration in Denmark, the High Council of the Judiciary in France and Italy, the National Council of the Judiciary in Poland, the Supreme Judicial Council in Bulgaria and Portugal, the Supreme Judicial Council of Civil and Criminal Justice in Greece, the Superior Council of Magistracy in Romania, the Judicial Council in Latvia, Lithuania, Scotland, Slovakia, and Slovenia, the General Council of the Judicial Power in Spain, Judges Council in Northern Ireland, England and Wales, and the Commission for the Administration of Justice in Malta.

<sup>4</sup> The Council is not a constitutionally regulated body in Denmark, England and Wales, Latvia, the Netherlands, Northern Ireland, Scotland, and UK. In some EU Member States there are also two Councils, the other being for administrative courts. This is the case in Greece (Supreme Judicial Council of the Administrative Justice that is constitutionally regulated) and Italy (the Council of Administrative Justice that is not constitutionally regulated). These latter two Councils are not taken into account in this contribution.

<sup>5</sup> See Report of the ENCJ Working group ‘Mission and vision – developing a strategy for the Council’, 2006, p. 14.

<sup>6</sup> W. Voermans and P. Albers, 2003, p. 70.

(which can be reflected also in its composition).<sup>7</sup> The Councils strive to achieve responsibility, quality and efficiency of the judiciary, while at the same time safeguarding the independence of judges and judiciary in its entirety, which can only be achieved if the Council itself enjoys independent status.<sup>8</sup> In this respect, they significantly influence the functioning of the courts of all levels, including also the Supreme courts of the Member States. Due to the fact that Councils differ greatly among the Member States, the purpose of this contribution is to outline the differences among them while simultaneously attempting to provide arguments to select their better or best practices in relation to the functioning of (Supreme) courts.

## 2. METHODOLOGY

This research builds on the functional method of comparative law, which allows the discovery of similarities and differences among the Member States concerning the role of the Councils for an effective judicial system. An individual presentation of each Member State's national legislation is avoided given the limited size of the contribution. Nevertheless, national legislation is singled out to illustrate the Member States' practices.

The starting point of this research was the preparation of a questionnaire concerning Supreme Courts and Councils for the Judiciary, which was then sent to national experts. While the respondents were answering the questionnaires, our activities included desk research with which it was attempted to establish the state of the art of the existing research regarding the research topic, specifically the role of the Councils for an effective judicial system. The responses of national respondents were received in November 2016 and subsequently analysed (e.g. empirical research). Where possible, the information provided by the respondents was cross-checked with national legislation and academic literature. In total, questionnaires from 20 Member States were received. Out of these 20 Member States, only in 12<sup>9</sup> EU Member States a special Council for

---

<sup>7</sup> Slovenian Council, for instance, is a *sui generis* body that cannot be included in any of the three branches. It performs a participatory role in the process of appointment of judges and therefore connects the judicial and legislative power. See L. Šturm and others, 2010, p. 923; and M. Končina Peternel, 2015, p. 6.

<sup>8</sup> Some Member States are taking important steps towards strengthening the independence of the judiciary by establishing the Council as an authoritative independent institution. An example is the legislative proposal for Act on the Judicial Council in Slovenia, available at: <[http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/mp.gov.si/novice/2016/besedilo\\_zakona.PDF](http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/mp.gov.si/novice/2016/besedilo_zakona.PDF)> (last visited March 2017).

<sup>9</sup> Estonia, Hungary, Italy, Latvia, Lithuania, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, and Spain.

the Judiciary exists.<sup>10</sup> This is methodologically important as more information about them was received and used for the preparation of this contribution. Basic information regarding the Councils for the Judiciary was also obtained via Constitutional provisions of other EU Member States and the European Network of Councils for the Judiciary.<sup>11</sup> Even though it was not possible to obtain relevant detailed information from all the EU Member States, it is argued that a representative sample was compiled that allows relevant conclusions.

The information gathered by the surveys and theoretical framework was afterward compared to validate or falsify the theoretical framework or supplement it. Theoretical and empirical research were thus combined to increase the validity of research findings, which is often referred to as “triangulation” as a research method in the social sciences.

### 3. THE COMPOSITION OF COUNCILS FOR THE JUDICIARY

#### 3.1. An Overview

When determining the position of the Council towards other State powers and the competences the Council has (or could have), the composition of the Council is fundamentally important. The compositions vary greatly between the Member States, which lead us to believe that the roles of the Councils are therefore different in every Member State.

For instance, differences exist in the total number of members<sup>12</sup> composing Councils. The number can be as low as 4 in the Netherlands<sup>13</sup> or as high as 44 in Belgium with varying amounts in between in some other EU Member Sta-

---

<sup>10</sup> The Council for the Judiciary does not exist in Austria, Cyprus, Czech Republic, Finland, Germany, Ireland, Luxembourg, and Sweden.

<sup>11</sup> The other Member States with an existing Council are Belgium, Bulgaria, Croatia, Denmark, France, Greece, Malta, and the UK. In the UK, there are three Councils, one for Northern Ireland, one for Scotland, and one for England and Wales.

<sup>12</sup> This observation should be placed a broader context. The number of members is influenced by a variety of factors, such as the size of a Member State and the nature of its pursued goals in the composition of the Council (e.g. professionalism; the principle of checks and balances between different branches of government; public participation for greater transparency and control; representation of citizens from different parts of the Member State; etc.). More important than the total number is the ratio between different groups of members (e.g. judge versus non-judge members) and the required majority for adoption of decisions.

<sup>13</sup> According to Article 84 of the Dutch Judicial Organisation Act, the Council should consist of between 3 and 5 members. It is up to the Council to choose the actual number. Currently there are 4 members. See ENCJ Factsheet on the Netherlands.

tes. There are 10 members of the Council in Malta, 11 in Croatia,<sup>14</sup> Denmark, Northern Ireland, Slovenia,<sup>15</sup> and Estonia,<sup>16</sup> 15 in Greece, Latvia, and Hungary, 16 in Scotland, 17 in Portugal,<sup>17</sup> 18 in Slovakia,<sup>18</sup> 19 in Romania,<sup>19</sup> 21 in Spain, 22 in France, 23 in Lithuania, 25 in Bulgaria and Poland,<sup>20</sup> 27 in Italy and 29 in England and Wales.

The Councils can be composed only of judges (as is the case in Hungary,<sup>21</sup> Lithuania, Northern Ireland, and Scotland) or of judges and other members. Other members in Slovenia<sup>22</sup> and Italy<sup>23</sup> consist of law professors, attorneys or other lawyers elected by the Parliament. Other non-judge members can also be prosecutors, like in Romania, Bulgaria, and France. A unique approach exists in Latvia, where all non-judge members are members by their function.<sup>24</sup>

---

<sup>14</sup> See Article 124 of the Constitution of the Republic of Croatia, Official Gazette of the Republic of Croatia No. 56/90 with amendments (Croatian Constitution).

<sup>15</sup> See Article 131 of the Constitution of Republic of Slovenia, Official Gazette of the Republic of Slovenia No. 33/91-I with amendments (Slovenian Constitution).

<sup>16</sup> See Article 40 of Estonian Courts Act from 19 June 2002.

<sup>17</sup> See Article 218 of the Constitution of the Portuguese Republic of 2 April 1976 with amendments (Portuguese Constitution).

<sup>18</sup> See Article 141a of the Constitution of the Slovak Republic of 3 September 1992 with amendments (Constitution of Slovakia).

<sup>19</sup> See Article 133 of the Constitution of Romania, Official Gazette of Romania, Part I, No. 233 of 21 November 1991 with amendments (Romanian Constitution).

<sup>20</sup> See Article 187 of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 with amendments (Polish Constitution).

<sup>21</sup> The President of the Curia is an *ex officio* member, while other 14 judge members are elected in a secret ballot by a majority vote at the meeting of delegated judges. Despite the fact that the National Judicial Council in Hungary is composed only of judges, there are several non-judges who are also entitled to attend the meetings of the Council. It means that meetings (including a closed meeting) of the Council can be attended by the President of the National Office for the Judiciary, the Minister of Justice, the Prosecutor General, the President of the Hungarian Bar Association, the President of the Hungarian Chamber of Notaries Public and any *ad-hoc* experts and the representatives of any civil society organisations and other interest groups invited. The aforementioned persons are given consultation rights at the meetings.

<sup>22</sup> Composition of judges, attorneys, law professors or other lawyers should reduce or exclude the influence of politics and other powerful groups of society on the Council. It should also essentially limit the judicial branch of government from its strict self-governance. See Article 131 of the Slovenian Constitution and M. Avbelj et al., 2011, p. 1296.

<sup>23</sup> An interesting fact about Italy is that the President of Italy presides over the Council and is, along with the President of the Supreme Court of Cassation and the Prosecutor General of the Supreme Court of Cassation, member of the Council by the virtue of his office. See Article 87 of the Italian Constitution. The President presides over the proceedings of the Council also in Romania. See Article 133 of the Romanian Constitution.

<sup>24</sup> For detailed information see section 3.3.

It is argued that the composition of the Council, where all the members are judges, presents a challenge in that the outside perspectives might be overlooked in the functioning of the Council. Arguments in the direction of lack of democratic legitimacy, self-protection, and self-government of judges are often mentioned as a vice in this respect.<sup>25</sup> On the other hand, the mixed composition provides a better balance between the State powers (as other non-judge members are elected or appointed by a non-judicial body), therefore making it more constitutionally appropriate (with respect to checks and balances of State powers). This applies in the cases where other non-judge members are elected or appointed by the legislative or the executive power. In some Member States though, other non-judge members are not elected or appointed by these two powers. For instance, this might apply to prosecution members that could be elected by the prosecutors.<sup>26</sup> Nevertheless, in both cases the result of mixed composition is that some members of the Council are not judges, therefore, limiting the judges' power in the Council. Perspective of other members, usually elected on an outstanding merit<sup>27</sup> (among legal experts) may be an added value in the functioning of the Council, either by providing a different perspective or perhaps even ensuring better independence of members of the Councils overall – especially in those Member States where the President of the Council is the President of the Supreme Court and other judge members may view them as an authoritative person.<sup>28</sup> This influence seems present to a lesser extent on other non-judge members, such as professors, notaries, advocates, etc.

The composition of the Council can also be entirely different than the one described above. In Estonia, other members of the Council also include members of the Parliament, a sworn advocate appointed by the Board of the Bar Association, the Chief Public Prosecutor (or a public prosecutor appointed by them) and the Chancellor of Justice (or a representative appointed by them), while the Minister of Justice is a participant with the right to speak. Mem-

---

<sup>25</sup> Nevertheless, it has to be highlighted that without self-governance, in principle, there is no judicial independence. Self-governance in this sense can also be viewed as a virtue. However, that does not mean that only judges may be members of the Council.

<sup>26</sup> In Bulgaria, for instance, where the prosecutors elect four members of the Council among its ranks.

<sup>27</sup> Members ought to be selected on the basis of their competence, experience, understanding of judicial life, capacity for discussion and culture of independence. See point 21 of Opinion No. 10 of CCJE on the Council for the Judiciary at the service of society.

<sup>28</sup> So called “internal” independence (among other colleagues within the judiciary) can be compromised in this respect. For classification of different types of influences on the independence see M. Adams, 2010, p. 245–246.

bers of the Parliament are also members of the Council in Latvia, Poland<sup>29</sup> and Croatia,<sup>30</sup> while the President of Poland is entitled to appoint one individual to this function and one member seat is reserved for the Minister of Justice.<sup>31</sup> Participation of politicians (MPs for example) can be viewed as positive due to the argument of democratic legitimacy of the Council. On the other hand, this participation might be a risk to the independence of the Council.<sup>32</sup> Whenever political influence would be present in the process of voting, this would (perhaps) be in contrast to the use of the strictly internal professional criteria.<sup>33</sup> The political influence (in the Council) also does not seem to be required when the Council provides opinions or proposals and other State powers (that are politically influenced) actually adopt the more significant decisions (such as election of judges). If that is the case, strictly internal professional criteria are used in one institution (the Council) and the political influence is present in another institution (Parliament for instance) participating in the process of adopting decisions, therefore ensuring a system of checks and balances in this way. When determining the political influence on the functioning of the Council, ratio between judge and non-judge members is important as well as the majority required for the adoption of a decision (usually set by a statute or rules of procedure). Important differences can be observed in this respect between the Member States.

For instance, in the Member States where the composition of the Council includes judges and other members, judges represent the majority of its members. This is the case in Denmark, Estonia and Slovenia (6 out of 11), Croatia

---

<sup>29</sup> Four members from deputies of lower house *Sejm* and 2 amongst the members of the upper house Senate.

<sup>30</sup> Two out of eleven members of the Council are members of the Parliament, one of whom is from ranks of the opposition.

<sup>31</sup> The presence of the Minister of Justice as a member of the Council unavoidably entails the risk of the executive power affecting debates and decisions made by the judicial order and may effectively constrain their sincerity. See ENCJ Project team, Councils for the Judiciary Report 2010-2011, p. 13.

<sup>32</sup> Consultative Council of European judges (CCJE) warns that prospective members of the Council should not be active politicians, MPs, the executive or the administration. See Point 23 of Opinion No. 10 of CCJE on the Council for the Judiciary at the service of society.

<sup>33</sup> Functioning of the Council shall allow no concession at all to the interplay of parliamentary majorities and pressure from the executive power and be free from any subordination to political party consideration to safeguard the values and fundamental principles of justice. See point 19 of Opinion No. 10 of CCJE on the Council for the Judiciary at the service of society.

(7 out of 11),<sup>34</sup> Latvia (9 out of 15),<sup>35</sup> Romania (10 out of 19),<sup>36</sup> Spain (13 out of 21), Poland (17 out of 25) and England and Wales (28 out of 29). Number of judges and other members of the Council is the same in Belgium (22 out of 44),<sup>37</sup> Malta (5 out of 10), the Netherlands (2 out of 4) and Slovakia (9 out of 18), while the judges do not have a majority in the composition of the Council in Bulgaria (8 out of 25), France (7 out of 22),<sup>38</sup> Portugal (8 out of 17)<sup>39</sup> and Italy (13 out of 27).<sup>40</sup> To strengthen the independence of the judiciary, it seems appropriate for the Council to be composed of a majority of judges when the composition is mixed.<sup>41</sup>

<sup>34</sup> Remaining members are two university professors of law and two members of Parliament, one of whom is a member of the opposition.

<sup>35</sup> Six judges are elected by the conference and one judge by the plenum of the Supreme Court. Chief Justice of the Supreme Court and President of the Constitutional Court are members *ex officio*. Non-judge *ex officio* members are the Minister of Justice, Chairperson of the Judicial Committee of the Parliament, Prosecutor General, Chairman of the Council of Sworn Advocates, Chairman of the Council of Sworn Notaries and Chairman of the Council of Sworn Bailiffs.

<sup>36</sup> Nine judges and the President of the High Court of Cassation and Justice. Other members are the Minister of Justice, the Public Prosecutor General, five prosecutors and two representatives of the civil society (appointed by the Senate) who are specialists in law and enjoy a good professional and moral reputation. See Article 133 of the Romanian Constitution.

<sup>37</sup> The High Council of Justice is composed of a Dutch- and French-speaking board. Each college comprises an equal number of members and is constituted with equal representation, on the one hand of judges and officers of the public prosecutor's office elected directly by their peers and, on the other hand, of other members appointed by the Senate by a two-thirds majority of the votes cast. See Article 151 of the Belgian Constitution. In total, there are 22 judges and 22 non-judges (8 lawyers, 6 university or board of higher education professors and 8 members of the civil society).

<sup>38</sup> The section with jurisdiction over judges comprises of five judges and the Chief President of the Cour de Cassation.

<sup>39</sup> Along with the President of the Supreme Court of Justice who is chair by virtue of his or her function, and seven judges, nine other members are elected by the National Assembly or appointed by the President of Portugal. See Article 218 of the Portuguese Constitution.

<sup>40</sup> Two-thirds of the members should be elected by all the ordinary magistrates amongst themselves and one third should be elected by the Parliament from among university professors of law and lawyers with fifteen years of practice or more. The latter can also be appointed as Cassation councillors for their outstanding merit following a proposal by the Council. See Articles 104 and 106 of the Constitution of Italy, Official Gazette No. 298 of 27 December 1947 with amendments (Italian Constitution). Even though judges do not have a majority in the Italian Council, it is important that judges and prosecutors count as magistrates and these two groups together do have the constitutional two-thirds majority.

<sup>41</sup> See also paragraphs one and four of the Resolution on Self-Governance for the Judiciary: Balancing Independence and Accountability of the General Assembly of the Euro-

The composition of judges in the Council generally consists of judge members elected from courts that differ either by region or hierarchy. This is the case in Hungary, Italy, Latvia, Lithuania,<sup>42</sup> Poland,<sup>43</sup> Portugal,<sup>44</sup> Slovenia,<sup>45</sup> and Spain.<sup>46</sup> This is of utmost importance and a strength considering that representatives of all courts can participate in sessions of the Council and present the issues that arise in the functioning of their court (which can be totally different between the courts themselves).

### 3.2. Supreme Court Judges as Members of the Council for the Judiciary

The preceding paragraphs clearly outline the fact that the Councils' judge members are representing the courts of different tiers. It seems especially important that judges of the highest courts in the Member States are members of the Council. The connection between the Council as guarantor for the independence of the judiciary and the highest court (generally Supreme Court) is a necessity to achieve a central involvement of the Supreme Court representatives in all matters related to the administration of the judiciary, appointment, promotion, transfer and dismissal of judges, disciplinary proceedings against judges, resolving various disputes and so forth.<sup>47</sup> They can also convey to the

---

pean Network of Councils for the Judiciary, met in Budapest in May 2008.

<sup>42</sup> Three members must be from each of the Supreme Court, the Court of Appeals, the Supreme Administrative Court, one from each regional court, one from all regional administrative courts and one from all district courts located in the territory of each regional court. Members from the Supreme Court are selected by the judges of the Supreme Court, members of the Court of Appeals are elected by the judges of the Court of Appeals, etc. In addition, there are some *ex officio* members (Presidents of the Supreme Court, Court of Appeals and Supreme Administrative Court).

<sup>43</sup> Fifteen judges must be chosen from amongst the judges of the Supreme Court, common courts, administrative courts and military courts. See Article 187 of the Polish Constitution.

<sup>44</sup> See Article 218 of the Portuguese Constitution.

<sup>45</sup> A member spot is reserved for elected representative judge of each of the following hierarchical tiers of courts: the Supreme court, Higher courts, District courts and Local courts. Two additional judges are elected by all the judges from aforementioned courts. See Article 22 of Courts Act, Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 94/07 with subsequent changes and modifications.

<sup>46</sup> Twelve of the twenty elected members by the Parliament must be judges from courts of different levels. See Sec. 122 of the Spanish Constitution.

<sup>47</sup> See point 51 of Opinion No. 19 of CCJE on the Role of Court Presidents adopted in November 2016.

Council the challenges arising in the functioning of the Supreme Court or courts in general, therefore influencing the Councils' functioning.<sup>48</sup>

As a result, mandatory participation of members of the supreme judicial body or bodies in the Council can be observed in several Member States. By virtue of their position, the President of the Supreme Court (in some Member States also called Chief Justice) is a member of the Council in Bulgaria, England and Wales, Estonia,<sup>49</sup> Greece, Hungary,<sup>50</sup> Italy,<sup>51</sup> Latvia, Lithuania, Malta, Northern Ireland, Poland, Portugal,<sup>52</sup> Romania, Scotland, and Spain, and President of the Supreme Administrative Court is a member of the Council in Lithuania and Poland.

The President of the Supreme Court is not merely a member, but the chair of the Council in England and Wales, Estonia,<sup>53</sup> France, Greece, Latvia, Portugal, Scotland, and Spain.<sup>54</sup> Interestingly, in Lithuania, the President of the Supreme Court used to be the chair of the Council by virtue of their office, but the Constitutional Court declared such a provision as unconstitutional.<sup>55</sup> A different provision exists in Croatia, where the presidents of the courts may not be

---

<sup>48</sup> This was stressed by the Italian respondent. The Latvian respondent clearly outlined that practical experience, competences and involvement in numerous working groups are reasons why Supreme Court judges as members provide strong input in the decision-making process of the Council. Due to the Supreme Court having detailed background information on the functioning of the judiciary in Latvia and other countries, it can contribute to the analytical work and international cooperation of the Council.

<sup>49</sup> See Article 40 of Estonian Courts Act.

<sup>50</sup> In Hungary it is called the President of Curia.

<sup>51</sup> President of the Supreme Court of Cassation.

<sup>52</sup> See Article 218 of Portuguese Constitution.

<sup>53</sup> See Article 40 of Estonian Courts Act. The Council sessions are convened by the Chief Justice of the Supreme Court or by the Minister of Justice. The person who convenes a session also determines its agenda.

<sup>54</sup> See Sec. 122 para. 3 of the Spanish Constitution.

<sup>55</sup> The Constitutional Court of Lithuania declared on 9 May 2006 (See Judgment in the Case No. 13/04-21/04-43/04) that the Lithuanian Constitution forbids legal regulation that a certain judge could become the head of the Council *ex officio*. The Court found such a rule incompatible with the principle of self-governance of the judiciary as one of the state powers entrenched in the Constitution, as well as with the constitutional principle of a state under the rule of law. The constitutional imperatives (decentralisation of the self-governing judicial power, independence of the judge, the equal status of all judges who administer justice, non-subordination of the judge to any other judge or president of any other court while administering justice, etc. imply a democratic procedure for the formation of the Council. The procedure for the election must be organised and executed so that there would be no preconditions created to doubt the democracy of this election, *inter alia*, the fact whether during an election of the Council some judges were not treated unequally to others (see points 32 and 33 of the judgment). Interestingly, despite this ruling, current president of the Lithuanian Council is nevertheless the President of the Supreme Court, not by *ex officio*, but through the election within the Council.

elected to the Council.<sup>56</sup> Similarly, Poland banned court presidents from membership of the Council in 2007 and the Slovak Parliament adopted the same incompatibility rule in 2011.<sup>57</sup> Such a provision formally prevents the accumulation of power in the hands of a handful of persons.<sup>58</sup> A valid reason for it lies in the fact that judges who should be independent from political control may nevertheless become dependent on other forces, such as court presidents (or senior judges) in a judicial hierarchy, with just as much potential to distort individual decision-making as more conventional political influence.<sup>59</sup> If the same person is a court president and also a member of the Council (who plays an important role in the career of a judge), the independence of other individual judges, who are members of the Council, is more likely to be threatened.

As to the other justices of Supreme Court being members of the Council in the respective Member States, several different paths are possible.<sup>60</sup> The Member States can be bound to select a certain number of members of the Council among Supreme Court judges or they retain some flexibility and have a certain extent of freedom in choosing judges as members of the Council. The former applies to Estonia,<sup>61</sup> Italy,<sup>62</sup> Latvia,<sup>63</sup> Lithuania, Poland,<sup>64</sup> Romania,<sup>65</sup> and Slovenia.<sup>66</sup> The latter applies to Slovakia<sup>67</sup> and Spain. Although there is no legal provision that representatives from the Supreme Court must be members of

---

<sup>56</sup> See Article 124 of the Croatian Constitution.

<sup>57</sup> See D. Kosař, 2016, p. 401.

<sup>58</sup> See also M. Bobek and D. Kosař, 2013, p. 12. They warn that the Council model in Europe shields the judiciary from external influence, but it pays little attention to the possible improper pressures on individual judges exercised by senior judges and court presidents.

<sup>59</sup> T. Ginsburg, N. Garoupa, 2009, p. 110.

<sup>60</sup> An example is Hungary where the President of the Curia is the only judge from the highest court.

<sup>61</sup> Two out of eleven members of the Council are Supreme Court justices, one of the two being the Chief Justice of the Supreme Court.

<sup>62</sup> Four judges of the Supreme Court are members of the Council, one of them being the Chairperson of the Supreme Court by virtue of his or her office.

<sup>63</sup> Along with the President of the Supreme Court, at least one Supreme Court judge is elected among the plenum of the Supreme Court.

<sup>64</sup> Together with the President of the Supreme Court, two other Supreme Court justices are members of the Council.

<sup>65</sup> Two representatives of the Supreme Court are members of the Council.

<sup>66</sup> One of the member judges is elected exclusively by the Supreme Court judges among themselves.

<sup>67</sup> Respondent of the Slovakia stressed that obligatory membership of the Supreme Court representatives should be enacted, therefore proposing an improvement to the existing system.

the Council, in practice, in the two latter Member States, there are normally several members. If this was any different, it would cause a complicated situation for the Supreme Court.<sup>68</sup>

### 3.3. Selection Process of the Members of the Council for the Judiciary

One of the more important constitutional questions concerning Councils and their independence regards the influence of the parliament or the government (especially the Ministry of Justice) or any other public body on its composition and functioning.<sup>69</sup> Influence concerning the composition of Councils can be seen through the selection process of members of the Council. It can be observed that in this respect differences exist between the Member States. While some members of the Council are members by virtue of their function (as explained above), others can become members in a variety of ways.

Judges are elected by the representatives of courts (e.g. by their peers) in Belgium,<sup>70</sup> Estonia,<sup>71</sup> Hungary,<sup>71</sup> Italy,<sup>72</sup> Latvia,<sup>73</sup> Lithuania,<sup>74</sup> Poland,<sup>75</sup> Portugal,<sup>76</sup>

---

<sup>68</sup> In Lithuania, for instance, the Constitutional Court held that judges from the highest courts (Supreme, Supreme Administrative and Court of Appeals) must make more than half of the members of the Council. Such a requirement clearly demonstrates that the representation of judges of the highest court(s) in the Council is a necessity.

<sup>69</sup> It might be relevant in this respect that the CCJE commends a system that entrusts appointments of non-judge members to non-political authorities (so that they are not appointed by the executive branch of government). See point 32 of Opinion No. 10 of CCJE on the Council for the Judiciary at the service of society.

<sup>70</sup> They are selected by all the judges (*en banc*) of the largest judicial representative body. See Articles 38 and 40 of Estonian Courts Act.

<sup>71</sup> The judge members are elected in a secret ballot by a majority vote at the meeting of delegated judges.

<sup>72</sup> Two thirds of the members of the Council are elected by all the ordinary judges belonging to the various categories. See Article 104 of the Italian Constitution.

<sup>73</sup> Six out of nine judges are elected by the conference of judges where they represent first and second court instances and judges of the land registers (also from regions).

<sup>74</sup> All candidates are being nominated and elected during the general meeting of judges by the representatives of relevant courts. They are elected for four years and after the term expires, a new general meeting of judges is convened to elect new members of the Council.

<sup>75</sup> The Supreme Court judges are appointed by the general assembly of judges of the Supreme Court from among the judges of that Court – see Article 11 of the Act on National Council of the Judiciary of 12 May 2011. Other judge members are appointed by the general assembly of judges of the Supreme Administrative Court together with the representatives of assemblies of courts of different tiers – see Articles 12 and 13 of the Act on National Council of the Judiciary.

<sup>76</sup> The members are elected by their peers in accordance with the principle of proportional representation by a secret ballot.

Romania, Slovakia, and Slovenia. An exception to this can be observed in Spain where judges (along with other members) are elected by the Congress of Deputies and the Senate.<sup>77</sup>

The authority to elect other members lies with the Parliament in Belgium,<sup>78</sup> Croatia, Estonia, France, Italy, Poland, Portugal, Romania,<sup>79</sup> Slovenia, and Slovakia.<sup>80</sup> There are also some Member States where the competence to appoint a member of the Council lies with the executive branch, namely with the President (e.g. in France,<sup>81</sup> Poland,<sup>82</sup> Portugal,<sup>83</sup> and Slovakia), the King (in Spain)<sup>84</sup> or the Government (in Slovakia).<sup>85</sup> In Estonia, a special office or association has the right to appoint a member.<sup>86</sup> A unique approach exists in Latvia, where all non-judge members are members by virtue of their function. *Ex officio* member from the executive power is the Minister of Justice and from the legislative power the Chair of the Legal Affairs Committee of the Parliament. Other non-judge members by virtue of their function are the Prosecutor General and the Chairs of the Council of Sworn Advocates, the Council of Sworn Notaries and of the Council of Sworn Bailiffs.

---

<sup>77</sup> Selection requires three fifths of every chamber, so the candidates should not be politically influenced. This has been subject of public debate in Spain for many years though.

<sup>78</sup> Members other than judges and public prosecution officers are appointed by the Senate by a two-thirds majority of the votes cast.

<sup>79</sup> Two representatives of the civil society, specialists in law, who enjoy a good professional and moral reputation are elected by the Senate. Senate also validates the members who were elected in the general meetings of magistrates.

<sup>80</sup> For an overview of all Member States see p. 10 of Member States' responses to the questionnaire on Judicial independence in 2015.

<sup>81</sup> President of the Republic, National Assembly and the Senate each appoint two prominent citizens who are not members of either the Parliament or the Judiciary. See Article 65 of the French Constitution.

<sup>82</sup> One member is appointed by the President of the Republic of Poland.

<sup>83</sup> Seven out of seventeen members are elected by the National Assembly and two are appointed by the President of Portugal.

<sup>84</sup> Twenty out of twenty-one members of the Council are appointed by the King for a five-year period. Four are nominated by the Congress and four by the Senate, elected in both cases by three-fifths of their members amongst lawyers and other jurists of acknowledged competence with more than fifteen years of professional practice. See Sec. 122 of the Spanish Constitution.

<sup>85</sup> Three members are appointed by the President, three by the Government and three by the National Council, while the judges elect nine members of the Council. Each candidate is required to be of impeccable character with a university qualification in law and at least 15 years of professional practice.

<sup>86</sup> Representatives as members can be appointed also by the Bar association, the Prosecutor's office and the Chancellor of Justice.

## 4. COMPETENCES OF THE COUNCILS FOR THE JUDICIARY

### 4.1. Cooperation in the Process of Election or Appointment of Judges

Fundamentally, the Councils are bodies designed to take appointment and promotion of judges away from the political process,<sup>87</sup> while attempting to ensure some level of their accountability. They lie somewhere in between the diametrical extremes of letting judges appoint their own successors and the alternative of complete political control of judges' appointments, discipline and promotion. The first model of judicial self-selection arguably errs too far on the side of independence, while pure political control may make judges too accountable in the sense that they will consider the preferences of their political principals in the course of deciding specific cases. The Council, as an intermediate body between politically influenced branches of government and judges, therefore provides a potential to enhance both accountability and independence.<sup>88</sup>

This fundamental role of the Council can be best seen through their competences in a specific Member State. While the competences and powers of all members of the Council are reportedly equal<sup>89</sup> (for instance) in Hungary, Latvia, Lithuania, Poland, and Romania, the competences of the Council itself differ significantly among the Member States.

The most widely recognised competence of the Councils is their involvement in the process of election or appointment of judges.<sup>90</sup> This can be achieved

---

<sup>87</sup> The underlying rationale for the creation of Councils was the need to insulate the judiciary from the executive power. See Autheman V., Elena S., 2004, p. 2.

<sup>88</sup> N. Garoupa, T. Ginsburg, 2008, p. 7.

<sup>89</sup> This does not refer to duties or operational powers of the Chair, such as convening sessions, determining agenda, etc. This also does not refer to specific functions that an individual member has as a member of the Council, for instance being a member of a disciplinary or a standing committee. Such internal commissions in the Council are present in many Member States. Equal status of judicial and non-judicial members of the Council is also recommended in the ENCJ Report 2015-2016, Standards VI: Non-judicial Members in Judicial Governance, p. 12.

<sup>90</sup> According to Article 9 of the Universal Charter of the Judge, adopted on 17 November 1999, the selection of judges should be carried out by an independent body that includes substantial judicial representation. See also Venice Commission Opinion No. 403/2006 of 22nd June 2007, p. 5.

either by assessing and proposing candidates (Belgium,<sup>91</sup> Croatia,<sup>92</sup> Poland,<sup>93</sup> Romania,<sup>94</sup> Slovenia,<sup>95</sup> and Slovakia<sup>96</sup>), providing opinion on the candidates (France,<sup>97</sup> Lithuania,<sup>98</sup> Malta,<sup>99</sup> and Estonia<sup>100</sup>) or even consenting in the asses-

---

<sup>91</sup> See Article 151 of the Belgian Constitution.

<sup>92</sup> The Council autonomously decides, in conformity with the Constitution and the law, on the appointment, promotion, transfer, dismissal and disciplinary accountability of judges and presiding judges, except in the case of the Chief Justice of the Supreme Court. These decisions are made in an impartial manner on the basis of the criteria set forth by law. See Article 124 of the Croatian Constitution.

<sup>93</sup> For competences see Article 3 of Act on National Council of the Judiciary of 12 May 2011 with amendments.

<sup>94</sup> See Article 134 of the Romanian Constitution.

<sup>95</sup> For competences see Article 28 of Slovenian Courts Act, Official Gazette of the Republic of Slovenia No. 94/07 with amendments.

<sup>96</sup> In relation to the administration of the Supreme Court, the Council is authorized to submit to the President of Slovakia the proposal for appointment and dismissal of the President and the Vice-President of the Supreme Court. See Sec. 27a of Act on the Judicial Council of the Slovakia No. 185/2002 Coll. of 11 April 2002.

<sup>97</sup> The Council makes recommendations for the appointment of judges to the Cour de Cassation, the Chief presidents of Courts of Appeal and the Presidents of the Tribunaux de grande instance. Other judges are appointed with the consultation of the Council. See Article 65 of the French Constitution.

<sup>98</sup> In Lithuania, the opinion of the Council is not an opinion in its common sense. Without a consent (positive opinion) of the Council, judge (including a Supreme Court judge and even its President) cannot be appointed, promoted, transferred or dismissed from office. This opinion is given to the President of the Republic. The same applies for the appointment and removal from office of Chairpersons and Deputy Chairpersons of courts or their divisions. The Council's consent is not necessary only if a judge from an ordinary court is appointed as a judge of the Constitutional Court or as a Minister of the Government or is dismissed from office by the Parliament in an impeachment procedure. The latter is applicable for dismissal from office of judge of the Supreme Court and the Court of Appeals if they grossly violate the Constitution or breach judge's oath, or when they are found to have committed a crime. The Council's approval is not necessary in the impeachment procedure, because the Constitutional Court plays a significant role in this procedure and, therefore, acts as a counterbalance to political powers. The Council also forms the Examination Commission of candidates to judicial office and approves the regulations concerning its procedure.

<sup>99</sup> Advice on appointment is delivered upon the request of the Prime Minister. See ENCJ Factsheet on Malta.

<sup>100</sup> The Council and all the judges of the Supreme Court provide an opinion to the Chief Justice of the Supreme Court on the candidates for a vacant position of a justice of the Supreme Court. A justice of the Supreme Court can then be appointed to office by the Parliament on the proposal by the Chief Justice. See Article 55 of the Estonian Courts Act.

sment of applications for a position of a judge (Hungary).<sup>101</sup> There are no competences in the selection and appointment of judges in England and Wales,<sup>102</sup> Northern Ireland,<sup>103</sup> and Scotland.<sup>104</sup> These three UK Councils also lack any competence regarding the assessment, promotion, transfer and dismissal of judges or court presidents.

Interestingly, the Spanish Council also has an influence on the composition of the Constitutional Court. It nominates two out of the twelve Constitutional Court Justices, which are appointed by the King.<sup>105</sup> In a broader sense, the influence of the Council extends also to the sphere of the prosecution in

---

<sup>101</sup> The Council has the right to exercise consent in the assessment of applications for a judge's position where the President of the National Office for the Judiciary or the President of the Curia wishes to award a position to the applicant in the second or third position in the rankings. It also determines the principles to be applied when assessing applications and then annually publishes its opinion on the relevant practice regarding the assessment of the applications for a judge's position and court leader's positions.

<sup>102</sup> The Council does have a specific statutory responsibility for appointment of three members of the Judicial Appointments Commission under the Constitutional Reform Act 2005. Apart from this role, the Judges' Council is not concerned in the selection, appointment or promotion of judges or in the assessment of judicial activities. Its primary function is to be a body broadly representative of the judiciary as a whole which will inform and advise the Lord Chief Justice on matters occasionally requested. See ENCJ Factsheet on England and Wales.

<sup>103</sup> The Council also does not have any competences regarding the promotion of judges. Its competences are to represent the judiciary in Northern Ireland on a wide range of issues and to advise the Lord Chief Justice as Head of the Judiciary. In essence, the Council serves the judiciary. See ENCJ Factsheet on Northern Ireland.

<sup>104</sup> The objectives of the Council are to preserve the independence of the judiciary, to protect and promote the due administration of justice, to promote the professional and pastoral interests of the judiciary, to provide guidance to the judiciary on questions of ethics and other matters of relevance for the administration of justice, to facilitate communication between the various branches of the judiciary and, where appropriate, collect and collate their views, to provide information and advice to the Lord President so that they may be aware of the views of the judiciary and to deal with all the matters of concern to the judiciary. See ENCJ Factsheet on Scotland.

<sup>105</sup> See Sec. 159 of the Spanish Constitution.

Belgium,<sup>106</sup> France,<sup>107</sup> Italy,<sup>108</sup> Latvia,<sup>109</sup> Romania,<sup>110</sup> and Spain.<sup>111</sup> This correlates to the Councils' composition where members are also prosecutors (in Belgium, France, Italy, and Romania).<sup>112</sup>

The cooperation of the Council in the process of the appointment of judges strengthens the principle of division of powers, as judges are, as a last step, elected or appointed by the legislative (through the national Parliaments)<sup>113</sup> or the executive authority (by the President).<sup>114</sup> If the competence to elect a judge was in the absolute domain of the Council, this would necessarily mean that its composition would need to be different, likely one where judges would not hold the majority, so that the element of democratic legitimacy<sup>115</sup> would be ensured and that critique of self-appointment of judges would be avoided.<sup>116</sup> Since the path towards the election of a judge should present a fundamental

---

<sup>106</sup> Main competences of the Council in Belgium include admission to the profession of a prosecutor, presentation of candidates to be nominated as a prosecutor or as chief prosecutor. It also draws up the general profile of chief prosecutors. See ENCJ Factsheet on Belgium.

<sup>107</sup> The formation of the Council with jurisdiction over public prosecutors has the task to issue a simple "favourable" or "unfavourable" opinion on the proposed appointments by the Minister of Justice who is not bound by this opinion. See ENCJ Factsheet on France.

<sup>108</sup> According to the Italian Constitution, the Council is responsible for recruitment, assignment, transfer, promotion and disciplinary measures concerning magistrates (e.g. judges and public prosecutors). See Article 105 of the Italian Constitution.

<sup>109</sup> The Council issues a recommendation to the Parliament on appointment to the post of the Prosecutor General every 5 years.

<sup>110</sup> The Council ensures the observance of the competence criteria in the magistrate's career and offers consultative advice on the proposal of the Minister of Justice for the appointment into and release from the leading positions within the Prosecutor's Office by the High Court of Cassation and Justice. See ENCJ Factsheet on Romania.

<sup>111</sup> The State's Public Prosecutor is appointed by the King on the Government's proposal after consultation with the Council. See Sec. 124 of the Spanish Constitution.

<sup>112</sup> See p. 10 of the Member States' responses to the questionnaire on Judicial independence in 2015.

<sup>113</sup> An example of this option exists in Slovenia. See Article 130 of the Slovenian Constitution.

<sup>114</sup> Judges are appointed by the President of the Republic on the proposal of the Council in Lithuania (see Article 112 of the Lithuanian Constitution), Poland (see Article 179 of the Polish Constitution), Romania (see Article 134 of the Romanian Constitution) and Slovakia (see Article 145 of the Slovak Constitution).

<sup>115</sup> The argument of democratic legitimacy that results in representative judiciary can lead to negative outcomes. Such an outcome historically occurred in Belgium at the end of the 20<sup>th</sup> century where the end result was highly politicised judiciary with judges who were not necessarily appointed on the basis of their expertise. See M. Adams, 2010, p. 240.

<sup>116</sup> I. Kaučič, 2002, p. 1255. This is the case even when the election of judges would be done by the majority of judges by using strictly internal professional criteria.

guarantee for the independence of the judiciary, it is therefore logical that constant tensions and search for a proper balance<sup>117</sup> with the political (legislative and executive) powers might exist.<sup>118</sup>

#### 4.2. Cooperation in the Process of Appointing Court Presidents

Not only that the Council participates in the process of appointment of judges, but it can also have the competence to elect court presidents. This is the case in Estonia,<sup>119</sup> Italy, Romania,<sup>120</sup> and Slovenia.<sup>121</sup> The Council proposes nominees for the position of a court president in Belgium,<sup>122</sup> Romania,<sup>123</sup> Slovakia,<sup>124</sup>

---

<sup>117</sup> The tensions between the judiciary and the other two powers of the State should not necessarily be seen as a threat to the judiciary or its independence, but as a sign that the judiciary is fulfilling its constitutional duty of holding other powers to account on behalf of the society as a whole. See point 9 of Opinion No. 18 of CCJE on the position of the judiciary and its relation with the other powers of state in a modern democracy.

<sup>118</sup> I. Kaučič, 2002, p. 1255. An example of this is observed in Slovenia where a judge is elected by the Parliament and its vote is required also for the appointment as a Supreme Court justice. The necessity of such a vote for appointment as a Supreme Court justice is now being questioned, since it is not the constitutional requirement, but has been established by the legislator. See. Article 21 of Judicial Service Act, Official Gazette of the Republic of Slovenia No. 94/07 with amendments.

<sup>119</sup> This applies to Chairpersons of circuit, administrative and county courts – see Articles 12, 20 and 24 of Estonian Court Act.

<sup>120</sup> This applies to court presidents of courts of first and second instance.

<sup>121</sup> This does not apply to the President of the Supreme Court. See Article 28 of Slovenian Courts Act.

<sup>122</sup> It nominates the candidates to the King for the positions of the first president of the Supreme Court, the first presidents of the appeal courts and the presidents of the lower courts.

<sup>123</sup> The assignment of the President of the High Court of Cassation and Justice is done by the Romanian President at the proposal of the Council (judges section). The assignment of President and Vice-president positions in Courts of Appeal, second jurisdiction and specialized jurisdiction and first instance court is made only through open competition or organized exam, held anytime necessary by the Superior Council of Magistrates through the National Institute of Magistrates. See points 1.2 and 4.1 of Romanian response to the questionnaire for the preparation of the CCJE Opinion No. 19 on the role of court presidents.

<sup>124</sup> See Article 141a of the Slovak Constitution.

and Spain,<sup>125</sup> while in Hungary,<sup>126</sup> Latvia,<sup>127</sup> Lithuania,<sup>128</sup> the Netherlands,<sup>129</sup> and Poland<sup>130</sup> it expresses its opinion on their appointment and dismissal.

Appointment of presidents of courts is more of an internal matter of the judiciary (for instance in Italy<sup>131</sup> and Portugal)<sup>132</sup> and it seems plausible that other State powers are not necessarily involved in this process.<sup>133</sup> However, to ensure the proper checks and balances, their involvement might be required if

---

<sup>125</sup> The President of the Supreme Court is appointed by the King on the proposal of the Council. See Sec. 123 of the Spanish Constitution.

<sup>126</sup> A preliminary opinion can be expressed regarding nominees for the President of the National Office for Judiciary and the President of the Curia on the basis of a personal interview. The Council can also initiate the deprivation of office of the President of the National Office for the Judiciary.

<sup>127</sup> The Council hears the candidates and provides its opinion on them for the position of the judge of the Constitutional Court to the Parliament and for the position of the Chief Justice of the Supreme Court to its plenary session. The Council also coordinates the appointment and pre-term removal of the Chair of a district or regional court (with the Minister of Justice who decides on it). The Council also submits proposal to the Parliament for the dismissal of the Chief Justice of the Supreme Court from their office due to their will or an appointment in another office.

<sup>128</sup> In Lithuania, an opinion of the Council is not an opinion in its common sense. Without a consent (positive opinion) of the Council a judge, as a general rule, cannot be appointed, promoted, transferred or dismissed from office. This opinion is therefore mandatory.

<sup>129</sup> The Council gives a recommendation for the appointment of the presidents of the courts of first instance and courts of appeal to the Minister of Justice. The presidents of the courts are appointed by Royal Decree, upon recommendation of the Minister of Justice. See point 1.2 of Answers from the Netherlands to the questionnaire for the preparation of the CCJE Opinion No. 19 on the role of court presidents.

<sup>130</sup> Opinion can be expressed regarding appointment and dismissal of presidents and deputy presidents of common and military courts. See Article 3 of Act on the National Council of the Judiciary.

<sup>131</sup> The Council decides on the appointment of all judges and court presidents.

<sup>132</sup> In Portugal, the Council decides on appointment of judges and court presidents of all instances. This does not apply to the president of the Supreme Court who is chosen by the Supreme Court.

<sup>133</sup> This does not apply for Latvia where the selection procedure for the presidents of courts is very much in control of the executive power. A selection committee consists of Ministry of Justice and Court Administration (which is under the Ministry of Justice) officials. The committee chooses the best candidate and submits a proposal to the Minister of Justice. If the Minister agrees to nominate the judge as a president of the court, the relevant documents are sent to the Council for approval. If it is not received, new selection procedure occurs. See point 1.4 of Latvian response to the questionnaire for the preparation of the CCJE Opinion No. 19 on the role of court presidents.

the concerned president is the president of the Supreme Court.<sup>134</sup> The election of Supreme Court presidents is usually different from the election of presidents of courts of first and second instances. As the head of the judicial branch, they might be elected by the legislative power on the proposal of the executive power, e.g. by the Head of State (in Croatia and Hungary).<sup>135</sup> In Slovenia, for instance, the president of the Supreme Court is elected by the Parliament on the proposal of the Minister of Justice and after obtaining opinions of the Supreme Court and the Council.<sup>136</sup> In Estonia, the Chief Justice of the Supreme Court is appointed by the Parliament on the proposal of the President of the Republic.<sup>137</sup> A different situation exists in Latvia where the Parliament confirms the President of the Supreme Court on the proposal of the plenary session of the Supreme Court, while the Council hears the candidates for the office and provides an opinion to the plenary session of the Supreme Court. The proposal similarly comes from the Supreme Court to the Head of State that adopts the final decision in Poland<sup>138</sup> or to the Minister of Justice who makes a formal appointment in Denmark.<sup>139</sup>

### 4.3. Assessment, Promotion, Transfer of Judges and the Standards of Professional Ethics

The Councils have many competences affecting the career of a judge. Along with their role in the process of judges' appointment, they can, in some Member States, assess the judges' work (as in Italy, Portugal, Romania,<sup>140</sup> Slovenia,<sup>141</sup>

---

<sup>134</sup> There are also doubts whether such a solution (e.g. that Parliament elects the President of the Supreme Court) within the system of checks and balances is adequate. It is possible to find a different solution, where the Council proposes a nominee and they are approved by the President of the Republic. Recently, on several occasions this has been the subject of a debate in Slovenia.

<sup>135</sup> The Parliament decides with the consultative opinion of the Council. See response of Hungary to the questionnaire on Judicial independence 2015.

<sup>136</sup> See Articles 28 and 62a of Slovenian Judicial Service Act.

<sup>137</sup> See Article 27 of Estonian Courts Act.

<sup>138</sup> See Poland's response to the questionnaire on Judicial independence in 2015.

<sup>139</sup> See point 4.1 of Denmark's response to the questionnaire for the preparation of the CCJE Opinion No. 19 on the role of court presidents.

<sup>140</sup> For Italy and Romania, see responses to the questionnaire on Judicial independence in 2015.

<sup>141</sup> The Council itself does not evaluate the work of judges in Slovenia, however, it can request from the personnel council to prepare an evaluation of the judge. The Council cannot change the evaluation of the personnel council and it (mostly) serves as grounds for determination of a promotion. See Articles 31, 33, 34, 34.a, and 52 of Judicial Service Act and Article 28 of Courts Act.

and Spain) or approve the description of assessment of the judges' activities (in Lithuania)<sup>142</sup> and even adopt criteria (in Slovenia) or procedure (in Latvia)<sup>143</sup> for the assessment of quality of work of judges.

Connected to these is the competence to advise (in Lithuania) or decide on the promotion (in Croatia, Estonia, France, Italy, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, and Spain)<sup>144</sup> and the transfer of judges (in Croatia,<sup>145</sup> Estonia,<sup>146</sup> France,<sup>147</sup> Hungary, Italy, Latvia,<sup>148</sup> Lithuania,<sup>149</sup> Portugal,<sup>150</sup> Romania,<sup>151</sup> Slovakia, Slovenia,<sup>152</sup> and Spain).<sup>153</sup> The Council in Latvia<sup>154</sup> may also determine the court where a judge will serve following the appointment by the competent body or determine which judge will fill a vacant post or substitute for a judge that is temporarily absent.

---

<sup>142</sup> In Lithuania, the Council approves the description of assessment of the judges' activities. This document sets criteria and procedure for the assessment. The Council also appoints four out of seven members of Permanent Assessment Commission, elects its Chair and can hear judges' complaints regarding the results of assessment.

<sup>143</sup> The Council can determine the content and procedure for assessing judges' professional knowledge and sample the documents necessary for assessment.

<sup>144</sup> See responses of the Member States to the questionnaire on Judicial independence in 2015.

<sup>145</sup> Transfer of a judge is possible due to organisational reasons.

<sup>146</sup> For Estonia see Figure 50 of the 2016 EU Justice Scoreboard.

<sup>147</sup> This is possible due to disciplinary reasons.

<sup>148</sup> This can be done for transfers of judges within the same court instance on the basis of recommendation of the Minister of Justice and a positive statement of the Judicial Qualification Committee. For transfers of judges to a court of a lower or a higher tier, the Council submits its proposal to the Parliament.

<sup>149</sup> This is possible due to organisational reasons for a temporary period when there is an urgent need to ensure the proper functioning of the court, when judge is ill or on maternity leave or when there is an increased workload. Permanent transfer is possible when the Council identifies the essential difference of workload in courts and there is no judge who wishes to be transferred.

<sup>150</sup> The transfer is possible due to organisational or disciplinary reasons.

<sup>151</sup> It is possible for disciplinary reasons.

<sup>152</sup> This is possible due to disciplinary or organisational reasons if the court where the judge performs judicial service closes, if the volume of work at the court (where the judge performs judicial service) decreases significantly for an extended period, if the organisation of the courts is changed or if it is so required to eliminate backlogs in the court's work. See Slovenian response to the questionnaire on Judicial independence in 2015.

<sup>153</sup> The transfer is possible due to disciplinary reasons.

<sup>154</sup> This is true for all the court levels. The Council may instruct a judge of the same or lower tier or a judge *Emeritus* to fill a vacant post or substitute a temporary absent judge for up to two years.

In some Member States, the Councils also have powers concerning professional ethics of judges. For instance, the Scottish<sup>155</sup> and Polish Councils can adopt the principles of professional ethics of judges and these are approved by the Council in Slovakia. In Spain, the Council can reportedly adopt standards of professional ethics, and in Slovenia even a code of professional ethics of judges. The Council has adopted a code of conduct also in Malta, Belgium (in 2012)<sup>156</sup> and in Hungary (in 2014).<sup>157</sup> Such a code is not adopted by the Council, but it is approved by it in Romania.<sup>158</sup> The Council in France formulates and publishes a repository of ethical obligations for magistrates.<sup>159</sup>

Moreover, the Councils in Hungary, Poland and Romania ensure observance of judicial ethics, while in Slovenia<sup>160</sup> and Lithuania<sup>161</sup> the Council can appoint members of a special commission for ethics and integrity. The Councils in Bulgaria, the Netherlands<sup>162</sup> and Portugal have a role to promote judicial ethics. In England and Wales, the Council hears reports of a special committee on any points of principle that may need to be dealt with in an ethics guide.<sup>163</sup> It follows from the 2016 EU Justice Scoreboard that adoption of ethical standards is also a competence of the Council in Estonia.<sup>164</sup> There is no specific role of the Council in the field of judicial ethics in Greece, Italy<sup>165</sup> and Northern Ireland.

---

<sup>155</sup> The Statement of Principles of Judicial Ethics for the Scottish Judiciary is kept under review by the Council and its Judicial Conduct Committee. The last revisions were implemented in May 2013. See ENCJ Factsheet on Scotland.

<sup>156</sup> It is called Guide for the Magistrates, Principles, Values and Qualities. This guide was inspired by the guidelines issued by the ENCJ. The Council promotes judicial ethics through its legal competences in training, advices and proposals and through the external control on the judiciary. See ENCJ Factsheet on Belgium.

<sup>157</sup> See ENCJ Factsheet on Hungary.

<sup>158</sup> The Council approves the Code of judicial ethics and deontology. See ENCJ Factsheet on Romania.

<sup>159</sup> See ENCJ Factsheet on France.

<sup>160</sup> In Slovenia, one member of the Council for the Judiciary is also a member of the Commission for ethics and integrity.

<sup>161</sup> Members of the Judicial Ethics and Discipline Commission are elected and appointed by a secret ballot within the Council, which also adopts regulations concerning the commission, hears its reports and may withdraw commission's members on the grounds laid down by the law.

<sup>162</sup> Strengthening awareness of integrity is a key objective of the Council. A special working group of the judiciary and policy advisors of the Council is currently working on integrity issues, such as a handbook, amendment of the Code of conduct for the judiciary and opening the debate on accessory functions. See ENCJ Factsheet on the Netherlands.

<sup>163</sup> See ENCJ Factsheet on England and Wales.

<sup>164</sup> See Figure 50 of the 2016 EU Justice Scoreboard.

<sup>165</sup> See ENCJ Factsheet on Italy.

#### 4.4. Investigative and Disciplinary Competences

In some Member States, the Councils have certain investigative and disciplinary competences. The Council in Portugal has the competence to order investigations, inquiries and inspection to court's services and it adopts an annual inspection plan. In Poland, the Council can visit the court or its organizational unit, make inspections at the court or the inspections of the career of a judge or a trainee judge, whose individual matter is to be addressed by the Council.<sup>166</sup> In Hungary, the Council can perform checks related to the property declarations of judges. The Lithuanian Council has a right to receive information required for performing its functions from state institutions and can investigate administrative activities of all courts of Lithuania, including the Supreme Court. The Hungarian Council has a right of access to documents related to the operation of the National Office for the Judiciary and it can request data and information from its President. The Council can require a report of the national courts administration on its activities in Estonia<sup>167</sup> and Lithuania<sup>168</sup> or on exercising the court's administrative tasks from court presidents in Slovenia. In Slovenia, it can also give the court presidents binding instructions about the implementation of proposals, given by the Ministry of Justice after the inspection, and order a court president to carry out an official oversight of the work of an individual judge.<sup>169</sup>

The Councils may not only investigate administrative matters, but may also be involved in disciplinary measures against judges. Disciplinary power over judges by the Council is established in Bulgaria, Croatia,<sup>170</sup> Estonia, France,<sup>171</sup> Italy,<sup>172</sup> Malta, Portugal,<sup>173</sup> Romania,<sup>174</sup> and Spain. The Council is the body that

---

<sup>166</sup> Such inspections shall not interfere with areas in which judges and trainee judges are independent. See Article 5 of Polish Act on the National Council of the Judiciary.

<sup>167</sup> The Council deliberates in advance the review to be presented to the Parliament by the Chief Justice of the Supreme Court concerning courts administration, administration of justice and the uniform application of law.

<sup>168</sup> The Council can also adopt the regulations on administration in courts and resolve other issues of administration.

<sup>169</sup> See Article 79.b of Slovenian Judicial Service Act.

<sup>170</sup> See Article 123 of the Croatian Constitution. The Council conducts disciplinary proceedings and decides on the disciplinary liability of judges. It can also decide on the dismissal of judges. See ENCJ Factsheet on Croatia.

<sup>171</sup> It is the disciplinary tribunal for judges that is presided over by the Chief President of the Cour de cassation. See Article 65 of the French Constitution.

<sup>172</sup> The Minister of Justice has the power to originate disciplinary action. See Articles 105 and 107 of the Italian Constitution.

<sup>173</sup> For Bulgaria, Estonia and Portugal see Figure 50 of the 2016 EU Justice Scoreboard. See also the ENCJ Factsheet on Romania.

<sup>174</sup> See Article 134 of the Romanian Constitution.

appoints members of the disciplinary bodies in Lithuania,<sup>175</sup> Poland<sup>176</sup> and Slovakia<sup>177</sup> The Council is the body that proposes a disciplinary action against a judge to the competent body in Lithuania.<sup>178</sup> The Councils in Belgium, England and Wales, Greece, Hungary, Latvia,<sup>179</sup> the Netherlands, Northern Ireland, Slovenia, and Scotland do not have disciplinary competences. It is valuable to mention that it is necessary to ensure an independent appeal in the cases where Councils take part in disciplinary matters.<sup>180</sup>

Disciplinary proceedings may lead to a judge being dismissed from his or her office. The Council plays a role in this process, where it is its competence to decide on the dismissal of a judge from office (in Bulgaria, Croatia<sup>181</sup> and Italy<sup>182</sup>), propose that to the competent body (to the Parliament in Slovenia<sup>183</sup> or the President in Slovakia)<sup>184</sup> or to give consent for dismissal (in Lithuania). However, in Slovenia, for instance, the Parliament may only dismiss a judge if he or she violates the Constitution or seriously violates the law.<sup>185</sup> These cases are extremely rare. It is more common that the Staff Council establishes a judge

---

<sup>175</sup> The Council participates in the formation of the Judicial Ethics and Discipline Commission, where it appoints four out of its seven members. See ENCJ Factsheet on Lithuania.

<sup>176</sup> The Council appoints the disciplinary commissioner for matters regarding judges and trainee judges.

<sup>177</sup> The Council elects or recalls members of the disciplinary panel and chairpersons of disciplinary senates.

<sup>178</sup> It is not only the Council that has a right to propose disciplinary action in Lithuania. This can also be done by the President of the Court where the judge works and the President of every higher court. Moreover, in principle every citizen can ask for a disciplinary action against a judge.

<sup>179</sup> In Latvia, it is the competence of the Judicial Disciplinary Committee and Disciplinary Court. See ENCJ Factsheet on Latvia.

<sup>180</sup> See for instance the case of *Mr Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal*, ECLI:C:ECHR:2016:0621JUD005539113, decided on 21 June 2016 where the European Court of Human Rights decided that domestic authorities had failed to secure the guarantees of a public hearing, thus hindering the applicant's ability to defend his case and call a witness and failing to ensure the safeguards of a fair hearing.

<sup>181</sup> If the Council so decides due to the perpetration of grave infringement of discipline. See Article 123 of the Croatian Constitution.

<sup>182</sup> Judges may not be dismissed or suspended from office or assigned to other courts or functions unless by a decision of the Council, taken either for the reasons and with the guarantees of defence established by the provisions concerning the organisation of Judiciary or with the consent of the judges themselves. See Article 107 of the Italian Constitution.

<sup>183</sup> See Article 28 of Slovenian Courts Act.

<sup>184</sup> See Article 147 of the Slovak Constitution.

<sup>185</sup> Article 132 of the Slovenian Constitution.

as incompetent to perform judicial service and his or her service ceases when such an assessment is confirmed by the Council.<sup>186</sup> In Estonia, the Council merely provides an opinion regarding the dismissal of a judge. Interestingly, in Hungary, the Council plays a role also in cases of resignation of judges.<sup>187</sup>

#### **4.5. Competences in Training of Judges or Their Qualification**

Additional competence of the Councils in some Member States relates to the quality of judicial service, which can be improved through organizing the training of judges. This is not very common as many of the Councils (e.g. in Bulgaria,<sup>188</sup> England and Wales, Estonia, Greece, Italy,<sup>189</sup> Latvia, Lithuania, Malta, Northern Ireland, Portugal, Scotland, Slovakia,<sup>190</sup> and Slovenia) do not have a direct<sup>191</sup> role in judicial educational or training activities.

The opposite can be said about Spain and some other Member States. In Spain, there is a judicial training service within the Council. This department organizes seminars with the participation of judges of the Supreme Court and of lower courts to share knowledge, in particular when new legislation is passed.

---

<sup>186</sup> Article 33 of Slovenian Judicial Service Act.

<sup>187</sup> It can approve a notice period shorter than three months and relieve the judge from their work related duties for the notice period in full or in part. In the case of a judge retiring or reaching the upper age limit, it makes a decision concerning the relief of the judge of his or her duties during the notice period (in line with Hungarian Act on the Legal Status and Remuneration of Judges).

<sup>188</sup> The responsibility for the organization of the judicial training goes to the National Institute of Justice. It is headed by a management board that includes five representatives of the Council. The Council also coordinates the curriculums of the National Institute of Justice.

<sup>189</sup> The training was organized until 2013, when a special body (e.g. School of the judiciary) started to operate. At this stage, the Council can merely give guidelines and they are being considered when the School of the judiciary draws up its annual program of training courses.

<sup>190</sup> Nevertheless, the Council determines the subject matter to be included in the judges' education in agreement with the Minister of Justice. Moreover, it elects five members of the Board of the Academy and proposes members of the pedagogical staff of the Academy, as well as the members of the examination committees for the professional judicial exam and the prosecutor exam. See ENCJ Factsheet on Slovakia.

<sup>191</sup> The Council may have an indirect role though. For instance, one member of the Slovenian Council is a member of a special Council that provides professional assistance for the implementation of tasks of Slovenian Centre for Judicial Training (*Center za izobraževanje v pravosodju*), which enables them to influence the content of training. Moreover, the Commission for Ethics and Integrity (a special commission of the Council for the Judiciary in Slovenia) has, as an umbrella body, the duty of care (in collaboration with Centre for Judicial Training) for the training of judges in the field of ethics. See Articles 74a and 28d of Slovenian Courts Act.

In Denmark, the Council (e.g. Danish Court Administration) is responsible for the training of all court staff, including the judges and deputy judges. Each year, an extensive training catalogue is published, and a large number of training activities are organised.<sup>192</sup> In the Netherlands, the Council coordinates the training activities of the lower courts only and is a part owner of the body in charge of developing and organizing the judicial training.<sup>193</sup> Moreover, the competence of the Council for training of judges and prosecution officers exist in Belgium.<sup>194</sup> The Council has the role to participate in the training and personal development of judges and other judicial personnel also in Croatia.<sup>195</sup> In Romania, the Council coordinates the activity of the National Institute of Magistracy and approves annually the Programme of Professional training for judges and prosecutors.<sup>196</sup>

An educational or a training role in a broader sense exists in Poland, Lithuania and Hungary. In Poland, the Council can express its opinion on the program of training as part of the judges' training period, the scope and manner of conducting the judges' training period entry contests and judges' exams, it can express opinion on annual schedules of training and professional education of judges, trainee judges and court officers, and it names or expresses opinions on the appointment of members of an educational or training body.<sup>197</sup> In Lithuania, the Council adopts rules on judges' training organization, approves training program, annual training plans and requirements for lecturers. The Council in Lithuania also has a say on the training budget and has a training committee, which consists of certain number of the Council members. Moreover, the Council in Lithuania can adopt regulations on organising the training of judges, the training programmes, the annual plans for improving the qualifications and qualification requirements to the lecturers. In Hungary, the Council can form an opinion on the rules pertaining to the training system of judges and to the performance of the training obligation.<sup>198</sup>

<sup>192</sup> See ENCJ Factsheet on Denmark.

<sup>193</sup> Judicial training is developed and organized by the SSR (National Judicial Training Centre). The Council is a part owner of SSR (2/3 Council and 1/3 Prosecutor General's Office) and therefore responsible for the organization and supervision of SSR. See ENCJ Factsheet on the Netherlands.

<sup>194</sup> See Article 151 of the Belgian Constitution.

<sup>195</sup> See Article 123 of the Croatian Constitution.

<sup>196</sup> See ENCJ Factsheet on Romania.

<sup>197</sup> The Council can name three members of the Board and express opinion on the appointment of Director of the National School of Judiciary and Public Prosecution. See Article 3 of the Polish Act on the National Council of the Judiciary.

<sup>198</sup> The training of judges and judicial employees is organised by the President of the National Office for the Judiciary.

Competences of the Council concerning the training of judges can be seen as an opportunity towards an independent and professionally competent judiciary. This is supported by the fact that it has already been established that the body responsible for supervising the quality of the training programme should be independent from the executive and legislative power and with at least half of its members being judges.<sup>199</sup>

#### **4.6. Protection of Independence of Judges**

To safeguard the independence of the judiciary and the judges individually, the Council is one of the bodies that could have the task of their protection. This can be achieved in various ways. For instance, if a judge is adjudicating in a significant legal case that is also covered thoroughly by the media, they can find themselves under pressure from the general public, political parties or other actors. It is a fact that individual judges, who have been under scrutiny, often hesitate to defend themselves (particularly in the case of a pending trial) to preserve their independence and to demonstrate that they remain impartial.<sup>200</sup> In such a case, the Council could protect an individual judge by issuing public statement(s) in their support or inform the public with truthful facts that are often lopsided in the media and put additional stress on a judge and their independence when adjudicating a case. If the judiciaries do not provide information and answers, others members of the society (who could be less informed) might do it for them instead.<sup>201</sup>

The protective role of the Council may as well be very different. For instance, in Croatia, a judge may not be remanded in custody or detention without the prior consent of the Council for an initiated criminal prosecution for a criminal offence perpetrated in the performance of his or her judicial duty.<sup>202</sup> In Latvia, there is a system of administrative immunities for judges that is under scrutiny.<sup>203</sup> In Slovenia, the judges can appeal to the Council when they consider their independence is being under attack from within the judiciary.<sup>204</sup>

---

<sup>199</sup> See paragraph 3 of point 2 of the European Charter on the Statute for judges.

<sup>200</sup> See point 53 of Opinion No. 18 of CCJE on the position of the judiciary and its relation with other powers of state in a modern democracy.

<sup>201</sup> J. Thomas, 2008, p. 8.

<sup>202</sup> See Article 122 of the Croatian Constitution.

<sup>203</sup> See points 41 to 45 of Interim Compliance Report on Latvia, adopted by GRECO in 2016, available at: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c6d6e>> (last visited March 2017).

<sup>204</sup> See Article 12 of Slovenian Courts Act.

#### 4.7. The Functioning of the Courts

The Councils indisputably play a significant role in the functioning of the courts by having numerous competences related to the judges' careers. But they also play a role in the functioning of the courts in a broader sense. The Council in Italy can establish criteria that each court – in defining its own organizational plan – must follow in the assignment of the judges to the chambers and the distribution of cases.

The Council can also (for instance) influence the number of judges in courts by giving advice (to the President of the Republic in Lithuania) or proposal (to the Parliament in Latvia)<sup>205</sup> or even by determining or changing the number of judges in courts in Estonia. Furthermore, it can approve model structures of courts, a model list of positions and job descriptions in Lithuania and approve the regulations for forming the chambers of judges and the distribution of cases to judges in Lithuania, Portugal,<sup>206</sup> and Spain for instance.

The Council can also have various other competences related to the functioning of the courts. For instance, in Estonia, it can grant approval for the determination of the territorial jurisdiction of courts, approve the determination of the number of lay judges, the amount of remuneration paid to them in county courts<sup>207</sup> and consent to the increase of the maximum age of a judge.<sup>208</sup> In Poland, the Council can consider applications for the retirement of judges or their return to judicial post from retirement.

#### 4.8. Competences Regarding the Financing of the Courts

Majority of the Councils do not have any competences with respect to the financing of the courts. This is the case in Belgium, Croatia, France, Italy, Por-

---

<sup>205</sup> The Council submits proposal to the Parliament on the total number of judges in district and regional regular and administrative courts and on the number of the Supreme Court judges. The determination of the number of judges in district and regional courts is done on the basis of recommendation of the Minister of Justice, and for the determination of the total number of judges of the Supreme Court the Council decides on the basis of recommendation of the Chief Justice of the Supreme Court.

<sup>206</sup> The Council can suspend or reduce case allocation of judges tasked with other functions of recognised interest for courts' jurisdiction or involved in other situations where the adoption of such measures is justified. On an annual basis and with the support of the Ministry of Justice, it can also establish the maximum number of cases to be allocated to each judge, as well as the maximum term for the respective procedural acts, whose time limit is not fixed by the law.

<sup>207</sup> See Article 14 of Estonian Courts Act.

<sup>208</sup> Ibidem. See Article 99.

tugal, Romania, and Spain. The Councils in some other Member States do, however, have some competences related to the financing of courts. This seems reasonable considering that the Council is an intermediary body between the judicial and the executive or legislative power of a Member State (that adopt the State budget). It follows from this that the Council participates in the process of determination of the financing of courts for a fiscal year in one way or another. For instance, it can form an opinion on the proposed budget of the courts (in Latvia,<sup>209</sup> the Netherlands,<sup>210</sup> Poland, Slovenia,<sup>211</sup> and Slovakia) and on the report regarding the implementation of the budget (in Hungary). In Lithuania, it can consider and approve proposal on draft investment programmes for courts and proposal for budgets of courts and submit them to the Government. In Estonia, it can provide a preliminary opinion on the principle of the formation and amendment of annual budgets of courts.<sup>212</sup> Involvement of the Council in the preparation of the budget allocated to courts exists also in Denmark.<sup>213</sup> This coordinative role in preparing requests for court funding is desirable and considered as a strength if an independent body – like the Council – represents all the courts in a Member State.<sup>214</sup> The ENCJ Report 2015–2016<sup>215</sup> similarly recommends that to ensure and strengthen the separation of powers, the Council (or a body on which the judiciary is represented) should be closely involved and fully informed at all stages in the budgetary process and should have an opportunity to express its views about the proposed budget to the Parliament.

---

<sup>209</sup> This advice of the Council to the Supreme Court on formal proposal on the budget allocated to courts is mandatory. See Latvian response to the questionnaire on Judicial independence in 2015.

<sup>210</sup> The Council provides a mandatory opinion to the formal proposal on the annual budget for the whole judiciary to the Ministry of Security and Justice which proposes it to Parliament.

<sup>211</sup> See Article 28 of Slovenian Courts Act.

<sup>212</sup> The Minister of Justice approves the budget of courts of the first instance or courts of appeal within two months after the state budget is passed as an Act, considering the opinion formulated by the Council. See Article 43 of Estonian Courts Act.

<sup>213</sup> The Danish Court Administration plays an active role in the negotiations of the budget to be allocated to the judiciary. This happens through the channels of the Ministry of Justice.

<sup>214</sup> See also point 11 of Opinion No. 2 of CCJE on the funding and management of courts with reference to the efficiency of the judiciary and to Article 6 of the European Convention on Human Rights.

<sup>215</sup> See ENCJ Report 2015-2016, Funding of the Judiciary, p. 3.

The Councils in the Netherlands<sup>216</sup> and Denmark<sup>217</sup> also allocate the respective budgets to the courts.

#### 4.9. Competences Concerning Legislative Acts Regarding the Judiciary

The Councils, as the institutional bodies ensuring the independence of the judiciaries and the judges, often have a say in numerous areas that affect the courts or judges. One of such areas is the legislation that concerns the judiciary. To this end the Council can form opinions on draft legislations concerning the judiciary (in Belgium,<sup>218</sup> Bulgaria, Croatia,<sup>219</sup> Denmark,<sup>220</sup> France,<sup>221</sup> Italy, Latvia,<sup>222</sup> Lithuania,<sup>223</sup> the Netherlands,<sup>224</sup> Poland, Portugal, Romania,

---

<sup>216</sup> The Council is fully accountable to the Minister with regard to the way this budget is spent. The budget covers all costs and activities of the Council, the courts under its responsibility and also the salaries of judges. The Council allocates the budget to the courts and supervises their financial administration. The courts are accountable to the Council pertaining to the way their budgets are spent. See ENCJ Factsheet on the Netherlands and the response of the Netherlands to the questionnaire on Judicial independence in 2015.

<sup>217</sup> The total budget for the judiciary is part of the annual Finance Act. The Ministry of Justice delegates the budget (appropriations) to the Danish Court Administration, which in turn allocates the budget to the courts. Ultimately, the economic responsibility for the judiciary lies with the board of governors of the Danish Court Administration. The board has the possibility to address the Parliament directly with a budget proposal should they find that the appropriations are insufficient. See ENCJ Factsheet on Denmark.

<sup>218</sup> The Council delivers recommendations, opinions and advice on proposed legislation regarding the general functioning and organization of the judiciary. See ENCJ Factsheet on Belgium.

<sup>219</sup> This is done at the request of the Ministry of Justice. See ENCJ Factsheet on Croatia.

<sup>220</sup> The Danish Court Administration regularly takes part in legislative preparatory work and hearings. It also provides advice on legal matters and policy proposals that affect (directly or indirectly) the judiciary. See ENCJ Factsheet on Denmark.

<sup>221</sup> Requests for an opinion are formulated by the President of the Republic. See ENCJ Factsheet on France.

<sup>222</sup> The Council has the possibility to express an opinion to the legislator on issues which affect the functioning of the courts.

<sup>223</sup> In Lithuania, the Ministry of Justice, the Government or the Parliament as a general rule asks the opinion of the Council on every piece of draft legislation related to the work of courts (e.g. proposed amendments to procedural code) or status of the judiciary (e.g. proposed amendments to Law on Courts).

<sup>224</sup> One of the Council's main duties is providing advice to the Government and to the Parliament on bills and policy proposals that affect the judiciary. This only involves proposals that have a direct impact on the organisation of the judiciary, as well as on the introduction or amendment of (new) legal proceedings. The Council's advice is ratified following consultation with the courts. The Council can provide legislative advice both on request and on a non-solicited basis.

Scotland,<sup>225</sup> Slovakia,<sup>226</sup> Slovenia, and Spain) and present proposals in this regard (e.g. in Hungary,<sup>227</sup> Poland, and Portugal).<sup>228</sup> The Councils in Greece, Northern Ireland and England and Wales do not comment on the merits of the proposed government policy.

Moreover, the Council may make an application to the Constitutional Tribunal regarding the constitutional conformity of normative acts to the extent that they relate to the independence of courts and judges in Latvia,<sup>229</sup> Poland<sup>230</sup> and Slovakia.<sup>231</sup>

Consultation with the Council on all draft legislation, likely to have an impact on the judiciary before its deliberation in Parliament, is an opportunity that professional and representative voice during the legislative procedure is heard from amongst the judges themselves.

It is important to note that the Council may not only react when the current position of the functioning of the judiciary is concerned, but may express its opinion on the regulation of the judiciary in the future (*de lege ferenda*).<sup>232</sup>

---

<sup>225</sup> The Lord President has a statutory responsibility for representing the views of the Scottish Judiciary to the Scottish Parliament and the Ministers and may consult and be advised in that regard by the Council.

<sup>226</sup> The Council can express an opinion on proposals of generally binding legal regulations setting out the organization of the judiciary, proceedings before courts and the status of judges. See ENCJ Factsheet on Slovakia.

<sup>227</sup> The Council can make a proposal to the President of the National Office for the Judiciary on initiating legislation affecting the courts or form an opinion on the regulations and recommendations issued by the President of the National Office for the Judiciary.

<sup>228</sup> The Portuguese Council can issue an opinion on legal acts related to the judiciary and, in general, study and proposes to the Ministry of Justice the legislative measures to improve the efficiency of the judiciary. See ENCJ Factsheet on Portugal.

<sup>229</sup> This has actually happened recently in Latvia where the Council instituted proceedings before the Constitutional Court concerning judges' and public prosecutors' salaries. More information is available at: <<http://at.gov.lv/en/news/about-the-council-for-judiciary/2016/8051-the-constitutional-court-based-on-application-by-the-council-for-the-judiciary-institutes-proceedings-in-case-of-the-remuneration-system-of-judges/>> (last visited March 2017).

<sup>230</sup> See Article 186 of the Polish Constitution.

<sup>231</sup> See Article 141a of the Slovak Constitution.

<sup>232</sup> Slovenian Council can adopt a principled position on the situation in the judiciary (see Article 28a of Slovenian Courts Act). Such a document can, for instance, serve also as grounds for an initiation of a legislative change.

As a concluding note of this section, it needs to be stressed that the Councils in some Member States have certain additional specific competences to the ones mentioned above.<sup>233</sup>

## **5. INFLUENCE ON THE ADMINISTRATION OF THE COUNCIL FOR THE JUDICIARY AND THE SUPREME COURT**

### **5.1. Influence of the Council for the Judiciary on the Administration of the Supreme Court**

One of the aims of our research was to determine how the Supreme Court and the Council influence each other in their mutual relations. A specific area of our focus was the influence of the Council on the administration of the Supreme Court and vice versa (for this see the following subsection). Through our research and the information provided by the respondents it has been established that generally, the Council influences the administration of the Supreme Court in the sense that it has the competence to participate in the process of appointment or release of Supreme Court justices, their promotion and transfer, evaluation of judges, and disciplinary proceedings against them. These possibilities of its participation have already been discussed above. What might be interesting in this respect, is that the competences of the Councils in relation to Supreme Courts may be much narrower than in the relation to other courts. For instance, the competence of the Council in Poland in disciplinary proceedings concerning judges of the Supreme Court is considerably limited.<sup>234</sup>

---

<sup>233</sup> For instance, Lithuanian Council (and this is assumed for other Councils as well) can cooperate with other national, international and foreign institutions and organisations concerning the issues of court autonomy, administration and other issues relevant to the activities of the courts. The Council can (for instance) also convene meetings of the judges, like General Meetings of Judges in Lithuania or convocation of Judges' conference in Latvia (while setting issues to be included in the agenda). The Council can award honorary titles in Hungary or propose them in Latvia. In Latvia, it has the competence to approve procedure for using judges' robe and insignia and it approves a sample of judge's identification card. The Councils also have various other specific competences and there are too many to mention all of them. Additionally, the members of the Council can also discuss other issues at the initiative of the competent person or a body or decide on other issues or powers prescribed by law.

<sup>234</sup> The Council is not entitled to request that disciplinary proceedings be initiated against a Supreme Court judge. It does also not participate in the election of the Supreme Court disciplinary commissioner and their deputy (who are elected by the Board of the Supreme Court for a four-year term).

Apart from these participative roles, the Councils reportedly do not directly affect the administration of the Supreme Court in Latvia, Portugal and Romania,<sup>235</sup> for instance. In Slovenia, the Council is responsible for the matters concerning judges and the Supreme Court<sup>236</sup> is responsible for the administration (operational procedures and management) in courts. Therefore, their functions are generally separated.<sup>237</sup> A slightly different situation exists in Hungary where the Council does not have the task of the central administration of courts, but it does supervise the competent body for it.<sup>238</sup> The reason for such a state is of a historical nature. In many EU Member States, including those where the Councils originated (e.g. France, Italy, Spain, and Portugal), the improvement of administrative management was not the rationale for their creation. Therefore, in these countries, there have been no significant demands for transfer of these powers to the Council.<sup>239</sup>

## **5.2. Involvement of the Supreme Courts in Administering the Work of the Councils for the Judiciary**

In our research, the reverse influence was also examined, e.g. the influence or involvement of the Supreme Courts in administering the work of the Councils. It was established that, as a rule, the Supreme Court is not directly involved, apart from having Supreme Court justices as members or chairs, in

---

<sup>235</sup> This is because the Council has been primarily formed to deal with the court administration of first and second instance courts (but not the Supreme Court as this is an independent constitutional institution).

<sup>236</sup> The concrete administrative decisions are in the power of the President of the Supreme Court and its Secretary General. For other courts, this is the responsibility of court presidents which may delegate some matters to court directors.

<sup>237</sup> Nevertheless, the Slovenian Council does have some competences related to the administration of the Supreme Court. It gives consent to the policy of detection and control of risks of corruption and exposure of the courts to them, that is adopted by the President of the Supreme Court who monitors its implementation and may propose amendments (Articles 28 and 60č of Courts Act); it hears annual reports and analyses the effectiveness and efficiency of the work of judges (Articles 60a and 60b of Courts Act); it discusses the annual programs of the courts and their realization with the President of the Supreme Court, other court presidents and the Minister of Justice (Article 71a of Courts Act); and it participates in the judicial budgetary committee dedicated to the coordination of proposed financial plans of the courts and the human resources plans of the courts (Article 75 of Courts Act).

<sup>238</sup> The competent body is the President of the National Office for the Judiciary.

<sup>239</sup> V. Autheman, S. Elena, 2004, p. 3.

administering the work of the Council. This applies to Estonia,<sup>240</sup> Hungary,<sup>241</sup> Italy,<sup>242</sup> Lithuania,<sup>243</sup> Poland, Romania, Slovakia,<sup>244</sup> Spain, and Slovenia. Interestingly, in the latter, the budget for the functioning of the Council is given to the Supreme Court, which may in this way exercise substantial influence on the functioning of the Slovenian Council.<sup>245</sup> However, a new legislative Act on the Judicial Council of Slovenia was proposed and the Council should become an independent budgetary user in the near future.

An exception to the rule that the Supreme Court is not directly involved in administering the work of the Council (that applies to other Member States) exists in Latvia. The work of their Council is ensured by the administration of the Supreme Court (in the beginning of 2017, a Secretariat was established, which is a new division at the Supreme Court).<sup>246</sup>

## 6. COUNCIL FOR THE JUDICIARY AS PROVIDER OF THE INFORMATION TO THE SOCIETY

In light of the required transparency of State bodies and the courts of law, one might wonder how more transparency could be achieved regarding the functioning of the Council.<sup>247</sup> Transparency is above all a precondition for the confidence of the citizens in the functioning of the justice system and the guarantee

<sup>240</sup> The Ministry of Justice officials are responsible for administrating the work of the Council as the Council does not have its own officials. See Article 40 of Estonian Courts Act.

<sup>241</sup> Administrative and operational support regarding the filing system, the organization of meetings and the general operation of the Council is provided by the permanent office of the Council. The Curia is not involved.

<sup>242</sup> Equipment and administrative staff of the Council is provided by the Ministry of Justice.

<sup>243</sup> The responsible body for providing services to the Council is the National Courts' Administration.

<sup>244</sup> Currently it is not, but the Supreme Court closely cooperates with the Council.

<sup>245</sup> The current situation in Slovenia is that the Supreme Court provides full information technology support to the Council (e.g. e-register, computer support) which (in addition to the financial aspect) further binds the Council and its work to the Supreme Court. This is far from trivial and the Supreme Court can have a very strong impact on the Council's work in this manner.

<sup>246</sup> More information is available on the website of the Latvian Supreme Court: <<http://at.gov.lv/en/news/about-the-council-for-judiciary/2017/8114-for-ensuring-the-operation-of-the-council-for-the-judiciary-the-secretariat-is-established/>> (last visited on March 2017).

<sup>247</sup> Transparency and reasoning of the decision of the Council is stressed in the fourth chapter of the Recommendation CM/Rec (2010)12 and explanatory memorandum.

from the danger of political influence. In some Member States, the Councils may publish summaries of their meetings (in Hungary and Slovakia), their audio recordings or press releases (in Slovakia). This may include the Council's decisions (in Slovenia)<sup>248</sup> or opinions on the selection of judges or candidates for judges (in Slovakia). In Lithuania and Latvia, one can find agenda of the Council meetings (which are usually open), minutes of them and decisions of the Council on a general website of the courts (with supporting material). A press release is also issued and (sometimes) a press conference organized as a follow-up to the adoption of major decisions or events of the Council. To provide greater transparency, the Council meetings may be open to all judges as well (in Hungary).

The Council does not always have a role in providing information to the society. This can be left to the Ministry of Justice, the respective courts of law or their special press units (like in Estonia).<sup>249</sup> Nevertheless, the Council might also have a press or a communication office. This is the case in Spain<sup>250</sup> and the Netherlands.<sup>251</sup> Another way of providing information to the society by the Council is through publication of a review of the previous court activities. This is done for the previous year in Lithuania<sup>252</sup> and Hungary, while in Poland it is done for each quarter of the year.<sup>253</sup> Furthermore, the Council in Hungary also holds press conferences about its duties and operations.<sup>254</sup>

---

<sup>248</sup> Slovenian Council publishes decisions for each term of office, decisions connected to ethics and integrity, and to the provision concerning incompatibility with the function of a judge. It also issues explanations regarding the promotion of judges and warnings, opinions and explanations of the Council in other matters.

<sup>249</sup> The Council has, however, adopted Recommendations for the Courts' Media Relations.

<sup>250</sup> Their members are active on the social networks and they provide wide information through their website, available at: <[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)> (last visited March 2017).

<sup>251</sup> It is responsible for liaising with the media and for setting national policies on behalf of the Judiciary. The department is also responsible for press communications and for providing information to the public. The Judiciary maintains a series of press guidelines, which indicate what journalists, district courts and courts of appeal can expect and how the courts should provide information to the media before, during and after court cases. The media, for their part, are expected to comply with internal rules regarding court sessions.

<sup>252</sup> It is published before 31 March on the website of the National Courts Administration.

<sup>253</sup> National Council of the Judiciary Quarterly, published since 2008, where current problems of the judiciary are also discussed.

<sup>254</sup> Press conference can be organised by the President of the Council, vice-president or the delegated spokesperson and its members have the right to give information to the society about its operation.

The Council can also provide information to the society concerning the judiciary by issuing opinions on draft legislation concerning the judiciary and judges or by issuing statements on current events and developments concerning judiciary (e.g. in Poland). In Lithuania and Portugal,<sup>255</sup> it can also publish statements and comments on topical issues, while in Romania it publishes info-letters and guides concerning judiciary. A substantial part of communication with the public can also be based on the inquiries from press or individuals as is the case in Slovenia.<sup>256</sup>

The Council in Latvia can even approve guidelines on communication of the court system, therefore determining the manner in which the information is communicated to the media. Interestingly, in Italy, the Council follows a specific communication strategy with press releases, interviews given to the press and other media, by allowing the presence of journalists in public sessions of the general assembly, through visits to schools and universities or through meetings organized with other institutions with a strong communicative impact.

It is important to stress that when providing information to the society, a proper balance between the secrecy of judicial inquiries on the one hand and freedom of expression (regarding the right to inform and to be informed) on the other hand needs to be maintained. Therefore, in some cases, information cannot be provided due to judicial secrecy.

## 7. FUNCTIONING OF THE COUNCILS FOR THE JUDICIARY

Some paragraphs ought to be devoted also to the functioning of the Council. The starting point of functioning (in a broader sense) is the term of the office that members are elected or appointed for. It can be observed that it is different among the Member States. It lasts one year in Greece, three years in Northern Ireland, England and Wales, four years in Belgium, Croatia,<sup>257</sup> Denmark, France, Italy,<sup>258</sup> Latvia,<sup>259</sup> Lithuania, Malta and Poland,<sup>260</sup> and five

---

<sup>255</sup> The Council, whenever necessary, exercises its right to reply to the media whenever they transmit untruthful news or need additional information or clarification.

<sup>256</sup> The statutory basis for these inquiries are Public Information Access Act (Official Gazette of the Republic of Slovenia No. 51/06 with amendments) and Media Act (Official Gazette of the Republic of Slovenia Nno. 110/06 with amendments).

<sup>257</sup> See Article 124 of the Croatian Constitution.

<sup>258</sup> See Article 104 of the Italian Constitution.

<sup>259</sup> See Article 89 of Law on Judicial Power.

<sup>260</sup> See Article 187 of the Polish Constitution.

years in Slovakia<sup>261</sup> and Spain.<sup>262</sup> The term of office in Hungary, the Netherlands and Romania<sup>263</sup> is six years. In Slovenia, the term is also six years, but it is unequally distributed, so that half of the Council members is replaced every three years.<sup>264</sup> Such a provision ensures the preservation of the continuity of the Council's activities.<sup>265</sup>

The other point regarding terms of the office is whether a member can be elected for several terms, perhaps even consecutively. It is important to note that the same person cannot hold the office of being a member of the Council for two consecutive terms in Belgium, Bulgaria, France, Hungary, Italy,<sup>266</sup> Romania, Slovenia,<sup>267</sup> and Spain<sup>268</sup> or for more than two terms in Croatia,<sup>269</sup> Latvia, Poland, and Slovakia.<sup>270</sup>

A different approach exists in Bulgaria<sup>271</sup> and Portugal<sup>272</sup> where the term of office is different for different groups of members. The same applies also for the possibility of its renewal in Portugal.<sup>273</sup>

Once the members of the Council are elected, there is a need for the determination of its chair or president. In several member States, for instance in Estonia, Latvia, Portugal, and Spain, the chair is the President of the Supreme Court. More often though, it is selected internally among its members. This is

---

<sup>261</sup> See Article 141a of the Slovak Constitution.

<sup>262</sup> See Sec. 122 of the Spanish Constitution.

<sup>263</sup> See Article 133 of the Romanian Constitution.

<sup>264</sup> See Article 18 of the Slovenian Courts Act.

<sup>265</sup> According to point 35 of Opinion No. 10 on the Council for the Judiciary at the service of society, not all Members of the Council should be replaced at the same time.

<sup>266</sup> They cannot be immediately re-elected. See Article 104 of the Italian Constitution.

<sup>267</sup> See Article 18 of Slovenian Courts Act.

<sup>268</sup> This does not apply for the Council's President in Spain.

<sup>269</sup> See Article 124 of the Croatian Constitution.

<sup>270</sup> The same person may be elected or appointed as the Chair or as a member of the Council for a maximum of two consecutive terms. See Article 141a of the Slovak Constitution.

<sup>271</sup> Elected members have a term of office of five years and the *ex officio* members (e.g. the President of the Supreme Court of Cassation, the President of the Supreme Administrative Court and the Prosecutor General) have a term of seven years. See ENCJ Factsheet on Bulgaria.

<sup>272</sup> Term of office for members appointed by the President of the Republic is five years, for those appointed by the Parliament four years and for the elected judicial members three years. See ENCJ Factsheet on Portugal.

<sup>273</sup> *Ibidem*. There are limits only for judicial members who cannot be members for more than two terms of office.

done in Croatia,<sup>274</sup> Lithuania,<sup>275</sup> Poland,<sup>276</sup> Romania,<sup>277</sup> Slovenia,<sup>278</sup> and Slovakia.<sup>279</sup> An interesting solution exists in Belgium<sup>280</sup> and Hungary,<sup>281</sup> where the presidential position is filled by Council's members on rotational basis.

An important element of the functioning of the Council concerns the type of function that the members are elected or appointed for. They can be elected or appointed for performing an honorary function (in England and Wales, France, Greece, Hungary, Latvia, Lithuania, Malta, Northern Ireland, Poland,<sup>282</sup> Slovenia,<sup>283</sup> and Slovakia),<sup>284</sup> part- (in Croatia<sup>285</sup> and Scotland)<sup>286</sup> or even full-time function (in Bulgaria, Italy, the Netherlands, and Romania).<sup>287</sup> In Portugal, it is up to the respective member to decide, but it possible to have a full-ti-

---

<sup>274</sup> See Article 124 of the Croatian Constitution.

<sup>275</sup> The President of the Council is elected for two years.

<sup>276</sup> A chair and two deputy chairpersons are chosen from amongst the members of the Council. See Article 187 of the Polish Constitution.

<sup>277</sup> The President of the Council is elected among the judge members for one years' term of office which cannot be renewed. See Article 133 of the Romanian Constitution.

<sup>278</sup> See Article 131 of the Slovenian Constitution.

<sup>279</sup> The Chair is elected and recalled among and by the members of the Council.

<sup>280</sup> The Presidency is exercised in turn by each member of the Bureau for one year. See ENCJ Factsheet on Belgium.

<sup>281</sup> The members rotate every six months in the following manner: the first to fill the position is the judge with the longest judicial service, followed by the other members in descending order of the length of their judicial service.

<sup>282</sup> The members of the Council usually meet once a month for a whole week, so the judges remain full-time judges.

<sup>283</sup> The members gather in meetings every 2-3 weeks.

<sup>284</sup> See ENCJ Factsheets on France, Hungary, Latvia, Lithuania, Poland, Slovenia, and Slovakia.

<sup>285</sup> E.g. in Croatia. Judges that are members of the Council have their work obligations as judges reduced by half. The president of the Council has their working obligations reduced by three quarters. The members gather in meetings one or two weeks apart.

<sup>286</sup> The Council meets twice each year and on-going work is realized via a committee structure with members performing these duties on a part-time basis. All the members are serving judges. See ENCJ Factsheet on Scotland.

<sup>287</sup> See ENCJ Factsheet on Italy, the Netherlands and Romania.

me function.<sup>288</sup> In other Member States, only some members have a full-time position. This applies to Belgium,<sup>289</sup> Denmark,<sup>290</sup> Slovakia,<sup>291</sup> and Spain.<sup>292</sup>

This element has an enormous influence on the Council's functioning. If the function of a member is honorary, the members of the Council (may) only discuss and adopt decisions, while office staff prepares the majority of agenda and its documents.<sup>293</sup> If the function is part- or full-time, then members of the Council have sufficient time to prepare themselves for the sessions, and they can prepare or at the very least review the documents related to the agenda of each session. It is plausible that a part- or even full-time function presents an opportunity towards a more effective work, but poses a threat on the other hand concerning the continuity of the work of the members. It seems that a balance between the two could be achieved by a part-time function as a member of the Council, while simultaneously preserving court practice or other non-judicial function (of non-judges).<sup>294</sup> The type of function is of significant importance also to the members of the Council who are court presidents. In this case, they combine three functions – being a judge, president of a court and a member of the Council.

While the opening section of this article discussed the composition of the Council, a reference to it needs to be made here. The regulation of the functioning and the competences of the Council essentially depends on its composition. Nevertheless, another point of significant influence has to be highlighted here. The functioning of the Council also largely depends on the provisions concerning the quorum for adopting decisions and the majority required for it. For

---

<sup>288</sup> Only judge members were in a full-time position in 2015. See ENCJ Factsheet on Portugal.

<sup>289</sup> Only four members of the bureau are in a full-time position. See ENCJ Factsheet on Belgium.

<sup>290</sup> The only person with a full-time position is the Director General appointed by the board of governors and responsible for the day-to-day management of the Danish Court Administration. See ENCJ Factsheet on Denmark.

<sup>291</sup> Only the President of the Council is a full-time member. Other members of the Council fully keep their original functions and are not entitled to remuneration as members of the Council. See ENCJ Factsheet on Slovakia.

<sup>292</sup> Only six members (president and five other members) have a full-time position according to the last amendment introduced by the Organic Law on the Judiciary of June 2013. These members are the ones who make up the Standing Committee. See ENCJ Factsheet on Spain.

<sup>293</sup> Interestingly, in Romania, the works for sessions are prepared with the support of an administrative staff of 260 persons. See Report of ENCJ Working Group Mission and Vision III, 2006-2007, p. 31.

<sup>294</sup> See also point 34 of Opinion No. 10 of CCJE on the Council for the Judiciary at the service of society.

instance, Estonian and Lithuanian Councils have a quorum if more than half of its members are present, while the Hungarian Council requires at least two-thirds of its members present. In Estonia, the Council adopts decisions by a majority vote of the members present, while in Slovenia, the Council adopts decisions with the majority of all of its members, unless an Act or Rules of Procedure of the Council determines otherwise.<sup>295</sup> This is the case, for instance, when more significant decisions are adopted.<sup>296</sup> The Council in Slovenia then decides with a qualified two-thirds majority of all members of the Council. Such a majority is required in order not to give the judges in the Council the possibility to make a decision by themselves. Despite the fact that judges have a majority in the Council, such a condition means that significant decisions are not adopted unless there are (with the intent to reach consensus) sufficient votes among the judge and non-judge members.

Additional reference needs to be made towards having adequate human and financial resources for the functioning of the Council. It seems necessary to emphasize the importance of a quality administrative and technical support for the work of the Council. Its constitutional foundation and nature of its tasks require an in-depth and responsible approach to work. Professional and strong administrative support system of the Council is, therefore, one of the key conditions for the effective fulfilment of the mission that these bodies have in modern democratic societies. If this is not guaranteed, the Council will clearly have difficulty in effectively performing its function.<sup>297</sup> Because the Council is an independent body, it is of utmost importance that it is also financed in a way that enables it to function properly.<sup>298</sup> Therefore, it should have the appropriate means to operate as well as the power and the capacity to nego-

---

<sup>295</sup> See Article 23 of Rules of procedure of the Council in Slovenia, available at: <[http://www.sodni-svet.si/images/stories/Poslovnik/Neuradni\\_cistopis\\_Poslovnika\\_Sodnega\\_sveta\\_5\\_11\\_2015.pdf](http://www.sodni-svet.si/images/stories/Poslovnik/Neuradni_cistopis_Poslovnika_Sodnega_sveta_5_11_2015.pdf)> (last visited March 2017).

<sup>296</sup> See Article 28 of Slovenian Courts Act. Such cases are proposals for election of judges, their appointments or promotions, etc.

<sup>297</sup> J. P. Gilligan, Address to the Working Group of the High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina, Sarajevo, 2 November 2010, p. 11.

<sup>298</sup> In Poland and Portugal, the Council has its budget as a separate part of the State budget, making it financially independent body.

tiate<sup>299</sup> and organise its budget effectively.<sup>300</sup> When the Council has budgetary powers, it is only logical that it should then be accountable for the use of the funds to the Parliament (which adopts the budget)<sup>301</sup> or another supervisory body, such as the Court of Audit (e.g. in Slovenia).

## 8. CONCLUDING THOUGHTS

The Council for the Judiciary is an intermediary institution between the judicial and other (political) State powers. Its role is to safeguard the independence of the judiciary and judges. This is achieved by participating in the process of election or appointment and dismissal of judges and court presidents, assessment of their work, their promotion, transferral, training and in the case of disciplinary proceedings against them.

The Councils in the EU Member States have additional other various competences concerning the adoption of standards of professional ethics of judges, protection of judges and (in a broader sense) also competences regarding the functioning of the courts, their financing, participating in the process of adopting legislative acts regarding the judiciary and perhaps even having the function of providing the information concerning judiciary to the society.

The Councils' roles in the Member States differ for each of these competences, which is the result of the application of the three constitutional principles of democracy, separation of powers and independence of the judiciary. The Member States tended to find different solutions when attempting to find the optimal balance between these principles. The Council itself as an institution was originally created to ensure the principle of separation of powers. This principle is flexible, and its content and mechanisms are of different types. This applies especially to the relations between the legislative and the executive power. The idea that is nevertheless common to all Member States is one where the judicial power should be functionally separated from the other two powers. This applies fundamentally to the performance of the judicial function, but not so absolutely to the election or appointment of judges. In the latter

---

<sup>299</sup> An example can be seen in Slovenian legislative proposal of Act on Judicial Council where one of the goals is to determine the Council as a directly financed budgetary body that proposes its budget itself. Currently, Slovenian Council is financed through a joint budget for courts where coordination and distribution of funds is in the competence of the Supreme Court. See Proposal of Act on Judicial Council (*predlog Zakona o sodnem svetu*), first discussion, EVA 2015-2030-0019, p. 7–8.

<sup>300</sup> See also point 37 of Opinion No. 10 of the CCJE on the Council for the Judiciary at the service of society.

<sup>301</sup> *Ibidem*, point 94.

process, the principle of separation of powers needs to be understood in a way that the judicial power cannot be entirely excluded (e.g. some form of their participation needs to be ensured).<sup>302</sup> Here lies the reason that the Councils' powers in the process of election or appointment of judges are more restricted than when adopting decisions on judges' careers.

The restriction can be seen in the fact that the legislative or the executive authority appoints a judge (and has the final say) or that one of the democratic institutions (e.g. the President) or its members (e.g. MPs) are members of the Council. It could even be both. What is evaluated as the best solution though, is that the Council operates by strictly internal professional criteria, selects the candidates and proposes them to the democratically elected institution that elects or appoints them. If the Parliament has the final say, then the powers might be balanced if the President of a Member State is a member of the Council. The opposite is also possible, however, since the Parliament is a collegial body, it is better if it elects the non-judge members among the ranks of outstanding jurists and not among MPs (since this would cause several members of the parliament to be members of the Council and endanger its independent role). This also necessarily requires that the composition of the Council does not include only judges to avoid the self-government of judges. In the case the composition is mixed, safeguarding mechanisms need to be established to prevent potential abuses by a handful of members. It is important to determine which group has the majority in the Council, the quorum and the (qualified) majority of votes required for adopting decisions.

On the other hand, these various mechanisms for the election or appointment of a judge might not be necessary once a judge is already performing his or her function and decisions are taken concerning his or her career (e.g. assessment, promotion, transfer). The principle of independence of the judiciary might then prevail over the principle of democracy, and the Council could have the final say on these issues. Nevertheless, the element of democracy can still be respected if the legislative or the executive power elects or appoints members of the Council (or has their members in the Council which would likely be overly democratic and insufficiently independent). These various discussed competences of the Council in the Member States are mere reflections of the differently perceived and executed constitutional principles. It follows from this that these differing solutions will likely persist for as long as the optimal balance between these perceived principles will remain different.

Since one of the areas of our interest was to determine whether the Councils have a direct influence on the administration of the Supreme Courts, it is

---

<sup>302</sup> See S. Nerad, 2016, p. 393.

concluded that in many Member States they do not. The reason can be found in the fact that the first Councils were not created for this purpose and these powers have subsequently not been transferred onto them. Nevertheless, in many EU Member States, the Councils are still developing<sup>303</sup> and only time will tell if changes will occur in the future.

Lastly, if the Council is to perform its functions effectively, it needs to have adequate financial and human resources. The latter include having sufficient office staff, but also the answer to the question whether the members have honorary or professional (part- or full-time) function. If the function is honorary, one can find themselves overwhelmed with performing their work and preparing, attending and voting as a member of an important constitutionally founded body of a significant importance for the independence and impartiality of the judiciary. Therefore, it is beneficial (or even necessary) that the members of the Council perform their function professionally.

## LITERATURE

Maurice Adams: *Pride and prejudice in the judiciary – judicial independence and the Belgian High Council of Justice*. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, Vol. 2010, Issue 2, January 2010, p. 236–253.

Violaine Autheman, Sandra Elena: *Global best practices: Judicial Councils – Lessons Learned from Europe and Latin America*, IFES Rule of Law White Paper Series, April 2004.

Matej Avbelj, Samo Bardutzky and others: *Komentar Ustave Republike Slovenije: dopolnitev – A. Kranj: Fakulteta za državne in evropske študije*, 2011.

Michal Bobek, David Kosař: *Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe*. *European Legal Studies*, College of Europe, Bruges, July 2013.

Lauranne Claus, Stefan Rutten, Patricia Popelier, Bernard Hubeau, Primož Rataj, Grega Strban: *Best practice guide for managing Supreme Courts*. Supreme Court of Latvia, 2017.

European Commission: *The 2016 EU Justice Scoreboard*. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM (2016) 199 final.

European Network of Councils for the Judiciary: *Factsheets of members*.

---

<sup>303</sup> Especially in the Member States in Eastern Europe, the Councils are still embryonic institutions, which need to be reformed and strengthened to become more accountable. See V. Autheman, S. Elena, 2004, p. 3.

- European Network of Councils for the Judiciary: Funding of the Judiciary, Report 2015-2016.
- European Network of Councils for the Judiciary: Funding of the Judiciary, Annex II containing preparatory work, questionnaire and replies, Report 2015-2016.
- European Network of Councils for the Judiciary: Responses of Member States to a questionnaire on Judicial independence in 2015.
- European Network of Councils for the Judiciary Project Team: Councils for the Judiciary Report 2010-2011.
- European Network of Councils for the Judiciary: Standards VI: Non-judicial Members in Judicial Governance, Report 2015-2016.
- European Network of Councils for the Judiciary, Working Group Mission and Vision: Developing a strategy for the Council. Report, 5 May 2006.
- European Network of Councils for the Judiciary, Working Group Mission and Vision: Rules and other relevant matters of the councils. Final Report, Barcelona, 2–3 June 2005.
- European Network of Councils for the Judiciary, Working Group Mission and Vision III: If you can't recognize failure you can't correct it. Report on Managing and assessing the performance of a Council or Judicial System, 2006-2007.
- Nuno Garoupa, Tom Ginsburg: The Comparative Law and Economics of Judicial Councils. Law and Economics Working Papers, University of Illinois College of Law, Year 2008, Paper 96.
- Paul Gilligan: Address to the Working Group of the High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina, Sarajevo, 2 November, 2010.
- Tom Ginsburg, Nuno Garoupa: Guarding the guardians: Judicial Councils and Judicial Independence, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 57, 2009, p. 103–134.
- Igor Kaučič: Predsednik republike in sodstvo, *Podjetje in delo*, 2002, Vol. 28, Issue 6-7, p. 1249–1259.
- Mateja Končina Peternel: Kakšne pristojnosti (naj) ima Sodni svet, *Pravna praksa*, Vol. 2015, Issue 7-8, p. 6–7.
- David Kosař: Perils of judicial self-government in transnational societies: holding the least accountable branch to account, *Comparative constitutional law and policy*. New York: Cambridge University Press, 2016.
- Sebastian Nerad: Predlaganje in imenovanje sodnikov, in: Igor Kaučič (ed.): *Ustavni položaj predsednika republike*. Maribor: Inštitut za lokalno samoupravno in javna naročila, 2016, p. 389–404.

- Opinion No. 2 of the Consultative Council of European Judges for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the funding and management of courts with reference to the efficiency of the judiciary and to article 6 of the European Convention on Human Rights, Strasbourg, 23 November 2001.
- Opinion No. 10 of the Consultative Council of European Judges to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society, Strasbourg, 21–23 November 2007.
- Opinion No. 18 of the Consultative Council of European Judges on 'The position of the judiciary and its relation with the other powers of state in modern democracy', London, 16 October 2016.
- Opinion No. 19 of the Consultative Council of European Judges on 'The role of Court Presidents', Strasbourg, 10 November 2016.
- Opinion of the Venice Commission no. 403/2006 on Judicial Appointments, Venice, 22 June 2007.
- Predlog Zakona o sodnem svetu (ZSodS), prva obravnavna, EVA 2015-2030-0019.
- Lovro Šturm (ed.): Komentar Ustave Republike Slovenije. Fakulteta za državne in evropske študije, Kranj 2010.
- John Thomas: Networks of the judiciary and the development of the common judicial area, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 2, Issue 1, 2011, p. 5–8.
- John Thomas: Some perspectives on Councils for the Judiciary, Frankfurt Symposium: 7–8 November 2008.
- Wim Voermans, Pim Albers: Councils for the Judiciary in EU Countries, Report, Leiden/The Hague, February 2003.



## VLOGA SODNIH SVETOV ZA ZAGOTOVITEV UČINKOVITEGA SODNEGA SISTEMA\*

**Primož Rataj,**

*magister prava, asistent, Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani*

**Grega Strban,**

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, redni profesor, Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani*

Prispevek temelji na funkcionalni metodi primerjalnega prava, ki omogoča ugotovitev razlik in podobnosti pravne ureditve vlog sodnega sveta v državah članicah EU za učinkovit sistem sodstva. Izhodišče raziskave je bila priprava vprašalnika o vrhovnih sodiščih in sodnih svetih, ki je bil nato poslan nacionalnim strokovnjakom. Poleg rezultatov vprašalnikov, ki so bili prejeti od 20 držav članic EU (pri čemer sodni svet obstaja le v dvanajstih), prispevek temelji tudi na znanstveni literaturi in pravnih virih, ki so služili za pridobitev sodobnih pravnih pogledov in potrditev prejetih rezultatov. Osnovne informacije o sodnih svetih so bile pridobljene tudi iz ustav preostalih držav članic in evropske mreže sodnih svetov, zaradi česar je mogoče trditi, da je nastal reprezentativen vzorec, ki omogoča relevantne zaključke.

Prvo pomembno obravnavano vprašanje pri delovanju sodnega sveta je njegova sestava. Ta je v ureditvah držav članic različna. Razlike so razvidne v številu članov in poklicu, ki ga člani opravljajo. Najnižje število članov (štiri) je na Nizozemskem, najvišje pa v Belgiji (44), z vmesnimi rešitvami pri drugih državah članicah. Sodni svet je v Litvi, Združenem kraljestvu (v Severni Irski in na Škotskem) ter na Madžarskem sestavljen samo iz sodniških vrst, v dru-

---

\* Prispevek je eden od rezultatov projekta z naslovom *Vrhovna sodišča kot garant za učinkovitost sodnih sistemov, ki ga sofinancira Evropska komisija in koordinira Vrhovno sodišče Republike Latvije, v sodelovanju z vrhovnimi sodišči Litve, Španije in Madžarske, ter pravnima fakultetama univerz v Antwerpnu in Ljubljani.*

*Podatki in pogledi v tem prispevku so zgolj pogledi avtorjev in ne odražajo nujno pogledov Evropske unije.*

gih državah članicah pa so prisotni tudi drugi člani. Ti so v Sloveniji in Italiji lahko profesorji prava, odvetniki ali drugi pravniki. V nekaterih državah (na primer v Estoniji) so člani tudi iz vrst poslancev, tožilstva, ministrstva za pravosodja in odvetniškega združenja. Prednost mešane sestave je, da lahko svoje (širše) poglede predstavijo tudi posamezniki, ki niso sodniki, hkrati pa so ti z institucionalne ravni tudi bistveno bolj neodvisni od članov sodnikov. V tuji literaturi se namreč pogosto opozarja na notranjo odvisnost sodnikov v razmerju do predsednikov sodišč ali starejših kolegov. To velja še bolj tedaj, ko je predsednik (zlasti vrhovnega sodišča) eden od članov sodnega sveta. Mešana sestava sodnega sveta tudi preprečuje samoupravljanje sodnikov in zagotavlja boljše ravnotežje moči med sodno, zakonodajno in izvršilno oblastjo (zlasti če so člani sodnega sveta tudi poslanci). To pa je mogoče (in morda celo bolje) doseči tako, da je sodni svet sestavljen brez neposrednega političnega vpliva, ta pa je prisoten v drugih institucijah (na primer parlamentu), ki imajo pomembno vlogo v postopku odločanja o izvolitvah sodnikov in drugih pristojnostih, pomembnih na področju sodstva. Hkrati je s tem mogoče lažje doseči, da sodni svet deluje strogo po strokovnih merilih.

Člani iz sodniških vrst so praviloma predstavniki vseh stopenj sodniškega odločanja in predstavljajo v večini držav članic večino članov sodnega sveta. Zanimivo je, da je član sodnega sveta v nekaterih državah članicah oseba zgolj na podlagi opravljanja določene funkcije. Ena od teh je položaj predsednika vrhovnega sodišča, ki je po funkciji član sodnega sveta v kar 14 državah članicah. Poleg tega je predsednik vrhovnega sodišča celo predsednik sodnega sveta po funkciji v šestih državah članicah. Drugačna rešitev je prisotna na Hrvaškem, Poljskem in Slovaškem, kjer predsedniki sodišč ne morejo biti člani sodnega sveta. Te države so sprevidele, da obsežnega kroga pooblastil ni primerno zaupati le ozkemu krogu oseb. Preostale člane, ki ne prihajajo iz sodniških vrst, izvoli zakonodajna ali izvršilna veja oblasti, izjemoma (v Estoniji) pa odvetniško združenje in tožilstvo. Edinstven primer je Latvija, kjer so preostali člani sodnega sveta osebe na podlagi položaja, ki ga zasedajo.

Poleg sestave sodnega sveta se ti v državah članicah EU razlikujejo tudi po pristojnostih, ki jih imajo. Njihova najbolj prepoznana pristojnost je njihova vpetost v postopku izvolitve oziroma imenovanja kandidatov na sodniško funkcijo. Ta se lahko odraža v obliki ocenjevanja in predlaganja kandidatov (na primer v Belgiji, Romuniji, Sloveniji, na Slovaškem, Poljskem in na Hrvaškem), predložitve mnenja o kandidatih (na primer v Franciji, Litvi in Estoniji) ali celo s soglašanjem o predlaganih kandidatih za funkcijo sodnika (na primer na Madžarskem). Poleg tega imajo sodni sveti v nekaterih državah članicah pristojnost predlagati kandidate za položaj predsednika sodišča (na primer v Belgiji, Španiji in na Slovaškem), podati mnenje (na primer v Latviji, Litvi, na

Madžarskem in na Poljskem) ali celo izvoliti predsednike sodišč (na primer v Estoniji, Italiji in Sloveniji). V Sloveniji to sicer ne velja za predsednika Vrhovnega sodišča.

Sodni sveti imajo tudi nekatere druge pristojnosti, ki so povezane s sodniško službo. V nekaterih državah članicah lahko ocenjujejo delo sodnikov (na primer v Sloveniji, Španiji in na Portugalskem) ali ocene potrjujejo (na primer v Litvi), ponekod pa lahko celo določijo merila za ocenjevanje kakovosti dela sodnika (na primer v Sloveniji). S tem povezana pristojnost sodnih svetov se nanaša na svetovanje ali odločanje o napredovanju sodnikov, ponekod pa tudi na odločanje o njihovi premestitvi (na primer v Italiji, Latviji, na Portugalskem, Hrvaškem in na Slovaškem). Sodni sveti imajo lahko pristojnosti tudi glede sodniške poklicne etike, pri čemer lahko sprejmejo njena načela (na primer na Poljskem in Slovaškem), njene standarde (na primer v Španiji) ali celo kodeks poklicne sodniške etike (na primer v Sloveniji). S tem povezana je tudi pristojnost imenovanja članov posebnih komisij za etiko in integriteto (na primer v Sloveniji in Litvi).

V nekaterih državah članicah imajo sodni sveti tudi nekatere preiskovalne in disciplinske pristojnosti, ki jim lahko sledi razrešitev s sodniškega položaja. Ponekod o tem odloča sodni svet (na primer v Italiji in na Hrvaškem), drugje pa je ta le predlagatelj pristojnemu organu (na primer v Latviji, Sloveniji in na Slovaškem) ali organ, ki o tem poda mnenje (na primer v Estoniji). Zanimivo je, da je v manjšem številu držav članic sodni svet neposredno pristojen tudi za izobraževanje sodnikov (na primer v Španiji, Litvi, na Madžarskem in na Poljskem), kar vodi v kakovostnejše opravljanje sodniške službe. Upošteva dejstvo, da je sodni svet organ, ki ima nalogo varovanja neodvisnosti in nepristranskosti sodstva, je lahko eden od načinov za doseg tega tudi javna podpora sodnikom, ki odločajo v medijsko odmevnih primerih. Tako lahko sodni svet zaščiti in odvrne pritisk od posameznega sodnika z javnimi nastopi svojih članov oziroma odgovorne osebe za stike z javnostjo. Sodniki se praviloma lastnega branjenja izogibajo, da ne bi vzbudili dvomov v svojo nepristranskost, hkrati pa se dogaja, da ob odsotnosti odgovorov te rade priskrbijo manj obveščene osebe. Varovalna vloga je lahko tudi drugačna in se predhodno soglasje sodnega sveta zahteva za pripor sodnika v primeru začetka pregona za kaznivo dejanje, ki je storjeno ob opravljanju sodniške službe (na primer na Hrvaškem).

Sodni sveti nekaterih držav članic pa imajo še širše pristojnosti. Te se lahko nanašajo na sodelovanje (s podajo mnenj ali pripravo predlogov) pri pripravi predlogov zakonodaje, ki se nanaša na pravice in obveznosti sodnikov oziroma na sodstvo. Še več, na Poljskem in Slovaškem lahko sodni svet ustavnemu sodišču predlaga presojo skladnosti normativnih pravnih aktov z ustavo, če se ti nanašajo na neodvisnost sodnikov in sodišč. Poleg tega lahko sodni sveti

vplivajo na organizacijo sodišč prek svetovanja (na primer v Litvi), predlaganja (na primer v Latviji) ali določanja oziroma spreminjanja števila sodnikov nekaterih sodišč (na primer v Estoniji). V Litvi lahko sodni svet odobri strukturno zasnovo sodišč, seznam položajev in opis služb. Za delovanje sodstva v najširšem pomenu ima sodni svet lahko tudi pristojnosti v postopku določanja financiranja sodišč. Tako lahko na primer oblikuje mnenje o predlaganem proračunu sodišč v Latviji, Sloveniji in na Slovaškem. Na Nizozemskem in Danskem pa sodni svet celo prejme proračunska sredstva za celotno sodstvo, ki jih potem nadalje razdeli posameznim sodiščem. Sodni sveti posameznih držav članic pa imajo še številne druge posebne pristojnosti, ki so preštevne za omembo. Razlog za različne pristojnosti sodnih svetov v posameznih državah članicah je mogoče najti v izpeljavi treh ustavnih načel demokratičnosti, delitve oblasti in neodvisnosti sodstva. Države članice so očitno našle ustrezno ravnotežje med njimi na drugačne načine, kar se odraža tudi v sestavi, delovanju in pristojnostih sodnega sveta.

Eden od ciljev raziskave je bilo tudi ugotoviti, kakšna sta vpliva sodnega sveta in vrhovnega sodišča v njunih medsebojnih razmerjih. Posebna pozornost je bila namenjena vplivu ene institucije na drugo z vidika administrativnega delovanja. Ugotovljeno je bilo, da poleg sodelovanja v postopku izvolitve sodnikov, njihovega napredovanja itn., sodni svet praviloma nima neposrednega vpliva na administrativno delovanje vrhovnega sodišča. Razlog je zgodovinski, in sicer v dejstvu, da izvirno prvi sodni sveti (v Franciji, Španiji, Italiji in na Portugalskem) niso bili ustanovljeni za izboljšanje administrativnega delovanja sodišč, te pristojnosti pa pozneje na njih niso bile prenesene.

V obratnem razmerju pa tudi vrhovno sodišče praviloma neposredno ne vpliva na administrativno delovanje sodnega sveta. Izjema obstaja v Latviji, kjer strokovne službe vrhovnega sodišča opravljajo administrativno delo sodnega sveta.

Pozornost je v prispevku namenjena tudi posredovanju informacij javnosti s strani sodnega sveta zaradi zahtev po njegovem transparentnem delovanju. Ta je prvi pogoj za vzpostavitev zaupanja državljanov v delovanje sodnega sistema in omejuje nevarnost političnega vpliva. V nekaterih državah članicah tako sodni svet objavlja povzetke srečanj svojih članov, zvočne posnetke ali izjave za javnost (na primer na Slovaškem). Ponekod so objavljene tudi odločitve (na primer v Sloveniji) oziroma njegova mnenja. Zanimivo je na primer, da sodna sveta v Litvi in na Madžarskem objavita povzetek aktivnosti sodišč za prejšnje leto, sodni svet na Poljskem pa za vsako tromesečje.

Sklepno je pozornost namenjena tudi delovanju sodnega sveta. Primerjana so obdobja, za katera so člani izvoljeni, možnosti njihove ponovne izvolitve, izvolitev predsednika sodnega sveta, kvorum in potrebna večina za sprejemanje

odločitev. Zlasti zadnja elementa sta povezana tudi s sestavo sodnega sveta. Kljub morebitni večinski zastopanosti članov iz sodniških vrst lahko zahteva po kvalificirani absolutni večini pri sprejemu pomembnejših odločitev pomeni, da bodo morali člani aktivno opravljati svojo funkcijo in se bo (z namenom dosega soglasja) zahtevala odobritev tudi (nekaterih) članov zunaj sodniških vrst. Z delovanjem sodnega sveta je povezana tudi določitev, ali je funkcija člana častna ali pa jo ta opravlja poklicno (s krajšim ali polnim delovnim časom). Če je funkcija častna, je lahko član kmalu – poleg opravljanja lastnega poklica – preobremenjen še s pripravo, udeležbo in glasovanjem na sejah sodnega sveta. Lažje je opravljati funkcijo člana, če je ta poklicna, pri čemer se zdi najboljša vmesna rešitev s krajšim delovnim časom. Tako lahko člani iz sodniških vrst še naprej ostanejo vpeti v sodnih postopkih, preostali člani pa lahko ostanejo v stiku s poklicem, ki ga opravljajo. Nedvomno pa je opredelitev funkcije člana pomembno soodvisna od administrativnega osebja, ki ga ima sodni svet. Če je tega osebja manj in je funkcija članov sodnega sveta častna, je dvomljivo, da bo lahko sodni svet kot ustavno regulirana institucija velikega pomena za neodvisnost in nepristranskost sodstva učinkovito opravljal predvidene naloge.



## VOLITVE PREK INTERNETA KOT IZZIV PRIHODNOSTI V PRIMERJAVI S TRADICIONALNIM VOLIŠČEM\*

**Rastislav Kanižar,**

*univerzitetni diplomirani pravnik, magister pravnih znanosti*

### 1. OBLIKE, VRSTE IN NAČINI GLASOVANJA

Ko govorimo o oblikah, načinih in vrstah glasovanja, imamo v mislih predvsem tisti del postopka glasovanja, v katerem volivec prenese svojo svobodno voljo pri uresničevanju volilne pravice v skupno maso posameznih odločitev, ki tvorijo nominalno oziroma odstotkovno odločitev tistega dela volilnega telesa, ki se je volitev udeležil. Grad in drugi ga označujejo kot način oziroma obliko izražanja volje volivca glede tega, katere osebe bodo izvoljene za članke predstavniškega telesa (oziroma katere stranke naj bodo zastopane v tem telesu)<sup>1</sup> ali kot združevanje individualnih volj volivcev v kolektivno odločitev, kdo od kandidatov za javne in oblastne funkcije bo ta mesta za določen čas zasedel ter katere politične stranke bodo imele odločilen vpliv na mestih zakonodajne in izvršne oblasti v državi.<sup>2</sup> Ne vključujemo metod in sistemov glasovanja, ki jih lahko uvrstimo v vsebinski, materialni del,<sup>3</sup> temveč govorimo predvsem o tehničnem in tehnološkem vidiku ter opravi, ki lahko sicer

---

\* Prispevek je bil pripravljen na podlagi doktorske disertacije *Uresničevanje volilne pravice na volišču, ki sem jo pripravil pod mentorstvom dr. Saše Zagorca in je v postopku priprave govora na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.*

<sup>1</sup> Franc Grad, Andrej Lukšič, Saša Zagorc: Študija izvedljivosti: Ustavno-pravni in politološki vidiki uvajanja e-volitev v RS. Center Vlade RS za informatiko, Ljubljana 2004, str. 23.

<sup>2</sup> F. Grad, A. Lukšič, S. Zagorc, nav. delo, str. 32.

<sup>3</sup> Več o tem v European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Electoral Law (Code of good practice in electoral matters), CDL-EL(2013)006, ISBN 978-92-871-6424-7, Strasbourg 2013, str. 165–170.

odločilno vpliva na izvajanje pravice, deloma tudi na volilno udeležbo in s tem na izid volitev, vendar pa je njegova pomembnost vezana predvsem na zagotavljanje zakonitosti, anonimnosti, enakopravnosti in tajnosti, predvsem pa učinkovitosti in preprostosti oddaje volivčevega glasu, ki naj na volišče zato pripelje čim več volivcev oziroma omogoči ter pritegne h glasovanju čim večji del volilnega telesa.

Zgodovinsko lahko »tehnologijo« oddaje volivčevega glasu razdelimo v dve glavni skupini, in sicer na oddajo glasu zgolj s pomočjo lastnega telesa volivca ter oddajo s pomočjo (tehničnih) pripomočkov. Pri oddaji glasu s pomočjo volivčevega telesa je daleč najbolj znan način dvigovanje rok, ki se ponekod uporablja še danes. Iz zgodovine so znani tudi ploskanje, glasno vzklikanje, zgolj samo vstajanje posameznikov s svojih sedežev ter ustno izražanje pri-trdilnih ali nikalnih določenih besed (t. i. glasovno glasovanje ali angl. *oral voting*).<sup>4</sup> Zaradi različnih razlogov in namenov se začnejo v glasovalni tehnolo-giji uporabljati tudi različni predmeti in naprave, s katerimi in s pomočjo katerih je volivec oddal svoj glas. V svojih povojih uporabe so bili to povsem običajni predmeti iz narave – od navadnega kamenja, školjčnih lupin, fižolovih zrn in olivnih listov do predmetov iz različnih materialov, ki so bili izdelani in pripravljeni za različne vrste volitev (lončene kroglice, kroglice iz različnih materialov, volilni diski, črepinje), ki so jih volivci vstavljali v volilne »skrinje«. Na nekatere take predmete so morali volivci tudi sami zapisati ime kandidata, za katerega so oddali svoj glas.<sup>5</sup> Tehnična inovacija v postopku izbire posame-znih kandidatov, ki pa ni bila namenjena oddaji volivčevega glasu, temveč po-moči pri konkretnem načinu izbire, je bila antična grška naprava za žrebanje (*kleroterion* – angl. *allotment machine*),<sup>6</sup> ki jo lahko prav zaradi tehnične plati pomoči pri izbiri posameznikov za funkcije v družbi uvrstimo v kategorijo tehničnih pripomočkov, ki so nadomeščali telesne (osebne) in druge načine v procesu izbire v tistem času ter tako kot prvo mehansko volilno napravo, uvedeno v proces volitev (izbire) v zgodovini volitev nasploh. Kot pri drugih načinih in pripomočkih gre zgolj za tehnični pripomoček, ki je pomagal k hi-trejši, preprostejši in preglednejši izbiri posameznikov za funkcije, za katere so kandidirali, pri tem pa povsem določno in izrecno odražal namen načina, ki

<sup>4</sup> Več in podrobno v: Alexander Jakobson: *Elections and Electioneering in Rome*. Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1999, str. 124; in Eastland S. Staveley: *Greek and Roman voting and elections*. Thames and Hudson GB, London 1972, str. 157–158.

<sup>5</sup> Več v: Christopher W. Blackwell (ur.): *Dēmos: Classical Athenian Democracy, The Development of Athenian Democracy*, (A. Mahoney and R. Scaife, ur., *The Stoa: a consortium for electronic publication in the humanities*, izdaja z dne 24. januarja 2003, str. 15, <[http://www.stoa.org/projects/demos/democracy\\_development.pdf](http://www.stoa.org/projects/demos/democracy_development.pdf)> (27. 9. 2016).

<sup>6</sup> Več v: E. S. Staveley, nav. delo, str. 61–72.

je bil z napravo izražen. Šlo je namreč za voljo bogov, ki se je prek izžrebanih kandidatov izražala v takratni družbi.

Naslednji korak pri izvedbi glasovanja oziroma tehnični izvedbi prenosa glasu posameznega volivca v skupno maso posameznih glasov se je zgodil s sprejetjem treh volilnih zakonov v Rimski republiki v drugi polovici 2. st. pr. n. št., ki so ukinili oralni (glasovni) način glasovanja in ga nadomestili z uporabo »volilnih listkov« (angl. *written ballots*).<sup>7</sup> Staveley jih opisuje kot majhne lesene tablice, prekrite z voskom, ki so bile za različne priložnosti različno velike ter različno vsebinsko izpolnjene. Pri nekaterih volitvah so bile prazne, volivec pa je nanje sam napisal ime ali začetnice kandidata, za katerega je volil, pri drugih pa so bili zaradi vsebine odločitve že vpisani znaki za odločitev, ki so jih volivci prečrtali in tako označili odločitev, za katero niso glasovali, ali pa v volilno skrinjo oddali tisto tablico (pri volitvah, pri katerih sta se uporabljali dve), na kateri je bil znak ali napis, ki je odražal njihovo odločitev (kaj so storili z drugo »glasovnico«, ni znano,<sup>8</sup> najverjetneje pa so jo vrnili volilnemu osebju, da se je lahko uporabljala tudi ob naslednjih volitvah). Za tak način glasovanja in »glasovnico« ne moremo v celoti trditi, da je bilo mogoče volivčevo anonimnost popolnoma ohraniti ter da so bile zaradi takega načina izražanja volivčeve volje res v celoti tudi tajne.

Za stoletja pozneje uvedeno »avstralsko glasovnico« (ki je bila sicer v resnici glasovnica samostojne kolonije, danes samostojne države Viktorije znotraj federalne ureditve Avstralije) lahko trdimo povsem nasprotno. Uvedena je bila prav zaradi varovanja tajnosti glasovanja in anonimnosti volivca oziroma zaščite pred pritiski in obtoževanjem, ki so bili del do tedaj javnega načina glasovanja. Formalno je bila uvedena v volilni sistem z Zakonom o volitvah marca 1856, dejansko pa prvič uporabljena na volitvah septembra in oktobra istega leta. Viktorija je tako postala prva država, ki je v svoji volilni zakonodaji opredelila in uzakonila t. i. *secret ballot*. Šlo je za enotno glasovnico za vsa volišča za konkretne volitve, s katero je bilo odpravljeno javno glasovanje (popolne anonimnosti volivca na začetku svoje uveljavitve sicer ni zagotavljala, saj je bila na zadnji strani označena s številko volilnega upravičenca, zaradi česar so imeli volilni organi vpogled v posamezne odločitve volivcev), Viktorija pa je bila uradno tudi prva država, ki je organizirala volitve po načelu »tajnosti« glasovanja.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Več prav tam, str. 158–159.

<sup>8</sup> Prav tam, str. 160.

<sup>9</sup> Več v: Electoral Act 1856 (An Act to provide for the Election of Members to serve in the Legislative Council and Legislative Assembly of Victoria), Supreme Court of Victoria, 19 Vic. No. 12, <<http://www.foundingdocs.gov.au/item-did-84.html>> (1. 9. 2016); in John Hirst: Making Voting Secret, Victorian Electoral Commission, str. 36–39 in 41, <<https://www.vec.vic.gov.au/files/Book-MakingVotingSecret.pdf>> (17. 11. 2016).

V Ameriki so sicer znani in zabeleženi primeri še zgodnejše uporabe podobne glasovnice, vendar ne na volitvah predstavnikov oblastnih organov, temveč na volitvah v verske namene, na katerih so verniki neke veroizpovedi leta 1629 izbirali svojega pastora. Nekaj let pozneje pa so v koloniji Massachusetts s takimi glasovnicami volili sodnike.<sup>10</sup> Splošna volilna praksa oddaje glasu je bila v tistih časih v Ameriki sicer še zelo drugačna. Jones tako za volitve v zvezni državi Missouri še v letu 1846 ob interpretacije slike, ki ponazarja volilni dan, in na podlagi volilnih knjig iz tistega časa, jasno ugotavlja, da so volitve in oddaja glasu volivca potekali povsem javno, tako da je volivec osebi, ki je volitve vodila, javno in na glas povedal svojo odločitev, ki je bila nato zapisana poleg imena in priimka v volilni knjigi.

Zgolj nekoliko se je postopek javnega glasovanja v tem času razlikoval na drugem koncu sveta, in sicer v že omenjeni koloniji Viktorija, v kateri so volivci na kos papirja zapisali ime izbranega kandidata ter svoje ime, nato pa tako izpolnjeno »glasovnico« oddali volilnemu uradniku na volišču, ki je zapisano izbiro prebral na glas ter volivca javno povprašal, ali gre za njegovo izbiro. Ob volivčevi javni potrditvi je vse podatke vpisal v volilno knjigo, tja pa kot dokaz vložil tudi njegovo »glasovnico«.<sup>11</sup> V obeh opisanih primerih javnost takega glasovanja očitno izključuje anonimnost volivca, prek javno izražene in predstavljene podpore (glasovne ali pisne) konkretnemu posamezniku pa je bila posledično izključena tudi tajnost oddaje njegovega glasu. Zato je bilo v volilni tekmi mogoče pričakovati številne pritiske, zahteve, podkupovanja in nagrajevanja volivcev, ne samo v dnevih pred glasovanjem, temveč tudi na volišču, da glasujejo za posameznega kandidata, kar je bila povsem običajna praksa.

Ne glede na pravni in sociološki vidik javnega glasovanja, ki je v primerjavi z današnjimi mednarodnopravno priznanimi volilnimi standardi in ustavno varovanimi kategorijami v politični praksi povsem nesprejemljivo kot izvedbena oblika volitev predstavnikov oblasti in oblastnih organov v demokratični družbi, pa je v proces oddaje glasu za posameznega kandidata vnesel nesporno in neizpodbitno dejstvo, ki je bilo javno izrečeno pred številnimi pričami in javno vpisano v volilno knjigo pred več državnimi ali lokalnimi uradniki (odvisno od vrste volitev) in ni potrebovalo niti dopuščalo nikakršnega naknadnega ugotavljanja volivčeve volje, saj je bila ta jasno in javno izrečena ter potrjena

<sup>10</sup> Več v Tom Schedler: *State of Louisiana, Secretary of State, Elections & Voting*, v: *Review Administration & History, History of Elections*, <<http://www.sos.la.gov/ElectionsAndVoting/ReviewAdministrationAndHistory/Pages/default.aspx>> (1. 8. 2016); in Ed Arnold: *History of Voting Systems in California*. State of California, Secretary of State Bill Jones, 1999, str. 10, <[https://josephhall.org/arnold\\_ca\\_vs\\_hist.pdf](https://josephhall.org/arnold_ca_vs_hist.pdf)> (1. 8. 2016).

<sup>11</sup> Douglas W. Jones: *Voting and Elections, A Brief Illustrated History of Voting*. The University of Iowa, 2003, <<http://homepage.cs.uiowa.edu/~jones/voting/pictures/>> (2. 9. 2016); ter J. Hirst, nav. delo, str. 3.

tudi z volivčevim podpisom ob njeni zabeleži v volilni knjigi ali na oddanem listu volivca. Ob predpostavki, da so bile volilne knjige pošteno vodene in vneseni podatki niso bili niti pri njihovem preštevanju podvrženi manipulacijam in zlorabam, je tudi volilni rezultat izražal pošten seštevek oddanih glasov. Zato je odpadla tudi potreba po ugotavljanju resnične volje volivcev, kakor jo poznamo danes ob pregledovanju oddanih glasovnic volivcev, saj je bila ta neposredno in konkretno zabeležena natanko tako, kot je bila javno izrečena oziroma zapisana.

Številne države so v naslednjih letih in desetletjih sledile zgledu kolonije Viktorije in v svoj volilni sistem uvedle papirnato državno enotno glasovnico, glasovanje z njeno posodobljeno in modernizirano različico pa je temelj varovanja volivčeve anonimnosti in tajnosti glasovanja na številnih voliščih tudi danes. Zato se je z navedbo Grada in drugih, da ročna izvedba volitev ni predpisana zaradi tehnološke zaostalosti, temveč zato, ker so tako uspešno zagotovljeni osnovni ustavni postulati in načela volilnega prava,<sup>12</sup> mogoče v celoti strinjati. Tehnološki napredek, predvsem pa telekomunikacijske inovacije in nove digitalne tehnologije so v svet volilnih pripomočkov za transformacijo in prenos opredeljenih glasov volivcev, ki jih z glasovanjem oddajajo, vključile številne naprave in nove načine. Tehnične, predvsem pa tehnološke izboljšave so se v volilne pripomočke uvajale sorazmerno z napredkom znanosti in tehnološkim napredkom ter se prilagajale potrebam volilnih sistemov, predvsem pa volivcem, ki so njihov končni uporabnik in zaradi katerih politične strukture in demokratična družba pravzaprav širi število in način delovanja pripomočkov za oddajo volivčevega glasu. To hkrati širi tudi demokratični prostor enakih in enakovrednih možnosti uresničevanja volilne pravice na tiste volilne upravičence, ki morda na volilni dan nimajo možnosti, nočejo ali obstajajo kateri drugi razlogi za nezmožnost voliti s papirno glasovnico na tradicionalnem volišču.

Pod vplivom idej evropskih političnih gibanj in izumiteljev tako konec devetnajstega stoletja tehnologija v načinu oddaje volivčevega glasu postavi nove mejnike. Takrat se začne v ameriški zvezni državi New York uporabljati avtomatska mehanska volilna naprava,<sup>13</sup> ki začne postopoma nadomeščati oddajo glasu s papirnato glasovnico. Samo vprašanje časa je bilo, kdaj in kje se bo pojavila nova inovacija z elektronskim delovanjem in kdaj bodo v volilni proces vključene tudi druge najsodobnejše informacijsko-komunikacijske teh-

<sup>12</sup> F. Grad, A. Lukšič, S. Zagorc, nav. delo, str. 28.

<sup>13</sup> Douglas W. Jones: Early Requirements for Mechanical Voting Systems (Invited Paper), Department of Computer Science, University of Iowa, Iowa City, Iowa, ZDA, First International Workshop on Requirements Engineering for E-voting Systems, Atlanta 2009 (avtorjeva različica), <<http://homepage.divms.uiowa.edu/~jones/voting/ReVote09history.pdf>> (22. 11. 2016).

nologije, ki bodo zadostile pogoju varovanja temeljnih načel v zvezi z uresničevanjem in izvrševanjem volilne pravice. Da jih je mogoče kot izvedbeni način oddaje volivčevega glasu v volilnem procesu sploh uporabiti, morajo namreč izpolniti predvsem temeljni pogoj zagotavljanja tajnosti in svobodnega glasovanja v povezavi z ohranjanjem anonimnosti volivca. Zahtevam je z oddajo glasovnice na tradicionalnem volišču mogoče skoraj v celoti zadostiti, saj je okolje nadzorovano, volivcem pa so posledično zagotovljeni pogoji za uresničevanje njihovega ustavnega upravičenja v skladu s standardi in načeli svobodnih in poštenih volitev. Nove tehnologije (in tudi način glasovanja po pošti), ki so prihajale, pa so skoraj po pravilu v sistem, ki je bil ali pa je bil načrtovan za uporabo, vnašale vse večja varnostna tveganja, ki tem načelom niso mogla v celoti, ali pa sploh ne, zadostiti. Razvoj se je predvsem po drugi svetovni vojni, torej v drugi polovici 20. stoletja usmeril v iskanje takih tehnoloških rešitev, ki bi poleg klasične oddaje volivčevega glasu s papirnato glasovnico na volišča privabil čim več volivcev, ki bi preprosto in učinkovito opravili glasovanje, volilni organi pa bi s tehnološkim procesom čim hitreje in nepristransko oddane glasove prešteli. Tako so v šestdesetih letih 20. stoletja (predvsem v ZDA) za glasovanje začeli uporabljati luknjasto kartico (angl. *punched card*, imenovana tudi IBM-kartica), ki kot računalniški pomnilniški medij namesto izpisanih podatkov kandidatov ali strank na klasični glasovnici vsebuje luknje, s katerimi so zakodirani njihovi podatki.<sup>14</sup> Te je bilo mogoče s pomočjo šifrantov tudi vizualno odčitati ali s pomočjo naprave za branje podatkov dešifrirati in spremeniti v prepoznavne znake. Za učinkovito in kar se da hitro branje ter štetje oddanih glasov posameznikom ali strankam s tem načinom glasovanja je bilo treba imeti tudi primeren čitalnik, ki je volivčeve »luknje« spremenil v prepoznano odločitev. Tako so se vzporedno z razvojem volilnih naprav za oddajo glasov s pomočjo teh kartic razvijale tudi elektronske bralne naprave oddanih glasovnic in kartic. Razviti so bili optični čitalniki, ki so znali prebrati ne samo luknjaste kartice, temveč tudi povsem navadne oznake na navadni glasovnici, ki so bili z navodilom zapovedani kot pravilen način glasovanja.<sup>15</sup>

Preskok v tehnologiji oddaje volivčevega glasu se je zgodil z uvedbo elektronskih računalniških naprav, ki so oddani glas neposredno ob oddaji zabeležile in ga elektronsko vnesle na zbirni medij, ki je (oziroma naj bi) omogočal njihovo

<sup>14</sup> Glej E. Arhold, nav. delo, str. 28–30; glej tudi The IBM Punched Card, <<http://www-03.ibm.com/ibm/history/ibm100/us/en/icons/punchcard/>> (2. 9. 2016).

<sup>15</sup> Glej Douglas W. Jones: Voting and Elections, A Brief Illustrated History of Voting. The University of Iowa, 2003, <<http://homepage.cs.uiowa.edu/~jones/voting/pictures/>> (2. 9. 2016). O postopku glasovanja z napravo glej podrobneje v: Roy G. Saltman: Independent Verification: Essential Action to Assure Integrity in the Voting Process. National Institute of Standards and Technology, Gaithersburg, 2006, str. 3–4, <<https://www.nist.gov/sites/default/files/documents/itl/vote/SaltmanRpt20060815.pdf>> (25. 9. 2016).

varno elektronsko hrambo in štetje. Z uvedbo klasičnih zaslonov v sam proces je volivec pridobil tudi vizualen pogled na zaslonu prikazano elektronsko glasovnico in dejanja, ki jih je na njej opravil, pri tistih na dotik pa je glas mogoče oddati kar z dotikom ekrana na predvidenem mestu, ki označuje izbranega kandidata ali stranko. Pri nekaterih tipih in izvedbah naprav je volivcu omogočena tudi poprava svoje odločitve in končna preverba, kako je glasoval. Načelo enakosti volilne pravice, ki tudi kot eden od temeljnih mednarodnopravnih standardov opredeljuje volilno pravico v demokratični družbi, zavezuje države in volilne organe, da posebno pozornost pri njenem uresničevanju namenijo invalidom in drugače hendikepiranim volivcem. Zato so bile v volilne procese uvedene tudi take elektronske volilne naprave, ki vidno prizadete volivce (med drugimi pomagali) z glasovnim navodilom vodijo skozi postopek glasovanja in jim tako omogočajo samostojno, neovirano in enakopravno oddajo glasu.<sup>16</sup> Vsi ti načini so del glasovanja na tradicionalnem volišču, do katerega morajo volivci priti in tam glasovanje opraviti ne glede na to, ali ga opravijo z zapisom na glasovnici ali kateri drugi tehnični (elektronski) napravi, ki glasovnico nadomešča. Na povsem enak način – z glasovnico ali s tehnično napravo – glasujejo tudi tisti volivci, ki lahko svoj glas oddajo po pošti, prek volilnega pomočnika (angl. *voting by proxy*), na diplomatsko-konzularnih predstavništvih v tujini, na domu volivca, bolnišnici ali v drugi s predpisi določeni ustanovi za posamezne kategorije volivcev ter tisti, ki predčasno glasujejo.

Tehnološki napredek pa omogoča tudi t. i. oddaljeno elektronsko glasovanje v nenadzorovanem okolju, ki zahteva internetno povezavo s centralnim volilnim imenikom zaradi verifikacije identitete volilnega upravičenca in ga je mogoče opraviti iz javno dostopnih, organiziranih in predvidenih mest zunaj volišč, na primer postavljenih posebnih volilnih kioskih z aparati za neposredno beleženje volilnih glasov prek elektronskega svinčnika oziroma ekrana na dotik, ali z oddajo volivčevega glasu s pomočjo različnih modernih informacijsko-telekomunikacijskih naprav, ki prek oddaljene internetne povezave omogočajo glasovanje. Za slednje je tako mogoče med drugimi uporabiti osebne računalnike, mobilne telefone, dlančnike in tablice, digitalne televizijske sprejemnike in vse vrste drugih naprav, ki lahko komunicirajo v internetnem okolju in dostopajo do strežnikov z nameščenimi programi za izvedbo internetnega glasovanja (v nadaljevanju i-glasovanje). Ker gre v primerjavi s tradicionalnim voliščem na eni strani za okolje, ki ga volilni organi ne morejo učinkovito in konkretno nadzirati ter na drugi za virtualni, digitalni prostor, v katerem se beleži vsakršno delovanje uporabnika, ki je vanj na kakršenkoli način vstopil, se porajajo

<sup>16</sup> Glej primeroma Verified Voting, Sequoia (Dominion) AVC Edge, <<https://www.verifiedvoting.org/resources/voting-equipment/sequoia/avc-edge/>> (2. 9. 2016); in Voting On, The AVC Edge® DRE Touch Screen Voting System, <[http://www.dcboee.org/pdf\\_files/AVC\\_Edge\\_Web\\_Instructions.pdf](http://www.dcboee.org/pdf_files/AVC_Edge_Web_Instructions.pdf)> (2. 9. 2016).

številna varnostna, pravna in dejanska vprašanja. Predvsem gre za vprašanja, kako zagotoviti učinkovito izvedbo glasovanja v tem okolju, da bodo pri tem uresničena in upoštevana tudi vsa ustavna jamstva in volilna načela ter mednarodni volilni standardi svobodnih in poštenih volitev vsaj v takem obsegu kot pri vseh drugih uveljavljenih izvedbenih načinih, ki so v uporabi, še zlasti pa bo pri tem zagotovljena volivčeva anonimnost, zaupnost vsebine glasovanja in preprečena možnost povezave oddanega glasu s konkretnim volivcem.

Zaradi vsakdanje množične uporabe pri večini volilnih upravičencev, ki so zaradi različnih potreb tudi vse bolj obremenjeni ter zato vse manj pripravljeni žrtvovati svoj prosti čas za obisk tradicionalnih volišč, se zdi, da bi bili lahko v prihodnje predvsem pametni mobilni telefoni tisti tehnični in tehnološki pripomoček, s katerimi bi volivci najlažje in z najmanj porabljenega časa opravljali glasovanje na volitvah, saj poleg možnosti glasovanja prek internetnih povezav oziroma globalnega svetovnega spleta omogočajo tudi glasovanje prek mobilne GSM tehnologije (angl. *Global System for Mobile Communication Technology*) z uporabo SMS (angl. *Short Message Services*) protokolov,<sup>17</sup> kar sicer povzroča prav take oziroma primerljive varnostne in posledično pravne težave kakor i-glasovanje, vendar pa je pokritost območja s signalom, kjer je to tehnologijo z mobilnim pametnim telefonom mogoče uporabiti, neprimerljivo večja. Zato volivcem skoraj ne bi bilo treba aktivno iskati območja in prostora, s katerega bi lahko opravili glasovanje (v nasprotju z internetnim omrežjem), saj je iz povsem vsakdanje uporabe mobilnih telefonov mogoče ugotoviti (vsaj v Sloveniji), da je SMS-sporočila mogoče pošiljati skoraj iz kateregakoli kraja in območja. Omogočanje takega glasovanja bi zato predvsem zaradi njegove prostorske in časovne nevezanosti, pa tudi množične uporabe pametnih telefonov med prebivalstvom, potencialno vodilo do možnega povečanja števila aktivnih volivcev, kar je v interesu kandidatov in strank v volilni tekmi ter demokratični družbi in sistemu nasploh.

## 2. INTERNETNE VOLITVE KOT IZZIV PRIHODNOSTI TER VARNOSTNA IN PRAVNA TVEGANJA OB NJIHOVI MOREBITNI UVEDBI

Kljub prostorski in časovni nevezanosti ter množičnosti uporabe, ki jo pri oddaji glasov volivcev nudi tehnologija GSM, pa se po drugi strani zdi, da je

<sup>17</sup> Več v Dipali More in drugi: *Mobile Voting System*, v: *International Journal of Emerging Technology and Advanced Engineering*, januar 2015, str. 478–482, <[http://www.ijetae.com/files/Volume5Issue1/IJETAe\\_0115\\_78.pdf](http://www.ijetae.com/files/Volume5Issue1/IJETAe_0115_78.pdf)> (2. 9. 2016); ter Hemlata Sahu in drugi: *Intelligent Polling System Using GSM Technology*, v: *International Journal of Engineering Science and Technology*, julij 2011, str. 5641–5645, dostopno tudi na <<http://www.ijest.info/docs/IJEST11-03-07-164.pdf>> (2. 9. 2016).

zaradi majhnega formata uporabniške naprave opravljanje glasovanja zaradi omejene preglednosti za volivce dokaj nepraktično. Zato je najverjetneje v zadnjih desetletjih v politični, strokovni in tudi laični javnosti mogoče zaznati povečan interes predvsem za glasovanje prek svetovnega spleta oziroma interneta z osebnimi računalniki tudi na volitvah predstavnikov oblastnih organov na državnih ravneh. Ker je prek interneta mogoče opraviti glasovanje na več načinov in v različnih oblikah, med drugimi tudi z oddajo glasu prek elektronske pošte, faksimilnih naprav, tudi volilnih kioskov, postavljenih na javnih mestih v domeni volilnih organov ter z nameščenimi in omreženimi računalniki, se ta povečan interes nanaša predvsem na omogočanje možnosti volivcem, da glasujejo od doma, na svojih domačih računalnikih prek internetnih volilnih strežnikov, programov in protokolov. Slednji naj bi bili v upravljanju in pod nadzorom volilnih organov in njihovih strokovnih služb ter izdelani in zasnovani izključno za glasovanje prek strojne in programske opreme osebnih računalniških enot. Namen uvedbe takega i-glasovanja pri oddaji glasov za izvolitev predstavnikov oblasti in oblastnih organov je predvsem čim bolj poenostavljen dostop volivcem do glasovanja oziroma oddaje glasu, prihranitev njihovega časa, morebitno povečanje volilne udeležbe ter zmanjšanje stroškov organizacije in izvedbe volitev. Vendar je glasovanje prek interneta (na katerikoli način) resna, dejanska in vsaj za današnjo stopnjo razvoja tehnologije nepremostljiva grožnja uresničevanju in uveljavljanju demokratičnih mednarodnih volilnih standardov in izpolnjevanju ustavnih volilnih načel pri njegovem izvajanju. Za razumevanje morebitnih težav je treba predvsem poznati okolje in sistem, v katerem deluje medmrežni splet, njegove povezave in protokole. Najprej je treba razumeti, da je tehnologija že v osnovi zasnovana tako, da v realnem času beleži in hrani vsak vstop, uporabo in transakcijo oziroma beleži in hrani prometne podatke in opravljene transakcije od trenutka »vstopa posameznika v svet medmrežja do njegovega izstopa«. Uporabniku, še zlasti pa lastniku strojne opreme, torej ne omogoča popolne in absolutne anonimnosti, tajnosti in posledično tudi ne varnosti uporabe v smislu varovanja osebnih in drugih občutljivih podatkov, s katerimi nastopa v tem digitalnem prostoru. Unikatni naslov IP, ki je dodeljen posameznim računalniškim enotam ali računalniškim mestom, namreč ob vsakem vstopu in ves čas delovanja znotraj sistema pušča neizbrisne in izsledljive sledi.

Z različnimi sistemskimi, programskimi in tehničnimi oziroma tehnološkimi rešitvami je te težave mogoče omiliti in otežiti zlorabo, ni jih pa mogoče absolutno preprečiti in odpraviti. Številni razviti sistemi, ki naj bi zagotavljali anonimnost in zasebnost, so namreč taki zgolj toliko časa, dokler niso njihove programske kode, ki so nameščene na strežnikih in portalih za i-glasovanje, razbite oziroma dešifrirane. Internetne volitve je mogoče v trenutku celo tako

podrediti, da tega nihče niti opazil ne bi, če ne bi bili vzpostavljeni učinkoviti obrambni, kontrolni in nadzorni mehanizmi varnostne in pravne narave, ki bi vdore in napade absolutno onemogočali, prepoznavali in preprečevali. Vdore in napade je mogoče izvajati z različnimi napadi z nepreverjeno programsko opremo, skritimi programskimi kodami, napadi DOS in DDOS,<sup>18</sup> avtomatiziranimi trgovinami z glasovi, napadi na domenski strežnik, napadi z zavajanjem (angl. *spoofing*), napadi z računalniškimi virusi<sup>19</sup> in drugimi novimi programskimi zlonamernimi kodami, t. i. volilnimi virusi ter številnimi drugimi napadi na internetno konfiguracijo sistema, njegove strežniške in ponudniške storitve itd.<sup>20</sup>

Ob vsem tem lahko domnevamo, da bi bilo mogoče vsaj teoretično vzpostaviti in predvideti tak model izvedbe glasovanja s sistemom kontrol in nadzora, ki bi lahko zagotavljal primerljivo raven varnosti in anonimnosti volivcev z glasovanjem s papirnatimi glasovnicami na tradicionalnem volišču. Vendar bi zaradi kompleksnosti celotnega sistema in občutljivosti materije moral najverjetneje temeljiti na možnosti postopne kontrole in potrditve posameznih točk in faz znotraj celotnega postopka. Tako bi moral biti v prvi fazi zmožen preveriti identiteto in istovetnost upravičenega volivca ter potrditi, da glasovanja še ni opravil (če sistemsko ne bi bilo omogočeno večkratno glasovanje, ki bi kot veljavno v sistemu beležilo zadnje oddano). Šele po teh postopkih bi bilo volivcu omogočeno nadaljevanje postopka in vstop v program glasovanja. Pri tem bi moral sistem za preverjanje verodostojnosti oddaje glasu ves čas vzdrževati vedenje, da ga je v resnici oddal identificirani volivec (z zelo drago in zapleteno programsko in strojno opremo, ki bi vseskozi odčitavala in preverjala biometrične podatke glasovalca, bi bilo sicer kaj takega najverjetneje mogoče uresničiti, vendar če bi vsem volivcem želeli omogočiti enake pogoje glasovanja, se postavlja upravičeno vprašanje, kdo bi zagotovil opremo, ki bi to omogočala).

Ko bi volivec svoj opredeljeni glas oddal, bi ga sistem moral samodejno ločiti od njegovega nosilca in ga tako v celoti anonimizirati ter hkrati poskrbeti, da bi nosilca v registru volivcev registriral kot osebo, ki je že glasovala, glas pa

<sup>18</sup> DOS (angl. *Denial of Service*) napad je napad z onemogočanjem storitve strežnika, DDOS (angl. *Distributed Denial of Service*) napad pa je distribuirani napad z onemogočanjem storitve. V slednjem primeru napad na strežnik poteka iz več medsebojno ločenih virov (na primer iz več IP-naslovov) in ga je zato težje zaustaviti. Povzeto po Matej Kovačič, Jožko Škrablin: Problem internetnih volitev, v: Teorija in praksa, 45 (2008) 1-2, str. 178–192, str. 190.

<sup>19</sup> Glej Marjan Turk: Študija izvedljivosti e-volitev s predlogi implementacije. Ministrstvo za informacijsko družbo, Ljubljana, št. 2030-2/2003/5 z dne 16. februarja 2004, str. 19; in Brigita Potočnik: E-volitve – Slovenija v primerjalni perspektivi. Magistrsko delo, Fakulteta za družbene vede Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2011, str. 72–76.

<sup>20</sup> Glej primeroma Election Commission of India, Report of Committee for Exploring Feasibility of Alternative Options for Voting By Overseas Electors, oktober 2014, str. 30–32, <[http://eci.nic.in/eci\\_main1/current/NRI%20Voting\\_Final%20draft23012015.pdf](http://eci.nic.in/eci_main1/current/NRI%20Voting_Final%20draft23012015.pdf)> (8. 9. 2016).

nadzorovano in nespremenjeno prenesti v skupno bazo vseh prejetih glasov, v kateri bi bil kot tak tudi sprejet in zabeležen. Ko bi v naslednji fazi sistem potrdil identičnost prejetega glasu od njegovega izvora prek prenosa do prejema, pa bi volivcu moralo biti omogočeno, da tudi sam potrjeni, preneseni in prejeti (oddani) glas preveri, vendar tako, da tretjim ne bi imel možnosti dokazati, kako je volil. Sistem elektronske baze prejetih glasov bi v tej fazi moral vzdrževati tak nadzor nad vsemi hranjenimi glasovi, da bi zaznal in onemogočil kakršenkoli vdor vanj in morebitno spreminjanje njegove vsebine, nato pa pred končnim štetjem vnovič potrditi pristnost vseh glasov in jih kot take vzdrževati vse do dokončnega preštetja in razvrstitve.

Ob takem zavedanju in poznavanju interneta ter njegovih zmožnosti se postavlja vprašanje prenosa teoretičnega modela v prakso. Če je to mogoče uresničiti, je v popolnosti uresničljivo zgolj v popolnoma izoliranem sistemu znotraj sistema medmrežnih povezav, ki bo zasnovan tako, da bo ob vsakem trenutku in ob vsakem času, neodvisno od ustvarjalcev, volilnega osebja ali katerekoli druge osebe, zmožen samostojno nadzorovati, preprečevati in odkrivati kakršnekoli anomalije, ki bi odstopale od navedenega, volilno osebje, strokovnjaki ter javnost pa bi pri tem morali imeli možnost kadarkoli preveriti pravilnost delovanja takega sistema.

Na sedanji stopnji razvoja s tehnologijo, ki je na voljo, kaj takega najverjetneje še ni mogoče izpeljati v absolutnem smislu. Če je tako, bi bilo za demokratične volitve in demokracijo nepremišljeno tveganje volitve prek interneta uvesti kot način glasovanja predstavnikov oblasti in oblastnih organov, tako na državni kakor tudi lokalni in regionalni ravni, ne glede na prednosti. Takemu razmišljanju pritrjuje tudi vdor, ki je bil zaznan na predsedniških volitvah leta 2014 v Ukrajini, na katerih, kot navaja Haynes, bi bila, če bi bil poskus uspešen, povzročena velika politična in morda tudi humanitarna katastrofa za državo in vso regijo.<sup>21</sup> Pomenljiv pa je tudi primer, v katerem so raziskovalci Univerze Michigan leta 2010 sodelovali v pilotnem projektu ugotavljanja varnostne ogroženosti uporabe i-glasovanja, namenjenega volivcem za glasovanje iz tujine. V 48 urah realnega poskusnega delovanja sistema so nad volilnim strežnikom prevzeli popoln nadzor in uspešno zamenjali vse oddane glasove ter razkrili skoraj vse tajne glasovnice. Pri tem bi dejanja najverjetneje ostala nezaznana, če ne bi namerno pustili vidnih sledi, ki so jih volilni organi odkrili šele v naslednjih dveh dneh.<sup>22</sup> Zaradi podobnih zapletov in ugotovitev je leta 2014

<sup>21</sup> Peter Haynes: *Online Voting: Rewards and Risks*, Atlantic Council, 2014, str. 3, <[https://www.verifiedvoting.org/wp-content/uploads/2014/10/Online\\_Voting\\_Rewards\\_and\\_Risks.pdf](https://www.verifiedvoting.org/wp-content/uploads/2014/10/Online_Voting_Rewards_and_Risks.pdf)> (8. 9. 2016).

<sup>22</sup> Scott Wolchok in drugi: *Attacking the Washington, D.C. Internet Voting System*, 16th Conference on Financial Cryptography & Data Security, februar 2012, <<https://jhalld>

tudi predsednik Centralne volilne komisije Latvije sporočil, da se niti volitve s pomočjo interneta niti s pomočjo katerekoli druge elektronske volilne naprave do rešitev varnostnih težav, ki so jih zaznali njihovi strokovnjaki, v Latviji do nadaljnjega na tak način ne bodo izvajale.<sup>23</sup> Podobno je v istem letu za volitve prek interneta na vseh ravneh, kljub uspešno izvedenim pilotnim projektom leta 2011 na volitvah na lokalni ravni in leta 2013 na parlamentarnih volitvah, storila tudi Norveška.<sup>24</sup> Tudi v številnih drugih državah so bili iz primerljivih ugotovitev in razlogov pilotni in začasni projekti opuščeni in/ali prekinjeni.<sup>25</sup>

V celotnem spektru možnih varnostnih in pravnih anomalij, ki jih je mogoče zaznati pri i-glasovanju, prav gotovo izstopa grožnja možnosti pridobitve podatka o tem, kako je volivec glasoval, v povezavi z njegovo neopazno in nezaznano transformacijo v glas po volji napadalca ali napadalcev, ki se v sistemu beleži kot veljavno oddani glas po volji volivca, ki je glasoval. Tak napad vsebinsko ne pomeni zgolj varnostne in pravne grožnje posameznemu volivcu in kršitev njegovih z ustavo zajamčenih in varovanih osebnostnih pravic in volilne pravice kot njegove individualne pravice, temveč je s tem kršen tudi njen kolektivni vidik, ki ustavno skladno z drugimi posamezniki sploh omogoča izvedbo volitev kot procesa vzpostavitve zakonitih organov oblasti na državni ravni in zakonitih organov lokalnih skupnosti. Zaradi specifičnega sistema delovanja interneta bi namreč pridobitev takega podatka enega samega oddanega glasu vzpostavila dvom in vprašljivost v regularnost vseh oddanih glasov prek interneta, posledično pa s tem legitimnosti in legalnosti celotnih volitev. Z vidika nacionalno varnostne kulture bi to zaradi obsežnosti in količine zajetih volivcev in volilnih glasov, če bi bilo prek interneta omogočeno glasovanje vsem volivcem na splošnih parlamentarnih (državnozborskih) volitvah na

---

erm.com/pub/papers/dcvoting-fc12.pdf> (8. 9. 2016).

<sup>23</sup> Latvian Public Broadcasting English-language service: Public broadcasting of Latvia, No e-voting for Latvia any time soon, 6. avgust 2014, <<http://www.lsm.lv/en/article/societ/society/no-e-voting-for-latvia-any-time-soon.a93774/>> (12. 2. 2017).

<sup>24</sup> Glej Ministry of Local Government and Modernisation: Internet voting pilot to be discontinued, 25. junij 2014, <<https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/Internet-voting-pilot-to-be-discontinued/id764300/>> (6. 9. 2016).

<sup>25</sup> Glej primeroma Caitriona Fitzgerald, Pamela Smith, Susannah Goodman: The Secret Ballot at Risk Recommendations for Protecting Democracy, Electronic Privacy Information Center, Verified Voting, and Common Cause, avgust 2016, str. 1 in 3 ter 36–37, <<http://secretballotatrisk.org/Secret-Ballot-At-Risk.pdf>> (4. 9. 2016); Susan Dzieduszycka-Suinat in drugi: U.S. Vote Foundation: The Future of Voting, End-to-End Verifiable Internet Voting, Specification and Feasibility Assessment Study, julij 2015, str. 116, <[https://www.usvotefoundation.org/sites/default/files/E2EVIV\\_full\\_report.pdf](https://www.usvotefoundation.org/sites/default/files/E2EVIV_full_report.pdf)> (5. 9. 2016); IDEA: Voting From Abroad. The International IDEA Handbook, 2007, str. 220, <[http://www.idea.int/publications/voting\\_from\\_abroad/upload/Voting\\_from\\_abroad.pdf](http://www.idea.int/publications/voting_from_abroad/upload/Voting_from_abroad.pdf)> (5. 9. 2016); M. Turk, nav. delo, str. 19 in 21; P. Haynes, nav. delo; ter S. Wolchok in drugi, nav. delo.

volilni dan, pravzaprav pomenilo usklajeno varnostno grožnjo in napad na ustavno ureditev posamezne države ter njene legitimno izbrane predstavnike in demokratični družbeni sistem z izrabo temeljnega demokratičnega instrumenta za njegovo vzpostavitev. Razsežnost je povsem neprimerljiva z varnostnimi tveganji, ki lahko danes z vzpostavljenimi nadzornimi in kontrolnimi mehanizmi obvladujejo ustaljene načine glasovanja s klasičnimi glasovnicami, pa tudi v primerjavi z grožnjami drugim načinom glasovanja, tudi glasovanju z drugimi elektronskimi volilnimi napravami in volitvami po pošti.

Čeprav se na videz zdi, da so prav volitve po pošti glede na način posredovanja oddanega glasu primerljivo varnostno ogrožene, pa je treba poudariti, da je taka primerljivost napačna. Zaradi centralne točke možnega napada na sistem, t. i. točke zloma, je namreč pri glasovanju po pošti v večini primerov vprašljiva zgolj ena sama glasovnica ali njihovo zanemarljivo majhno število glede na število vseh skupno oddanih glasov. Pri glasovanju prek interneta pa v primeru vdora v sistem, ki na eni vstopni točki skrbi za vse oddane glasove vseh volivcev, ki so glasovali prek interneta, postanejo vprašljivi vsi tako oddani glasovi in posledično tudi celotne volitve. Precej bolj kot volitve po pošti je v tem pogledu varnostno ogroženo glasovanje prek drugih elektronskih volilnih naprav, čeprav delujejo v nadzorovanem okolju na volišču, med seboj niso povezane in ne delujejo prek internetnega omrežja. »Točka zloma« je sicer zgolj na eni sami morebitno okuženi glasovalni napravi in vseh glasovih, ki so oddani prek take naprave, obstaja pa možnost, da se na različne načine okuženost teh glasov prenese v bazo vseh glasov iz vseh elektronskih volilnih naprav na volišču ali celo v centralno elektronsko zbirno bazo, na vse druge glasove. O tem priča poskusni primer raziskovalcev univerze Princeton iz leta 2006 v ZDA, ki so na elektronsko volilno napravo na volišču namestili virusni program za neopazno ponarejanje elektronskih glasovnic, ki je popolnoma prevzel in spremenil programirano delovanje volilne naprave brez možnosti prepoznave goljufivega delovanja. Ob tem je bil programiran tudi tako, da je okužil spominske kartice volilnega osebja, s katerimi so prenašali volilne glasovnice in rezultate in tako prek kartic okužil tudi vse druge naprave, s katerimi so bile v stiku, in spremenil njihovo delovanje.<sup>26</sup>

Analize teh in številnih drugih študij ter raziskav priznanih strokovnjakov, med njimi tudi domačih, s področja zagotavljanja varne uporabe interneta in možnosti uvedbe glasovanja na volitvah prek internetnih portalov, programov in povezav glede na znane in razvite protokole in sisteme, vzpostavlja najmanj

---

<sup>26</sup> Ariel J. Feldman, Alex J. Halderman, Edward W. Felten: Security Analysis of the Diebold AccuVote-TS Voting Machine, 2007 USENIX/ACCURATE, Electronic Voting Technology Workshop (EVT'07), Boston, Massachusetts, ZDA, 6. avgust 2007, <<https://jhalderm.com/pub/papers/ts-evt07.pdf>> (8. 9. 2016).

dvom o upravičenosti in legitimnosti njegove uvedbe na volitvah,<sup>27</sup> še zlasti pa tak zelo resen dvom izhaja iz razkritij Edwarda Snowdna iz leta 2013. Ta se nanašajo prav na navedena področja in nam razkrivajo, da je s primerno tehnologijo mogoče dostopati do kateregakoli podatka, ki je na kakršenkoli način »vstopil« v internet.<sup>28</sup> To pomeni tudi, da danes nimamo tehnologije, s katero bi lahko v medmrežju absolutno varno, tajno in anonimno izvajali glasovanje volivcev. Iz teh analiz rezultatov in predstavljenih primerov v povezavi z razkritji Edwarda Snowdna je bilo prepoznanih vsaj pet zaskrbljujočih značilnosti in argumentov proti uvedbi uporabe navedene tehnologije, prek katere bi volivci lahko opravljali glasovanje na volitvah predstavnikov oblasti in oblastnih organov, predvsem:

- zaradi svoje sistemske, tehnične in tehnološke platforme ter okolja, v katerem internet na današnji stopnji tehničnega in tehnološkega razvoja deluje, volivcem v primerjavi z glasovanjem na tradicionalnem volišču s klasično papirnato glasovnico, najverjetneje ni mogoče zagotoviti primerljive stopnje njihove anonimnosti;
- zagotoviti jim ni mogoče niti primerljive stopnje tajnosti oddaje njihovega glasu in njegove vsebine;
- zaradi realne in dejanske možnosti nezaznavnega in neodkritega vdora v internetni volilni program in protokol glasu volivca ob sprejemu v elektronsko bazo in njegovem štetju ni mogoče z gotovostjo identificirati kot vsebinsko (t)istega, ki je bil oddan od izvirno upravičenega nosilca;
- zaradi nenadzorovanega okolja z gotovostjo tudi ni mogoče ugotoviti in potrdati, ali je glasovanje dejansko opravil upravičeni volivec in ali ga je opravil svobodno ter po lastni presoji;
- posledično pa zato ni mogoče uveljaviti niti demokratičnih volilnih načel in standardov, ki morajo biti izpolnjena, da je mogoče volitve označiti za svobodne in poštene.

Iz teh ugotovitev lahko sklepamo, da bi bila z uporabo interneta za glasovanje na volitvah ogrožena tako zasebnost volivcev kot tudi volilna integriteta. Ogrožena bi bila torej tako dejanska kot tudi ustavnopravna varnost. Zato ključ za vzpostavitev varnega internetnega volilnega sistema ni zgolj v rokah strokovnjakov za programsko in strojno internetno opremo, kriptologov in strokov-

<sup>27</sup> Več v opombah 23–27.

<sup>28</sup> Več v: Glenn Greenwald, Laura Poitras, Ewen Macaskill: Edward Snowden: the whistleblower behind the NSA surveillance revelations. The Guardian, 11. junij 2013, dostopno na <<http://www.guardian.co.uk/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance>> (18. 6. 2013) in Glenn Greenwald, Edward Snowden: NSA whistleblower answers reader questions. The Guardian, 17. junij 2013, <<https://www.theguardian.com/world/2013/jun/17/edward-snowden-nsa-files-whistleblower>> (6. 9. 2016).

njakov za internetna varnostna vprašanja, temveč tudi pravnih strokovnjakov, ki bi oziroma bodo sinergijsko znali opredeliti in spremeniti ukrepe, rešitve in dejanja, če bo do njih prišlo, v pravno normo, ki bo skladna z demokratičnimi volilnimi standardi in načeli, ki veljajo v demokratični družbi pri uresničevanju volilne pravice.

Te težave pravzaprav onemogočajo v polni meri zagotoviti vseh pet načel evropske volilne dediščine, ki jih je kot take v Zakoniku dobre volilne prakse prepoznala tudi Beneška komisija<sup>29</sup> in so nacionalni ustavni in pravni okvir volilnih postopkov v posameznih državah z demokratičnim političnim in družbenim sistemom. Tudi v Sloveniji, saj jih slovenska Ustava zagotavlja s 1., 43. in 80. členom, na izvedbeni ravni pa so zagotovljena predvsem z določbami v Zakonu o volitvah v državni zbor (ZVDZ).<sup>30</sup> Tako posegajo celo v temeljno načelo splošnosti volilne pravice, saj volivcem na različne načine onemogočajo in preprečujejo oddajo njihove osebno opredeljene volje prek oddanega glasu, v nekaterih primerih celo tako, da napaden in prevzet volilni program sam, nezaznavno, elektronsko generira glasove v imenu upravičenih volivcev, ki v procesu glasovanja sploh ne sodelujejo ali pa so sodelovali in je virusni program spremenil njihovo izvirno in resnično odločitev. Ker zaradi možnosti takih vdorov in napadov na volilni sistem in nenadzorovanega okolja z gotovostjo ni mogoče vedeti, koliko glasov je posamezni volivec v resnici oddal, je ogroženo tudi načelo enakosti volilne pravice, iz podobnih razlogov pa ni mogoče zadostiti niti kriterijem, ki opredeljujejo načela svobodne, tajne in neposredne oddaje volivčevega glasu, saj ni mogoče v popolnosti zagotoviti niti varnosti niti zanesljivosti programov in protokolov ter strojne opreme prek katere v medmrežju poteka glasovanje, niti varnosti prostorov, v katerih volivci tako glasujejo.

Zaradi vsega tega bi lahko dejali, da je uvedba glasovanja prek interneta predvsem izziv sedanjosti za prihodnost, saj številne države s pilotnimi in začasnimi projekti glasovanja, predvsem na lokalnih in regionalnih ravneh volitev, preverjajo in ugotavljajo varnostna, dejanska in pravna tveganja ob delovanju v realnem okolju, preden bi i-glasovanje kot način oddaje volilnih glasov uvedle v redni sistem glasovanja na volitvah državnega pomena. So pa tudi take, ki so to že storile.<sup>31</sup> Zgleden primer v svetovnem merilu je Estonija, kjer je kljub

<sup>29</sup> European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), nav. delo, str. 12–17.

<sup>30</sup> Uradni list RS, št. 109/06 – UPB1, in 54/07 – odločba US.

<sup>31</sup> Glej primeroma poročilo Organizacije za varnost in sodelovanje v Evropi (OVSE): Swiss Confederation, Federal Assembly Elections, 18. oktober 2015. OSCE/ODIHR Election Expert Team: Final Report, Warsaw, 16. februar 2016, <<http://www.osce.org/odihr/elections/switzerland/222556?download=true>> (28. 3. 2016); in Estonian National Electo-

konkretnim zaznavam nepravilnosti in varnostnih tveganj neodvisne komisije, ki je pregledala delovanje sistema,<sup>32</sup> prek spletnega zavarovanega omrežja volivcem od leta 2007 omogočeno glasovati tudi na parlamentarnih volitvah, od leta 2009 pa tudi na volitvah poslancev v evropski parlament. Na lokalnih volitvah je ta možnost Estoncem omogočena že od leta 2005. Tako je sicer mogoče glasovati samo v času sedemdnevnega predčasnega glasovanja, ki poteka med desetim in četrtnim dnevom pred dnevom uradnega začetka glasovanja, s čimer je na eni strani volivcem omogočeno, da tudi na volilni dan na volišču s klasičnim glasovanjem s papirnato glasovnico spremenijo svojo »internetno« odločitev (ta možnost je volivcem sicer omogočena tudi v času predčasnega glasovanja v zadnjih dveh urah predčasnega volilnega dne, saj se i-glasovanje konča dve uri pred koncem glasovanja s papirnato glasovnico na voliščih, kar omogoča volivcem, ki so glasovali prek interneta, da v teh dveh urah spremenijo svojo odločitev z glasovanjem s papirnato glasovnico).<sup>33</sup> Volilni komisiji tak način daje dovolj časa, da izloči vse dvojno oddane glasove, do katerih lahko pride. Sistem je namreč zasnovan tako, da če je volivec glasoval prek interneta nato pa oddal glas še na dan glasovanja na volišču, kot veljavnega šteje zadnji oddani glas volivca na volišču na dan glasovanja.<sup>34</sup> Pri tem je treba poudariti, da je uvedba i-glasovanja v Estoniji poseben primer, saj je okolje, v katerem je bilo pred več kot desetimi leti to storjeno, idealno. Pokritost z internetnim signalom, lastništvo in posedovanje računalniških enot prebivalcev Estonije, njena ozemelska relativna majhnost, število prebivalstva in aktivno legitimiranih volivcev ter njihova visoka stopnja računalniške pismenosti, ki zaupajo v sistem varnosti internetnega glasovanja, je okolje, v katerem lahko tak projekt dobro uspeva.<sup>35</sup>

Podobno je po dolгих letih pilotnih in preizkusnih projektov v letu 2015 uspešno uveljavila tudi Švica na zvezni ravni za volitve poslancev zvezne skupščine,

---

ral Committee: Internet Voting in Estonia, <<http://www.vvk.ee/voting-methods-in-estonia/>> (5. 9. 2016); glej tudi VerifiedVoting.org: Internet Voting Outside the United States, <<https://www.verifiedvoting.org/internet-voting-outside-the-united-states/>> (28. 3. 2016).

<sup>32</sup> Drew Springall in drugi: Security Analysis of the Estonian Internet Voting System. University of Michigan, Ann Arbor, ZDA, Open Rights Group, Združeno kraljestvo, maj 2014, <<https://jhalderm.com/pub/papers/ivoting-ccsl4.pdf>> (1. 12. 2015): »Our findings suggest the system has serious procedural and architectural weaknesses that expose Estonia to the risk that attackers could undetectably alter the outcome of an election [...] Due to these risks, we recommend that Estonia discontinue use of the I-voting system.«.

<sup>33</sup> Estonian National Electoral Committee: Internet Voting in Estonia, spletna publikacija, str. 6, <<http://vvk.ee/past-elections/elections-in-estonia-1992-2015/>> (10. 9. 2016).

<sup>34</sup> Estonian National Electoral Committee: Internet Voting in Estonia, <<http://www.vvk.ee/voting-methods-in-estonia/>> (5. 9. 2016).

<sup>35</sup> Več Estonian National Electoral Committee, Internet Voting in Estonia, <<http://vvk.ee/past-elections/elections-in-estonia-1992-2015/>> (29. 11. 2016).

ko je bilo nekaterim volivcem štirih kantonov omogočeno oddati glas z dvema razvitima programoma za glasovanje prek svetovnega spleta (t. i. Ženevski sistem in sistem Neuchatel).<sup>36</sup>

Oba primera kažeta na dva temeljna vzpostavitevna »pogoja« uvedbe tega načina glasovanja v volilni sistem, ki sta glede na znana izpostavljena varnostna in pravna tveganja bistvena za njegovo uveljavitev. Zaupanje volivcev v korektnost, legitimnost in legalnost tako oddanih glasov in na njihovi podlagi izida volitev ter politična volja in pogum za uveljavitev sta tista pogoja, ki pri odločitvi prevladata. Ker drugih podatkov in izkušenj na tej ravni volitev v svetovnem merilu ni, se je treba opreti predvsem na delovanje sistema v Estoniji, ki že desetletje kot vzorčni primer dokazuje, da i-glasovanje deluje brez večjih težav in tveganj, čeprav obstaja tudi možnost, da te niso bile zaznane. Zaupanju volivcev v glasovanje prek interneta namreč dejansko pritrjujejo statistični kazalci, ki izkazujejo povečanje volilne udeležbe na parlamentarnih volitvah, ki se je od tistih v letu 2003 do zadnjih v letu 2015 dvignila z 58,2 na 64,2 odstotka. Gotovo so ga pridobili že z i-glasovanjem na volitvah na lokalni ravni leta 2005, na katerih ni bilo zabeleženih nikakršnih večjih problemov in incidentov.<sup>37</sup> Največja rast pa je bila zabeležena na prvih naslednjih volitvah leta 2007, na katerih so volivci prek interneta prvič volili tudi predstavnike v nacionalni parlament. Delež tistih, ki so tega leta volili, se je dvignil za 3,7 odstotka glede na delež volivcev na parlamentarnih volitvah leta 2003, do leta 2015 pa je zrastel še za nadaljnjih 2,3 odstotka.<sup>38</sup> Povečanje volilne udeležbe je nedvomno posledica zaupanja v uveden nov način oddaje glasu, ki je volivcem na preprost način omogočil glasovanje kar od doma in pri katerem niso niti zaznali niti bili izpostavljeni težavam, ki bi jim vzbujale sum v neregularnost oddaje glasu in izida volitev. Tako zaupanje volivcev se kljub že omenjenemu negativnemu poročilu, ki ga je ob nadzoru volitev v Estoniji pripravila neodvisna komisija in v katerem je celo predlagala takojšnje prenehanje glasovanja preko interneta,<sup>39</sup> kaže tudi v politični volji in odločenosti nadaljevanja omogočanja i-glasovanja kot drugem pogoju za njegovo uresničevanje, saj tako odločujoči politiki daje širšo, vsesplošno veljavo volilnega telesa za sprejeto odločitev.

Še zlasti prvi tezi pritrjujejo tudi rezultati sicer nereprezentativnega vzorca iz raziskave, ki je bila opravljena v letih 2010–2011 in je zajemala zgolj uporabni-

<sup>36</sup> OVSE: Swiss Confederation, Federal Assembly Elections, 18 oktober 2015. OSCE/ODIHR Election Expert Team, Final Report, Varšava, 16. februar 2016, nav. delo.

<sup>37</sup> Joseph M. Birkenstock, Matthew T. Sanderson: From Intent to Outcome: Balloting And Tabulating Around the World, v: John Hardin Young, (urednik): International Election Principles: Democracy and the Rule of Law. American Bar Association, 2009, str. 209.

<sup>38</sup> Več Estonian National Electoral Committee: Internet Voting in Estonia, str. 9, <<http://vvk.ee/past-elections/elections-in-estonia-1992-2015/>> (29. 11. 2016).

<sup>39</sup> D. Springall in drugi, nav. delo.

ke interneta v Sloveniji, zaradi česar je mogoče sklepati, da so bili i-glasovanju nekoliko bolj naklonjeni. V raziskavi je bilo ugotovljeno, da takemu načinu oddaje glasu na volitvah izrecno ne zaupa zgolj devet odstotkov vseh v raziskavo vključenih oseb, 53 odstotkov bi brez pomisleka glasovalo, 37 odstotkov pa bi o tem moralo še premisliti.<sup>40</sup> Zaupanje volivcev v glasovanje prek interneta očitno ni toliko pogojeno z vprašanji varnosti in zlorab, do katerih lahko pride, temveč predvsem z udobjem. Morda se v tem kaže tudi vedenje volivcev, da je varnost volitev in njihova izvedba zlasti dolžnost države in volilnih organov, volivci pa načine, ki so predpisani zgolj na najbolj njim ustrezen in razpoložljiv način, uporabijo. O tem je mogoče sklepati tudi iz odgovorov volivcev pilotnih projektov, ki so potekali v Kanadi in v katerih je velika večina, ki so v projektu glasovali prek interneta, izjavila, da so volili prav zaradi možnosti takega načina glasovanja, ki bi moral biti uveden tudi kot redna oblika na volitvah na državni ravni.<sup>41</sup>

Ne glede na to pa zaradi varnostnih in pravnih tveganj, ki sem jih predstavil, zgolj samo zaupanje volivcev in politična volja ne moreta in ne smeta biti edina dejavnika, ki bi pogojevala uvedbo glasovanja prek interneta (pa tudi uporabo drugih elektronskih volilnih naprav) na volitvah. Zato bi obe morali vsebovati predvsem komponento varnostno strokovnega mnenja in pravno legitimiteto izpolnitve ustavnih načel in mednarodnih volilnih standardov, ki opredeljujejo demokratične volitve. Z glasovanjem s klasično glasovnico na tradicionalnem volišču je obe komponenti zaradi nadzorovanega okolja in vnaprej predpisane ter predvidenega poteka postopka mogoče skoraj v celoti izpolniti. Volilni organi na volišču in tudi morebitna prisotna strokovna ter laična javnost (odvisno od predpisov, ki urejajo njihovo prisotnost na volišču) imajo pri tem stalen in konkreten nadzor tako nad volivci, ki prihajajo v volilni prostor in glasovanje opravljajo, kakor tudi nad izdano glasovnico vse do njene oddaje v volilno skrinjo in dokončnega preštetja. Tako učinkovitost delovanja in nadzorovanja vseh faz postopka in s tem polnega zagotavljanja uresničevanja volilnih načel in standardov jim omogočajo pravni ukrepi, predvideni v volilni zakonodaji, ki večinoma urejajo uresničevanje ustavno varovane volilne pravice volivcev. Vsak tako predviden pravni ukrep je mogoče pri ročnem glasovanju učinkovito izvesti v skladu z njegovim namenom. Z ukrepom označbe v

<sup>40</sup> Rastislav Kanižar: Spletna raziskava o poznavanju volitev, volilnih procesov, posameznih volilnih sistemov in njihovih učinkih na demokracijo, 2010-11 (ANKETA), priloga v: Rastislav Kanižar: Uresničevanje volilne pravice na volišču. Doktorska disertacija, Pravna Fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2016, ki sem jo pripravil pod mentorstvom dr. Saše Zagorca in je v postopku pred zagovorom, vprašanje št. 20.

<sup>41</sup> VečNicoleGoodmanin drugi: A Comparative Assessment of Electronic Voting. Carleton University, februar 2010, str. 23–34, <<http://labs.carleton.ca/canadaeurope/wp-content/uploads/sites/9/AComparativeAssessmentofInternetVotingFINALFeb19-a.pdf>> (10. 9. 2016).

seznamu volilnih upravičencev na volišču in neposredne fizične identifikacije volivca, ki ga zahteva pravna norma, je mogoče popolnoma preprečiti večkratno glasovanje in tako zadostiti načelu enake volilne pravice. Z vzpostavitvijo volilnih imenikov in vpisom volilnih upravičencev vanje se zagotavlja uresničevanje načela splošnosti volilne pravice, z ukrepom enotno formaliziranih in oblikovanih glasovnic, ki jih volivci prejmejo na volišču od volilnega osebja in jih morajo, preden volišče zapustijo, oddati v volilno skrinjo, se uresničujeta načelo anonimnosti in neposrednosti oddaje volivčevega glasu. Z ureditvijo volišča in posebnih prostorov, kjer volivci na glasovnici zabeležijo svojo intimno odločitev, pa še načelo tajnosti.

Noben pravni ukrep zaradi nezmožnosti učinkovitega zagotavljanja tega ne more v taki meri uresničiti v elektronsko digitalnem okolju, v katerem delujejo elektronske volilne naprave, še zlasti pa ne v nenadzorovanem virtualnem okolju v katerem poteka glasovanje prek interneta. Stopnja tehnološkega in tehničnega razvoja namreč tega še ne omogoča tako, da bi bilo mogoče z gotovostjo reči, da so bile volitve izpeljane v skladu s predpisanimi načeli in standardi.

Zaradi takih predpostavk se je treba upravičeno vprašati, kaj koristnega nam uvedba, predvsem i-glasovanja, v volilni proces prinaša in ali take koristi odtehtajo dvom v njegovo legalnost in legitimnost. V nekaterih fazah postopka je elektronska in digitalna tehnologija koristna, saj omogoča njegovo hitrejšo, racionalnejšo in zanesljivejšo izvedbo, nikakor pa tega ne moremo trditi za morebitne načine glasovanja, ki bi potekali prek naprav z uporabo take tehnologije. Ali so morebitno nekajodstotno povečanje volilne udeležbe, poenostavitev postopkov (vsaj za tiste računalniško dovolj pismene), vprašljiva pocenitev izvedbe volitev, ki zaradi načela enakosti volilne pravice tradicionalnih volišč ne more kar ukiniti, saj bi tako bilo onemogočeno glasovanje tistim volivcem, ki moderne tehnologije ne posedujejo ali bi jim bilo zaradi kakršnihkoli drugih razlogov glasovanje prek nje onemogočeno, predvsem pa dejanska racionalnejša izraba časa volivcev, dovolj razumni argumenti, na podlagi katerih bi v volilni proces uvedli i-glasovanje prek svetovnega spleta, ki je od vseh oblik znanega elektronskega glasovanja najbolj varnostno in pravno vprašljiv ter ranljiv način oddaje volilnih glasov.

Velika večina ali skoraj vsi danes poznani klasični načini oddaje glasu volivcev na volitvah so se zaradi različnih razlogov, predvsem pa zaradi razvoja in spoznanja pomembnosti volilne pravice kot temeljne politične pravice posameznika v demokratični družbi in zaščite njegovih osebnostnih pravic, skozi čas nadgrajevali in razvijali, tako po tehnološko tehnični kot tudi varnostno sistemski vsebini, večinoma sorazmerno glede na obe komponenti. Z vstopom elektronske, digitalne tehnologije in še zlasti interneta kot globalnega omrežja, ki deluje s pomočjo teh tehnologij, v volilne procese, pa se zaradi varnostnih

tveganj, ki so bila poudarjena, upravičeno postavlja vprašanje, ali je tehnološko tehnična komponenta tehnologij nesorazmerno naprednejša od zmožnosti zagotavljanja njene varnostne vsebine, ter ali je posledično primerna za uporabo v tako pomembnih postopkih za demokracijo. To še zlasti velja, ker v državah, v katerih i-glasovanje kot način oddaje volilnih glasov uporabljajo na volitvah predstavnikov oblasti in oblastnih organov tudi na državni ravni, kljub temeljitemu nadzoru, varnostne grožnje in vdori v sistem do zdaj niso bili zaznani, ni pa z gotovostjo mogoče potrditi, da niso bili tudi izvedeni, pa jih tehnologija in sistem nadzora nista bila sposobna ugotoviti in preprečiti. To je mogoče prepoznati tudi iz zgodovinskega vidika razvoja klasičnih načinov glasovanja, pri katerih je bilo v ospredju zlasti iskanje rešitev, ki zagotavljajo čim večjo zaščito volivčevih pravic in volilne pravice kot temeljne politične pravice v demokratičnem sistemu na eni strani in celotnega volilnega procesa kot temeljnega načina za vzpostavitev demokratične družbe na drugi. Oddaja volilnih glasov prek interneta (deloma tudi drugi načini elektronskega glasovanja) pa glede na ugotovitve v ospredje postavlja vprašanje zadovoljevanja osebnih stanj in potreb volivcev, političnih apetitov strank in kapitala, ter šele v nadaljevanju varnostno komponento, ki zagotavlja demokratičnost vsebine.

### 3. SKLEP

Uresničevanje volilne pravice na volišču kot klasična oblika volitev s prihodom volivcev v »volilno urejen prostor ali stavbo« in z oddajo papirnatih glasovnic v volilno skrinjo počasi, vendar zanesljivo izgublja svojo družbeno in politično funkcijo kot temeljni pogoj za njeno izvrševanje. Hkrati kot eden od prevladujočih načinov glasovanja najverjetneje še ne bo tako kmalu v celoti nadomeščen, saj moderne tehnologije, še zlasti glasovanje prek interneta v svetovnem spletu, zaradi varnostnih in posledično pravnih tveganj, ki so jim izpostavljene, še ne zagotavljajo zadostnega uresničevanja ustavnih in mednarodnih volilnih načel in standardov ter s tem svobodnih in poštenih volitev. Številni strokovnjaki in rezultati opravljenih analiz opozarjajo predvsem na tista varnostna vprašanja, ki so povezana z anonimnostjo volivca, varnostjo vsebine glasovanja in možnostjo razkritja povezave z volivcem. Omeniti pa je treba tudi opozorila, ki se nanašajo na druga ustavna načela in mednarodne volilne standarde, ki jih predvsem oddaljeno i-glasovanje zaradi povsem nenadzorovanega okolja, v katerem se izvaja, ne more polno zagotoviti. Zato bi z njegovo uvedbo kot načinom glasovanja na volitvah ogrozili tudi načelo ljudske suverenosti ter ljudsko suverenost kot ustavno kategorijo samo po sebi, hkrati pa bi s tem vzpostavili dvom v namen ustvarjanja svobodne, poštene in na demokratičnih vrednotah utemeljene družbe, saj bi bila njen smisel in njen cilj že v osnovi zanikana.

Kljub takim ugotovitvam pa je treba razvoj in vpeljavo elektronskih pripomočkov za glasovanje, predvsem pa glasovanja prek oddaljenih internetnih povezav, nadaljevati in i-glasovanje kot poskusni, pilotni projekt uvesti v sistem glasovanja volivcev na volitvah kot možnost dodatnega, predhodnega glasovanja po vzoru Estonije s programsko sistemskimi dopolnitvami, ki samodejno izvajajo nadzor in kontrolo sistema po posameznih fazah delovanja postopka. Tako bi bilo volilnim organom in nadzornim subjektom omogočeno dovolj časa za učinkovito in nenehno preverjanje delovanja sistema s seznanitvijo z rezultati posameznih faz in odpravo zaznanih anomalij ali pravočasne ustavitve postopka i-glasovanja, volivcem pa zaradi ugotovljenih nepravilnosti ali zgolj iz korekcijskega razloga zagotovljena možnost glasovanja na dan volitev tudi na volišču. Pri tem bi sistem tako oddani glas vedno beležil kot zadnje oddani in s tem edini veljaven glas volivca, vse morebitne prejšnje pa razveljavil in jih pri štetju ne bi upošteval. Samo s takim poskusnim delovanjem v realnem okolju bo mogoče ugotoviti, ali uporabljeni internetni volilni protokoli s preostalo razvito programsko in strojno opremo v te namene zadostijo vsem demokratičnim, ustavnopravnim standardom in načelom, ki jih volilni proces v demokratični državi zahteva za njegovo izvedbo in so pri tem vsaj tako učinkoviti, da jih je mogoče glede njihovega izpolnjevanja primerjati z drugimi že tradicionalno delujočimi načini. Mogoča pa je tudi druga pot, pot empiričnega »laboratorijskega« preverjanja učinkovitosti delovanja volilnega internetnega sistema toliko časa, dokler ne bodo vse neznanke in možnosti nenadzorovanih in nezaznavnih vdorov rešene ter bo razvito orodje, ki bo v popolnosti ter v skladu z mednarodnimi volilnimi standardi in ustavnimi načeli zagotavljalo možnost uresničitve svobodnih in poštenih volitev in oddaje volilnih glasov tudi prek interneta. Sprejemljivi sta obe. Prva, ker bo omogočala vpogled v dejanskost delovanja i-glasovanja v realnem času in prostoru ter s tem omogočala zaznavo tveganj in anomalij. Druga, ker bo lahko prav zaradi odtujenosti od resničnosti neomejeno eksperimentirala in tvegala ter neobremenjeno iskala ustrezne rešitve.



## AVTORSKI SINOPSIS

*Authors' Synopses**Uvodnik*

UDK: 343:330:347.72

**BAVCON, Ljubo: Nekaj kritičnih misli o kriminalitetni politiki na področju gospodarstva**

Pravnik, Ljubljana 2017, let. 72 (134), št. 3-4

Avtor opozarja na to, da se gospodarska kriminaliteta sicer res izmika nedvoumnim in trdnim merilom za razločevanje med poslovnimi ravnanji, ki so normalna v gospodarskem poslovanju v kapitalistični družbi, ki je družba tvegavanja, in ravnanji, ki so nedvomno kriminalna. Toda to ne pomeni, da to dejstvo upravičuje neizmerno in samovoljno širjenje inkriminacij na tem področju. Avtor opozarja, da na to kazenskopravno področje vse bolj prodirajo merila, ki so do pred leti veljala na področju civilnega prava. Tako sta zlasti kaznivi dejanji zloraba položaja ali zaupanja in poslovna goljufija predmet brezmejnega širjenja inkriminacij, kar pa odpira vrata vsakršni samovolji vladajoče politične elite. Ta je namreč že ob začetku prodora neoliberalistične variante kapitalizma razglasila gospodarsko kriminaliteto za pojav, ki ogroža obstoj demokratične družbene ureditve, tako kot so pred kakimi petdesetimi leti tedanji vzhodnoevropski voditelji razlašali politično kriminaliteto za pojav, ki ogroža socializem. V resnici pa danes demokratično družbeno ureditev in njene poglavitne vrednote, kot so strpnost, vladavina prava in človekove pravice, v vseh zahodnih državah in tudi pri nas ogroža neodmerjeno in izključno v kazensko represijo usmerjeno odzivanje zoper ta pojav. Zato avtor svari pred zlorabo kazenskega prava za njegovemu bistvu nasprotno cilje, kot so reševanje političnih, gospodarskih in socialnih problemov in konfliktov. Na koncu se avtor zavzame za kriminalitetno politiko na sploh in posebej na gospodarskem področju, ki bi bila utemeljena na strokovnih in znanstvenih analizah, umirjena in razumna, ki ne bi bila sredstvo vladanja in za politične obračune. Hkrati se zavzema, da bi organi za njeno izvrševanje lahko mirno delovali legitimno, zakonito, strokovno pravilno in pravično, kar je tudi merilo za njihovo najvišjo možno učinkovitost.

*Editorial*

UDC: 343:330:347.72

**BAVCON, Ljubo: Some Critical Reflections on the Criminal Justice Policy in the Field of Economy***Pravnik, Ljubljana 2017, Vol. 72 (134), Nos. 3-4*

The author emphasizes that economic crime indeed eludes unambiguous and robust criteria for distinguishing between business practices, which are normal in commercial transactions in a capitalist society – a risk society – and practices that are clearly criminal. However, this fact could not justify the immense and arbitrary spread of criminalization in this area. The author emphasizes an increased penetration in this area of criminal law of the applicable criteria characteristic of civil law. Thus, in particular, the criminal offenses of abuse of office or trust and commercial fraud are subjects of immense spread of incriminations, which opens the door to any arbitrariness of the ruling political elite. The latter already at the onset of the penetration of neoliberal variant of capitalism declared the economic crime as a phenomenon which threatens the very existence of a democratic social order, reminding us of a similar move some fifty years ago by the then Eastern European leaders who proclaimed political crime to be a phenomenon that threatens socialism. However, today in all western countries and also in Slovenia, the democratic social order and its core values, such as tolerance, the rule of law, and human rights, are threatened by the response against this phenomenon using exclusively criminal repression. Therefore, the author warns against the abuse of criminal law for its essentially opposing goals, such as solving the political, economic and social problems and conflicts. The author concludes by encouraging such criminal justice policy in general and especially in the economic sphere, which would be based on professional and scientific analyses, which would be moderate and reasonable, and which would not serve as a means of governance and political feuds. Simultaneously, he encourages the formation of such an environment in which the enforcement authorities could safely operate legitimately, legally, professionally correct, and fairly, which is the criterion for their maximum efficiency.

*Izvirni znanstveni članek*

UDK: 343:347.72:342

**KOVAČIČ MLINAR, Blaž: Nekateri ustavnopravni vidiki inkriminacije po 240. členu Kazenskega zakonika (KZ-1)**

Pravnik, Ljubljana 2017, let. 72 (134), št. 3-4

Člen 240 KZ-1 inkriminira zlorabo položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti in je v zadnjih letih ena najpogostejše uporabljenih določb za pregon t. i. gospodarske kriminalitete. Pri tem pa se porajajo številna vprašanja. Prvi del prispevka obravnava vprašanje, do kod sploh segajo meje upravičenega kazenskopravnega odzivanja države v primeru odločitev posloводства, ki gospodarski družbi ne povzročijo nobene škode, storilec ali tretje osebe pa pridobijo (premoženjsko) korist. Gre pravzaprav za (ustavnopravno) vprašanje, do kod sega svobodna gospodarska pobuda in kje se začanja upravičen interes države v smislu kazenskopravne represije. Pri tem je treba upoštevati predvsem okoliščino, ali je družbi z ravnanjem posloводства nastala škoda ali ne, zgolj nastala korist pa državnega posega z instrumenti kazenskega prava ne more upravičiti, saj interesi lastnikov s tem niso bili prizadeti. Drugi del prispevka pa obravnava ustavnopravno problematično ravnanje tožilcev in sodišč v teh kazenskih postopkih, saj se kot vsebina te (blanketne) inkriminacije pogosto navaja kršitev načela vestnega in poštenega gospodarstvenika po prvem odstavku 263. člena Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1). Ta določba ZGD-1 namreč vsebuje zgolj načelo, ne pa tudi konkretnega pravila, kar je sporno z vidika načela zakonitosti v kazenskem (materialnem) pravu. Zato zgolj sklicevanje na omenjeni člen ZGD-1 v konkretnih obtožbah in sodbah ne more zadostiti ustavnopravnim zahtevam v smislu *lex certa*.

*Original Scientific Article*

UDC: 343:347.72:342

**KOVAČIČ MLINAR, Blaž: Some Constitutional Aspects of Article 240 of the Slovenian Criminal Code***Pravnik, Ljubljana 2017, Vol. 72 (134), Nos. 3-4*

Article 240 of the Slovenian Criminal Code (KZ-1) criminalizes the abuse of power or confidence in economic activities and has become one of the most commonly used provisions for the prosecution of the so-called economic crime in recent years. This, however, raises a number of questions. The first part of the paper asks the question does the state has the right to criminalize the actions of the management that do not inflict any damage to the company, but result only in the gain for the perpetrator or a third party? What are the limits of the freedom of economic initiative and when does the State have a legitimate interest to prosecute? To answer these questions, it is necessary to first decide if the management's actions caused any damage to the company or not. The State intervention (via the instruments of criminal law) cannot be justified if the interests of the owners of the company were not affected, i.e. if the company has not suffered any damage. The second part of the paper deals with constitutionally problematic decisions of prosecutors and courts in criminal proceedings involving economic crime, since they often allege infringement of the principle of care and diligence under Article 263(1) of the Companies Act (ZGD-1) on the part of the management. This provision of the Companies Act contains a principle and not a specific rule (norm), which is problematic because of the principle of legality in criminal law. Accordingly, the allegation that the management has not acted in accordance with the principle included in Article 263 of the Companies Act cannot meet the constitutional requirement of *lex certa*.

*Izvirni znanstveni članek*

UDK: 343.1:681.7(497.4)

**KRIŽNAR, Primož: Vprašanje zakonite uporabe termovizijske naprave v kazenskem postopku****Pravnik, Ljubljana 2017, let. 72 (134), št. 3-4**

Proaktivno odzivanje na kriminaliteto danes povezujemo z uporabo napredne tehnologije, ki organom pregona omogoča učinkovito spremljanje in preprečevanje kriminalnih aktivnosti ter pridobivanje dokazov v prid kazenski obtožbi. Tako vnaprejšnje preiskovanje kaznivih ravnanj je večinoma usmerjeno zoper posameznike, ki naj bi pridobivali ter preprodajali prepovedane substance, med katerimi je na prvem mestu po priljubljenosti na tržišču še vedno konoplja z visoko vsebnostjo tetrahidrokanabinola (THC) in njene različice. Prav v zvezi z njenim gojenjem pa se na bojnih poljih zasebnosti odpira problematika zakonitosti uporabe termovizijske naprave, ki prek vsebine podatkov, pridobljenih z njeno uporabo, policistom v predkazenskem postopku da indic, da v opazovanih prostorih prihaja do ilegalne proizvodnje te (za zdaj še) prepovedane substance.

*Original Scientific Article*

UDC: 343.1:681.7(497.4)

**KRIŽNAR, Primož: The Question of Lawful Usage of Thermal Imaging Device in Criminal Procedure****Pravnik, Ljubljana 2017, Vol. 72 (134), Nos. 3-4**

Proactive response to crime is nowadays associated with the use of the advanced technology that allows law enforcement authorities to effectively monitor, prevent criminal activities and obtain evidence in favour of criminal indictment. Such pre-investigation is mostly directed against individuals who are potentially engaged in the acquisition and resale of illicit substances, among which the first place in popularity on the market still occupies cannabis with a high content of tetrahydrocannabinol (THC) and its variants. In pre-trial procedures, the content of the data obtained by a thermal imaging device can be an indication for the police that the observed premises are being used for illegal production of this (still) prohibited substance. However, on the battlefields of privacy the question is raised on the legality of thermal imaging devices used in connection with cannabis cultivation.

*Izvirni znanstveni članek*

UDK: 347.964:061.1EU

341:347.9:005.962

**RATAJ, Primož, STRBAN, Grega: Vloga sodnih svetov za zagotovitev učinkovitega sodnega sistema****Pravnik, Ljubljana 2017, let. 72 (134), št. 3-4**

Avtorja prispevka se osredotočata na vlogo, ki jo imajo sodni sveti za učinkovit sistem sodstva v državah članicah EU. Njihova vloga je večinoma odvisna od pristojnosti, ki jih uživajo. Te praviloma vsebujejo eno od oblik sodelovanja v postopku izvolitve sodnikov in predsednikov sodišč, oceno njihovega dela, njihovo napredovanje, premestitev, sodelovanje v uvedenih disciplinskih postopkih zoper njih in v primeru njihove razrešitve. Te pristojnosti se med sodnimi sveti držav članic EU pomembno razlikujejo. Eden od vzrokov za tako stanje je njihova sestava, ki je v vsaki državi članici EU drugačna in je ena od vsebin, ki jim je namenjena pozornost v prispevku. Poleg sestave in pristojnosti sodnih svetov (ki neposredno ali posredno vplivajo na delovanje sodišč) je pozornost namenjena tudi delovanju sodnega sveta. To je odvisno od trajanja mandata članov, možnosti njihove ponovne izvolitve, narave funkcije članov, kvoruma in potrebne večine za sprejem odločitev.

*Original Scientific Article*

UDC: 347.964:061.1EU

341:347.9:005.962

**RATAJ, Primož, STRBAN, Grega: The Role of the Councils for the Judiciary for an Effective Judicial System****Pravnik, Ljubljana 2017, Vol. 72 (134), Nos. 3-4**

Authors are focused on the role the Councils for the Judiciary have for an effective judicial system in the EU Member States. Their role is largely defined by their competences. These generally consist of participation in the process of election or appointment of judges and court presidents, assessment of their work, their promotion, transfer, participation in the disciplinary proceedings against them and their dismissal. It is observed that these competences of the Councils for the Judiciary significantly differ among the Member States. One of the reasons for it is the composition of the Councils, which is different in each Member State and one of the subjects of the article. Along with the Councils' composition and competences (that directly or indirectly influence the functioning of courts), attention is given to its functioning, that is based on the terms of office of its members, their re-election, the type of function they are elected for, quorum and the majority required for the adoption of decisions.

*Pregledni znanstveni članek*

UDK: 342.843:004.738.5

**KANIŽAR Rastislav: Volitve prek interneta kot izziv prihodnosti v primerjavi s tradicionalnim voliščem**

Pravnik, Ljubljana 2017, let. 72 (134), št. 3-4

Na različne načine in oblike ljudskega glasovanja pri izbiri posameznikov skozi čas je vplivala predvsem družbenoekonomska in tehnološka razvitost posameznega obdobja. Bolj kot je družba razvojno napredovala, bolj so se razvoju prilagajali tudi načini glasovanja, ki so prinesli tudi več težav in zapletov pri njihovi uporabi. Zaradi nekaterih načinov glasovanja, ki so v zadnjem času uvedeni v volilne sisteme, tradicionalno volišče ni več temeljni pogoj za izvrševanje in uresničevanje volilne pravice. Vse več volivcev, predvsem pri predčasnem glasovanju, namreč voli tako, da na volišče sploh ne pride in voli z oddajo glasovnice po pošti. Nekatere države so poštno glasovanje uvedle celo kot glavni način glasovanja na volitvah in referendumih, oddaja glasov na volišču pa je postala zgolj izredna možnost glasovanja. V dobi pospešenega tehnološkega razvoja, predvsem informacijsko-komunikacijske tehnologije, se v številnih državah vse bolj postavlja vprašanje uvedbe internetnega glasovanja ter drugih oblik oddaljene oddaje glasov volivcev, ki ne pogojujejo obiska tradicionalnega volišča na volilni dan. Zaradi uporabe teh tehnologij kot pripomočkov pri volilnih opravilih in glasovanju pa tudi uresničevanje volilne pravice na volišču dobiva drugačno varnostno vsebino in obliko, ki vplivata tudi na njuno pravno ureditev. Izziv ni več posamičen, temveč postaja tehnološko sistemski in ustavnopravni. Zaradi »okužene« elektronske volilne naprave je namreč mogoče pod vprašaj postaviti veljavnost vseh oddanih glasov na taki napravi ali celo vseh na volišču, pri internetnih volitvah pa celo celotnih volitev, če gre za prevladujoči način glasovanja.

*Review Article*

UDC: 342.843:004.738.5

**KANIŽAR, Rastislav: Internet Voting as a Future Challenge in Comparison to Traditional Voting***Pravnik, Ljubljana 2017, Vol. 72 (134), Nos. 3-4*

Different forms and methods of public elections have been affected mostly by social economic and technologic development in time. The more the society progressed, the more the methods of voting accommodated and carried with themselves more and more problems in their use. Due to certain methods of voting that have been lately incorporated into voting systems, traditional voting is not any more the crucial condition for performing the right to vote. More and more voters, especially in early voting, do not even come to the physical poll, they send the ballot by mail. Some states even introduced voting by mail as the main method for both elections and voting at referendums. The traditional way of voting has become merely an extraordinary option. In the era of fast technologic development, especially information and communication technology, many states have started introducing internet voting and other forms of remote voting, which do not require the voters to visit the traditional poll on the poll day. Due to the use of these technologies as voting aids also the carrying out of the right to vote is gaining a different safety essence and form, which influence their legal regulation. The challenge is not any more individual but is becoming technologically systematic and constitutional. Due to »infected« electronic ballot we can question the validity of all cast votes on such a machine or even of all votes at the poll, and at internet voting even of the elections themselves, when it is the overwhelming way of voting.

## NAVODILA ZA AVTORJE

### — 1.

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

*Primer:* Prispevek je bil pripravljen na podlagi magistrske naloge z naslovom *Hitri postopek in pravna sredstva v ZP-1*, ki sem jo avtor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspešno zagovarjal 5. maja 2016 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

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

### — 2.

**Prispevki naj bodo poslani** po e-pošti ([bostjan.koritnik@revija-pravnik.si](mailto:bostjan.koritnik@revija-pravnik.si)).

Prispevki morajo biti jezikovno neoporečni, sicer bo besedilo avtorju vrnjeno v popravo oziroma bo objava prispevka zavrnjena. Naslov prispevka in naslovi prve ravni morajo biti zapisani z verzalkami (tj. velikimi tiskanimi črkami), naslovi nižjih ravni pa z malimi črkami. Ime in priimek pisca z izobrazbo, znanstvenim naslovom in/ali akademsko stopnjo ter funkcijo in institucijo, v kateri je zaposlen, naj bosta navedena pod naslovom.

*Primer:* **Janez Novak**, univerzitetni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, svetovalec uprave, Tax-Lex, d. d., Ljubljana.

### — 3.

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

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

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

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

Avtor lahko, kar je zaželeno, pripravi tudi daljši povzetek v angleščini, ki bo objavljen za člankom v slovenščini. S tem bo dosegel preprostejše razširjanje idej prispevka med tujimi bralci.

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

---

#### 4.

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

## — 5.

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

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

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

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

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

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

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

## — 6.

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

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

## — 7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 8.

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

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

Če uradne krajšave ni, jo izbere pisec.

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

Hkrati se v **sprotni opombi navede številka uradnega lista** (z okrajšanim zapisom letnice), v katerem je bil citirani akt objavljen.

*Primer:* Ur. l. RS, št. 50/07.

## 9.

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

*Primer navajanja odločbe Ustavnega sodišča RS:*  
odločba US RS št. U-I-23/08 z dne 5. 6. 2008.

## 10.

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

davčno številko in davčni urad, naslov stalnega bivališča (ulica, hišna številka, poštna številka, kraj), naslov za dostavo gradiva v zvezi z objavo v reviji Pravnik

(npr. službeni naslov), številko transakcijskega računa (TRR) in točen naziv banke, svojo telefonsko številko in številko mobilnega telefona ter e-poštni naslov.

Morebitne spremembe mora avtor sporočiti uredništvu.

Avtor se s posredovanjem prispevka v objavo strinja z določili založniške pogodbe, ki je na voljo na <[www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje](http://www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje)>. Po objavi prispevka bo avtor prejel izpolnjeno pogodbo v elektronski obliki, ki naj jo čim prej odtisne, podpiše in skenirano prek e-pošte vrne uredništvu. Honorirajo se le prispevki, ki so kategorizirani kot znanstveni in izjemoma naročena dela.

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

Za uredniški odbor odgovorna urednica  
**dr. Dragica Wedam Lukić**

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

---

## 1.

As a rule, *The Jurist* only publishes manuscripts which **had neither been published nor sent for publication to any other publisher**. If the author of an already published manuscript considers that special reasons for publishing the same manuscript in *The Jurist* exist, he/she must notify the editor and provide information on where the manuscript has already been published or to which publisher it has been sent for publication. The author has to emphasize the distinctions between the both manuscripts, e.g. in the scope of the manuscript, new information or new data and new sources. It is for the editorial board to decide whether the manuscript is suitable for publication. If the author repeats some of the findings already publicised in some other manuscript, it is only fair to the other publisher to state in the footnote that he/she has already discussed the issue and where the arguments could be found. The same goes *vice versa*, i.e. if the same arguments, already published in *The Jurist*, are used in another manuscript, it has to be stated that the matter has already been discussed in *The Jurist* and in which issue. If the manuscript has been prepared on the basis of another text, i.e. a text prepared for another purpose (doctoral thesis, master's thesis, research etc.), this fact has to be noted in footnote 1 of the manuscript.

---

## 2.

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

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

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

---

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

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

---

### 3.

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

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

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

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

SMITH, John: Legal Remedies in the Civil Procedural Law, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

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

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

---

### 4.

The **scope of the manuscript** depends on its subject. One of the basic aims of the journal is to cover all fields of law. Under headings “Articles” and “Discussions”

the manuscript should not be longer than 10.000 words, i.e. approximately 30 pages with 1.5 spacing between the lines. Other manuscripts should not be longer than 5.000 words, i.e. approximately 15 pages with 1.5 spacing between the lines. Footnotes and the bibliography count towards this limit. An advance agreement with the editor is required for longer manuscripts.

---

## 5.

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

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

*Example:* J. Smith, *op. cit.*, p. 55.

In case the same author is represented with more than one publication, the year is added in parentheses.

*Example:* J. Smith, *op. cit.* (2009), p. 55.

If in the footnotes immediately following the previous one the same source is cited again, “*Ibidem*” should be used, with the page number(s) added if distinct from the previous one.

*Example:* *Ibidem*.

*Example:* *Ibidem*, p. 56.

Footnotes are inserted after the separator, e.g. after a full-stop. Footnotes end with a separator, e.g. with a full-stop. It is not necessary to cite the date of accessing the internet site (this information is in the list of sources at the end of the manuscript).

**In short presentations where there is no list of sources and literature** at the end of the manuscript, in the footnote first mentioning the author and the publication full bibliographical information should be cited. The same rule should be applied in the longer abstract.

---

## 6.

Full bibliographical information should comprise:

- **Books:** First and last name of the author, book title (also the number of the edition, if applicable), translator (if applicable), publisher, place and year of publication.

*Example:* John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law. 2nd Edition, translation Janez Novak, Legal publishing, Ljubljana 2010.

- **Collection of articles or parts of books:** next to the author, title and exact pages of the article or the book part, also the title of the collection/book, first and last names of authors or editor(s) (marked Ed. or Eds.) should be mentioned.

*Example:* John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Janez Novak, Maja Medved (Eds.), Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana, 2010, p. 52–79.

If there are more than three authors or editors, it suffices to cite the first one mentioned, followed by the abbreviation “*et. al.*”.

*Example:* John Smith: Legal Remedies in the Civil Procedural Law, in: Janez Novak et.al., Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana 2010, p. 52–79.

- **Journal articles:** First and last name of the author, title of the article, name of the journal with citing the volume number, year of publishing, issue number, and pages of the article.

*Example:* John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Pravnik, 127 (2010) 5-8, p. 202–233.

The numbers represent Volume 127 (year 2010) issue number 5-8.

- **Internet sites:** inequality signs (< and >) before and after citing the internet site, no hyperlink, with the date in parentheses.

*Example:* <www.pf.uni-lj.si> (5/5/2010).

## --- 7.

If **legislative act or other legal text** is being cited, it should be accompanied with the full title in the body of the manuscript, with an official abbreviation in parentheses.

*Example:* As regulated in the Pension and Invalidity Insurance Act (PIIA).

If there is no official abbreviation one (possibly settled) abbreviation should be given by the author.

*Example:* As regulated in the Pension and Invalidity Insurance Act (hereafter PIIA).

**At the same time in the footnote** the place of publication (usually Official Gazette) of the legislative act or other legal text should be cited.

*Example:* <sup>10</sup> Official Gazette RS, No. 106/99.

---

**8.**

**Judicial decisions** should be cited as marked by the issuing court of law.

*Example: Case C-228/07 Petersen [2008] ECR I-6989, para. 42.*

---

**9.**

Upon agreement to have their article published, authors **have to send the following data** to the editorial board: tax number and tax authority, full address, address for sending materials regarding the publication of the contribution (for example the address at work), bank account number, full name of the bank, phone and/or mobile phone number, e-mail address.

Potential changes of these data should be notified to the editorial board.

By sending his/her manuscript, the author agrees with the provisions of the publishing contract provided at <[www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje](http://www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje)>. The editorial board may explain those provisions and/or provide an English translation upon request. After the publication of the manuscript the author will receive two copies of the publishing (copy-rights) contract and should return one signed copy as soon as possible.

Authors are **kindly requested to follow these guidelines**. Otherwise the publication of the manuscript may be rejected.

For the Editorial Board  
Editor in Chief

**Dragica Wedam Lukić, Ph.D., Professor**

## UPUTE ZA AUTORE\*

---

### 1.

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

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

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

---

### 2.

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

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

---

\* Prijevod je rad Nikoline Krtinić, sudskog tumača za hrvatski jezik (e-mail: knikolina@gmail.com). Izmijene su rad Boštjana Koritnika.

*Primjer:* **Hrvoje Novak**, sveučilišni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, docent na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, savjetnik uprave, Tax-Lex, d. d., Zagreb.

---

### 3.

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

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

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

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

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

---

### 4.

Opseg djela zavisi od teme koju autor obrađuje, ali pritom je potrebno poštivati temeljnu sadržajnu osnovu revije koja bi trebala pokrivati što više pravnih područja. U rubrici Članci radovi trebaju imati maksimalan opseg od dvije autorske pole (60.000 znakova s razmacima odnosno približno 30 strana s razmacima

između redova 1,5), a i drugi radovi do jedne autorske pole (30.000 znakova sa razmacima odnosno do približno 15 strana s razmacima između redova 1,5). U sve navedeno ubrajaju se i bilješke i popis literature. Za objavu djela u većem opsegu potreban je dogovor s uredništvom.

## — 5.

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

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

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

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

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

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

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

## — 6.

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

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

## — 7.

Potpuni bibliografski podaci obuhvaćaju:

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

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

- **kod zbirke članaka i poglavlja u knjigama:** osim pisca članka i naslova te strana opsega citiranog članka odnosno poglavlja i naslov zbirke odnosno knjige te imena i prezimena autora odnosno potencijalnih redaktora, s oznakom, ako su redaktori ili urednici (ur.).

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

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

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

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

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

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

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

## — 8.

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

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

Ako službena skraćenica naziva ne postoji, skraćenicu odabire pisac.

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

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

*Primjer:* NN RH, br. 50/07.

## — 9.

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

*Primjer navođenja odluke Ustavnog suda RH:*

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

---

## 10.

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

adresu prebivališta (ulica, kućni broj, poštanski broj, mjesto), adresu za dostavu gradiva u vezi s objavom u reviji Pravnik (npr. službena adresa), svoj telefonski broj i broj mobitela te e-mail/elektroničku adresu.

Autor mora obavijestiti uredništvo o potencijalnim izmjenama.

Autor je s posredovanjem rada u objavu suglasan s odredbama izdavačkog ugovora koji je dostupan na <[www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje](http://www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje)>. Nakon objave djela, autor će primiti ispunjen ugovor u elektroničkom obliku, kojeg treba što prije potpisati i vratiti skeniranog uredništvu putem e-maila.

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

Za urednički odbor  
odgovorna urednica  
**dr. Dragica Wedam Lukić**



Za prijave do  
**31. marca velja  
ugodna kotizacija.**

Pohitite s prijavo in  
izkoristite ugodnost.

# STVARNOPRAVNI DNEVI 2017

31. maj in 1. junij 2017 | Ljubljana

Shranite si datum in rezervirajte čas za Stvarnopravne dneve 2017, ki so namenjeni vsem, ki želite celovit, sistematičen in strokoven pregled najpomembnejših aktualnih pravnih vprašanj s področja **stvarnega prava** in odgovorov nanje. Predstavili jih bomo s poglobljenimi strokovnimi utemeljitvami in s prikazom sodne prakse.

## IZ PROGRAMA – GLAVNE SEKCIJE

- **Etažna lastnina in nova ureditev vzpostavitve nedokončane etažne lastnine**  
(vodja dr. Nina Plavšak)
- **Izbrisna tožba** (vodja dr. Renato Vrenčur)
- **Nova ureditev premoženjskoprnega režima med zakonci v družinskem zakoniku**  
(vodja notar Bojan Podgoršek)
- **Aktualna vprašanja zemljiške knjige**

## POSEBEN POUDAREK:

Na dogodku bo **poglobljeno razložena stvarnopravna ureditev** v dveh novih zakonih, ki sta v postopku sprejetja:

- v **novem Družinskem zakoniku**, ki bo uveljavil sodoben pravni režim premoženjskoprnih razmerij med zakonci in nekatere nove pravne institute, in
- v **novem Zakonu o vzpostavitvi etažne lastnine**, ki bo pregledneje in bolj notranje skladno uredil poseben nepravdni postopek za vpis stvarnopravnih razmerij nedokončane etažne lastnine, ki so nastala do 1. januarja 2003.



HOTEL RESTAURANT  
**MANORA**  
 NEREZINE MALI LOSINJ  
 CROATIA



Pod vznožjem Osorščice na otoku Lošinju, v turističnem mestu Nerezine, je le 400 metrov od morja družina Spišić odprla HOTEL »MANORA«. Gre za mali družinski hotel, ki pa se ravno zato lahko posveti prav vsakemu od svojih gostov posebej. Velik pomen dajejo udobju svojih gostov, ki se lahko tako počutijo kot doma in povsem sproščeni.

Hotel ima 22 moderno opremljenih dvoposteljnih sob. Vse sobe so klimatizirane, opremljene s satelitsko televizijo in telefonom, predvsem pa s čudovitim pogledom na s soncem obsijana morje ali Osorščico. V hotelu je tudi restavracija, v kateri se kuharsko izjemno izraža gospa Spišić, hotelski bar, savna, masaža in fitnes ter zunanji bazen z ležalniki.

Posebna ponudba: otok Lošinj spomladi 2017 - od 6. 4. do 17. 5. 2017

Dvoposteljna soba s polpenzionom

Cena: **49** evrov na osebo dnevno

Dodatne informacije na: **hotelmanora@gmail.com**

**www.manora-losinj.hr**



