



*H o m i n u m c a u s a o m n e i u s c o n s t i t u t u m*

# DIGNITAS

Slovenska revija za človekove pravice  
*The Slovenian Journal of Human Rights*

■ **Uvodnik** • *Dimitrij Rupel*: Pomanjkljivosti slovenskega visokega šolstva in slepa ulica zakonodaje, s katero naj bi jih odpravili ■ **Kritična ocena predloga Zakona o visokem šolstvu (ZVIS-1)** • *Peter Jambreč*: Komentar predloga ZVIS-1 • *Tone Jerovšek*: Komentar predloga ZVIS-1 • *Bojan Bugarič, Matej Avbelj (ur.)*: Okrogla miza neodvisnih akademskih strokovnjakov, »Kritična analiza predloga ZVIS-1« • *Darko Darovec*: Komentar predloga ZVIS-1 • Strnjena stališča Fakultete za državne in evropske študije do predloga zakona ZVIS-1 • Stališča Evropske pravne fakultete v Novi Gorici do predloga zakona ZVIS-1 • Stališča skupnosti SVZ o predlogu ZVIS-1 • Stališča skupnosti študentov SVZ o predlogu ZVIS-1 • *Katarina Lavrič*: Research on Private Education Institutions in International Markets ■ **Človekove pravice** • *Tamara Griesser-Pečar*: Der Vertrag von Jalta und die Auslieferung der Flüchtlinge im Mai 1945 nach Jugoslawien • *Maša Marochini*: Council of Europe and the Right to a Healthy Environment • *Anita Goršek*: Pravni položaj otrok med paternalizmom in avtonomijo • *Jernej Letnar Černič*: Pravica do družinskega življenja v praksi Evropskega sodišča za človekove pravice ■ **Filozofija** • *Bojan Zalec*: Sprava kot način trajnega reševanja konfliktov in njena povezanost s pravičnostjo, odpuščanjem ter dialogom • *Vojko Strahovnik*: Legal Positivism and the Defeasibility of Legal Norms • *Matjaž Potrč*: Rational Disagreement Targets • *María José Añón*: The Antidiscrimination Principle and the Determination of Disadvantage ■ **Razprave** • *Maša Kovič Dine, Tanja Pucelj Vidovič in Vasilka Sancin*: Pravne obveznosti glede varstva volkov kot zaščitene vrste v Sloveniji • *Arne Maučič*: The Slovenian Wine Law • *Eneja Drobež*: Male glasbene pravice • *Gregor Garb*: Človekova pravica do varnosti skozi prizmo razvoja teorij varnostnih sistemov • *Dimitrij Rupel*: Reševanje mednarodnih sporov : jugoslovanska kriza • *Simon Umek*: Enigma (ne) učinkovitosti prisilne poravnave v Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju • *Drago Kos*: Procesna analiza zaključnega poročila komisije za preprečevanje korupcije o nadzoru nad premoženjskim stanjem predsednikov parlamentarnih strank z dne 7.1.2013. • *Jernej Letnar Černič*: Business and Human Rights after *Kiobel* ■ **Recenzija** • *Stefano Colloca (ed.)*: The Value of Truth. The Truth of Value. Milano: LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2013; 208 p (Vojko Strahovnik)

59-60



*Hominum causa omne ius constitutum*

# DIGNITAS

Revija za človekove pravice  
*The Slovenian Journal of Human Rights*

Ljubljana, 2013

DIGNITAS  
*izhaja pod pokroviteljstvom*  
SLOVENSKE KOMISIJE PRAVNIKOV  
*in*  
DRUŠTVA ZA PRIMERJALNO IN USTAVNO PRAVO  
*DIGNITAS is published under the auspices of*  
THE SLOVENIAN SECTION OF THE INTERNATIONAL COMMISSION  
OF JURISTS  
*and*  
THE SLOVENIAN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW ASSOCIATION

• • •

*Ustanovitelj in izdajatelj revije je*  
*Inštitut za ustavno ureditev in človekove pravice*

• • •

*Izid publikacije je finančno podprla Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije iz sredstev državnega proračuna iz naslova razpisa za sofinanciranje domačih znanstvenih periodičnih publikacij.*

**Uredništvo:**

*Revija Dignitas,*

*Predoslje 39, 4000 Kranj*

*telefon: +386 (0)4 2601 856*

*fax: + 386 (0)4 2601 855*

*e-mail: [dignitas@fds.si](mailto:dignitas@fds.si)*

**Izdaja:**

*Inštitut za ustavno ureditev in človekove pravice, d.o.o.*

**Lektoriranje:**

*Rok Janežič*

*Amanda Saksida*

**Oblikovanje:**

*Miljenko Licul in Julija Zornik*

**Založba:**

*Fakulteta za slovenske in mednarodne študije*

**Prelom:**

*Tiskarna Januš*

**Izdelava E-knjige:**

*Založba Obzorja d. d. Maribor*

**E-knjiga je dostopna na:**

<http://itunes.apple.com/si/book/isbn>

Ljubljana, 2014

*Revija je vključena v mednarodno bazo IBZ (International Bibliography of Periodical Literature on the Humanities and Social Sciences)*

**GLAVNI IN ODGOVORNI UREDNIK:**

Jernej Letnar Černič

**IZVRŠNA UREDNICA:**

Marjetka Kocijančič

**UREDNIŠKI ODBOR:**

Jernej Letnar Černič

Matej Avbelj

Peter Jambrek

Marjetka Kocijančič

Darko Darovec

**MEDNARODNI UREDNIŠKI SVET:**

Ludwig Adamovich	Mattias Kumm
Gudmundur Alfredsson	Fozia Lone
Sergio Bartole	Paul Mahoney
Kemal Baslar	Ruslan Myrzalimov
Jadranko Crnić	Tomiyuki Ogawa
Elena D'Orlando	Livio Paladin
Oliver De Schutter	Miguel Poiares Maduro
Eduardo Ferrer Mac-	Wojciech Sadurski
Gregor Poisot	Herman Schwartz
Carlos A. Gabuardi	László Sólyom

Daniel Halberstam	Brigit Toebes
Alfonso Herrera Garcia	Axel Tschentscher
Mahulena Hofmann	Luzius Wildhaber
George Katrougalos	Ineta Ziemele
Peter Krug	

<b>Uvodnik .....</b>	<b>10</b>
Dimitrij Rupel Pomanjkljivosti slovenskega visokega šolstva in slepa ulica zakonodaje, s katero naj bi jih odpravili .....	10
<b>Kritična ocena predloga Zakona o visokem šolstvu (ZVIS-1).....</b>	<b>13</b>
Peter Jambrek Komentar predloga ZVIS-1 .....	13
Tone Jerovšek Komentar predloga ZVIS-1 .....	23
Bojan Bugarič, Matej Avbelj (ur.) Okrogla miza neodvisnih akademskih strokovnjakov »Kritična analiza predloga ZVIS-1«.....	29
Darko Darovec Komentar predloga ZVIS-1 .....	40
Strnjena stališča Fakultete za državne in evropske študije do predloga zakona ZVIS-1 .....	44
Stališča Evropske pravne fakultete v Novi Gorici do predloga zakona ZVIS-1	50
Stališča skupnosti SVZ o predlogu ZVIS-1 .....	53
Stališča skupnosti študentov SVZ o ZVIS-1 .....	55
Katarina Lavrič Research on private educational institutions in international markets .....	62
<b>Človekove pravice .....</b>	<b>83</b>
Tamara Griesser-Pečar Der Vertrag von Jalta und die Auslieferung der Flüchtlinge im Mai 1945 nach Jugoslawien .....	83
Maša Marochini The council of europe and the right to a healthy environment .....	97
Anita Goršek Pravni položaj otrok med paternalizmom in avtonomijo .....	129
Jernej Letnar Černič Pravica do družinskega življenja v sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice.....	145
<b>Filozofija .....</b>	<b>160</b>
Bojan Žalec Sprava kot način trajnega reševanja konfliktov in njena povezanost s pravičnostjo, z odpuščanjem ter z dialogom .....	160



Vojko Strahovnik	Legal Positivism and the Defeasibility of Legal Norms ..	172
Matjaž Potrč	Rational Disagreement Targets .....	184
María José Añón	The Antidiscrimination Principle and the Determination of Disadvantage .....	195
<b>Razprave</b> .....		<b>215</b>
Maša Kovič Dine, Tanja Pucelj Vidović in Vasilka Sancin	Pravne obveznosti glede varstva volkov kot zaščitene vrste v Sloveniji.....	215
Arne Marjan Mavčič	The Slovenian Wine Law.....	246
Eneja Drobež	Male glasbene pravice .....	268
Gregor Garb	Človekova pravica do varnosti skozi prizmo razvoja teorij varnostnih sistemov.....	289
Dimitrij Rupel	Reševanje mednarodnih sporov: jugoslovanska kriza.....	307
Simon Umek	Enigma (ne)učinkovitosti prisilne poravnave v Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju .....	322
Drago Kos	Procesna analiza zaključnega poročila komisije za preprečevanje korupcije o nadzoru nad premoženjskim stanjem predsednikov parlamentarnih strank z dne 7.1.2013 .....	335
Jernej Letnar Černič	Business and human rights after Kiobel .....	352
<b>Recenzija</b> .....		<b>359</b>
Stefano Colloca (ed.)	The Value of Truth. The Truth of Value. Milano: LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2013; 208 p. (Vojko Strahovnik).....	359

# Uvodnik

## **Dimitrij Rupel Pomanjkljivosti slovenskega visokega šolstva in slepa ulica zakonodaje, s katero naj bi jih odpravili**

Pričujoči komentar je osebni pogled na razmere v slovenskem akademskem in znanstvenem življenju in vsebuje nekaj drobnih pripomb v zvezi s predvidenimi spremembami, ki naj bi jih prinesel novi *Zakon o visokem šolstvu*.

Slovenske visoke šole so – podobno kot nekatere druge slovenske ustanove – obremenjene z dvema velikima težavama:

- po eni strani se večinoma oklepajo pridobitev socializma in niso pripravljene na tekmovanje znotraj države,
- po drugi strani – zaradi prve težave – zaostajajo za mednarodno konkurenco in niso najbolj uspešne pri prevzemanju meril sodobnega gospodarskega in tehnološkega razvoja.

Glavno težišče slovenskega visokošolskega sistema je še vedno v Ljubljani, kjer imamo velikansko državno univerzo s 26 članicami in okrog 50.000 študenti. Na nasprotnem polu imamo dve zasebni fakulteti, ki imata okrog 1.700 (EPF) oz. 1.300 (FDŠ) vpisanih študentov. Posebnost slovenskega visokošolskega sistema je poljavna-pol-zasebna univerza v Novi Gorici, ki ima okrog 700 študentov. Zanimivost ljubljanske univerze, ki se je nekoč imenovala Univerza kralja Aleksandra, nato pa Univerza Edvarda Kardelja, je v tem, da ima njena Fakulteta za družbene vede 3.477 študentov, Filozofska fakulteta 6.636, Pedagoška fakulteta pa 2.619 študentov. Gre za 12.732 mladih ljudi, ki bodo težko našli zaposlitev v Sloveniji, kje drugje pa še težje.

Nova zakonodaja – kar je razumljivo in po svoje hvalevredno – to populacijo brani, vendar jo brani na zgrešen način. Omejiti poskuša maloštevilno in šibko, čeprav – resnici na ljubo povedano – inovativno in kakovostno konkurenco, ki jo predstavlja peščica zasebnih fakultet, ki z ministrstvom sklepajo koncesijske pogodbe oz. se vzdržujejo same.

Mnogi učitelji in študenti navedenih ljubljanskih fakultet delujejo v najboljši veri in pomembno prispevajo k slovenskemu intelektualnemu potencialu. Kljub najboljšim namenom pa so se znašli v slepi ulici, iz katere ni drugega izhoda kot vrnitev na točko, od katere smo zašli. Bistveno težavo zgrešene usmeritve vidim v omalovaževanju in celo zanikanju pomena slovenske državnosti in demokracije. O tem, kaj je zgrešeno, so mnenja seveda deljena, vsekakor pa se ne bi smeli razhajati glede pomena t. i. nacionalnih ved in izhodišča, ki ga predstavlja začetek slovenske države z osamosvojitvijo. Na tej točki je nedavno – kot že kdaj v preteklosti – v zadrego posegla zasebna pobuda, ki je dosegla (formalno) ustanovitev nove *Fakultete za slovenske in mednarodne študije*. V primeru uveljavitve nove visokošolske zakonodaje se takšna fakulteta seveda ne bi mogla razviti.

Zakon izhaja iz zastarelih in za demokratično državo nesprejemljivih ideoloških predpostavk, saj bistveno omejuje zasebno in individualno pobudo, predvsem pa daje širokosrčno prednost

javnemu oz. državnemu šolstvu, pri čemer se ne sprašuje niti o učinkovitosti niti o strategiji. Po mnenju pisca teh vrstic je zgrešen, ker ne rešuje težav slovenskega visokošolskega sistema, ampak te težave neguje in pogloblja. Avtorji novega zakona branijo in opravičujejo zgrešeni sistem. Podobno kot del vladajoče slovenske politike ne mislijo, da je rešitev v sproščanju ustvarjalnosti, osebne in zasebne pobude, ampak verjamejo, da bodo vzdržali pritiske časa z zaostrovanjem discipline in kontrole. Zakon ni rešitev problema, ampak je njegov del.

Slovensko šolsko ministrstvo se – resnici na ljubo povedano – zaveda nezadostne praktične/gospodarske uporabnosti znanja, ki ga proizvajajo slovenske visoke šole in ki je bila – že spet resnici na ljubo povedano – nekoč poglobilni motiv t. i. usmerjenega izobraževanja. Vendar ministrstvo med razlogi za izdajo zakona ne navaja prizadevanja za bolj svobodno raziskovanje, za več vrhunskih dosežkov in manj zaostajanja v mednarodni konkurenci, ampak upošteva predvsem pripombe ustavnega sodišča in izraža skrb zaradi prevelikega števila študijskih programov. Avtorji novega zakona kot cilj nove zakonodaje navajajo »jasne kriterije« za javno službo, stabilno in fleksibilno financiranje in ureditev koncesij. Po vsem videzu si prizadevajo za discipliniranje, predvsem pa zmanjšanje *slovenskega visokošolskega sistema*.

Gre za nenavaden zakon. Predvsem je zelo obsežen. Medtem ko je imel prejšnji zakon 100 členov, jih ima novi 211; gradivo, ki vključuje uvodno in sklepno razlago, pa vsebuje kar 193 strani. Čeprav gre – po zaslugi aktualne slovenske vlade – za vse manj primerljive sisteme, bi bila vendar zanimiva primerjava s sorodno britansko (*Education reform act 1988, Higher education act 2004, Education act 1996/2011*) ali francosko (*Loi n° 2007–1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités*) zakonodajo. Francoski in britanski zakoni so krajši in bolj razumljivi. Francoski zakon ima 51 členov, angleški zakon o visokem šolstvu 56; del zakona o izobraževalni reformi (iz leta 1988), ki obravnava visoko šolstvo, ima 40 členov. Toda to so številke, ki ne povedo vsega.

Zanimiva je primerjava motivov, razlogov za izobraževalno zakonodajo. Britanska zakonodaja (za področje izobraževanja, poučevanja, univerze) je orodje, ki državljanom omogoča *primerno raven znanja oz. informiranosti* (»duhovni, moralni, kulturni, mentalni, fizični razvoj« učencev/študentov), za kar sta, kot povedo uvodni stavki, posebej in osebno odgovorna vlada in resorni minister. Britanska zakonodaja ima poleg izobraževanja in informiranosti državljanov pred očmi *tekmovanje z izobraževalnimi sistemi v drugih državah oz. odpravljanje britanskih zamud in pomanjkljivosti*. Podobno razmišljajo Francozi. V veljavnem zakonu najprej navajajo nepriljubljenost izobraževalnega sistema (problem nezaposljivosti po diplomi), paralizo upravljanja univerz (nekooperativnost predsednikov univerz), predvsem pa naj bi univerzitetno raziskovanje postalo vidno na mednarodni ravni, da bi se francoske univerze bolje uvrstile na t. i. *šanghajski lestvici*. Francoska in nemška zakonodaja (kjer je izobraževanje deželna, ne zvezna pristojnost) poudarjata *avtonomijo univerze*, vrhunske znanstvene in umetniške dosežke.

Novi slovenski zakon se najbolj posveča vodenju, organizaciji in upravljanju z visokimi šolami oz. z nadziranjem človeških virov. O tem govori več kot 40 členov. Druga največja pozornost (28 členov) velja koncesijam oz. urejanju zasebnega šolstva, ki naj bi bilo podvrženo vsestransko strožjim merilom. Nenavadno intenzivno pa se zakon ukvarja z različnimi evidencami in podatki. Od šol – v 20 členih in na 15 straneh – zahteva natančne podatke o učiteljih, raziskovalcih in študentih.

Avtorji zakona navajajo mednarodne primerjave, za katere je težko ugotoviti, ali dejansko gre za primerljive količine. V Sloveniji imamo okrog 100 visokih šol, ki izobražujejo okrog 85.000 študentov, ti pa imajo na voljo okrog 860 študijskih programov. Za avtorje zakona je po vsem videzu najbolj sporna množica programov, ki naj bi ovirala učinkovitost kontrolo njihove kakovosti. Da bi podkrepili svojo zaskrbljenost, povedo, da imajo na Irskem (4,5 milijonov prebivalcev) samo 700 študijskih programov, 39-milijonska Poljska pa naj bi razpolagala z vsega 6.000 programi.

Na Poljskem je odstotek študentov približno enak slovenskemu, število univerz pa je 500, med katerimi je 326 zasebnih. Po poljskih merilih bi morali imeti v Sloveniji 16 zasebnih in 9 državnih univerz. V gradivu je zanimiva primerjava med stroški za »terciarno izobraževanje« (manj kot 500 milijonov evrov) in dohodnino, ki jo plačujejo višje in visoko izobraženi državljani (več kot milijarda evrov), iz česar naj bi sklepali, da se v izobraževanje splača vlagati. Druga zanimivost je uvajanje t. i. »odcepljenih podjetij«, preko katerih naj bi prenašali znanje iz univerz v gospodarstvo. Sestavljavci zakona na ta način branijo proračunske postavke za šolstvo, po drugi strani pa pripravljajo teren za visokošolsko podjetništvo, ki kljub obsežnemu besedilu ostaja nekako nejasno.

Novi zakon ohranja in varuje tradicionalna neravnovesja v slovenskem visokem šolstvu, pri čemer skuša kar najbolj omejiti vse dejavnike, ki bi lahko vanj vnesli nove ideje, dinamiko in tekmovanje. Novi zakon potemtakem utegne razmere v slovenskem visokem šolstvu poslabšati.

# Kritična ocena predloga Zakona o visokem šolstvu (ZVIS-1)

## Peter Jambrek    Komentar predloga ZVIS-1

1. V oceni stanja inštitucionalne strukture slovenskega visokega šolstva manjka **zgodovinska razlaga obstoječega stanja**: »Trenutna visokošolska mreža je rezultat bolj ali manj spontanega razpadanja 'enouniverzitetnega' visokošolskega sistema« (Tomaž Pisanski).<sup>1</sup> Struktura ima obliko na glavo postavljene piramide: na vrhu UL s približno 65–75-odstotnim deležem študentov in proračunskih sredstev, nato po vrsti UM, UP in UNG ter na dnu nepovezано delujoči samostojni VZ s 4 odstotki javnih (koncesijskih) sredstev ter manj kot 10 odstotki vpisanih študentov. Struktura je glede velikosti najbolj problematična na vrhu in pri dnu: moč (velikost) UL glede na vso populacijo študentov v RS ter šibkost (majhnost) samostojnih VZ na dnu.

2. Prepoved ustanavljanja novih univerz: Predlog novega ZViS z zaostrovanjem na podlagi poljubnih in mednarodno neprimerljivih pogojev oz. meril za ustanovitev nove univerze dolgoročno ohranja zatečeno strukturo: prepoveduje enopodročne univerze (tehnično, družboslovno, humanistično, medicinsko ipd.), ki so v svetu običajne; uvaja pogoj števila polno, redno zaposlenih učiteljev za nedoločen čas – ki ga nobena zasebna univerza v slovenskih razmerah ne more izpolniti ob svojem nastanku (ustanovitev nove državne univerze pa je nerealna). **Predlog novega ZViS omejuje avtonomijo pravice do ustanovitve nove zasebne (in tudi javne) univerze v obsegu, ki pomeni poseg v bistvo pravice in s tem ukinitve pravice same.**

3. Uvodna ocena predloga zakona: »V državi imamo nesorazmerno veliko število visokošolskih zavodov in izredno veliko študijskih programov.« Ocena je arbitrarna in napačno argumentirana: Čeprav neizrečeno, implicira, da je stanje posledica preveč »liberalnega« akreditiranja novih zavodov in programov. Ne raziskuje vzrokov in motivov za nove akreditacije glede na celovito organizacijo ponudbe predmetov, predmetnikov, programov in zavodov. Ne razpira vprašanj o fleksibilnosti, odprtosti in izbirnosti te

---

<sup>1</sup> Za leto 2008: »Če želimo razumeti stanje v našem visokem šolstvu, si moramo osvežiti ta del zgodovinskega spomina. Univerza v Ljubljani, ustanovljena leta 1919, je bila do ustanovitve Univerze v Mariboru leta 1975, edina univerza pri nas. Leta 2003 smo dobili Univerzo na Primorskem, leta 2006 pa se je Novogoriška politehnika preoblikovala v četrto univerzo. Lani je bila v razvid visokošolskih zavodov vpisana za mnoge sporna, »Nova univerza«. Ob petih univerzah obstaja pri nas še 21 samostojnih visokošolskih zavodov: fakultet. Rast visokošolskega sistema je zakonitost, ki deluje v vseh državah in sili v razvoj tudi Slovenijo, čeprav so sile, ki na vse načine poskušajo ohranjati »status quo«, izjemno močne.« Tomaž Pisanski, »Stanje našega visokošolskega sistema«, maj 2008 (neobjavljeno besedilo).

ponudbe z vidika vpisnih pogojev.<sup>2</sup> Diplomiranje na akreditiranem programu in ustrezna »programska diploma« z akreditiranim javno priznanim nazivom ostaja edini produkt, ki ga slovenski javni in zasebni ponudniki izobraževalnih storitev ponujajo slovenskim in mednarodnim konzumentom svojih storitev. Če je torej diploma na akreditiranem študijskem programu edina opcija, bodo mrežo ožjih programskih diplom proizvajalci izobraževalnih storitev v Sloveniji še naprej poskušali širiti z novimi študijskimi programi. Tega trenda razvoja pa novi zakon ne poskuša urediti pri izvoru, ampak ga poskuša zaustaviti z uvajanjem novih omejitvenih pogojev in meril – torej avtoritarno in represivno. Ne ponuja niti razmisleka niti novih vsebinskih pogojev delovanja slovenskega visokošolskega sistema, na primer: izhodiščna ponudba diplom na širokih disciplinarno opredeljenih študijskih področjih (pravo, medicina, sociologija, matematika ...) – ter znotraj in med njimi dovoljene in vzpodbujane individualne izbire predmetov, sestavljanja in ponudbe večjega števila modulov, določitev manjšega deleža »core« predmetov ob daljših seznamih izbirnih predmetov. Posledično bi postale temeljne prvine slovenske visokošolske mreže v katedrah in/ali na oddelkih gojene znanstvene in študijske discipline – ne pa številni vsebinsko zaprti »programi«, »fakultete« in – »univerze«. Študent naj bi imel na podlagi sistema KT možnost sestavljati svoj individualni študijski program, upošteva vse »predmete«, ki mu jih nudi celovit, v enotno mrežo povezan slovenski visokošolski prostor – znotraj evropskega in globalnega visokošolskega prostora.<sup>3</sup> **Aktualni predlog se navedenih sodobnih univerzitetnih praks niti ne zaveda, kaj šele da bi jih odpiral in urejal.**<sup>4</sup>

4. V uvodni oceni stanja sestavljavci predloga zakona zapišejo: »Za majhne države je nujno tudi dejstvo, da je izobraževanje javno dobro in državna odgovornost. Tej trditvi ne sledi kakršna koli razčlemba, razlaga, analiza ali komentar. Opredeljena ni hipotetično, ampak kategorično. Čeprav je v »uvodno« oceno stanja in med razloge za sprejem zakona umeščena skoraj kot »obiter dictum« ali celo »lapsus linguae« – je ključna za razumevanje vse razlage in vsega besedila predloga zakona. V nadaljevanju pričujočega komentarja se bomo vedno znova vračali k tej uvodni »oceni«, ki najbolj zgoščeno in precizno določa podlago in usmeritev, po moje napačno, zgrešeno, škodljivo in razvojno zaostalo, vsega predloga zakona. Glede na kategoričnost, torej pristranost in arbitrarnost navedene trditve jo moramo šteti za ideološko in politično »linijo«, ki pa ji intelektualni diskurz ne more protipostaviti neke druge ideologije, ampak jo sooča z argumenti – empiričnimi, ekonomskimi, pravnimi in drugimi.

5. Nepojasnjeno ostaja, zakaj naj bi bilo izobraževanje »državna odgovornost« prav v »majhnih državah«? Zakaj ne prav obratno? **Ali ni prav v majhnih državah izrazitejša**

---

<sup>2</sup> Glej kritični komentar Jasne Dominko Baloh (»Nov in drugačen zakon, ki pa je marsikje nedorečen, Delo, 14. 11. 2013, str. 16): »Na takih zastarelih oblikah zasnovana regulacija bo tudi naprej ovirala modernizacijo /.../ Nikjer (pa) ni modularnega študija, merjenja osvojenega znanja in razvitosti kompetenc.«

<sup>3</sup> Termin »visokošolski prostor« ni bil izumljen in ni uporabljan le kot leporečna fraza. V resnici naj bi bil odprt prostor, znotraj katerega ne obstajajo neprehodne bariere – torej prostor, ki ponuja z vidika študenta možnost izbora (načeloma prav) vseh študijskih elementov – v jeziku prava EU – konkretnih visokošolskih izobraževalnih storitev.

<sup>4</sup> Dobro jih seveda poznajo na podlagi lastnih študijskih izkušenj zlasti tisti, ki so sami diplomirali na kateri od dobrih mednarodnih univerz.

**potreba po širšem izboru na mednarodnih visokošolskih prostorih in izven »sistema nacionalne državne oblasti« ?** Ali ni tudi v tem sektorskem zakonodajnem primeru očitna politična zakonodajna umeščenost aktualnega predloga v širšo ideologijo »nacionalnega interesa«?

6. V nasprotju z ideološko pristranostjo predloga novega ZViS sta strokovna in ustavnosodna presoja odprti:<sup>5</sup> »Izobraževalna dejavnost na primer tako sama po sebi ni javna služba, saj lahko poteka vsebinsko enako po tržnih merilih ali v okviru pravnega režima javne službe.«<sup>6</sup> Strokovna in ustavnosodna argumentacija temeljita na **odprtih možnostih razmerij med proizvajalci/izvajalci visokošolskih izobraževalnih storitev (to so v Sloveniji javni ali zasebni VZ) in njihovimi uporabniki**. Razmerja med potrošniki/kupci/uporabniki izobraževalnih storitev in njihovimi ponudniki/proizvajalci/izvajalci so lahko pravno urejena na različne načine – z modeli koncesijskih razmerij, z različnimi modeli javne službe, na podlagi različno avtonomnih od države ustanovljenih in financiranih proizvajalcev univerzitetnih storitev ali na podlagi relativno prostih/reguliranih tržnih razmerij. Specifični mehanizmi, ki so na razpolago za »fine tuning« navedenih splošnih modelov, so koncesnine, proračunske »lump-sum« in druge oblike financiranja državnih univerz, šolnine, štipendijske politike, subvencije, donacije in dotacije, vavčerji in drugi.

7. Še bolj določno je pravo Evropske unije in na njegovi podlagi izvajana evropska upravna in sodna praksa. Tudi **visokošolska dejavnost je storitev, ki se mora zagotavljati »v skladu s pravili gospodarskega prava« – če gre za tržno dejavnost**. V vsakem primeru pa mora država zagotoviti, da sistem zagotavljanja visokošolskih storitev ne ovira svobode ustanavljanja in opravljanja teh storitev, da so pogoji za »dodelitev dovoljenj« za opravljanje storitev (torej za akreditacijo) nediskriminatorni, objektivno utemeljeni, sorazmerni, jasni in nedvoumni, objektivni.<sup>7</sup>

8. Ker predlog novega ZViS izhaja od »nujnega dejstva«, da je »v majhni državi« izobraževanje »javno dobro« in »državna odgovornost«, predstavljajo nosilni steber vsega visokošolskega sistema izvajalci javnega visokošolskega izobraževanja – državni VZ, natančneje državne univerze. Vsi ostali – zasebni, samostojni, koncesionirani VZ, niso so integrirani v državni sistem le preko akreditacijskih postopkov, ki jih izvaja državna agencija, ampak tudi preko sistema koncesij, za katere daje pobudo vlada in ki so pogojene z obveznim sistemom programskega in poslovnega dogovarjanja in usklajevanja z državnimi vis-a-vis koncesionarja. **Predvideni sistem ne dopušča manevrskega prostora za konkurenčno, tržno, avtorsko in podjetniško pobudo in ponudbo visokošolskih izobraževalnih storitev – ki bi bile variantne ali celo alternativne glede na ponudbo visokošolskih storitev kot »javnega dobrega«, za katerega odgovarja država.**

---

<sup>5</sup> 5 Glej: Gorazd Trpin, »Javne službe in javni zavodi«, Podjetje in delo, št. 7 (2004), str. 1376–1382, Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-156/08, zlasti 27., 28. in 29. točka.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Glej: Pogodba o delovanju Evropske unije, 49., 54., 56., 57. člen; Direktiva 2006/123/ES Evropskega parlamenta (september 2011 VR 2) in Sveta EU z dne 12. decembra 2006, 10., 13., 16. člen; Kršitev št. 2011/4027, ki jo je ugotovila Komisija EU v primeru slovenske novele ZviS; sodba luksemburškega sodišča z dne 24. julija 2003 v zadevi Altmark Trans GmbH.

9. Predvidljivi, celo nujni posledici tako zasnovanega »javnega« sistema sta (a) **osredotočenje države kot ponudnika storitev na njihove izvajalce v državni lasti – na organizacijski sistem državnih univerz, katerega vrh predstavlja rektorska konferenca.** Učinkovanje države kot lastnice »svojih« univerz in kot nadzornika njim »prirejenih« »samostojnih« VZ je urejeno tako, da javna oblast deluje po hierarhičnem principu od zgoraj navzdol: vlada – resorni minister – rektorji – profesorji (kot delojemalci v službi rektorja kot edinega predstavnika delodajalca – države). (b) Druga bistvena posledica načrtovanega sistema pa je, da so zanemarjene systemske, razvojne in nadzorne pravice uporabnikov/potrošnikov visokošolskega izobraževanja – študentov, njihovih staršev in delodajalcev bodočih diplomantov. Bistveno je, da **predvideni sistem ne dopušča učinkovitega feedbacka preko povpraševanja avtonomnih izobraževalnih in poklicnih interesov uporabnikov sistema:** Zanimanje in dejanski vpis na konkretne predmete, odločitev za vpis na predmet določenega profesorja, tržna privlačnost modula ali programa, celo oddelka ali fakultete nimajo učinkovitega vpliva na strukturo in delovanje tako načrtovanega sistema.

10. Predlog zakona uvodno še navaja: »Izobraževanje mora biti enako dostopno vsem in za študenta brezplačno.« Iz navedene formulacije bralec lahko sklepa, da sta oba cilja zakonodajalca vzročno-posledično vzajemno odvisna, mogoče takole: Če je izobraževanje brezplačno, je enako dostopno vsem. Empirično je dokazano, da je res prav obratno: **brezplačni študij za otroke nižjih izobrazbenih in premoženjskih slojev ni samo diskriminatoren, ampak povečuje rasklojenost družbe.** Zakaj? Iz dveh razlogov: Ker tudi v nacionalnih sistemih pretežno brezplačnega študija (kot je bil bivši jugoslovanski in kot je sedanji slovenski) študirajo v statistično pomembno večjih deležih otroci iz urbanih, premožnih in izobraženih družin in so zastopani otroci staršev, ki živijo v ruralnih naseljih, so revni ter manj šolani. Privilegij brezplačnega študija torej dodatno privilegira višje sloje in deprivira/diskriminira nižje sloje. **Otroci delavcev in kmetov imajo bistveno manjše objektivne možnosti vpisa na univerzo – njihovi starši pa preko davčnega sistema sofinancirajo študij otrok višjih razredov.** Sistem brezplačnega študija je dokazano diskriminatoren in perpetuirata zatečene razredne družbene neenakosti. V svetu deluje vrsta mehanizmov, ki korigirajo opisani paradoks brezplačnega študija, na primer dvojček »šolnina-štipendija« ali sistem vavčerjev v enaki višini za vse. Tudi **zgoraj odprtih vprašanj predlog zakona ne zaznava in še manj rešuje.** Njegova implicitna razredna ideološka podstat je konservativna: perpetuiranje interesov privilegiranih – študentov iz vladajočih družbenih slojev,<sup>8</sup> ceha profesorjev, zaposlenih za neomejen čas ter politično-akademske elite visokošolske oblasti, katere člani so ves čas horizontalno mobilni med sektorji iste ravni elite oblasti – bodisi akademske, strankarske, vladne ali parlamentarne.

11. Uvodna razlaga in obrazložitve k členom predloga se sklicujejo in (tudi pravno nepravilno) komentirajo relevantno sodno prakso Ustavnega sodišča RS. Seveda ustavna sodba o protiustavnosti urejanja financiranja državnih univerz s podzakonskimi akti (kot je uredba vlade) ne opravičuje skrajšanega postopka sprejemanja vseh drugih določb

---

<sup>8</sup> Na delovanje slovenskih univerz pa tudi na njihovo zakonodajno urejanje naj bi imeli ves vpliv t. i. deležniki visokega šolstva, med njimi tudi študentje. Neposredni »deležniki« vseh bivših in sedanjih zakonitev slovenskega visokega šolstva pa niso tudi vsi tisti polnoletni otroci deprivilegiranih slovenskih razredov, ki izpolnjujejo vpisne pogoje na univerzo, pa iz tega ali onega razloga te svoje pravice niso uveljavili.



predlaganega zakona, tudi tistih, ki urejajo financiranje samostojnih in zasebnih visokošolskih zavodov. Na tem mestu pa komentiramo le dve drugi vrsti **ustavnih neskladnosti pričujočega spornega zakonskega predloga**: (a) tistih, ki so v neskladju z določbami Ustave na podlagi veljavnega precedenčnega prava Ustavnega sodišča, kot so: predlagane določbe, ki brez legitimnega cilja in nesorazmerno posegajo v pravico do avtonomije samostojnih VZ, v njihovo svobodo izobraževanja in v njihovo pravico do svobodne gospodarske pobude – ko predpisujejo pogoje za njihovo ustanavljanje, financiranje in delovanje (na primer, arbitrarno predpisovanje načina sklepanja delovnih razmerij, njihovega nominalno določenega obsega; restriktivno predpisovanje pogojev za ustanovitev univerze; pogojevanje sklepanja koncesijskih razmerij) ter (b) tistih, ki so v neskladju z ustavnimi pravicami vseh univerzitetnih subjektov, zasebnih in javnih, kljub ali zaradi podnormiranosti, nedoločnosti, pravno nepravilne argumentacije in/ali obsoletnosti nosilnih razlogov veljavnih ustavnih odločb. V nadaljevanju je govora o primerih pod (b).

12. Ključna precedenčna odločba Ustavnega sodišča RS<sup>9</sup> razloguje, da v delovanje oseb javnega prava, torej tudi državnih univerz, lahko posega država kot ustanovitelj in kot oblast. Država se je z določbo 58. člena Ustave pravicam, ki bi jih imela kot ustanoviteljica, odpovedala. Pač pa se z navedeno določbo ni odpovedala pravicam, ki jih ima kot oblast: Kot oblast je namreč upravičena posegati tako v javne kot v zasebne univerze »zaradi zagotavljanja pravic drugih in v javnem interesu«. <sup>10</sup> Pravkar navedeni, po mojem mnenju z vidika pravne logike napačni konstrukt pojasni Ustavno sodišče s tem, da ustavodajalcu pripiše »logični« legitimni cilj, urediti razmerja med univerzami in državo tako, da državne univerze ne bi uživale več avtonomnosti kot pa zasebne univerze. <sup>11</sup> Kako razumeti to razlogovanje? Najprej – če bi pomenila »avtonomija« samostojnost v razmerju do države kot take, potem bi bile državne univerze zavarovane pred kakršnimi koli posegi države – ustanoviteljskimi in oblastnimi. Vse univerze – državne in zasebne – bi bile izenačene razen v pogledu financiranja, ki naj bi ga za državne univerze urejala država z zakonom, za zasebne pa njihov ustanovitelj in lastnik. S prav tako izenačitvijo pa se Ustavno sodišče ni strinjalo – tudi zato, ker bi v obeh primerih izostala možnost omejitve avtonomije univerz, državnih in zasebnih, s strani države kot oblasti. Zato je bil torej potreben **ustavnosporni konstrukt dvojnega načina posega države v avtonomijo državnih in zasebnih univerz - kot ustanoviteljice in kot oblasti**.

13. Nadalje ista ustavna sodba iz 57. člena Ustave, ki ureja, da »država ustvarja možnosti, da si državljani lahko pridobijo ustrezno izobrazbo« izpelje obveznost, »da za zagotovitev ustrezne izobrazbe ustanavlja 'državne' univerze in visoke šole«. <sup>12</sup> Etatiistični aktivizem sodbe je na tem mestu presegel vse razumne meje: »Možnosti« za pridobivanje izobrazbe je več, ustanavljanje državnih univerz je le ena od njih. Tudi »ustreznih« izobrazb je več,

---

<sup>9</sup> (U-I-34/94-22/01-1998, Odl. US VII/1, str. 83–111).

<sup>10</sup> *Ibid.*, 33. t

<sup>11</sup> »/D/rugačno razumevanje bi privedlo do nelogičnega rezultata, da bi v razmerju do države uživale več avtonomnosti državne kot pa zasebne univerze.« *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*, 38. t.

univerzitetna je le ena od njih. Gotovo je ena od možnosti tudi zagotavljanje pogojev za ustanavljanje zasebnih univerz, študij v tujini, organiziranje in financiranje sistema štipendij itd. Med ustavnimi podlagami za dopustnost posegov v avtonomnost univerze navaja ustavna sodba tudi konstrukt naslednje možnosti, ki naj bi jo bila država dolžna ustvarjati, da si državljani lahko pridobijo ustrezno izobrazbo:<sup>13</sup> »Ustavna določba, da država ustvarja možnosti, da si državljani lahko pridobijo ustrezno (torej tudi visoko) izobrazbo, zahteva od države, da zagotovi enoten sistem visokega šolstva. Takšen sistem pa je mogoče zagotoviti le, če država enotno opredeli ustanovitev in delovanje visokošolskih inštitucij, njihovo upravljanje, določitev javno veljavnih študijskih programov in diplom in drugih javnih pooblastil (npr. nostrifikacije), financiranja, nadzora nad porabo javnih sredstev, kontrole kvalitete, razmerja med visokimi šolami in možnost prehodov med njimi, enakovrednost diplom različnih inštitucij in podobno.« **Izpeljava ustavne dolžnosti države, da ustanavlja državne univerze in da zagotovi enoten sistem visokega šolstva iz ustavne določbe o ustvarjanju možnosti za pridobivanje ustrezne izobrazbe, je ustavnopravno napačna:** Pomeni ekstenzivno in aktivistično razlago ustavno dopustnih posegov v avtonomijo univerze.

14. Po petnajstih letih je napočil čas za novo precedenčno ustavno sodbo na podlagi 58. člena Ustave. **Morebitna uveljavitev sedaj predlaganega ZViS se zdi odlična priložnost za ustavno pobudo in za novo precedenčno ustavno razlago svobode univerzitetnega pouka in znanstvenega raziskovanja znotraj svobodne in avtonomne mreže slovenskih visokošolskih zavodov, javnih in zasebnih.** Sedanjim, glede na devetdeseta leta v marsičem spremenjenim razmeram v slovenskem visokem šolstvu ustrezna in z izvirno zasnovano slovenske ustave skladnejša ustavna sodba bi neizbežno pomenila in zahtevala tudi novo zakonodajno ureditev. Mogoče novi ZviS ne bi obsegal le enega člena,<sup>14</sup> zanesljivo pa ne bi sledil hipertrofiranim nomotehničnim ambicijam etatiistične zasnove sedanjega predloga.

15. Slovenija je skušala transnacionalno izobraževanje (TNI) urediti z novelo ZViS, vendar Evropska komisija (EK) s tem ni bila zadovoljna; na Slovenijo je naslovila obrazloženo mnenje (št. kršitve 2011/4027), v katerem ugotavlja, da »Republika Slovenija ni izpolnila svojih obveznosti v skladu z 49. členom PDEU v povezavi s 54. členom PDEU in s 56. členom PDEU ter v skladu z 10., 13. in 16. členi direktive o storitvah: (a) ker ni sprejela meril in pogojev za izdajo dovoljenj visokošolskim zavodom iz drugih držav članic za zagotavljanje storitev visokošolskega izobraževanja v Sloveniji prek podružnic ali v sodelovanju s katerim koli slovenskim subjektom v skladu s pravili gospodarskega prava kljub jasnim pooblastilom, podeljenim agenciji NAKVIS v petem odstavku 33.c člena ZviS, in (b) ker ni predložila osnutkov besedil ali časovnega načrta sprejetja v ta namen«. V skladu s prvim odstavkom 258. člena PDEU je EK pozvala RS, da v dveh mesecih od prejema tega obrazloženega mnenja sprejme ukrepe, potrebne za njegovo upoštevanje. Obstoječi sistem

---

<sup>13</sup> Tretji odstavek 57. člena Ustave: »Država ustvarja možnosti, da si državljani lahko pridobijo ustrezno izobrazbo.«

<sup>14</sup> Ki bi se po mnenju nekaterih ustavnih sodnikov, ki so ostali leta 1998 v manjšini, glasil: »Univerza je« ali pa »Univerza je svobodna«.

izvajanja TNI da pomeni omejitev svobode ustanavljanja; domnevna nezdržljivost nekaterih določb ZViS z načeloma svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev.

16. Slovenska vlada priznava, da je ureditev TNI »povezana z uradnim opominom Evropske komisije«<sup>15</sup> – ki pa ga v razlagah ministra nikjer ne navajajo dobesedno in glede na vse konkretne člene ZViS, za katere EU ugotavlja kršitev. Določbe PDEU ter Direktive 206/123ES, ki urejajo pogoje in postopke za dodelitev dovoljenj za opravljanje storitev, za ustanavljanje in za opravljanje dejavnosti podjetij itd. urejajo zahtevo, da so ti pogoji tudi v Sloveniji nediskriminatorni, utemeljeni z javnim interesom itd. – za osebe iz tuje države. Če morajo biti v Sloveniji nediskriminatorni za tuje osebe iz EU, je a fortiori potrebno, da so enako nediskriminatorni tudi za državljane RS. Predlog novega ZViS pokušaja zadovoljiti s strani Komisije ugotovljene kršitve EU prava tako, da uzakonja nove določbe transnacionalnega izobraževanja (TNI), ki naj bi bile skladne z Direktivo in PDEU. Tuji državljani imajo tako pravico sklicevati se na določbe prava EU in zahtevati nearbitrnost, objektivnost, nediskriminatornost itd. glede ustanavljanja in opravljanja (visokošolskih) storitev visokošolskih zavodov, ki jih v Sloveniji ustanavljajo slovenske fizične ali pravne osebe javnega ali zasebnega prava. Vendar morajo biti splošni pogoji ustanavljanja in opravljanje storitev v Sloveniji skladni s pravom EU zato, ker je prav to prvi pogoj, da bodo enako nediskriminatorni, objektivni, določni itn. tudi za državljane RS. **Z morebitno uveljavitvijo spornih določb sedanjega predloga zakona bo v zavarovanje pravnih interesov obeh varovanih kategorij – tujcev in državljanov RS – treba posredovati pobudo za ugotovitev kršitve prava EU.**

17. Zakonska podlaga statusa, pristojnosti, odločanja in postopkov, ki jih vodi Nacionalna agencija za kakovost v visokem šolstvu (NAKVIS), je skladna z mednarodno primerljivimi modeli. Vendar pa je praksa odločanja Sveta NAKVIS, deloma legitimirana tudi z nekaterimi razlogi iz odločb Pritožbene komisije NAKVIS,<sup>16</sup> pogosto neskladna s pravnimi podlagami. **Svet agencije razlaga in uporablja polje svoje presoje pogosto pravno nepravilno ter posledično odloča ne samo diskrecijsko, ampak tudi arbitrarno. Značilni so primeri, ko sta izrek in obrazložitev sveta v nasprotju s končnim evalvacijskim poročilom, torej z dokumentacijo, ki je na podlagi ZViS in Meril NAKVIS edino dokazilo za ugotavljanje materialne resnice v postopku akreditacije VZ.** Ko in če svet agencije napačno uporabi te določbe Meril, ker v izreku in obrazložitvi odločbe dejansko stanje presodi arbitrarno in drugače kot samo evalvacijsko poročilo, s tem napačno uporabi materialno pravo. Strokovnjaki, ki v postopku akreditacije visokošolskega zavoda oz. programa izdelajo evalvacijsko poročilo, predstavljajo za svet agencije, pristojen za vodenje upravnega postopka, edino zakonito strokovno podlago za njegovo odločanje. Pri tem lahko svet agencije upošteva le še pripombe visokošolskega zavoda na evalvacijsko poročilo, ne sme pa na podlagi evalvacijskega poročila sam oblikovati ugotovitev ali celo

---

<sup>15</sup> Kršitev št. 2011/4027.

<sup>16</sup> Primerjaj odločbo Pritožbene komisije NAKVIS z dne 5. 9. 2013, št. 0141-23/2013/2: »To, da je evalvacijsko poročilo podlaga za odločanje sveta NAKVIS, ne pomeni, da je svet vezan na to poročilo. Pritožbena komisija poudari, da je svet najvišji organ odločanja agencije /.../ evalvacijsko poročilo pa je izvedensko mnenje, ki ga svet agencije prosto presoja.«

ugotovitve uporabljati (izbirati) selektivno in na tako selektivno opredeljeno dejansko stanje uporabiti določbe ZViS o podaljšanju akreditacije. Drugačna razlaga ZViS ne pomeni le kršitve 22. člena Ustave, temveč posledično posega tudi v pravico do svobode znanosti (59. člen Ustave) in do avtonomnosti univerz in visokih šol (58. člen Ustave). Predstavlja tudi poseg v splošno osebnostno pravico iz 35. člena Ustave.

**18. Ipso facto bi to pomenilo tudi, da se je svet agencije oprl na lastno (arbitrarno) konstrukcijo dejanskega stanja, za katero ne bi razpolagal z ustreznim zakonito pridobljenim dokaznim gradivom.** Obstajala bi tudi možnost, da s tako samovoljno konstrukcijo dejanskega stanja, na katero bi posledično oprl svojo arbitrarno presojo in odločitev, ne bi seznanil skladno s poštenim upravnim postopkom prizadetega visokošolskega zavoda. To pa bi pomenilo, da bi svet stranki (visokošolskemu zavodu) pred izdajo odločbe ne dal možnosti, da se izjavi o domnevnih dejstvih in okoliščinah in o ustreznem konstruktivnem dejanskem stanju, ki bi predstavljal podlago za odločbo. To potemtakem ne bi bila dejstva in okoliščine, ki bi jih ugotovila skupina strokovnjakov v poročilu (o katerih bi se visokošolski zavod imel možnost izjaviti), temveč neke druge samovoljno ugotovljene in presoјane okoliščine, o katerih se visokošolski zavod ne bi imel možnosti izjaviti. Če ne bi tako ravnal, **bi v tem primeru šlo za absolutno bistveno kršitev postopka in za kršitev pravice do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave.**

19. V majhnem visokošolskem prostoru, kakršen je slovenski, se je težko izogniti pristranosti presoje in odločanja v evalvacijskih in akreditacijskih postopkih. Formalne odločbe o nezdržljivosti članstva v strokovni evalvacijski skupini in v Svetu NAKVIS ne zadostujejo. **Edino zanesljivo zagotovilo nepristranosti, strokovnosti in objektivnosti presoje in odločanja bi bila udeležba nepristranskih tujih akademskih strokovnjakov, ki bi jih tudi imenovala v evalvacijsko skupino in v svet ANAKVIS mednarodna agencija ali kako drugo združenje.** V tem pogledu je nujna dopolnitev sedanjega predloga ZViS.

20. Ustavni pravici do univerzitetne avtonomije in svobode narekujejo tudi opustitev vsakršnih akreditacijskih postopkov za študijske programe. **Po priznanju javne veljave visokošolskega zavoda (VZ) – fakultete, visoke šole ali univerze – sodi v polje proste avtonomne presoje akreditiranega zavoda, da sam ureja študijske vsebine, ki jih izvaja za uporabnike svojih visokošolskih izobraževalnih storitev. To pravilo mora veljati nediskriminatorno glede na javne in zasebne VZ, za članice univerze in za samostojne VZ.**

21. Zakon na novo ureja inštitut »odcepljenega podjetja« (»spinoff«) kot oblike »prenosa znanja v gospodarstvo«. Predlog zakona ureja, da odcepljeno podjetje lahko ustanovi javna univerza v obliki gospodarske družbe, za katerega obveznosti pa kot ustanoviteljica ne odgovarja. V odcepljeno podjetje javna univerza prenese svojo intelektualno lastnino, know-how in licence za uporabo strokovnega znanja (»stvarni vložek«). In ko je v predlogu zakona neopredeljeni »namen odcepljenega podjetja« dosežen, javna univerza proda (»odsvoji«) svoj stvarni vložek (»svoje udeležbene pravice«) odcepljenemu podjetju. Kupnino oz. dobiček pa javna univerza izplača svojim profesorjem (predlog zakona: »javna univerza porabi dobiček /.../ in kupnino /.../ za izpolnjevanje obveznosti /.../ ustvarjalcem znanja, ki je predmet stvarnega vložka«). Nov inštitut naj bi bil uzakonjen z namenom

omogočiti »prenos znanja z univerze v gospodarstvo«. **V javni obravnavi tega inštituta bi bilo treba razjasniti vse civilno in gospodarskopravne elemente in učinke zakonodajne novosti, tudi z vidika prava intelektualne lastnine, javnega dobrega in ustanoviteljskih pravic države. Odgovoriti je treba na naslednje temeljno vprašanje: Ali gre v zadevnem primeru res za »prenos znanja v gospodarstvo« ali pa se pod tem splošnim ciljem skriva inštrument privatizacije državnih univerz?**

22. Predlog zakona s tremi ključnimi ukrepi omeji avtonomijo zasebnih VZ, še posebej koncesioniranih, do te mere, da že vsak ukrep posebej posega v samo bistvo njihovih ustavnih pravice do avtonomije, svobode izobraževanja, svobode znanosti in svobodne gospodarske pobude zasebnega VZ. Vsi ukrepi pa kot celota pomenijo dokazljivo in zanesljivo ukinitvev zasebnega visokega šolstva v RS v roku prvega poslovnega leta po morebitni uveljavitvi zakona. Gre za naslednje ukrepe, ki jih predvideva predlagani zakon: (a) zaposlitev za poln delovni čas najmanj ene tretjine od zagotovljenih visokošolskih učiteljev (4. alineja prvega odstavka 22. člena), (b) zagotovitev najmanj 30 odstotkov sredstev iz koncesije za funkcijske in proizvodne stroške (sedmi odstavek 180. člena) ter (c) predložitev bančne garancije s klavzulo »brez ugovora« v višini sredstev, potrebnih za financiranje enega študijskega leta zasebnega VZ (šesti odstavek 22. člena). **V vsakem od zgoraj navedenih primerov gre za nerazumen, nesorazmeren in arbitraren poseg v ustavne pravice zasebnih VZ. Finančni učinki ukrepov pa so prima facie predvidljivi in dokazljivi do te mere, da jih predlagatelj zakona zanesljivo pozna – kar navaja k domnevi, da je pravi cilj tega dela predlaganega zakona ideološki ukrep likvidacije slovenskega zasebnega šolstva.**

23. Predlog zakona ohranja status »samostojnega visokošolskega zavoda«, dodaja pa razlikovanje med »javnim samostojnim VZ« ter »zasebnim samostojnim VZ«. V uvodni razlagi je navedeno, da je delovalo v študijskem letu 2012/13 56 javnih VZ, združenih v tri državne in eno (novogoriško) javno univerzo<sup>17</sup> ter 38 zasebnih in javno-zasebnih samostojnih VZ,<sup>18</sup> ki pa niso člani katere od univerz. Predlog novega zakona uvaja za ustanovitev nove univerze, v katero bi se lahko včlanili vsi ali del sedaj samostojnih VZ, pogoje, ki jih vsaj ob ustanovitvi nove univerze ne bi mogla izpolniti nobena skupina samostojnih VZ: (a) znanstveno delo po klasifikaciji FRASCATI na najmanj treh znanstvenih področjih, (b) na vsakem od področij izvajanje študijskih programov vseh treh stopenj ter (c) najmanj 81 polno zaposlenih visokošolskih učiteljev, od teh ena tretjina za nedoločen čas (tretji odstavek 22. člena). **Navedena restriktivna določila, ki praktično onemogočajo združevanje sedaj nepovezanih in ločeno delujočih zavodov ter programov v nove univerze, so nerazumljiva tudi z vidika deklariranih ciljev sestavljavcev samega predloga zakona.** Eden od ključnih očitkov glede zatečenega stanja strukture slovenskega visokošolskega prostora naj bi bila po oceni sestavljavcev pričujočega spornega predloga tudi njegova »razdrobljenost« na »preveliko število« VZ (zlasti

---

<sup>17</sup> Univerzo v Novi Gorici so ustanovile goriške občine in državni inštitut »Jožef Štefan« in je torej po lastniško-ustanoviteljskem statusu lokalno-državna oz. javno-državna.

<sup>18</sup> Nekatero samostojne VZ so soustanovile občine kot lokalne samoupravne skupnosti javnega prava, druge pa fizične ali/in pravne osebe zasebnega prava.

samostojnih) in študijskih programov. Namesto da bi glede na deklarirani cilj združevanja in povezovanja novi zakon omogočil avtonomno organiziranje »samostojnih« VZ v nove univerze – jim z novo omejevalno ureditvijo prav to učinkovito preprečuje. Namesto cilja policentričnega regijskega razvoja slovenske visokošolske mreže stabilizira anomalijo specifične geneze odcepljanja novih VZ od prvotno edine ljubljanske univerze. In vztraja pri arbitrarnem omejevanju strukture univerze na »tri« nujno potrebna znanstvena področja.

24. Predlog novega zakona na novo ureja financiranje državnih VZ in zasebnih oz. samostojnih VZ. Država se lahko kot ustanoviteljica in »kot oblast«<sup>19</sup> odloči, v kolikšnem obsegu in kako bo financirala dejavnosti visokega šolstva. Na prvi pogled arbitrarno in diskriminatorno pa je, če se **v predlogu novega zakona odloči za ureditev bistveno večje pogodbene svobode v razmerju med vlado in »njenimi« državnimi VZ (univerzami in fakultetami), kot je predvidena za koncesijska razmerja med vlado in zasebnimi VZ.** Pogodba o izvajanju dejavnosti za javne VZ se sklene, inter alia, na temelju poprejšnjih pogajanj obeh pogodbenih strank na podlagi obligacijskega zasebnega prava z elementi javnega prava (drugi odstavek 139. člena). Koncesijsko razmerje pa ne nastane na podlagi pogajanj med dvema strankama – med vlado in bodočim koncesionarjem –, ampak koncedent (država, vlada, minister) na podlagi koncesijskega akta kot vladnega predpisa po dokončnosti odločbe o podelitvi koncesije »pozove koncesionarja k sklenitvi koncesijske pogodbe« (165. člen), se pravi, k podpisu brez možnosti predhodnega usklajevanja vsebine pogodbe v procesu pogajanj.

25. Sodobni modeli razmerij med državo in visokim šolstvom ne razločujejo togo med kategorijama zasebnih in javnih izvajalcev visokošolskih izobraževalnih storitev. Ne glede na lastniški status imajo VZ, predvsem univerze, v načelu enak dostop do javnih sredstev, ki jih ponuja država na javnih razpisih vsem brez diskriminacije glede na status. Če in ko bo presežen ustavnosodni konstrukt dvojnega načina posega države v avtonomijo državnih in zasebnih univerz – torej države kot ustanoviteljice in kot oblasti –, bo **logična enotna ureditev pogodbenega financiranja javnih in zasebnih univerz na podlagi pogajanj o kakovosti in ekonomski učinkovitosti izvajanja visokošolskih izobraževalnih storitev – v interesu davkoplačevalcev, elitnosti ponudnikov/izvajalcev storitev in kakovostnega študija študentov –, kar šele kot celota predstavlja pravi »javni/nacionalni interes«.** Primerjalni prikaz že delujočih zgoraj opisanih modelov urejanja razmerij med državo in univerzami naj bi predstavljal osrednji del uvodnih strokovnih razlag bodočega predloga novega slovenskega ZViS.

---

<sup>19</sup> Obe navedeni njeni vlogi sta problematizirani že supra, v razdelku o spornem ustavnosodnem modelu oz. v razlagi avtonomije državnih in zasebnih visokošolskih zavodov.

# **Tone Jerovšek    Komentar predloga ZViS-1**

## **1. Postopek sprejemanja ZViS**

Vlada RS naj bi na predlog ministra določila besedilo Predloga ZViS (EVA) in ga predložila Državnemu zboru RS v obravnavo po skrajšanem zakonodajnem postopku. Po določbi 142. člena Poslovnika Državnega zbora lahko predlagatelj zakona predlaga, naj Državni zbor obravnava predlog zakona v skrajšanem postopku, če gre za:

- manj zahtevne spremembe in dopolnitve zakona,
- prenehanje veljavnosti posameznega zakona ali njegovih posameznih določb,
- manj zahtevne uskladitve zakona z drugimi zakoni ali s pravom Evropske unije,
- spremembe in dopolnitve zakona v zvezi s postopkom pred Ustavnim sodiščem oz. z odločbo Ustavnega sodišča.

Predlog za skrajšani postopek se opira na zadnjo alinejo omenjenega člena Poslovnika, vendar vladni predlog ZViS ne predstavlja le spremembe in dopolnitve zakona v zvezi z odločbo Ustavnega sodišča glede financiranja visokega šolstva, pač pa gre za nov zakon, ki daleč presega zahteve po spremembi s strani Ustavnega sodišča RS, ker v temeljih spreminja ključna vprašanja avtonomije visokega šolstva, akreditacij in evalvacij zavodov in programov, delovanja in financiranja in neenakega obravnavanja javnega in zasebnega visokega šolstva itd.

Zato je vladni predlog za skrajšani postopek v direktnem nasprotju s pogoji za skrajšani postopek po Poslovnikom Državnega zbora.

Prav ta odprta in za razvoj Slovenije ključna vprašanja se ne smejo in ne morejo regulirati po skrajšanem postopku, saj gre za zlorabo demokratičnega postopka, ki izhaja iz 1. člena Ustave. O teh vprašanjih in o tako usodnih odločitvah, še zlasti ob dejstvu, da predlog zakona neenako obravnava javno in zasebno šolstvo, pa je nujna v Državnem zboru tudi splošna razprava. Zato Skupnost samostojnih visokošolskih zavodov odločno nasprotuje predlaganemu skrajšanemu postopku kot tudi regulaciji, ki ni preučena in k njej ni bil pritegnjen najširši akademski in siceršnji intelektualni potencial. Regulacija, ki poteka v ozkih kabinetnih skupinah, lahko predstavlja samo nadaljevanje in poglobljanje katastrofalnega stanja države in njene perspektive.

## **2. Avtonomija in neenakost visokega šolstva**

Zakon je v nasprotju vsaj z naslednjimi določbami Ustave:

- S 14. členom, ker uzakonja neenako obravnavanje zasebnega in javnega visokega šolstva, npr. v 5. členu in kasnejših, po katerem so VZ univerze in samostojni VZ. Samostojni VZ so fakultete, umetniške akademije in visoke strokovne šole, torej brez

univerz. V univerzo se samostojni visokošolski in drugi zavodi lahko vključijo le kot pridružene članice (18. člen).

Neenako in diskriminatorno v razmerju do javnega šolstva so obravnavani samostojni VZ z vidika organizacijskih oblik. Univerze oblikujejo rektorsko konferenco, v katero pa se ne vključuje Skupnost samostojnih visokošolskih zavodov. Rektorska konferenca pa ima poleg usklajevalne vloge tudi nekatere predlagane pristojnosti – Svet NAKVIS itd. Ni najti nobenega razloga, zakaj ne bi bil član rektorske konference predsednik Skupnosti, ker se v njej usklajujejo vprašanja skupnega pomena, ta pa ne morejo biti samo stvar univerz.

Nesprejemljiva in za razvoj znanosti škodljiva je določba 7. člena, po kateri univerza zagotavlja razvoj znanosti, strokovnosti in umetnosti ter neposredno ali prek svojih članic v izobraževalnem procesu posreduje spoznanja z več znanstvenih oz. umetniških področij ali disciplin. Fakultete, ki jih kot prvo organizacijsko obliko ustanavljajo samostojni VZ, pa po 8. členu opravljajo pretežno znanstvenoraziskovalno in izobraževalno dejavnost s področij ene ali več sorodnih oz. med seboj povezanih znanstvenih disciplin in skrbijo za njihov razvoj. So izvedbeni servis univerze, ki ga Skupnost nima.

Samo javna univerza lahko z namenom prenosa znanja v gospodarstvo ustanovi odcepljeno podjetje, ki se ustanovi v obliki gospodarske družbe in tako privatizira javno šolstvo.

Povsem diskriminatorna v razmerju do javnega šolstva je določba, po kateri mora ustanovljeni zasebni VZ kot naročnik garancije pred prvim razpisom za vpis v študijske programe predložiti ministrstvu, pristojnemu za visoko šolstvo, bančno garancijo s klavzulo »brez ugovora« za izvedbo enega študijskega leta v korist VZ kot upravičenca do garancije, ki bo prevzel študente, če ne bi prejel plačila za svojo dejavnost iz drugih sredstev naročnika. Če novoustanovljeni zavod izkaže, da je storil vse potrebno, vendar kljub temu s katerim od obstoječih zavodov dogovora o prevzemu študentov ni uspel skleniti, mora predložiti garancijo v korist RS kot upravičenca do garancije (22. člen). Določba predstavlja podlago za ukinitve zasebnega šolstva.

Gornja določba je povsem v nasprotju z deklarativno določbo 11. člena, po kateri imajo državljani RS pravico do izobraževanja na VZ v RS pod enakimi pogoji. Glede na materialne možnosti bo zasebno šolstvo v povsem neenakih pogojih v razmerju do javnega šolstva, ki je financirano iz proračuna.

Obstoječe univerze že sedaj pokrivajo vsa področja in nimajo potrebe po ustanavljanju novih fakultet, zato je določba, po kateri mora biti izkazano, da bo imela na zavodu v ustanavljanju najmanj tretjina posameznikov zaposlitev za polni delovni čas oz. enako število ekvivalentov polne zaposlitve na tem zavodu, omejevalna samo za samostojne VZ (22. člen).

Pogoji glede ustanavljanja univerze v tretjem odstavku 22. člena se glede na prehodne in končne določbe, po katerih se ta zakon uporabi za vse še nedokončane postopke nanašajo predvsem na še nekončan postopek ustanavljanja Nove univerze in na nekaj drugih začetih postopkov (najmanj 81 visokošolskih učiteljev, znanstvenih delavcev ali visokošolskih sodelavcev, od katerih je najmanj tretjina zaposlena za nedoločen čas).

Povsem diskriminatorna je določba 43. člena, po kateri samostojni VZ spreminja obvezne sestavine študijskih programov po enakem postopku, kot se sprejemajo, torej z akreditacijo



pri Nakvis, univerza pa obvezne sestavine študijskih programov spreminja sama. O spremembah obveznih sestavin študijskih programov univerza le seznanja agencijo v 30 dneh od njihovega sprejema.

– S 57. členom, ker onemogoča svobodno izobraževanje v zasebnem šolstvu. Sploh je nesprejemljivo, da bi minister, pristojen za visoko šolstvo, določal podrobnejše pogoje v zvezi s številom prostih vpisnih mest, plačilom šolnine, z bivanjem v študentskih domovih ter drugimi pravicami in dolžnostmi študentov v skladu s tem zakonom za Slovence brez slovenskega državljanstva in državljane članic Evropske unije. VZ pa bi lahko za Slovence brez slovenskega državljanstva določili ugodnejše pogoje za vpis. Kdo bi te ugodnejše pogoje financiral?

– Z 58. členom, ker zakon s presežno regulacijo posega v avtonomijo univerze in visokih šol. Zakon sploh ne loči avtonomije univerze in visokih šol od akademske svobode, oboje pomeša v 10. členu pod pojmom »delujejo po načelih avtonomije«, pri tem pa v prvem odstavku tega člena pravi: Univerza je avtonomni, znanstvenoraziskovalni, umetniški in izobraževalni VZ s posebnim položajem. V drugem odstavku pa doda še Skupnost, ki pa samo deluje po načelih avtonomije. Avtonomije ji torej ne priznava. Sicer pa zakon, ki ima 210 členov, ne prepušča avtonomiji ničesar, gre za samovoljno birokratsko ukalupljenje v sistem visokošolskega režima in s tem obglavljenje visokega šolstva na splošno.

– Z 59. členom, ker preprečuje ali pa vsaj ovira svobodo znanstvenega ustvarjanja.

Po določbi 7. člena univerza zagotavlja razvoj znanosti, strokovnosti in umetnosti ter neposredno ali prek svojih članic v izobraževalnem procesu posreduje spoznanja z več znanstvenih oz. umetniških področij ali disciplin. Za izvajanje knjižnične in drugih dejavnosti, potrebnih za uresničevanje poslanstva univerze, ima univerza lahko univerzitetno knjižnico, inštitute, študentske domove in druge enote. Tega povezovanja samostojni VZ ne morejo doseči in zagotavljati, ker jim ta oblika povezovanja ni dovoljena. Se pa po določbi 17. člena samostojni VZ obvezno združujejo v Skupnost samostojnih visokošolskih zavodov za obravnavanje in usklajevanje vprašanj skupnega pomena, kar pa ne ustreza položaju in pooblastilom, ki jih ima univerza.

– S 74. členom, ker onemogoča svobodno pobudo glede na možnosti, ki jih ima javno šolstvo.

V zvezi s transnacionalnim izobraževanjem smo namreč priča uradnim opominom Evropske komisije zaradi domnevne nezdržljivosti nekaterih določb ZViS z načeloma svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, zagotovljenih v 56. in 49. členu v povezavi s 54. členom Pogodbe o delovanju Evropske unije ter z 10., 13. in 16. členom Direktive 2006/123/ES Evropskega parlamenta, september 2011, VR 2, in Sveta z dne 12. decembra 2006 o storitvah na notranjem trgu (kršitev št. 2011/4027). To kaže prav omenjeni 5. člen, ki ne omogoča ustanavljanja ene od oblik statusnega organiziranja – univerze – samostojnim VZ.

V nasprotju s to ustavno določbo je tudi določba 23. člena, po kateri si morajo obstoječi VZ kljub enaki statusni obliki pridobiti novo odločbo o akreditaciji VZ, če se za slednjega zahtevajo pogoji, kot veljajo za ustanovitev. Namenjena je ukinjanju obstoječih samostojnih VZ, ki ne bodo mogli izpolniti pogoja, da ima najmanj tretjina učiteljev zaposlitev za polni delovni čas.

Z namenom oblastnega omejevanja visokega šolstva se zahteva najmanj vsakih pet let pridobiti odločbo o podaljšanju akreditacije VZ. To pa je treba povezati z določbami o možnem odvzemu akreditacije, torej ne po sedmih, pač pa po petih letih, čemur očitno služi ta določba.

Dokaz o omejevanju svobodne pobude samostojnih VZ je tudi določba 15. člena, po kateri lahko Mednarodno zvezo univerz s sedežem v RS na podlagi pisnega sporazuma ali pogodbe ustanovita vsaj ena univerza, ustanovljena skladno s tem zakonom, ki ima akreditirane študijske programe na vsaj treh področjih po ISCED-klasifikaciji in raziskovalno dejavnost na vsaj treh področjih po klasifikaciji FRASCATI, in vsaj ena univerza s sedežem zunaj RS, akreditirana v državi, kjer ima sedež.

Povsem nelogična in omejevalna je določba 6. člena, po kateri dislocirana enota kot lokacija izvajanja pomeni izvedbo celotnega študijskega programa zunaj sedeža zavoda in prostorov iz prejšnje točke doma ali v tujini. Zakaj ne tudi delov študija?

### 3. Financiranje

Ustavno sodišče RS je v postopku za preizkus pobude in v postopku za oceno ustavnosti in zakonitosti, začetem na pobudo Univerze v Ljubljani, na seji 14. aprila 2011 med drugim odločilo, da se 43. člen ZViS (Uradni list RS, št. 119/06 – uradno prečiščeno besedilo, 64/08 in 86/09) razveljavi. Ugotovilo je, da so četrti odstavek 46. člena, prvi do peti odstavek 73. člena in tretji odstavek 77. člena istega zakona v neskladju z Ustavo.

Popolna avtonomija javnih zavodov na področju njihovega financiranja ni mogoča, saj mora država kot ustanovitelj najprej zagotoviti ustrezna (finančna) sredstva. Ureditev virov financiranja ter višine financiranja iz proračuna in drugih virov je tako v pristojnosti zakonodajalca, ki ima na tem področju široko polje proste presoje, pri čemer zakonodajalec le ni povsem prost. Način financiranja mora v zakonu urediti tako, da državne univerze in državne visoke šole že na podlagi zakona lahko predvidijo obseg finančnih sredstev, ki jih lahko pridobijo. Glede na navedeno Ustavno sodišče ocenjuje, da prvi do tretji odstavek in peti odstavek 73. člena ZViS ne urejajo načina financiranja javnih VZ na način, da bi bilo zadoščeno zahtevi iz drugega odstavka 58. člena Ustave. Ustavno sodišče je na podlagi navedenega ocenilo, da ZViS ni uredil vsebine načina financiranja državnih univerz in državnih visokih šol, zlasti pa ne načina financiranja iz proračuna, kot to zahteva drugi odstavek 58. člena Ustave. Prav tako je ocenilo, da zakon ni določil okvirov in usmeritev za podrobnejše urejanje te vsebine v podzakonskem predpisu. Državnim univerzam in državnim visokim šolam tako njihov položaj glede financiranja njihove dejavnosti ni znan oz. predvidljiv že na podlagi zakona.

Pomembna in relevantna so naslednja stališča Ustavnega sodišča v predmetni zadevi: (1) ZViS ne ureja načina financiranja visokega šolstva v skladu z drugim odstavkom 58. člena Ustave; (2) določbe Zakona o visokem šolstvu, ki se nanašajo na financiranje visokega šolstva, so vsebinsko prazne in ne morejo predstavljati zadostne vsebinske podlage za urejanje financiranja v uredbi; (3) iz zakona bi se moralo ugotoviti, s kakšnimi sredstvi bo univerza razpolagala; (4) način financiranja je mogoče določiti samo z zakonom, ne z

resolucijo ali uredbo; (5) državne univerze morajo biti v skladu z avtonomijo iz 58. člena Ustave neodvisne od vsakokratne izvršilne oblasti.

Predlog zakona daleč presega potrebno regulacijo, ki jo zahteva odločba Ustavnega sodišča. Pobudniki seveda niso mislili, da bodo s svojo pobudo prišli z dežja pod kap, kar predstavlja predlagana ureditev. Očitek je bil, da morajo državne univerze biti v skladu z avtonomijo iz 58. člena Ustave neodvisne od vsakokratne izvršilne oblasti. S tem predlogom pa se avtonomija ne povečuje, pač pa se sedaj na še bolj neustrezen način kot v uredbi omejuje, sedaj na zakonski ravni, kar pa ni uskladitev z odločbo Ustavnega sodišča, ker omejevanja ni zahtevalo sodišče. Kje so predlagatelji našli podlago v odločbi Ustavnega sodišča za določitev in ovrednotenje dovoljenega obsega plačljivega študija posameznega javnega VZ s pogodbo o financiranju visokošolske dejavnosti? Posamezni programi imajo določen obseg in tudi razvidna potrebna sredstva, ki ne morejo biti stvar pogodbene kvantifikacije, saj se od programa ne sme odstopati. Ustavno sodišče je terjalo, da univerza mora iz zakona razbrati, kakšen je njen finančni položaj oz. s kakšnimi finančnimi sredstvi bo razpolagala za uresničitev svojih dejavnosti. Iz zakona sedaj tudi ne izhaja, niti okvirno, s kakšnimi finančnimi sredstvi bo razpolagala, če je izračun in obseg skupnih sredstev, ki iz proračuna pripadejo določeni državnim univerzi, naslonjen na pogodbo, ki je dvostransko razmerje, do katere pa sploh ne pride, če ni soglasja. To pa pomeni prekinitev financiranja. Tu se s to pogodbo očitno ne misli na enakopraven položaj pogodbenih strank, saj bi to lahko pomenilo blokado financiranja. Očitno gre za način, ki je že sedaj znan za financiranje koncesioniranih programov, kjer so pogodbe poslane po sistemu vzemi ali pusti, kar je v nasprotju s 14. členom Ustave. Sploh pa, kaj pomeni določba 118. člena, v kateri se govori, da se, če posamezni VZ v finančnem obdobju treh koledarskih let ne doseže posebnih ciljev, dogovorjenih in določenih v pogodbi o financiranju visokošolske dejavnosti, skladno s 134. členom zakona višina sredstev za nedosežene cilje ne izplača oz. se prenese med razvojne naloge? Govori se, da sredstva TS za posamezni javni VZ, kakor tudi za VZ s koncesijo, temeljijo tudi na doseganju posebnih ciljev, ki so z vidika javnega interesa določeni v pogodbi o financiranju visokošolske dejavnosti. Posebne naloge se določijo glede na specifične VZ in potrebe visokega šolstva, ozirajoč se na vsebino področja, prostor in časovno dimenzijo. Seveda pa takšna določba zasleduje cilj iz 134. člena, »posebni črni fondii«, po katerem lahko minister, pristojen za visoko šolstvo, s sklepom nameni sredstva, ki niso bila razdeljena posameznim VZ zaradi nedoseganja ciljev iz TS in ES, za namene ohranitve ali razvoja visokega šolstva. Čigavega in katerega? Ta sredstva znašajo skupaj do največ en odstotek skupnega letnega proračuna v TS in ES za vse VZ.

Če odmislimo vso nejasnost in latovščino okrog »stebrov financiranja«, ugotovimo popolno neuporabnost kriterijev za določanje sredstev zaradi programskih norm, povsem nedoločenih pojmov (122. člen), niti ne pravnih, s katerimi se omogoča nepregledno sklepanje pogodb o financiranju.

Predvideva se financiranje za obdobje treh let, kjer se v vsakem letu preverja izpolnjevanje pogodbe o izvajanju in financiranju visokošolske dejavnosti, kar predstavlja nedoumljivo administriranje. In sploh, za kašno izpolnjevanje pogodbe gre? Ali šola ne izvaja programa?

Menimo, da morajo biti študijski programi financirani na podlagi zakonskih objektivnih kriterijev v proračunskih postavkah za visoko šolstvo in nato razdeljeni po sistemu razreza z uredbo po ovrednotenih programih ne glede na to, ali gre za javno šolo ali za koncesionirano šolo. Pri tem pa je treba kot kriterij upoštevati še variabilnost temeljnega financiranja, ki je odvisna od meril uspešnosti, kot so npr. učinkovitost, znanstvena odličnost in mednarodno sodelovanje. Razvojni kriteriji pa morajo zagotavljati dodatna sredstva za razvoj in konkurenčnost. Pri tem glede na enakost pred zakonom ne more biti nobenih razlik pri financiranju javne šole oz. koncesioniranega študijskega programa v samostojnem VZ.

Po določbi tretjega odstavka 57. člena Ustave država ustvarja možnosti, da si državljani pridobijo ustrezno izobrazbo. Ker je po prvem odstavku istega člena izobraževanje svobodno, po 74. členu je zagotovljena svobodna pobuda, po 108. členu tega zakona pa je javna služba dejavnost, ki je v javnem interesu, je lahko ustavno skladno le določilo, ki omogoča, da se posameznik lahko iz javnih sredstev izobražuje ne glede na to, ali gre za zasebno ali javno šolo, če ta izpolnjuje akreditacijske pogoje strokovnosti in znanstvene ustvarjalnosti. V 108. členu zakona je določeno, da VZ lahko pridobivajo sredstva iz proračuna RS, v 109. Členu pa,

da je cilj izvajanja javne službe na področju visokega šolstva zagotavljanje kakovostnih študijskih programov, dostopnih vsem študentkam in študentom pod enakimi pogoji in na nepridobiten način. Dostopnost pa je predvsem odvisna od tega, ali se študent lahko izobražuje na izbranem programu iz javnih ali lastnih sredstev. Zato je povsem v nasprotju z omenjenimi ustavnimi in zakonskimi določbami določba 153. člena, po kateri se koncesija za izvajanje dejavnosti v visokem šolstvu lahko podeli zasebnemu VZ, kadar država ali samoupravna lokalna skupnost v okviru javne mreže ne moreta zagotoviti izvajanja dejavnosti v predvidenem obsegu in kakovosti ali kadar upravičencem ne moreta zagotoviti enake dostopnosti do dejavnosti javnih VZ glede na izkazane potrebe na trgu dela po določenem študijskem programu ali profilu diplomanta. Ta določba pomeni prepoved konkurence, svobodne pobude, onemogoča svobodo znanstvenega ustvarjanja za potrebe šolajočih ljudi in vzpostavlja monopol nad izobraževanjem v okviru državnega šolstva. Seveda pa duši tudi vsakršen napredek in razvoj.

Tudi postopek podeljevanja koncesij je povsem zaprt, tako da za pogajanja ob sklenitvi koncesijske pogodbe ne ostane nič. Po določbi predzadnje alineje 35. člena zakona rektor pripravi predlog pogodbe o financiranju visokošolske dejavnosti, vodi pogajanja za sklenitev pogodbe z ustanoviteljem in sklene pogodbo, glede koncesijske pogodbe pa je samostojnim VZ pogodba ob filigranskih pogojih zacementirana in po 165. členu vsiljena, saj se ob navedenih zakonskih pogojih ni o čem usklajevati. »Koncedent po dokončnosti odločbe o podelitvi koncesije pozove koncesionarja k sklenitvi koncesijske pogodbe.«

## **Bojan Bugarič, Matej Avbelj (ur.) Okrogla miza neodvisnih akademskih strokovnjakov » Kritična analiza predloga ZViS-1 «**

Ministrstvo za izobraževanje, znanost in šport je pripravilo predlog novega Zakona o visokem šolstvu (ZViS-1). Zakon poraja številna pravna in druga strokovna vprašanja, zlasti pa vzbuja skrb z vidika primerljivosti Slovenije z najbolj razvitimi državami na področju visokega šolstva. Ministrstvo je sprejem tako pomembnega zakona predvidelo celo po skrajšanem postopku in s tem znatno omejilo, če ne celo preprečilo poglobljeno razpravo tako na strokovni kot splošni ravni.

Zato je v četrtek, 21. 11., ob 16. uri na Brdu pri Kranju skupina neodvisnih akademskih strokovnjakov predstavila svoje poglede na predlog zakona in opozorila na nujne procesne in tehnične, predvsem pa vsebinske izboljšave predloga zakona. Te so nujno potrebne, če želimo Slovenijo končno postaviti na evropski akademski zemljevid in njen visokošolski prostor napraviti mednarodno primerljiv, predvsem pa kvaliteten, ter ustvariti tak visokošolski prostor, ki bo v skladu z zahtevami in pričakovanji slovenske ustave.

Pobudnika in koordinatorja okrogle mize sta bila dr. Bojan Bugarič in dr. Matej Avbelj, na okrogli mizi pa so sodelovali še: dr. Žiga Andoljšek, dr. Slavko Gaber, dr. Peter Jambreč, dr. Tone Jerovšek in dr. Gorazd Trpin. V nadaljevanju so predstavljena nekatera nosilna stališča sodelujočih na okrogli mizi in povzet pisni prispevek dr. Toneta Jerovška.

### **dr. Bojan Bugarič**

Do te okrogle mize je prišlo spontano, prek izmenjave elektronske pošte, saj smo ugotovili, da tukaj navzoči, ki danes nastopamo v svojem imenu, delimo kritično mnenje o predlogu novega ZViS-1. To, kar bom povedal, je moje osebno mnenje kot profesorja Pravne fakultete v Ljubljani.

V predlogu zakona najbolj pogrešam dodano vrednost. Številni moji kolegi sovražijo lestvice, so namreč nepopolne, vendar edino, kar v tem trenutku obstaja. Ne vem, ali ste opazili, toda marsikomu je letos ušel podatek, da je Univerza v Beogradu prehitela Univerzo v Ljubljani. To ji je uspelo ob zelo omejenih finančnih sredstvih. Vprašati bi se morali, v čem je skrivnost. Kaj so v Beogradu naredili za ta napredek?

Povod je vsebina predloga zakona, saj je ustavno sodišče določilo, da režim razmejnitve med rednim in izrednim študijem ni dovolj natančno urejen in ga mora zakonodajalec popraviti. Najbolj pogrešam, da pripravljavec ni postavil diagnoze. Moje osebno mnenje je, da imamo v Sloveniji razmeroma solidno visoko šolstvo. Imamo veliko dobrih profesorjev, predvsem v naravoslovju. To, kar pri konceptu zakona najbolj manjka, je, da gre v nasprotno smer od tega, kar je ključna predpostavka za izboljšavo visokega šolstva. Ta ključna predpostavka je neusmiljena konkurenca na vseh ravneh. Zakon želi določati, kaj naj univerza dela. Ne želim pa reči, da je vse v zakonu narobe, daleč od tega.

Pomembna stvar je kakovost, ki je ne more zagotoviti nobena agencija, kot je npr. NAKVIS, kakovost lahko zagotovijo univerze s pravimi ljudmi na pravih položajih. Zakon preveč

posega na področje konkurence, saj omejuje še tisto malo konkurence, ki jo imamo. Manjka večja vključenost ljudi, večja avtonomija. Bo to naredil NAKVIS? Na eni strani zakon pravi več avtonomije, na drugi strani pa to avtonomijo jemlje nazaj.

Pomemben del pri plačah profesorjev je stimulacija. V Avstriji je samo 40 odstotkov profesorjeve plače določene v plačnem razredu, 60 odstotkov pa je določene glede na rezultat. In to je prava pot.

### dr. Žiga Andoljšek

Prihajam z zasebne Fakultete za poslovne vede v Ljubljani in kot predavatelj izražam odločno nasprotovanje besedilu osnutka predloga zakona. Pripravljaivec zakona v gradivu predvideva obsežne vsebinske spremembe. V določenih segmentih gre za škodljiv poseg, ki je mestoma protiustaven. Taka ureditev ne more koristiti avtonomnosti visokošolskih zavodov, kakovosti, pluralnosti in napredku izobraževanja. Naj navedem nekaj ključnih poudarkov.

Predlagane spremembe pomenijo poseg v institucionalno avtonomijo samostojnih zasebnih visokošolskih zavodov. Gre za spremenjen način financiranja visokošolske dejavnosti, s katerim želi država s posegom v financiranje zmanjšati konkurenco, ki pripomore h kakovosti v visokem šolstvu. Predlog zakona posega v ustanavljanje visokošolskih zavodov (spreminja postopke podeljevanja koncesij, skrajšuje obdobje akreditacij ...). Spreminja pogoje za vpis v razvid visokošolskih zavodov, skrajšuje obdobje veljavnosti akreditacij in nenazadnje spreminja sestavo nacionalnega organa za kakovost v visokem šolstvu. Predlagani zakonodajni koncepti nasprotujejo svobodnemu duhu pluralnega znanstvenega in umetniškega ustvarjanja ter udejstvovanja. Očitno je, da je namen tega zakona utrjevanje monopolnega položaja državnih institucij in porivanje zasebnih na obrobje, pri čemer jih želi predlagatelj zakona na številne načine omejiti.

Kot ekonomista me je zmotila že uvodna misel, ki se glasi: študij mora biti za študente brezplačen. Zakaj pa? Visokošolska izobrazba posameznika je namreč predvsem zasebna dobrina, ki pa nasploh koristi tudi družbi. To pa ne pomeni, da mora biti edini nosilec visokošolskega izobraževanja državni proračun, ki finančno podpira javne institucije in peščico zasebnih s koncesijami. Ves svet ima šolnine, če ne v celoti, pa mora posameznik prispevati vsaj del šolnine. Končno posameznik črpa dodano vrednost iz svoje izobrazbe 40, 50 let.

Načela, ki se pojavijo v prvih členih (npr. 3. člen), so le črka na papirju, saj govorijo o načelu svobode študija in izbiri študijskih programov pod enakimi pogoji, vendar vsebina členov tega ne prinaša. Na primer, v zakonu se omejuje konkurenca, saj omejuje potovanje profesorjev z univerze na univerzo. Fakulteta izpolnjuje akreditacijske pogoje, če je vsaj 30 odstotkov profesorjev, izvajalcev programa, zaposlenih na posamezni fakulteti. Zakon predvidi bančno garancijo za primer nezmožnosti izvajanja programa, če je fakulteta zasebna. Vedno morata biti akreditirani vsaj dve stopnji študija.

137. člen določa, da celo zasebnim fakultetam šolnino določa minister. Da se država edina čuti poklicano, da je nosilec visokošolskega izobraževanja, kaže besedilo 153. člena. Kakovost programa in predavateljske zasedbe pri podelitvi koncesije ni pomembna. Koncesija je zasebni fakulteti podeljena le, kadar država v okviru javne mreže ne more

zagotoviti dejavnosti v predvidenem obsegu in dostopnosti. Vaučerski sistem bi bil pri ureditvi področja (so)financiranja precej boljši. Danes so mladi pri izbiri omejeni, saj se večina za študij odloči tudi na podlagi »brezplačnosti«, torej v okviru javne mreže ne glede na program študija in vsebinske poudarke.

180. člen omejuje zasebno pobudo, ki je gonilo razvoja družbe. Zaradi teh razlogov se moramo aktivno vključiti v javno razpravo ter sproti spremljati in seznanjati druge evropske institucije in v Slovenijo pripeljati mednarodno dobro prakso, ki je drugod že obrodila sadove.

## dr. Gorazd Trpin

Mislim, da bi se ta zakon lahko sprejemal na povsem drugačen način, kot so se zakoni sprejemali do sedaj. V zadnjih letih je Evropska komisija ugotovila, da se vsi dušimo v predpisih, zato je sprejela posebno politiko: pametno regulacijo po določenih fazah. Prva faza je tako imenovana politična faza, ki pravi, da je treba natančno določiti cilje. Imamo namreč veliko zakonov, ki so brez cilja. Institut moramo primerjati s ciljem. Najti moramo sredstva, ki uresničujejo cilj.

Naslednja stopnja so posvetovanja z zainteresirano javnostjo, s katero je treba voditi strukturiran dialog, ki ga pri nas ni. To namreč pomeni, da zainteresirano javnost opredelimo, z njo vodimo dialog in omogočimo dialog tudi v okviru nje same. Pri našem zakonu pa je bilo tako, da je minister imenoval dve skupini, ki sta prijazno sodelovali in ni bilo nobenih problemov.

Zelo pomemben del je ugotavljanje vplivov regulacije na dejansko življenje, kar pomeni, da je treba izvesti prave analize predvidevanj, kaj bo ta regulacija pravzaprav pomenila. V našem primeru imamo v 6. točki predloga zakona izdelano analizo, ki pravi, da zakon ne bo imel nobenih posledic. Zakaj ga pa potem sprejemamo? Zakon seveda ima namen, da bo nekaj spremenil ali nekaj oblikoval. Mi še vedno živimo v zastarelem birokratskem pristopu. Najprej je treba imeti predstavo, ki jo potem oblikujemo. Imamo prekrasen primer zakona, ki bi ga lahko sprejemali po tem postopku.

Na drugi strani bi morali spremeniti ta legalistični pristop, kaj je treba urediti v zakonu o visokem šolstvu. Ali je regulacija potrebna? V kakšnem obsegu? Koliko je potrebno regulacije in samoregulacije? Univerze bi bilo treba debirokratizirati.

Naj preidem na področje javne službe. Javne službe so pravni režim, ki ga vzpostavimo pri določeni dejavnosti v splošnem ali javnem interesu. Pravni režim ureja različna razmerja in sklope. Dva temeljna sklopa sta: 1. država in 2. univerza, na drugi strani pa je trg dela. Kaj naj torej reguliramo? Zakon mora določiti košarico pravic, ki pomeni obseg javne službe, ki pa se sedaj izvaja na različne načine. Evropa je tu naredila ogromen korak naprej. Izraz javna služba je odmrll, ker ni več klasičnega razmerja, kakršnega smo poznali včasih. Dejavnost opredelimo in jo financiramo, medtem ko so oblike svobodne. Pravni režim se je osredotočil na postopke podeljevanja posebnih in izključnih pravic.

Plačljivo izobraževanje se izvaja kot tržna dejavnost. Ali veste, kaj to pomeni za javne zavode? To, da bodo praktično ukinili izredni študij. Če je to tržna dejavnost, potem se pravila evropskega konkurenčnega prava nanašajo tudi na to dejavnost. Če izvajamo izredni študij z javnimi sredstvi, pride v tem primeru do prelivanja javnih finančnih sredstev v

zasebno dejavnost, ki je tržne narave – to pa je prepovedano. Torej bomo morali obračunati ceno prostorov, delovne sile, elektrike ... in potem bo stvar zanimiva.

### dr. Slavko Gaber

Osebnost sem prepričan, da Slovenija potrebuje resen premislek o tem, kako v prihodnosti obravnavati visoko šolstvo. To je vseevropski problem in tako tudi naš. Kadar se določeno obdobje v načinu funkcioniranja družb izteka, in naš čas je takšen čas, je treba nujno iskati ob rekah, ki tečejo in bodo verjetno še tekle ter še naprej prinašale tisto, kar lahko obstoječo logiko dograjuje oziroma dopolnjuje. Skupine, ki bi se lotile priprave zakona o visokem šolstvu, bi morale to dejstvo upoštevati.

Ko berem dele zakona, prepoznam marsikatero dikcijo, ki je ne srečujemo prvič, tudi dikcijo, ki je bila že kdaj opuščena. Sicer pa je verjetno problem v tem, kako je zakon nastal. Zakon iz leta 2003/2004 je nastal po mesecih diskusije znotraj strukture ljudi, ki so si imeli veliko povedati, tudi drug proti drugemu. Mislim, da ni mogoče priti do česa smiselnega, če se »igralci« ne znajdejo zopet na istem mestu in če skupaj ne predelajo odprtih vprašanj. Danes pa imamo, ne da bi bila opravljena temeljita analiza in na njeni osnovi konceptualizacija ciljev novega zakona, pred sabo zakon, ki kliče po tem, da mu pustimo nekaj mesecev obdelave in predelave. Ne bi nam škodilo, če bi imel v sebi tudi nekaj vizije. V njem tako npr. nadaljujemo z logiko podaljšane študija, ne da bi ga kakorkoli diferencirali. Primer mogoče nadgraditve obstoječega stanja: Francozi ločijo poklicne profesionalne linije in linijo, ki gre v raziskovalni del in kasneje proti doktoratu. Predvideval sem, da bo novi zakon skušal regulirati vsaj to.

Ob tem in številnih drugih odprtih vprašanjih bi morali opustiti neproduktivne prepire za svoj kos pogače in se posvetiti skupni skrbi za kakovost. Sicer pa imam občutek, da bomo še veliko govorili o zakonu o visokem šolstvu, ne da bi razrešili enega od ključnih problemov. V Sloveniji je pač tako, da v visokem šolstvu za začetek potrebujemo nekaj 10 milijonov več, da se lahko začnemo pogovarjati o normalnem funkcioniranju sistema. Zapitek petega letnika, ki je bil brez premisleka uveden kot obvezen za vse, bo treba plačati – Janša in Zupan, ki sta zanj odgovorna, ga ne bosta. Dokler tega ne popravimo, se bojim, da ne bomo izpolnjevali osnovnih pogojev za kakovosten sistem visokega šolstva. In prav zato se prerivamo in prepiramo. Tudi tako močan in neproduktiven spopad med zasebnim in javnim je zato razumljiv le v prostoru, kot je naš.

### dr. Peter Jambrek

Enotni/nacionalni sistem visokega šolstva naj bi bil v ključnih točkah enotno urejen. Zakon o javnem šolstvu: 58. člen slovenske ustave je naslovljen »avtonomija univerze« ter je umeščen v poglavje o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah. Določa, da so državne univerze in visoke šole avtonomne in da njihovo financiranje ureja zakon. Financiranje državnih univerz se uredi z zakonom, in sicer z namenom, da bi bile čim bolj avtonomne.

Pa poglejmo, kako je zakonodajalec sledil ustavni določbi. Financiranje državnih univerz je uredil birokratsko, pedantno, komplicirano in prenormirano, saj zakon omejuje njihovo



avtonomijo razpolaganja in pridobivanja finančnih sredstev. Določba o urejanju financiranja z zakonom je zlorabljena.

Mimogrede, zakon ureja tudi položaj zasebnega visokega šolstva, ki dobiva 4 odstotke proračunskih sredstev letno. Za zasebno visoko šolstvo so zanimivi trije ukrepi zakona:

1. če je zasebni zavod koncesioniran, mora sam dodati eno tretjino sredstev, ki jih dobi iz koncesije;

2. zasebni zavod mora imeti najmanj eno tretjino svojih profesorjev zaposlenih za polni delovni čas in

3. če gre za univerzo, mora biti ena tretjina od njih zaposlenih za nedoločen čas.

Računovodski podatki kažejo, kaj se bo zgodilo z zasebnimi, še posebej koncesioniranimi zavodi, ko bo ta zakon uveljavljen. Fakultete bodo imele letni presežek odhodkov nad prihodki v povprečju za okoli polovico, kar pomeni potop fakultet in njihovo ukinitve. Ti trije ukrepi skupaj in vsak ukrep posebej pomenijo zanesljivo likvidacijo kateregakoli zasebnega zavoda, tudi Univerze v Novi Gorici.

Človek se vpraša, kako so lahko kaj takega zapisali v zakon. Ali niso izračunali, kaj vsak od teh ukrepov pomeni? Ali pa so to naredili namenoma? Kaj pomeni, da kdo sprejme ali samo predlaga zakon, ki pomeni hitro ukinitve celotnega samostojnega/zasebnega šolstva v državi?

Podoben slovenskemu je primer Grčije, kjer je visoko šolstvo centralizirano in nadzorovano s strani države. Grško visoko šolstvo ima značilnosti notranje reprodukcije, tradicionalne univerze so zaprte, medtem ko nove in manjše ne morejo biti ustanovljene ali pa je njihova ustanovitev otežena. Evropska komisija se intenzivno ukvarja s primerom grškega visokega šolstva, preučuje in analizira grške normativne ustavne in zakonske podlage ter predlaga ukrepe, kako odpraviti to anomalijo.

Slovenija je imela nekoliko sreče, da je leta 1993 dobila sorazmerno dober zakon o visokem šolstvu, zakon, s katerim se je do nedavnega lahko živelo. V Sloveniji lahko visokošolski zavod ustanovi vsaka fizična ali pravna, tuja ali domača oseba.

Naj povzamem svoj komentar: Aktualni zakon pomeni reakcijo v smislu nazadovanja.

»Deležniki« sedanjega procesa dogovarjanja o novem zakonu so tisti, ki imajo »investirane« interese znotraj sistema. To so profesorji na univerzah, ki so redno in polno zaposleni. To pa so oblastne elite na univerzi in v državi, ki se prepletajo.

Deklarativni cilj zakona je, da je študij brezplačen in dostopen vsem. Ti dve deklaraciji pa sta v nasprotju: če je študij brezplačen, ni dostopen vsem, torej je diskriminatoren.

Brezplačni študij je privilegij premožnih in izobraženih slojev in njihovih otrok ter diskriminira tistega, ki ni deležnik urejanja univerze. Deležniki so trenutno vpisani študentje.

Gre za zaprtost več cehov, ki se med sabo dogovarjajo za ohranjanje svojega statusa.

**dr. Tone Jerovšek**

Vlada Republike Slovenije naj bi na predlog ministra sprejela besedilo predloga Zakona o visokem šolstvu (EVA) in ga predložila Državnemu zboru Republike Slovenije v obravnavo po skrajšanem zakonodajnem postopku. Po določbi 142. člena Poslovnika Državnega zbora

RS lahko predlagatelj zakona predlaga, naj Državni zbor RS predlog zakona obravnava po skrajšanem postopku, če gre za:

- manj zahtevne spremembe in dopolnitve zakona,
- prenehanje veljavnosti posameznega zakona ali njegovih posameznih določb,
- manj zahtevne uskladitve zakona z drugimi zakoni ali s pravom Evropske unije,
- spremembe in dopolnitve zakona v zvezi s postopkom pred ustavnim sodiščem oziroma z odločbo ustavnega sodišča.

Predlog za skrajšani postopek se opira na zadnjo alinejo omenjenega člena poslovnika, vendar vladni predlog ZViS ne pomeni le sprememb in dopolnitev zakona v zvezi z odločbo ustavnega sodišča glede financiranja visokega šolstva, pač pa gre za nov zakon, ki daleč presega zahteve po spremembi s strani Ustavnega sodišča RS, ker v temeljih spreminja ključna vprašanja avtonomije visokega šolstva, akreditacij in evalvacij zavodov ter programov, delovanja in financiranja ter neenakega obravnavanja javnega in zasebnega visokega šolstva itd. Zato je vladni predlog za skrajšani postopek v neposrednem nasprotju s pogoji za skrajšani postopek po Poslovniku Državnega zbora RS.

Prav ta odprta in za razvoj Slovenije ključna vprašanja se ne smejo in ne morejo regulirati po skrajšanem postopku, saj gre za zlorabo demokratičnega postopka, ki izhaja iz 1. člena ustave. O teh vprašanjih in o tako usodnih odločitvah, še zlasti ob dejstvu, da predlog zakona neenako obravnava javno in zasebno šolstvo, pa je nujna tudi splošna razprava v državnem zboru. Zato Skupnost samostojnih visokošolskih zavodov odločno nasprotuje predlaganemu skrajšanemu postopku in regulaciji, ki ni proučena in k njej ni bil pritegnjen najširši akademski in siceršnji intelektualni potencial. Regulacija, ki poteka v ozkih kabinetnih skupinah, lahko pomeni samo nadaljevanje in poglobljanje katastrofalnega stanja države in njene perspektive.

Avtonomija in neenakost visokega šolstva:

Zakon je v nasprotju vsaj z naslednjimi določbami ustave:

14. členom, ker uzakonja neenako obravnavanje zasebnega in javnega visokega šolstva, npr. v 5. členu in kasnejših, po katerem so visokošolski zavodi univerze in samostojni visokošolski zavodi. Samostojni visokošolski zavodi so fakultete, umetniške akademije in visoke strokovne šole, torej brez univerz. V univerzo se lahko vključijo le kot pridružene članice samostojni visokošolski in drugi zavodi (18. člen).

Neenako in diskriminatorno v razmerju do javnega šolstva so obravnavani samostojni visokošolski zavodi z vidika organizacijskih oblik. Univerze oblikujejo rektorsko konferenco, v katero pa se ne vključuje Skupnost samostojnih visokošolskih zavodov. Rektorska konferenca ima poleg usklajevalne vloge tudi nekatere predlagalne pristojnosti – Svet NAKVIS itd. Ne vidim razloga, zakaj ne bi bil član rektorske konference predsednik Skupnosti, ker se v njej usklajujejo vprašanja skupnega pomena, ta pa ne morejo biti samo stvar univerz.

Nesprejemljiva in za razvoj znanosti škodljiva je določba 7. člena, po kateri univerza zagotavlja razvoj znanosti, strokovnosti in umetnosti ter neposredno ali prek svojih članic v izobraževalnem procesu posreduje spoznanja z več znanstvenih oziroma umetniških področij ali disciplin. Fakultete, ki jih kot prvo organizacijsko obliko ustanavljajo samostojni visokošolski zavodi, pa po 8. členu opravljajo pretežno znanstveno-raziskovalno in

izobraževalno dejavnost s področij ene ali več sorodnih oziroma med seboj povezanih znanstvenih disciplin in skrbi za njihov razvoj. So izvedbeni servis univerze, ki je Skupnost nima.

Samo javna univerza lahko z namenom prenosa znanja v gospodarstvo ustanovi odcepljeno podjetje, ki se ustanovi v obliki gospodarske družbe in tako privatizira javno šolstvo.

Povsem diskriminatorna v razmerju do javnega šolstva je določba, po kateri mora ustanovljeni zasebni visokošolski zavod kot naročnik garancije pred prvim razpisom za vpis v študijske programe ministrstvu, pristojnemu za visoko šolstvo, predložiti bančno garancijo s klavzulo »brez ugovora« za izvedbo enega študijskega leta v korist visokošolskega zavoda kot upravičenca do garancije, ki bo prevzel študente, če ne bi prejel plačila za svojo dejavnost iz drugih sredstev naročnika. Če novoustanovljeni zavod izkaže, da je storil vse potrebno, vendar mu s katerim od obstoječih zavodov kljub temu ni uspelo skleniti dogovora o prevzemu študentov, mora predložiti garancijo v korist Republike Slovenije kot upravičenca do garancije (22. člen). Določba predstavlja podlago za ukinitve zasebnega šolstva.

Zgornja določba je povsem v nasprotju z deklarativno določbo 11. člena, po kateri imajo državljani Republike Slovenije pravico do izobraževanja na visokošolskih zavodih v Republiki Sloveniji pod enakimi pogoji. Glede na materialne možnosti bo zasebno šolstvo v povsem neenakih pogojih v razmerju do javnega šolstva, ki je proračunsko financirano.

Obstoječe univerze že sedaj pokrivajo vsa področja in nimajo potrebe po ustanavljanju novih fakultet, zato je samo za samostojne visokošolske zavode omejevalna določba, po kateri mora biti izkazano, da bo imela na zavodu v ustanavljanju najmanj tretjina posameznikov zaposlitev za poln delovni čas oziroma enako število ekvivalentov polne zaposlitve na tem zavodu (22. člen).

Pogoji glede ustanavljanja univerze v 3. odstavku 22. člena se glede na prehodne in končne določbe, po katerih se ta zakon uporabi za vse še nedokončane postopke, nanašajo predvsem na še ne končan postopek ustanavljanja nove univerze in na nekaj drugih začetih postopkov (najmanj 81 visokošolskih učiteljev, znanstvenih delavcev ali visokošolskih sodelavcev, od katerih je najmanj tretjina zaposlena za nedoločen čas).

Povsem diskriminatorna je določba 43. člena, po kateri samostojni visokošolski zavod obvezne sestavine študijskih programov spreminja po enakem postopku, kot se sprejemajo, torej z akreditacijo pri NAKVIS, univerza pa obvezne sestavine študijskih programov spreminja sama. O teh spremembah le seznanijo v tridesetih dneh od njihovega sprejema.

Zakon je v nasprotju s 57. členom ustave, ker onemogoča svobodno izobraževanje v zasebnem šolstvu. Povsem nesprejemljivo je, da bi minister, pristojen za visoko šolstvo, določal podrobnejše pogoje v zvezi s številom prostih vpisnih mest, plačilom šolnine, bivanjem v študentskih domovih ter drugimi pravicami in dolžnostmi študentov v skladu s tem zakonom za Slovence brez slovenskega državljanstva in državljane članice Evropske unije. Visokošolski zavod pa bi lahko za Slovence brez slovenskega državljanstva določil ugodnejše pogoje za vpis. Kdo bi te ugodnejše pogoje financiral?

Zakon je v nasprotju z 58. členom ustave, ker s presežno regulacijo posega v avtonomijo univerze in visokih šol. Zakon avtonomije univerze in visokih šol sploh ne loči od akademske svobode, oboje pomeša v 10. členu pod pojmom »delujejo po načelih avtonomije«. Pri tem pa v prvem odstavku tega člena pravi: Univerza je avtonomni, znanstveno-raziskovalni, umetniški in izobraževalni visokošolski zavod s posebnim položajem. V drugem odstavku pa doda še Skupnost, ki pa samo deluje po načelih avtonomije. Avtonomije ji torej ne priznava. Sicer pa zakon, ki ima 210 členov, avtonomiji ne prepušča ničesar, gre za samovoljno birokratsko ukalupljenje v sistem visokošolskega režima in s tem obglavljenje visokega šolstva nasploh.

Zakon je v nasprotju z 59. členom ustave, ker preprečuje ali vsaj ovira svobodo znanstvenega ustvarjanja. Po določbi 7. člena univerza zagotavlja razvoj znanosti, strokovnosti in umetnosti ter neposredno ali prek svojih članic v izobraževalnem procesu posreduje spoznanja z več znanstvenih oziroma umetniških področij ali disciplin. Za izvajanje knjižnične in drugih dejavnosti, potrebnih za uresničevanje poslanstva univerze, ima lahko univerza univerzitetno knjižnico, inštitute, študentske domove in druge enote. Tega povezovanja samostojni visokošolski zavodi ne morejo doseči in zagotavljati, ker jim ta oblika povezovanja ni dovoljena. Se pa po določbi 17. člena samostojni visokošolski zavodi obvezno združujejo v Skupnost samostojnih visokošolskih zavodov, in sicer z namenom obravnavanja in usklajevanja vprašanj skupnega pomena, kar pa ne ustreza položaju in pooblastilom, ki jih ima univerza.

Zakon je v nasprotju s 74. členom ustave, ker onemogoča svobodno pobudo glede na možnosti, ki jih ima javno šolstvo. V zvezi s transnacionalnim izobraževanjem smo namreč priča uradnim opominom Evropske komisije zaradi domnevne nezdržljivosti nekaterih določb Zakona o visokem šolstvu z načeloma svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, zagotovljenih v 56. in 49. členu v povezavi s 54. členom Pogodbe o delovanju Evropske unije ter 10., 13. in 16. členu Direktive 2006/123/ES Evropskega parlamenta september 2011 VR 2 in Sveta z dne 12. decembra 2006 o storitvah na notranjem trgu (kršitev št. 2011/4027). To kaže prav omenjeni 5. člen, ki samostojnim visokošolskim zavodom ne omogoča ustanavljanja ene od oblik statusnega organiziranja – univerze.

S to ustavno določbo je v nasprotju tudi določba 23. člena predloga zakona, po kateri morajo obstoječi visokošolski zavodi kljub enaki statusni obliki pridobiti novo odločbo o akreditaciji visokošolskega zavoda, če se zanj zahtevajo enaki pogoji, kot veljajo za ustanovitev. Ta določba je namenjena ukinjanju obstoječih samostojnih visokošolskih zavodov, ki ne bodo mogli izpolniti pogoja, da ima najmanj tretjina učiteljev zaposlitev za poln delovni čas.

Z namenom oblastnega omejevanja visokega šolstva se zahteva pridobitev odločbe o podaljšanju akreditacije visokošolskega zavoda najmanj vsakih pet let. To je treba povezati z določbami o možnem odvzemu akreditacije ne po sedmih, pač pa po petih letih, čemur očitno služi ta določba.

Dokaz o omejevanju svobodne pobude samostojnih visokošolskih zavodov je tudi določba 15. člena, po kateri lahko mednarodno zvezo univerz s sedežem v Republiki Sloveniji na podlagi pisnega sporazuma ali pogodbe ustanovita vsaj ena univerza, ustanovljena skladno s tem zakonom, ki ima akreditirane študijske programe na vsaj treh

področjih po klasifikaciji ISCED in raziskovalno dejavnost na vsaj treh področjih po klasifikaciji FRASCATI, in vsaj ena univerza s sedežem zunaj Republike Slovenije, akreditirana v državi, kjer ima sedež.

Povsem nelogična in omejevalna je določba 6. člena, po kateri dislocirana enota kot lokacija izvajanja pomeni izvedbo celotnega študijskega programa zunaj sedeža zavoda in prostorov iz prejšnje točke doma ali v tujini. Zakaj ne tudi delov študija?

Tudi predlagana ureditev financiranja je v več delih v nasprotju z ustavo. Ustavno sodišče RS je v postopku za preizkus pobude ter v postopku za oceno ustavnosti in zakonitosti, začetem na pobudo Univerze v Ljubljani, na seji 14. aprila 2011 med drugim odločilo, da se 43. člen Zakona o visokem šolstvu (Uradni list RS, št. 119/06 – uradno prečiščeno besedilo, 64/08 in 86/09) razveljavi. Ugotovilo je, da so četrti odstavek 46. člena, prvi do peti odstavek 73. člena in tretji odstavek 77. člena tega zakona v neskladju z ustavo.

Popolna avtonomija javnih zavodov na področju njihovega financiranja ni mogoča, saj mora država kot ustanoviteljica najprej zagotoviti ustrezna (finančna) sredstva. Ureditev virov financiranja ter višine financiranja iz proračuna in drugih virov je tako v pristojnosti zakonodajalca, ki ima na tem področju široko polje proste presoje, pri čemer zakonodajalec le ni povsem prost. Način financiranja mora v zakonu urediti tako, da lahko državne univerze in državne visoke šole že na podlagi zakona predvidijo obseg finančnih sredstev, ki jih lahko pridobijo. Glede na navedeno ustavno sodišče ocenjuje, da prvi do tretji odstavek in peti odstavek 73. člena ZViS ne urejajo načina financiranja javnih visokošolskih zavodov tako, da bi bilo zadoščeno zahtevi iz drugega odstavka 58. člena ustave. Ustavno sodišče je na podlagi navedenega ocenilo, da ZViS ni uredil vsebine načina financiranja državnih univerz in državnih visokih šol, zlasti pa ne načina financiranja iz proračuna, kot zahteva drugi odstavek 58. člena ustave. Prav tako je ocenilo, da zakon ni določil okvirov in usmeritev za podrobnejše urejanje te vsebine v podzakonskem predpisu. Državnim univerzam in državnim visokim šolam tako njihov položaj glede financiranja njihove dejavnosti ni znan oziroma predvidljiv že na podlagi zakona.

V predmetni zadevi so pomembna in relevantna naslednja stališča ustavnega sodišča: 1) Zakon o visokem šolstvu ne ureja načina financiranja visokega šolstva v skladu z 2. odstavkom 58. člena ustave; 2) določbe Zakona o visokem šolstvu, ki se nanašajo na financiranje visokega šolstva, so vsebinsko prazne in ne morejo predstavljati zadostne vsebinske podlage za urejanje financiranja v uredbi; 3) iz zakona bi morale biti razvidno, s kakšnimi sredstvi bo univerza razpolagala; 4) način financiranja je mogoče določiti samo z zakonom, ne z resolucijo ali uredbo; 5) državne univerze morajo biti v skladu z avtonomijo iz 58. člena ustave neodvisne od vsakokratne izvršilne oblasti.

Predlog zakona daleč presega potrebno regulacijo, ki jo zahteva odločba ustavnega sodišča. Pobudniki seveda niso predvideli, da bodo s svojo pobudo prišli z dežja pod kap, kar se je s predlagano ureditvijo zgodilo. Očitek US je bil, da morajo biti državne univerze v skladu z avtonomijo iz 58. člena ustave neodvisne od vsakokratne izvršilne oblasti. S tem predlogom pa se avtonomija ne povečuje, temveč se na še bolj neustrezen način kot v uredbi omejuje, sedaj na zakonski ravni. Pri tem ne gre za uskladitev z odločbo US, ker US omejevanja ni zahtevalo. Kje so predlagatelji v odločbi US našli podlago za določitev in ovrednotenje dovoljenega obsega plačljivega študija posameznega javnega visokošolskega

programa s pogodbo o financiranju visokošolske dejavnosti? Posamezni programi imajo določen obseg in tudi razvidna potrebna sredstva, ki ne morejo biti stvar pogodbene kvantifikacije, saj se od programa ne sme odstopati. Ustavno sodišče je terjalo, da mora univerza iz zakona razbrati, kakšen je njen finančni položaj, oziroma s kakšnimi finančnimi sredstvi bo razpolagala za uresničitev svojih dejavnosti. Iz zakona sedaj niti okvirno ne izhaja, s kakšnimi finančnimi sredstvi bo razpolagala, če izračun in obseg skupnih sredstev, ki iz proračuna pripadejo določeni državnim univerzami, temeljita na pogodbi, ki je dvostransko razmerje, do katere pa sploh ne pride, če ni soglasja. To pa pomeni prekinitev financiranja. Tu se s to pogodbo očitno ne misli na enakopraven položaj pogodbenih strank, saj bi to lahko pomenilo blokado financiranja. Očitno gre za način, ki ga že sedaj poznamo pri financiranju koncesioniranih programov, kjer so pogodbe poslani po sistemu vzemi ali pusti, kar je v nasprotju s 14. členom ustave.

In kaj pravzaprav pomeni določba 118. člena, ki pravi, da se, če posamezen visokošolski zavod v finančnem obdobju treh koledarskih let ne doseže posebnih ciljev, dogovorjenih in določenih v pogodbi o financiranju visokošolske dejavnosti, višina sredstev za nedosežene cilje ne izplača oziroma se prenese med razvojne naloge skladno s 134. členom zakona? Ta člen še določa, da sredstva TS za posamezen javni visokošolski zavod in za visokošolski zavod s koncesijo temeljijo tudi na doseganju posebnih ciljev, ki so z vidika javnega interesa določeni v pogodbi o financiranju visokošolske dejavnosti. Posebne naloge se določijo glede na specifične visokošolskega zavoda in potrebe visokega šolstva, in sicer glede na vsebino področja, prostor in časovno dimenzijo. Seveda pa takšna določba zasleduje cilj iz 134. člena, »posebni črni fondii«, po katerem lahko minister, pristojen za visoko šolstvo, sredstva, ki zaradi nedoseganja ciljev iz TS in ES niso bila razdeljena posameznim visokošolskim zavodom, s sklepom nameni za ohranitev ali razvoj visokega šolstva. Čigavega in katerega? Ta sredstva skupaj obsegajo do največ en odstotek skupnega letnega proračuna v TS in ES za vse visokošolske zavode.

Če odmislimo nejasnost in latovščino okrog »stebrov financiranja«, ugotovimo popolno neuporabnost kriterijev za dodeljevanje sredstev, in sicer zaradi programskih norm ter povsem nedoločenih pojmov (122. člen), niti ne pravnih, s katerimi se omogoča nepregledno sklepanje pogodb o financiranju.

Predvideno je financiranje za obdobje treh let, pri čemer se vsako leto preverja izpolnjevanje pogodbe o izvajanju in financiranju visokošolske dejavnosti. To pomeni nedoumljivo administriranje, pri čemer sploh ni jasno, za kakšno izpolnjevanje pogodbe gre. Ali šola ne izvaja programa?

Menimo, da morajo biti študijski programi financirani na podlagi objektivnih zakonskih kriterijev v proračunskih postavkah za visoko šolstvo in nato z uredbo razdeljeni po sistemu razreza po ovrednotenih programih, in sicer ne glede na to, ali gre za javno ali koncesionirano šolo. Pri tem je treba kot kriterij upoštevati še variabilnost temeljnega financiranja, ki je odvisna od meril uspešnosti, kot so npr. učinkovitost, znanstvena odličnost in mednarodno sodelovanje. Razvojni kriteriji pa morajo zagotavljati dodatna sredstva za razvoj in konkurenčnost. Pri tem, glede na enakost pred zakonom, ne more biti nobenih razlik pri financiranju javne šole oziroma koncesioniranega študijskega programa v samostojnem visokošolskem zavodu.

Po določbi tretjega odstavka 57. člena ustave država ustvarja možnosti, da si državljani pridobijo ustrezno izobrazbo. Ker je po prvem odstavku istega člena izobraževanje svobodno, po 74. členu pa je zagotovljena svobodna pobuda, po 108. členu tega zakona pa je javna služba dejavnost, ki je v javnem interesu, je lahko ustavno skladno le določilo, ki omogoča, da se posameznik lahko iz javnih sredstev izobražuje ne glede na to, ali gre za zasebno ali javno šolo, če ta izpolnjuje akreditacijske pogoje strokovnosti in znanstvene ustvarjalnosti. V 108. členu zakona je določeno, da lahko visokošolski zavodi pridobivajo sredstva iz proračuna Republike Slovenije, v 109. členu pa, da je cilj izvajanja javne službe na področju visokega šolstva zagotavljanje kakovostnih študijskih programov, dostopnih vsem študentkam in študentom pod enakimi pogoji in na nepridobiten način. Dostopnost pa je predvsem odvisna od tega, ali se študent lahko izobražuje na izbranem programu iz javnih ali lastnih sredstev. Zato je povsem v nasprotju z omenjenimi ustavnimi in zakonskimi določbami določba 153. člena, po kateri se lahko koncesija za izvajanje dejavnosti v visokem šolstvu podeli zasebnemu visokošolskemu zavodu, kadar država ali samoupravna lokalna skupnost v okviru javne mreže ne more zagotoviti izvajanja dejavnosti v predvidenem obsegu in kakovosti ali kadar upravičencem ne more zagotoviti enake dostopnosti do dejavnosti javnih visokošolskih zavodov glede na izkazane potrebe na trgu dela po določenem študijskem programu ali profilu diplomanta. Ta določba pomeni prepoved konkurence in svobodne pobude, onemogoča svobodo znanstvenega ustvarjanja za potrebe šolajočih se ljudi in vzpostavlja monopol nad izobraževanjem v okviru državnega šolstva. Seveda pa duši tudi vsakršen napredek in razvoj.

Tudi postopek podeljevanja koncesij je povsem zaprt, tako da za pogajanja ob sklenitvi koncesijske pogodbe ni prostora. Po določbi predzadnje alineje 35. člena zakona minister pripravi predlog pogodbe o financiranju visokošolske dejavnosti, vodi pogajanja za sklenitev pogodbe z ustanoviteljem in sklene pogodbo, koncesijska pogodba pa je samostojnim visokošolskim zavodom ob filigranskih pogojih zacementirana in po 165. členu vsiljena, saj se ob navedenih zakonskih pogojih ni o čem usklajevati. »Koncedent po dokončnosti odločbe o podelitvi koncesije koncesionarja pozove k sklenitvi koncesijske pogodbe.«

## **Darko Darovec<sup>20</sup> Komentar predloga ZVIS-1**

Temeljni problem aktualnega »novega« ZViS vidim v tem, da se (ponovno) sploh ni opredelil do pojma avtonomnosti univerz in visokih šol, še posebno ker zakonodajalca s tem v zvezi jasno napotuje že odločba Ustavnega sodišča iz leta 1998 (Ur. l. RS, 18/1998; <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=199818&stevilka=746>; dalje: odločba US), ki mdr. določa, da avtonomnost univerz zakonodajalec jasneje določi in omeji (37–39. t. odločbe US).

Zakaj je to tako pomembno? Ker prav iz opredelitve avtonomije univerze izhaja, da ne sme prihajati do ločene obravnave zasebnega in javnega visokega šolstva, saj že ustavna določba, da država ustvarja možnosti, da si državljani lahko pridobijo ustrezno (torej tudi visoko) izobrazbo (57. člen Ustave), zahteva od države, da zagotovi enoten sistem visokega šolstva (40. t. odločbe US). Takšen sistem pa je mogoče zagotoviti le, če država enotno opredeli ustanovitev in delovanje visokošolskih inštitucij, njihovega upravljanja, določitev javnoveljavnih študijskih programov in diplom ter drugih javnih pooblastil (npr. nostrifikacije), financiranja, nadzora nad porabo javnih sredstev, kontrole kvalitete, razmerja med visokimi šolami in možnost prehodov med njimi, enakovrednost diplom različnih inštitucij in podobno. Pravica vsake visokošolske inštitucije, da sama, zakonsko popolnoma nevezano, odloča o vseh navedenih vprašanjih, takšnega enotnega sistema ne more zagotoviti (40. t. odločbe US).

Kot podlaga za to, da zakonodajalec omeji univerzitetno avtonomnost, ki skladno z določbo tretjega odstavka 15. člena utemeljuje poseg v avtonomnost univerz, prihajajo v poštev zlasti določbe prvega in tretjega odstavka 57. člena, 59. člen, pa tudi določbe prvih treh odstavkov 49. člena, 44. člena in 75. člena Ustave. Tudi na področju tako omejene oz. opredeljene avtonomnosti pa mora univerza ravnati v skladu z vsemi ustavnimi določbami. Avtonomija torej ne odvezuje univerz od zvestobe Ustavi (38. in 66. t. odločbe US).

Prvi in tretji odstavek 57. člena Ustave (izobrazba in šolanje) se glasita:

»(1) Izobraževanje je svobodno.«

»(3) Država ustvarja možnosti, da si državljani lahko pridobijo ustrezno izobrazbo.«

Te ustavne določbe dajejo državi pravico in dolžnost, da z zakoni do določene mere uredi tudi področje visokega šolstva. Tudi če bi bilo določbo o avtonomiji res treba razumeti kot pravico univerz, da si v celoti in povsem svobodno same predpisujejo način in obliko svojega delovanja, bi država po določbi tretjega odstavka 15. člena Ustave morala to pravico omejiti, kolikor je to potrebno zaradi uresničevanja drugih pravic, določenih v 57. členu Ustave. Država mora ustvarjati možnosti, da si državljani lahko pridobijo ustrezno izobrazbo. To pomeni takšno izobrazbo, ki ustreza na eni strani željam posameznikov in na drugi strani njihovim sposobnostim ter potrebam in možnostim družbe. Iz te obveznosti države izhaja tudi njena obveznost, da za zagotovitev ustrezne izobrazbe ustanavlja »državne« univerze in visoke šole ter da ne preprečuje posameznikom ali pravnim osebam

---

<sup>20</sup> Prof. dr. Darko Darovec, prodekan za raziskovalno dejavnost FSMŠ.



ustanavljati in upravljati šol tudi za pridobitev visokošolske izobrazbe. Pri tem lahko predpiše minimalne norme glede izobrazbe, ki jo dajejo take šole (39. t. odločbe US).

Določbo, da Ustava zagotavlja avtonomnost državnim, ne pa tudi nedržavnim (zasebnim) univerzam in visokim šolam, lahko logično razložimo, če upoštevamo, da pojmovno lahko v delovanje pravnih oseb zasebnega prava posegajo predvsem ustanovitelji v skladu s pravili, ki so jih sprejeli oz. za katera so se dogovorili, in pa država kot oblast. V delovanje oseb javnega prava pa lahko posega država kot ustanovitelj in kot oblast. Ravno ustanovitelji definirajo univerzo oz. visoko šolo kot zasebno ali državno. Ustavna določba 58. člena je logična, če jo razumemo tako, da zaradi neavtonomnosti zasebnih univerz ustanovitelj lahko odloča o »svoji« univerzi, država kot ustanovitelj pa o »svojih« univerzah ne, ker se je z določbo 58. člena Ustave pravicam, ki bi jih imela kot ustanoviteljica, odpovedala. Pač pa se država z navedeno določbo ni odpovedala pravicam, ki jih ima kot oblast: drugačno razumevanje bi privedlo do nelogičnega rezultata, da bi v razmerju do države uživale več avtonomnosti državne kot pa zasebne univerze (32. t. odločbe US).

Pred posegi države kot oblasti zasebnih univerz izrecno ne varuje nobena ustavna določba, posredno pa določba 59. člena. Svobode ustanavljanja, organiziranja in delovanja zasebnih univerz ni mogoče utemeljevati z določbo 74. člena Ustave, saj ne gre za gospodarsko pobudo. Stališče, da lahko ustanovitelj odloča o »svoji« univerzi povsem svobodno, bi bilo mogoče utemeljiti s splošno osebnostno pravico iz 35. člena Ustave. Ta pa je na tem področju tudi pri zasebnih univerzah nujno omejena vsaj z določbo prvega odstavka 57. člena Ustave (Izobraževanje je svobodno), tretjega odstavka 57. člena Ustave (Država ustvarja možnosti, da si državljani lahko pridobijo ustrezno izobrazbo) in 59. člena Ustave (Zagotovljena je svoboda znanstvenega in umetniškega ustvarjanja). Še globlje kot v delovanje zasebnih univerz pa lahko na teh podlagah posega država kot oblast v delovanje državnih univerz, čeprav se je z Ustavo odpovedala posegom, do katerih bi bila upravičena kot njihova ustanoviteljica. Država torej lahko posega v »svoje« univerze najmanj toliko kot mora posegati zaradi zagotavljanja ustavnih pravic drugih in v javnem interesu v zasebne univerze (32. t. odločbe US).

Avtonomnost torej ne pomeni le pravno zagotovljene možnosti, da univerza sprejema svoj statut in druge akte, ampak državo zavezuje, da razmeji polje popolnoma avtonomnega od polja javnega ter pri normiranju visokega šolstva določi temeljne statusnopravne, kadrovske, upravljalne in finančne okvire delovanja univerz, uredi temeljna razmerja med subjekti znotraj univerze in položaj javnosti v upravljanju univerze in v nadzoru nad njenim delovanjem. Država materialno ureja razmerja, ki jih kot oblast (zakonodajalec) lahko in mora urejati za delovanje tako državnih kot zasebnih univerz; računsko sodišče nadzoruje finančno poslovanje univerze, kolikor ta razpolaga z javnimi (proračunskimi) sredstvi. Vsebinsko ustavne pravice avtonomnosti univerz (58. člen Ustave: avtonomnost univerze in drugih visokih šol) je mogoče ustrezno razložiti le z upoštevanjem dejanskih okoliščin, v katerih se ta pravica uresničuje. Na ta način pa je avtonomija univerze mogoče razumeti predvsem kot avtonomijo profesorjev, da avtonomno (neodvisno), brez omejitev in pritiskov raziskujejo in poučujejo. . 35. t.: V razmerju do univerze je avtonomen vsekakor posameznik, znanstvenik – ta mora biti znotraj univerze svoboden, znanstveno avtonomen, neodvisen, univerza pa organizirana tako, da izključuje odnose monokracije, hierarhije,

oblastne prisile in odvisnosti v smislu vezanosti na navodila na eni strani v razmerju med univerzo in državo, na drugi strani pa tudi v razmerju med univerzo in znanstveniki (30. t. odločbe US).

Iz razlogov, ki so navedeni v 25. do 31. točki in v 34. točki obrazložitve odločbe US, izhaja, da pojem avtonomnosti univerze ni opredeljen dovolj določno (in tudi v predlogu novega ZViS ta problematika ni opredeljena dovolj določno!), da bi njegova vsebina, do katere je mogoče priti z gramatikalno in z drugimi metodami razlage, omogočala uresničevanje te pravice neposredno na podlagi Ustave. Poleg tega, da avtonomnosti, razumljene samo v gramatikalnem smislu, ni mogoče izvajati, pa je avtonomnost v njenem bistvu v »znanstveno-pedagoški komponenti«. Znanstveno-pedagoška komponenta avtonomnosti pa seveda ne more pomeniti, da univerza in visoke šole kot organizacije, ki opravljajo javno službo, v celoti same odločajo o svojem položaju in o načinu svojega delovanja. Glede na to, da je avtonomnost, razumljena v najsplošnejšem pomenu, neuresničljiva (37. t. odločbe US), pa ostaja vprašanje, katere fizične osebe so poklicane, da oblikujejo kolektivno avtonomno voljo univerze. Če gledamo na avtonomnost univerze funkcionalno, kot na pravico, ki je v službi svobode znanstvenega in umetniškega ustvarjanja posameznika, je treba zagotoviti možnost odločilnega vpliva na avtonomne odločitve univerze vsem njenim znanstvenim delavcem. Vendar personalni substrat univerze kot pravne osebe predstavljajo tudi drugi njeni delavci. Ti imajo na podlagi 75. člena Ustave pravico do soodločanja in jih je treba upoštevati pri določitvi načinov oblikovanja volje univerze. Tu so še študentje, ki so lahko že soizvajalci znanstvene dejavnosti, vsekakor pa nosilci pravice do izobraževanja. Poleg tega pa delovanje univerze pomembno prizadeva interese javnosti. Zato je treba pri določitvi nosilcev in vsebine avtonomije univerze upoštevati tudi pravico državljanov pri upravljanju javnih zadev, določeno v 44. členu Ustave (34. t. odločbe US).

Država mora zagotoviti možnost znanstvenega in umetniškega ustvarjanja in izobraževanja med drugim tako, da zagotovi ustanovitev univerze kot razločljive ustanove javnopravnega značaja. V zvezi s tem mora država jamčiti skupek norm, ki določajo institucionaliziranost univerze in njeno javnopravno naravo ter zagotavljajo njeno nemoteno delovanje (42. t. odločbe US).

Določba 59. člena Ustave pa predstavlja tudi funkcionalno podlago za določbo o univerzitetni avtonomiji. Pojasnjuje, v čem je utemeljen in čemu služi z Ustavo določeni izjemni avtonomni status univerze. Ta določba lahko torej poleg tega, da predstavlja podlago za dopustne posege v avtonomnost, služi tudi kot znotrajustavna podlaga za opredelitev vsebine pojma univerzitetne avtonomije (43. t. odločbe US).

Oblikovanje organov univerze zato ne more biti prepuščeno povsem svobodni odločitvi znotrajuniverzitetnih subjektov. Organi univerze morajo biti sestavljeni ne le iz predstavnikov univerze, ampak tudi iz predstavnikov političnih, socialnih in ideoloških skupin – tako, da njihove odločitve v največji meri ustrezajo zahtevam pluralizma in odgovornosti – odločanje teh organov pa mora biti dostopno javni presoji in kritiki (46. t. odločbe US).

Socialne spremembe so pripeljale do večje vzajemne odvisnosti med znanostjo in socialnim okoljem. Smiselno in funkcionalno upravljanje na področju znanosti je mogoče

uresničiti le tako, da se (popolna) sektorska avtonomija nadomesti z večjo udeležbo nosilcev te avtonomije v procesu odločanja. Namesto vprašanja, ali gre za (popolnoma) »univerzitetno področje« (kjer naj odloča izključno avtonomna univerza) ali »neuniverzitetno področje« (kjer univerza ne more niti soodločati), se je treba ob presoji, kdo naj odloča o vprašanju s posameznega področja, vprašati, koga odločitev zadeva. Vsaka odločitev, ki lahko (pri)zadene avtonomni sistem, daje temu podsistemu pravico, da sodeluje pri odločanju (29. t. odločbe US).

Torej, univerze kot zakonsko opredeljene avtonomne skupnosti naj (po renesansi prava v 12. stoletju in nastanku prvih univerz kot znanilk meščanskih družbenih sprememb, uveljavljanja demokratičnih načel enakosti in spoštovanja človekovih pravic) kot družbeni podsistemi s pomembno socialno vlogo ponovno zasedejo svoje mesto in poslanstvo v družbeni strukturi ne glede na ustanovitelja.

# Strnjena stališča Fakultete za državne in evropske študije do predloga zakona ZViS-1

Doc. Dr. Matej Avbelj

Na Fakulteti za državne in evropske študije je delovna skupina strokovnjakov za ustavno pravo, upravno pravo, pravo EU in človekove pravice v sodelovanju s skupino neodvisnih akademskih strokovnjakov (NIAS) izdelala poglobljeno analizo predloga novega ZViS-1. Njene izsledke, ne pa tudi celotne vsebine opravljenih analiz, ki obsega več deset strani, predstavljamo v nadaljevanju.

## 1. Splošna ocena zakona:

Predlog novega ZViS je v celoti nesprejemljiv. Njegova predpostavka in cilj sta restavracija univerzitetnega prostora, utemeljenega na provincialni, izključujoči, zaprti in samozadostni etastični logiki. To priznava tudi sam predlagatelj zakona, ko zapiše, da zakon ne bo imel neposrednih posledic za gospodarski in socialni razvoj Slovenije. Njegov namen je torej drugje.

## 2. Očitne kršitve materialnega in procesnega ustavnega prava

a) Predlog zakona je v neskladju s slovensko ustavo v procesnem delu, kjer se v nasprotju z demokratičnimi parlamentarnimi standardi njegov sprejem predlaga po skrajšanem postopku.

b) Predlog zakona vsebuje številne rešitve, ki materialno kršijo slovensko ustavo, še posebej prepoved diskriminacije ter svobodo znanosti in izobraževanja. V nadaljevanju so naštetje zgolj najbolj očitne kršitve:

### a. Zakon je v nasprotju s 14. členom ustave, ker:

i. uzakonja neenako obravnavanje zasebnega in javnega visokega šolstva, npr. v 5. členu (in kasnejših), po katerem so visokošolski zavodi univerze in samostojni visokošolski zavodi. Samostojni visokošolski zavodi so fakultete, umetniške akademije in visoke strokovne šole, torej brez univerz. V univerzo se lahko vključijo le kot pridružene članice samostojni visokošolski in drugi zavodi (18. člen).

ii. Neenako in diskriminatorno v razmerju do javnega šolstva so samostojni visokošolski zavodi obravnavani z vidika organizacijskih oblik. Univerze oblikujejo rektorsko konferenco, v katero pa ni vključena Skupnost samostojnih visokošolskih zavodov. Rektorska konferenca ima poleg usklajevalne vloge tudi nekatere predlagalne pristojnosti – Svet NAKVIS itd. Ne vidimo razloga, zakaj ne bi bil član rektorske konference predsednik Skupnosti, ker se v njej usklajujejo vprašanja skupnega pomena, ta pa ne morejo biti samo stvar univerz.

iii. Nesprejemljiva in za razvoj znanosti škodljiva je določba 7. člena, po kateri univerza zagotavlja razvoj znanosti, strokovnosti in umetnosti ter neposredno ali prek svojih članic v izobraževalnem procesu posreduje spoznanja z več znanstvenih oziroma umetniških področij ali disciplin. Fakultete, ki jih kot prvo organizacijsko obliko ustanavljajo samostojni visokošolski zavodi, pa po 8. členu opravljajo pretežno znanstveno-raziskovalno in izobraževalno dejavnost s področij ene ali več sorodnih oziroma med seboj povezanih znanstvenih disciplin ter skrbijo za njihov razvoj. So izvedbeni servis univerze, ki je Skupnost nima.

iv. Samo javna univerza lahko z namenom prenosa znanja v gospodarstvo ustanovi odcepljeno podjetje, ki se ustanovi v obliki gospodarske družbe in tako privatizira javno šolstvo.

v. Povsem diskriminatorna v razmerju do javnega šolstva je določba, po kateri mora ustanovljeni zasebni visokošolski zavod kot naročnik garancije pred prvim razpisom za vpis v študijske programe ministrstvu, pristojnemu za visoko šolstvo, predložiti bančno garancijo s klavzulo »brez ugovora« za izvedbo enega študijskega leta v korist visokošolskega zavoda kot upravičenca do garancije, ki bo prevzel študente, če ne bi prejel plačila za svojo dejavnost iz drugih sredstev naročnika. Če novoustanovljeni zavod izkaže, da je storil vse potrebno, vendar mu s katerim od obstoječih zavodov kljub temu ni uspelo skleniti dogovora o prevzemu študentov, mora predložiti garancijo v korist Republike Slovenije kot upravičenca do garancije (22. člen). Določba predstavlja podlago za ukinitve zasebnega šolstva.

vi. Gornja določba je povsem v nasprotju z deklarativno določbo 11. člena, po kateri imajo državljani Republike Slovenije pravico do izobraževanja na visokošolskih zavodih v Republiki Sloveniji pod enakimi pogoji. Glede na materialne možnosti bo zasebno šolstvo v povsem neneakih pogojih v razmerju do javnega šolstva, ki je financirano iz proračuna.

vii. Obstoječe univerze že sedaj pokrivajo vsa področja in nimajo potrebe po ustanavljanju novih fakultet, zato je samo za samostojne visokošolske zavode omejevalna določba, po kateri mora biti izkazano, da bo imela na zavodu v ustanavljanju najmanj tretjina posameznikov zaposlitev za poln delovni čas oziroma enako število ekvivalentov polne zaposlitve na tem zavodu (22. člen).

viii. Pogoji glede ustanavljanja univerze v 3. odstavku 22. člena se glede na prehodne in končne določbe, po katerih se ta zakon uporabi za vse še nedokončane postopke, nanašajo predvsem na še nedokončan postopek ustanavljanja nove univerze in na nekaj drugih začetih postopkov (najmanj 81 visokošolskih učiteljev, znanstvenih delavcev ali visokošolskih sodelavcev, od katerih je najmanj tretjina zaposlena za nedoločen čas).

ix. Povsem diskriminatorna je določba 43. člena, po kateri samostojni visokošolski zavod spreminja obvezne sestavine študijskih programov po enakem postopku, kot se sprejemajo, torej z akreditacijo pri Nakvis, univerza pa obvezne sestavine študijskih programov spreminja sama. O spremembah obveznih sestavin študijskih programov univerza le seznanja agencijo v tridesetih dneh od njihovega sprejema.

#### **b. Zakon je v nasprotju s 57. členom ustave, ker:**

i. onemogoča svobodno izobraževanje v zasebnem šolstvu. Nesprejemljivo je, da bi minister, pristojen za visoko šolstvo, določal podrobnejše pogoje v zvezi s številom prostih

vpisnih mest, plačilom šolnine, bivanjem v študentskih domovih ter drugimi pravicami in dolžnostmi študentov v skladu s tem zakonom za Slovence brez slovenskega državljanstva in državljane članic Evropske unije. Visokošolski zavod pa bi lahko za Slovence brez slovenskega državljanstva določil ugodnejše pogoje za vpis. Kdo bi te ugodnejše pogoje financiral?

**c. Zakon je v nasprotju z 58. členom ustave,**

i. ker s presežno regulacijo posega v avtonomijo univerze in visokih šol. Zakon avtonomije univerze in visokih šol sploh ne loči od akademske svobode, oboje pomeša v 10. členu pod pojmom »delujejo po načelih avtonomije«, pri tem pa v prvem odstavku tega člena pravi: Univerza je avtonomi, znanstveno-raziskovalni, umetniški in izobraževalni visokošolski zavod s posebnim položajem. V drugem odstavku doda še Skupnost, ki pa samo deluje po načelih avtonomije. Avtonomije ji torej ne priznava. Sicer pa zakon, ki ima 210 členov, avtonomiji ne prepušča ničesar, gre za samovoljno birokratsko ukalupljenje v sistem visokošolskega režima in s tem obglavljenje visokega šolstva nasploh.

**d. Zakon je v nasprotju z 59. členom ustave,**

i. ker preprečuje ali vsaj ovira svobodo znanstvenega ustvarjanja. Po določbi 7. člena univerza zagotavlja razvoj znanosti, strokovnosti in umetnosti ter neposredno ali prek svojih članic v izobraževalnem procesu posreduje spoznanja z več znanstvenih oziroma umetniških področij ali disciplin. Za izvajanje knjižnične in drugih dejavnosti, potrebnih za uresničevanje poslanstva univerze, ima lahko univerza univerzitetno knjižnico, inštitute, študentske domove in druge enote. Tega povezovanja samostojni visokošolski zavodi ne morejo doseči in zagotavljati, ker jim ta oblika povezovanja ni dovoljena. Se pa po določbi 17. člena samostojni visokošolski zavodi obvezno združujejo v Skupnost samostojnih visokošolskih zavodov za obravnavanje in usklajevanje vprašanj skupnega pomena, kar pa ne ustreza položaju in pooblastilom, ki jih ima univerza.

**e. Zakon je v nasprotju s 74. členom ustave,**

i. ker onemogoča svobodno pobudo glede na možnosti, ki jih ima javno šolstvo. V zvezi s transnacionalnim izobraževanjem smo namreč priča uradnim opominom Evropske komisije zaradi domnevne nezdržljivosti nekaterih določb Zakona o visokem šolstvu z načeloma svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, zagotovljenih v 56. in 49. členu v povezavi s 54. členom Pogodbe o delovanju Evropske unije ter 10., 13. in 16. členu Direktive 2006/123/ES Evropskega parlamenta september 2011 VR 2 in Sveta z dne 12. decembra 2006 o storitvah na notranjem trgu (kršitev št. 2011/4027). To kaže prav omenjeni 5. člen, ki samostojnim visokošolskim zavodom ne omogoča ustanavljanja ene od oblik statusnega organiziranja – univerze. S to ustavno določbo je v nasprotju tudi določba 23. člena, po kateri mora obstoječi visokošolski zavod kljub enaki statusni obliki pridobiti novo odločbo o akreditaciji visokošolskega zavoda, če se zanj zahtevajo enaki pogoji, kot veljajo za ustanovitev. Ta določba je namenjena ukinjanju obstoječih samostojnih visokošolskih zavodov, ki ne bodo mogli izpolniti pogoja, da ima najmanj tretjina učiteljev zaposlitev za poln delovni čas.

ii. Z namenom oblastnega omejevanja visokega šolstva se zahteva pridobitev odločbe o podaljšanju akreditacije visokošolskega zavoda najmanj vsakih pet let. To je treba povezati z

določbami o možnem odvzemu akreditacije ne po sedmih, pač pa po petih letih, čemur očitno služi ta določba.

iii. Dokaz o omejevanju svobodne pobude samostojnih visokošolskih zavodov je tudi določba 15. člena, po kateri lahko mednarodno zvezo univerz s sedežem v Republiki Sloveniji na podlagi pisnega sporazuma ali pogodbe ustanovita vsaj ena univerza, ustanovljena skladno s tem zakonom, ki ima akreditirane študijske programe na vsaj treh področjih po klasifikaciji ISCED in raziskovalno dejavnost na vsaj treh področjih po klasifikaciji Frascati, in vsaj ena univerza s sedežem zunaj Republike Slovenije, akreditirana v državi, kjer ima sedež.

iv. Povsem nelogična in omejevalna je določba 6. člena, po kateri dislocirana enota kot lokacija izvajanja pomeni izvedbo celotnega študijskega programa zunaj sedeža zavoda in prostorov iz prejšnje točke doma ali v tujini. Zakaj ne tudi delov študija?

#### **f. Zakon je v nasprotju z odločbo Ustavnega sodišča RS, ki naj bi jo uresničil:**

i. Predlog zakona daleč presega potrebno regulacijo, ki jo zahteva odločba ustavnega sodišča. Pobudniki seveda niso predvideli, da bodo s svojo pobudo prišli z dežja pod kap, kar se je s predlagano ureditvijo zgodilo. Očitek US je bil, da morajo biti državne univerze v skladu z avtonomijo iz 58. člena ustave neodvisne od vsakokratne izvršilne oblasti. S tem predlogom pa se avtonomija ne povečuje, temveč se na še bolj neustrezen način kot v Uredbi omejuje, sedaj na zakonski ravni. Pri tem ne gre za uskladitev z odločbo US, ker US omejevanja ni zahtevalo.

ii. Iz zakona sedaj niti okvirno ne izhaja, s kakšnimi finančnimi sredstvi bo univerza razpolagala, če izračun in obseg skupnih sredstev, ki iz proračuna pripadejo določeni državnim univerzam, temeljita na pogodbi, ki je dvostransko razmerje, do katere pa sploh ne pride, če ni soglasja. To pa pomeni prekinitev financiranja. Tu se s to pogodbo očitno ne misli na enakopraven položaj pogodbenih strank, saj bi to lahko pomenilo blokado financiranja. Očitno gre za način, ki ga že sedaj poznamo pri financiranju koncesioniranih programov, kjer so pogodbe poslane po sistemu vzemi ali pusti, kar je v nasprotju s 14. členom ustave.

iii. Če odmislimo nejasnost in latovščino okrog »stebrov financiranja«, ugotovimo popolno neuporabnost kriterijev za dodeljevanje sredstev, in sicer zaradi programskih norm ter povsem nedoločenih pojmov (122. člen), niti ne pravnih, s katerimi se omogoča nepregledno sklepanje pogodb o financiranju.

iv. Predvideno je financiranje za obdobje treh let, pri čemer se vsako leto preverja izpolnjevanje pogodbe o izvajanju in financiranju visokošolske dejavnosti. To pomeni nedoumljivo administriranje, pri čemer sploh ni jasno, za kakšno izpolnjevanje pogodbe gre. Ali šola ne izvaja programa?

v. Menimo, da morajo biti študijski programi financirani na podlagi objektivnih zakonskih kriterijev v proračunskih postavkah za visoko šolstvo in nato z uredbo razdeljeni po sistemu razreza po ovrednotenih programih, in sicer ne glede na to, ali gre za javno ali koncesionirano šolo. Pri tem je treba kot kriterij upoštevati še variabilnost temeljnega financiranja, ki je odvisna od meril uspešnosti, kot so npr. učinkovitost, znanstvena odličnost in mednarodno sodelovanje. Razvojni kriteriji pa morajo zagotavljati dodatna sredstva za razvoj in konkurenčnost. Pri tem, glede na enakost pred zakonom, ne more biti nobenih

razlik pri financiranju javne šole oziroma koncesioniranega študijskega programa v samostojnem visokošolskem zavodu.

vi. Po določbi tretjega odstavka 57. člena ustave država ustvarja možnosti, da si državljani pridobijo ustrezno izobrazbo. Ker pa je po prvem odstavku istega člena izobraževanje svobodno, po 74. členu pa je zagotovljena svobodna pobuda, po 108. členu tega zakona pa je javna služba dejavnost, ki je v javnem interesu, je lahko ustavno skladno le določilo, ki omogoča, da se lahko posameznik iz javnih sredstev izobražuje ne glede na to, ali gre za zasebno ali javno šolo, če ta izpolnjuje akreditacijske pogoje strokovnosti in znanstvene ustvarjalnosti.

vii. V 108. členu zakona je določeno, da lahko visokošolski zavodi pridobivajo sredstva iz proračuna Republike Slovenije, v 109. členu pa, da je cilj izvajanja javne službe na področju visokega šolstva zagotavljanje kakovostnih študijskih programov, dostopnih vsem študentkam in študentom pod enakimi pogoji in na nepridobiten način. Dostopnost pa je predvsem odvisna od tega, ali se študent lahko izobražuje na izbranem programu iz javnih ali lastnih sredstev.

viii. Zato je z omenjenimi ustavnimi in zakonskimi določbami povsem v nasprotju določba 153. člena, po kateri se lahko koncesija za izvajanje dejavnosti v visokem šolstvu podeli zasebnemu visokošolskemu zavodu, kadar država ali samoupravna lokalna skupnost v okviru javne mreže ne more zagotoviti izvajanja dejavnosti v predvidenem obsegu in kakovosti ali kadar upravičencem ne more zagotoviti enake dostopnosti do dejavnosti javnih visokošolskih zavodov glede na izkazane potrebe na trgu dela po določenem študijskem programu ali profilu diplomanta. Ta določba pomeni prepoved konkurence in svobodne pobude, onemogoča svobodo znanstvenega ustvarjanja za potrebe šolajočih se ljudi in vzpostavlja monopol nad izobraževanjem v okviru državnega šolstva. Seveda pa duši tudi vsakršen napredek in razvoj.

ix. Tudi postopek podeljevanja koncesij je povsem zaprt, tako da za pogajanja ob sklenitvi koncesijske pogodbe ni prostora. Po določbi predzadnje alineje 35. člena zakona minister pripravi predlog pogodbe o financiranju visokošolske dejavnosti, vodi pogajanja za sklenitev pogodbe z ustanoviteljem in sklene pogodbo, koncesijska pogodba pa je samostojnim visokošolskim zavodom ob filigranskih pogojih zacementirana in po 165. členu vsiljena, saj se ob navedenih zakonskih pogojih ni o čem usklajevati. »Koncedent po dokončnosti odločbe o podelitvi koncesije koncesionarja pozove k sklenitvi koncesijske pogodbe.«

### 3. Očitne kršitve prava EU

a) Zakon je zlasti v razmerju urejanja nedržavnih visokošolskih zavodov v nasprotju z načeloma svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev (49. člen PDEU in 56. člen PDEU).

b) Zakon je iz enakih razlogov kot v primeru zgoraj omenjene ustavne neskladnosti tudi v nasprotju z načelom prepovedi diskriminacije (18. člen PDEU).

c) Nekatere določbe zakona so identične tistim, ki jih je v svojo zakonodajo poskušala vnesti Grčija, zoper katero je Evropska komisija zato sprožila postopke po 258. členu PDEU.



i. Določbe, ki neposredno ali posredno diskriminirajo delovanje zasebnih visokošolskih zavodov.

ii. Določbe, ki nesorazmerno otežujejo ali celo onemogočajo delovanje zasebnih visokošolskih zavodov.

iii. Te določbe so: 1. 18. člen predloga zakona (pridružene članice univerze) 2. 22. člen predloga zakona a. Obveznost bančne garancije b. Obveznost tretjine polno zaposlenih pedagoških sodelavcev c. Obveznost treh področij Frascati za ustanovitev univerze.

#### 4. Zaključek

a) Zakona ni mogoče sprejeti po skrajšanem postopku.

b) Predlagatelj zakona mora iz predloga umakniti vse zgoraj navedene določbe, ki so v nasprotju s slovensko ustavo in pravom EU.

c) Ker tako od zakona ne ostane nič, je treba zakon umakniti v celoti.

d) Obstoječi predlog ZViS se torej opusti. Sprejmejo se le najnujnejši minimalni popravki zakona, da se zadosti odločbi ustavnega sodišča.

e) Nato je treba popolnoma zamenjati paradigmo, opraviti poglobljeno razpravo o celoviti prenovi univerzitetnega in raziskovalnega prostora ter na tej podlagi pripraviti popolnoma nov zakon.

f) Naš cilj mora biti svetovno primerljiv, sodoben, odprt in pluralen univerzitetni prostor, kjer bo znanje ostajalo karseda javno dobro, ki ga bodo ustvarjale ne samo državne niti zgolj zasebne univerze, temveč najboljše univerze. Te si zaslužijo davkoplačevalski denar zaradi svoje zaslužnosti, ne zaradi svojega ustanovitelja.

# Stališča Evropske pravne fakultete v Novi Gorici do predloga zakona ZViS-1

## Alenka Temeljotov Salaj

1. Predlog zakona **močno omeji konkurenčnost zasebnih VZ** na področju izvajanja visokošolske dejavnosti z diskriminatornim načinom financiranja izvajanja javne službe v odvisnosti od lastniškega statusa, pri čemer javnim VZ za izvajanje javne službe zagotavljajo sredstva za TS, ES, ZRS, DSF, obštudijske dejavnosti, investicije in investicijsko vzdrževanje, nacionalno pomembne naloge in inštitucije ter razvojne in druge naloge (114. člen), medtem ko zasebnim zagotavljajo sredstva le za TS in ES (115. člen) ter za razvojne naloge (133. člen). S temi ukrepi se močno omejuje zasebne zavode, pri čemer so posledice tega razlikovanja najbolj drastično izražene **na področju raziskovalne dejavnosti, kjer se javnim VZ dodeljujejo sredstva za znanstveno raziskovalni steber ZRS (124. člen), s čimer lahko veliko lažje dosežejo merilo kakovosti v visokem šolstvu 'Delovanje visokošolskih zavodov'<sup>21</sup>, po katerem se meri kakovost znanstvenoraziskovalnih aktivnosti.**

2. Predlog zakona določa petletno obdobje veljavnosti javne listine o akreditaciji VZ in visokošolskih programov. Skrajševanje obdobja veljavnosti akreditacije na največ pet let, namesto sedanjih sedem let, je nesmiselna **z vidika uveljavljanja birokratskih načel v izobraževalno dejavnost**, predvsem s povečevanjem števila 'birokratskih ur' za pripravo vlog za dokazovanje izpolnjevanja pogojev za podaljšanje akreditacije, namesto usmerjenosti v kakovostno izvedbo programov. Ob upoštevanju še posebnih zahtev za zasebne visokošolske, z vidika višanja rizika finančne nevzdržnosti zasebnih zavodov, omenjenih v 22. točki tega komentarja, kot so bančne garancije za izvajanje študijskega leta, zagotovitve tretjine polno zaposlenih ter zagotovitve 30 odstotkov sredstev, lahko **skrajšanje akreditacijskega obdobja razumemo zgolj kot ukrep za odvzem akreditacije po hitrem postopku**. Namesto povečevanja pritiskov na VZ z uvajanjem 'nesmiselnih nadzorstvenih zahtev' v smeri omejevanja izobrazbe predlagamo resen premislek o novi 'stvarnosti', kjer postaja ravno 'izobrazba' tržno blago za vsakega posameznika, in dopustitev čim večjo konkurenčnost na izobraževalnem področju.

**Na osnovi zgoraj naštetih komentarjev predlagamo spremembe in črtanje naslednjih členov ZViS:**

1. Spremembo drugega stavka 5. člena o vrstah VZ, ki naj se glasi: »Samostojni visokošolski zavodi so univerze, fakultete, umetniške akademije in visoke strokovne šole.«

Smiselno se predlaga sprememba 18. člena, ki se nanaša na pridružene članice univerze. Tako se glasi:

»18. člen  
(ustanovitev univerze in pridružene članice univerze)

---

<sup>21</sup> Merila za akreditacijo in zunanjo evalvacijo visokošolskih zavodov in študijskih programov – 10. in 28. člen.

(1) Samostojni visokošolski zavodi in drugi zavodi lahko ustanovijo univerzo.«

Prvi odstavek 18. člena postane drugi.

2. Spremembo drugega odstavka 10. člena, ki se nanaša na avtonomijo VZ, ki naj se glasi: »Univerze in samostojni visokošolski zavodi, ustanovljeni v RS, delujejo po načelih avtonomije, ki jim zagotavlja predvsem:«. Ostalo besedilo se ohrani.

3. Spremembo zadnjega stavka šestega odstavka 11. člena, ki se nanaša na izobraževanje pod enakimi pogoji. Iz stavka naj se črta beseda 'javnega', tako da se glasi: »S statutom visokošolskega zavoda se za Slovence brez slovenskega državljanstva lahko določijo ugodnejši pogoji za vpis«.

4. Spremembo 20. člena o odcepljenem podjetju in 21. člena o odsvojitvi udeleženih pravic, iz katere se črta beseda 'javna' iz celotnega besedila obeh členov.

5. Spremembo 4. alineje prvega odstavka 22. člena o pogojih za ustanovitev zavoda, s tem da se črta del alineje, ki se nanaša na zahtevano najmanj tretjinsko redno zaposlitev, tako da se glasi:

– »4. zagotovljeni visokošolski učitelji, znanstveni delavci in visokošolski sodelavci, potrebni za izvedbo programa, pri čemer mora biti izkazan raziskovalni element: predložen mora biti program raziskovalnega dela in poročilo o temeljnem ali aplikativnem znanstvenoraziskovalnem delu oz. umetniškem delu predvidenih nosilcev in izvajalcev predmetov v zadnjih petih letih na področjih, za katere se zavod ustanavlja in s katerih so predlogi študijskih programov.«

6. Črtanje tretjega odstavka 22. člena v celoti.

7. Sprememba četrtega odstavka 22. člena, ki naj se glasi:

»Za ustanovitev univerze je treba izkazati temeljno in aplikativno znanstvenoraziskovalno delo po klasifikaciji FRASCATI na najmanj dveh znanstvenih področjih, na katerih bo opravljala svojo dejavnost. Na vseh teh dveh znanstvenih področjih FRASCATI morajo biti izpolnjeni pogoji za izvajanje študijskih programov vsaj dveh stopenj.«

7. Črtanje šestega odstavka 22. člena v celoti.

Smiselno se spremeni prvi odstavek 23. člena o akreditaciji VZ v delu, ki se nanaša na zgoraj omenjene spremembe 22. člena, tako da se glasi:

»Pred sprejemom akta o ustanovitvi si mora ustanovitelj pri agenciji pridobiti odločbo o akreditaciji visokošolskega zavoda.« Ostalo besedilo se črta.

Smiselno se predlaga črtanje drugega odstavka 23. člena v celoti.

Smiselno se črta zadnji stavek tretjega odstavka 26. člena.

8. Spremembo prvega stavka prvega odstavka 24. člena o podaljšanju akreditacije, tako da se glasi: »Visokošolski zavod si mora pri agenciji najmanj vsakih sedem let pridobiti odločbo o podaljšanju akreditacije visokošolskega zavoda.« Drugi stavek se ohrani.

Smiselno se predlaga tudi sprememba 1. alineje šestega odstavka 81. člena, ki naj se glasi: »podaljša akreditacijo visokošolskega zavoda za obdobje sedmih let«.

9. Spremembo četrtega odstavka 43. člena o akreditaciji novih študijskih programov, tako da se prvi stavek črta, drugi pa spremeni, tako da se glasi: »Univerza in samostojni visokošolski zavod obvezne sestavine študijskih programov spreminja sama.« Tretji stavek postane drugi.

10. Spremembo prvega odstavka 67. člena, ki obravnava sestavo Sveta za visoko šolstvo, ki naj se glasi:

»Svet za visoko šolstvo ima predsednika in 24 članov. Sestavljajo ga strokovnjaki s področja visokega šolstva ter znanosti in tehnologije, gospodarstva, predstavniki študentov visokošolskih zavodov in višjih strokovnih šol ter socialnih partnerjev. Njegovi člani so rektorji univerz, ki jih izbere rektorska konferenca, predsednik Skupnosti samostojnih visokošolskih zavodov, predsednik Slovenske akademije znanosti in umetnosti, predsednik Nacionalne agencije Republike Slovenije za kakovost v visokem šolstvu ter predsednik Inženirske akademije Slovenije.«

11. Spremembo 114. člena o proračunskih sredstvih za javno službo, ki naj se spremeni, tako da se iz prvega stavka črta beseda 'javnim'.

Smiselno se predlaga sprememba naslova 124. člena, tako da se glasi: »dodeljevanje sredstev ZRS za visokošolske zavode«.

Smiselno se predlaga sprememba prvega odstavka 180. člena, ki govori o financiranju zasebnih VZ s koncesijo, ki naj se glasi:

»(1) Študijski programi, ki jih izvajajo zasebni visokošolski zavodi na podlagi koncesije, se financirajo iz državnega proračuna.« Preostalo besedilo se črta.

Smiselno se predlaga črtanje sedmega odstavka 180. člena v celoti.

## Stališča skupnosti SVZ o predlogu ZVIS-1

Samostojni VZ, člani Skupnosti samostojnih visokošolskih zavodov, smo bili 22. oktobra 2013 seznanjeni z delovnim gradivom ZViS, ki naj bi bil po predlogu pripravljavcev sprejet po skrajšanem zakonodajnem postopku. Zaradi kratkega roka za pripravo pripomb na delovno gradivo zakona Skupnost ni uspela izoblikovati konkretnih pripomb nanj, zato je k temu pozvala svoje članice. Iz odzivov članic, ki sem jih ob tej priliki prejel kot predsedujoči skupnosti, pa ugotavljam, da bi RS z morebitno uveljavitvijo omenjenega dokumenta zasebnemu visokemu šolstvu prizadela nepopravljivo škodo, in zato člani Skupnosti

### ZAVRAČAMO SKRAJŠANI ZAKONODAJNI POSTOPEK in VSEBINO PREDLAGANEGA DOKUMENTA,

ker sta protiustavna in škodljiva:

1. Nujen oz. skrajšan zakonodajni postopek je v členih delovnega gradiva zakona, ki se ne nanašajo na odločbo Ustavnega sodišča, št. U-I-156/08, neustaven in protizakonit. Zato zahtevamo obravnavo členov, ki se ne nanašajo na sodbo Ustavnega sodišča, št. U-I-156/08, po rednem zakonodajnem postopku, ki omogoča med drugim tudi 30-dnevno javno obravnavanje zakona.

2. Člani Skupnosti samostojnih visokošolskih zavodov smo prepričani, da je tudi sama vsebina zakona protiustavna in razvojno škodljiva. Podrobnejša stališča do ustavnosti in škodljivosti posameznih predlaganih sprememb bomo izrazili in argumentirali v postopku redne obravnave zakona.

3. V primeru ignoriranja zakonodajnega postopka, izključevanja posameznih deležnikov visokega šolstva iz javne obravnave sprememb ZViS in v primeru sprejema protiustavnih in škodljivih določb, ki jih vsebuje omenjeni dokument, ne izključujemo odškodninskih tožb prizadetih (profesorjev, študentov in prizadetih VZ) kot tudi ne sprožitve postopkov ustavne in evropske sodne kontrole kršitev temeljnih, s slovensko Ustavo in z ratificiranimi mednarodnimi pogodbami varovanih pravic in svoboščin.

Obrazložitev:

Obrazložitev k točki 1:

Pripravljavci delovnega gradiva skrajšani zakonodajni postopek utemeljujejo z obrazložitvijo, da je RS pravna država, ki mora spoštovati sodbe Ustavnega sodišča, tako tudi sodbo št. U-I-156/08, ki je ugotovila določeno neskladje veljavnega ZViS z Ustavo RS. Sprejem členov, ki se nanašajo na omenjeno sodbo Ustavnega sodišča, ne more in ne sme biti razlog za sprejem več kot sto novih členov po nujnem ali skrajšanem postopku, ki s to sodbo Ustavnega sodišča nimajo zveze, pri tem pa grobo posegajo v dane pravice in obveznosti. Skrajšani ali nujni postopek sprejemanja zakona je mogoč le pod jasno določenimi pogoji, oz. če gre za:

- manj zahtevne spremembe in dopolnitve zakona,
- prenehanje veljavnosti posameznega zakona ali posameznih določb zakona,

- manj zahtevne uskladitve zakona z drugimi zakoni ali s pravom EU,
- spremembe in dopolnitve zakona v zvezi s postopkom pred Ustavnim sodiščem oz. z odločbo Ustavnega sodišča.

Po nujnem postopku je mogoče predloge zakonov obravnavati le, če gre za:

- interese varnosti ali obrambo države,
- odpravo posledic naravnih nesreč,
- preprečevanje težko popravljivih posledic za delovanje države

Navedeni pogoji za sprejem več kot sto novih členov ZViS po nujnem ali skrajšanem postopku niso izpolnjeni. S tem, ko se skuša na vsak način izigrati določila glede obravnave zakonov, pa se ustvarja še več neustavnosti. Delovno gradivo zakona, ki v 4. a točki dokumenta, pripravljenega za obravnavo na vladi, navaja, da je glavni razlog za sprejem zakona po nujnem oz. skrajšanem postopku spoštovanje odločbe Ustavnega sodišča, št. U-1-156/08, je v delu, ki se nanaša na člene, ki niso v povezavi s sodbo Ustavnega sodišča, št. U-1-156/08, nedvomno protiustaven in protizakonit.

Obrazložitev k točki 2:

Delovno gradivo ZViS je v nasprotju:

- s 14. členom Ustave RS, ker uzakonja neenako obravnavanje zasebnega in javnega visokega šolstva in neenako obravnavanje v razmerju do zasebnega osnovnega in srednjega šolstva, študentov in profesorjev,
- s 57. členom Ustave RS, ker onemogoča svobodno izobraževanje v zasebnem šolstvu,
- z 58. členom Ustave RS, ker s presežno regulacijo posega v avtonomijo univerze in visokih šol,
- z 59. členom Ustave RS, ker preprečuje ter ovira svobodo znanstvenega ustvarjanja,
- s 60. členom Ustave RS, ker onemogoča varstvo avtorskih in drugih pravic, ki izvirajo iz znanstvene in raziskovalne dejavnosti v zasebnem šolstvu, in
- s 74. členom Ustave RS, ker onemogoča svobodno pobudo glede na možnosti, ki jih ima javno šolstvo.

Obrazložitev k točki 3:

Način priprave delovnega gradiva zakona in pretežna vsebina predlaganih sprememb je v nasprotju z akademskim avtonomnim pravom, kot sta Magna Carta Universitatum iz leta 1998 in UNESCO-vo Priporočilo o statusu visokošolskega učitelja iz leta 1997. Preprečevanje izobraževanja, ki je relevantno za resnične potrebe prakse, kar se potrjuje z zaposljivostjo (relevanca), nezakonito izključevanje konkurence z zaščito monopolov, s čimer se znižuje kakovost, uzakonjanje neenakopravnosti, nepravičnosti in diskriminatornosti ter drugi razlogi bodo narekovali seznanitev evropskih inštitucij, evropske in domače javnosti ter sprožitev postopkov ustavne in evropske sodne kontrole kršitev temeljnih pravic in svoboščin, varovanih s slovensko Ustavo in z ratificiranimi mednarodnimi pogodbami. Zaradi materialne in nematerialne škode, ki bo nastala s sprejemom novele ZViS, pa niso izključene tudi odškodninske tožbe.

Datum: 24. oktober 2013

## Stališča skupnosti študentov SVZ o ZViS-1

Dne 30.10.2013 je bila posredovana informacija o javni razpravi o predlogu ZViS, ki predstavlja revolucijo v visokem šolstvu.<sup>22</sup> Gre za sistemski zakon, ki v celoti spreminja dosedanji izobraževalni sistem v RS. Zakon je v nasprotju z interesi mladih po pridobitvi zelene izobrazbe, v nasprotju s spodbujanjem pridobitve zaposljivega poklica. Z nemogočimi pogoji praktično ukinja zasebno visoko šolstvo in bo imel za nas mlade ter zaradi kasnejšega vstopa na trg delovne sile tudi za celo Slovenijo škodljive posledice.

Zakon je tudi v nasprotju s Strategijo EU za modernizacijo visokega šolstva, ki določa, da so potrebne reforme, kot so: povečanje števila diplomantov, večja privlačnost visokošolskega izobraževanja za več družbenih segmentov in zmanjšanje osipa, kakovostnejše in ustrežnejše visokošolsko izobraževanje, ki bi bolj ustrezalo potrebam posameznikov, trgu dela in poklicem prihodnosti, in druge.<sup>23</sup>

Zakon nam študentom onemogoča študij, kot smo ga poznali doslej. Slovenija vodi po številu brezposelnih diplomantov z državnih univerz, predlagani zakon pa namesto prožnosti študija uvaja togost in predolg študij. **Zato bodo v nadaljevanju predstavljene nekatere anomalije predlaganega ZViS, ki so za slovensko šolstvo izredno škodljive:**

### 1. Predlog ZViS ukinja izredni študij.

Predlog novega ZViS ukinja izredni študij (imenovan tudi študij ob delu) in uvaja namesto tega delni študij (največ 36 kreditnih točk na leto namesto dosedanjih 60).<sup>24</sup> Plačljiv študij se je do sedaj večinoma izvajal kot izredni študij. Navedeno pomeni, da se bo plačljiv študij nerazumno podražil (reden plačljiv študij) ali pa podaljšal s treh let na najmanj pet let (v obliki delnega študija).

Mnogi mladi smo se odločili za plačljiv študij zato, ker nam ta omogoča izobrazbo, ki je na trgu delovne sile potrebna, odločamo se tudi za samostojne zasebneVZ, kjer so študijski programi boljši, bolj zaposljivi, z bolj odgovarjajočim sistemom delovanja, z boljšim načinom dela, saj predavajo profesorji iz prakse. To so razlogi, zaradi katerih se mladi odločamo najeti kredit ali pa študirati ob delu in si sami plačevati izobraževanje. Plačljiv študij se je do sedaj večinoma izvajal kot izredni študij. Redni plačljiv študij bi bil namreč mnogo dražji, delni študij pa nerazumno podaljšuje našo možnost pridobitve zaposljivega poklica.

Študenti, ki si sami plačujemo šolnino na zasebni fakulteti, ki izvaja samoplačniški študij, imamo samo en cilj in to je priti do zaposljivega poklica ter tako čim prej skozi davke in

---

<sup>22</sup> Predlog zakona je dostopen tukaj: [http://www.mizs.gov.si/fileadmin/mizs.gov.si/pageuploads/zakonodaja/predlogi/Izobrazevanje/ZVIS\\_30\\_10\\_13.pdf](http://www.mizs.gov.si/fileadmin/mizs.gov.si/pageuploads/zakonodaja/predlogi/Izobrazevanje/ZVIS_30_10_13.pdf)

<sup>23</sup> Strategija EU za modernizacijo visokega šolstva [http://ec.europa.eu/education/higher-education/doc/com0911\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/education/higher-education/doc/com0911_en.pdf)

<sup>24</sup> 16. t. 6. člena v povezavi s tretjim odstavkom 54. člena in 111. členom predloga ZViS.

prispevke polniti državno blagajno. Obstajajo zasebne fakultete, ki tak študij izvajajo in nimajo niti enega brezposelnega diplomanta, saj izvajajo zaposljive študijske programe. Zaradi sprememb v ZViS pa se bo vse spremenilo:

– Študij se bo lahko izvajal kot redni študij (kar bi pomenilo trikrat dražjo šolnino, ki si je študenti samoplačniki ne bomo mogli privoščiti).

– Študij se bo lahko izvajal kot delni študij (kar pomeni podaljševanje izobraževalne dobe z najmanj treh let na najmanj pet let).

Mladi si dejansko želimo čim prej priti do poklica. Ali mar to ni v interesu države? Da čim prej pridemo do poklica in začnemo skozi davke in prispevke polniti državno blagajno? Očitno ne. Država se je odločila za sabotažo mladih, ki si sami plačujemo študij, oz. tistih, ki študirajo na samostojnih zasebnih VZ. Predlagatelja zakona ne zanima, da je 3.300 mladih lani odšlo v tujino, letos bo takih še mnogo več. Ne zanima ga tudi, da ima Slovenija že zdaj največje število brezposelnih mladih diplomantov. Predlagatelja zakona tudi ne zanima zaposljivost študijev. V predlogu ZViS se nikjer ne omenja ukinjanje nezaposljivih študijskih programov. Izvajati jih nameravajo še naprej, plačani bodo iz državnega proračuna. Da je anomalija še toliko hujša, se po novem na javnih univerzah omogoča redni študij tudi redno zaposlenim. Medtem pa se redno zaposlenim študentom ali nezaposlenim študentom, ki so se odločili plačati šolnino z namenom priti do zaposljivega poklica, podaljšuje čas izobraževanja. To je nedopustno in izredno škodljivo!

Medtem izredni študij obstaja in se izvaja v skoraj vseh državah v Evropi:

Izredni študij obstaja tudi v veliki večini evropskih držav. Kot navaja študija Posodabljanje visokega šolstva v Evropi: Financiranje in socialna razsežnost Eurydice iz leta 2011 se v skoraj vseh državah EU sprejema predpise ali druge ukrepe za večjo prožnost študija (predvsem neformalno izobraževanje in izredni način študija<sup>25</sup>). Evropska komisija tudi navaja, da bi visokošolske institucije morale organizirati prožnejši študij ter vpeljati več vstopnih poti. Prožnejši visokošolski študij terjata tako trg dela kot širša družba. Končni cilj prizadevanja je, da evropsko visoko šolstvo postane privlačno in odprto in pomaga zgraditi na znanju temelječo družbo, ki bo sposobna reševati izzive hitro spreminjajočega se gospodarstva. Visokošolska politika v skoraj vseh državah sprejema predpise ali druge ukrepe za spodbujanje prožnejšega študija (kot je neformalno znanje in izredni študij).

Študija navaja, da slaba polovica držav pravno opredeljuje izredni način študija, večina ostalih pa ga enako pojmuje. Tipične prvine izrednega študija so večerna predavanja ali predavanja ob koncu tedna ali strnjen študij. Nekaj držav ne opredeljuje izrednega načina študija s predpisom, saj njihova prožna ureditev omogoča, da si študentje lahko prilagodijo opravljanje študijskih obveznosti po svojih zmožnostih. Tudi države, ki status izrednega študija opredeljujejo s predpisi, zanje navajajo omenjenim podobne značilnosti. Evrostatova študija daje tudi metodološko pojasnilo glede izrednega študija: Gledano idealno bi se morale študijske obveznosti meriti z akademskim vrednotenjem študentovega študijskega napredka, lahko pa se merijo tudi s porabljenim časom ali naloženimi obveznostmi ali s časom, določenim za predavanja. Države uporabljajo prvo ali drugo metodo delitve

---

<sup>25</sup> Posodabljanje visokega šolstva v Evropi: Financiranje in socialna razsežnost, Eurydice študija, Izredni način študija, str. 23.



študentov na redne in izredne, odvisno od dostopnosti podatkov (UNESCO/ OECD/Eurostat, 2010).

Kar 11 izobraževalnih sistemov skupaj z Lihtenštajnom ima več kot 30-odstotni delež izrednih študentov, sem spada tudi pet držav s celo več kot 40-odstotnim deležem (Finska, Švedska, Poljska, Latvija, Litva). V skoraj vseh državah so visokošolske inštitucije avtonomne pri odločanju o tem, ali bodo ponudile priložnosti izrednega načina študija ali ne. Večina takšne priložnosti tudi dejansko ponuja.<sup>26</sup>

Slovenija po predlogu ZViS uzakonja nasprotno od prožnega načina študija oz. načina, ki ga predlaga Evropska komisija. Slovenija ga ukinja. Delni študij nikakor ni prožnejši, saj bi bilo z novim zakonom predpisano, da lahko študent pridobi letno največ 36 ECTS. To za samostojne zasebne VZ pomeni podaljševanje dobe študiranja in tako preprečuje mnogim študentom, ki so se odločili za samoplačniške študije, da bi prišli do zaposljlivega poklica v najkrajšem času.

Pri tem ni zanemarljivo, da samoplačniški študiji polnijo državno blagajno. Medtem ko stane šolnina cca. 3.000 EUR, se zaradi davkov in prispevkov v državno blagajno nateče tudi približno toliko v času, ko za šolnino delamo. S šolninami, ki jih plačamo za študij, se nato plačuje zaposlene in pogodbene delavce na šoli in tako se ponovno polovica nateče v državno blagajno. Navedeno pokaže, da se cca. 75 odstotkov zasluženega denarja za šolnine nateče v državno blagajno, iz katere se financira javni sektor.

Samoplačniški študenti se tega zavedamo, pa vendar smo se odločili sami financirati študij, ki nam ga državna univerza ni omogočila za pridobitev zaposljlivega poklica (če bi nam ga nudila, se ne bi odločili za samoplačništvo). Kljub navedenemu nam bo v primeru sprejetja ZViS ta možnost nerazumno otežena. V teh za mlade težkih pogojih za finančno osamosvojitve so ukrepi nerazumni. Ni najti odgovora, kaj ima država od tega, prav tako ni najti odgovora na vprašanje, zakaj bi omejevali našo pravico do pridobitve zaposljlivega poklica, če se ta izvaja samoplačniško. Gre za dvojno diskriminacijo. Prva je, da zaposljliv študij ni koncesioniran, druga bo, da bo trajal skoraj dvakrat dlje (delni plačljiv) ali pa bo moral biti skoraj dvakrat dražji (redni plačljiv). Študenti samostojnih zasebnih VZ smo se za študij odločili, ker so študijski programi na naših študijskih programih boljši, bolj zaposljlivi, z bolj odgovarjajočim sistemom delovanja, z boljšim načinom dela, saj predavajo profesorji iz prakse.

## 2. Nerazumni pogoji za redno zaposlovanje učiteljev kot dokaz kakovosti – znak kakovosti je zaposlen diplomant, ne pa zaposlen učitelj

Predlagatelj zakona bo kot dokaz kakovosti v visokem šolstvu zahteval kvoto redno zaposlenih učiteljev na šoli. Predlog izhaja iz tega, da imajo redne učitelje javne univerze. Vendar pa kvota redno zaposlenih učiteljev ni in ne more biti dokaz kakovosti v visokem šolstvu. Slovenska zakonodaja omogoča različne oblike dela (delo po avtorski pogodbi, podjemni pogodbi, prostovoljno delo, redna zaposlitev, delna zaposlitev itd.). Postavljanje

---

<sup>26</sup> Posodabljanje visokega šolstva v Evropi: Financiranje in socialna razsežnost, Eurydice študija, Izredni način študija str. 25–27.

pogoja zasebnim šolam po redno zaposlenih učiteljih kot dokaz kakovosti je zelo napačna. Redna zaposlitev pomeni varnost učitelja, ne pa kakovost le-tega. Redna zaposlitev učitelja pomeni tudi odmik od pridobivanja znanja od strokovnjakov iz prakse. Nas izobražujejo strokovni profesorji, ki nabirajo znanja doma v Sloveniji in v tujini.

Medtem ko državne univerze nudijo predvsem zaposlene učitelje, pa samostojni VZ poučujejo z odličnimi strokovnjaki iz prakse. Države to ne zanima, kot dokaz kakovosti ne šteje predavatelj Nobelov nagrajenec, redno zaposlen predavatelj pa. Študenti se temu odločno upiramo.

Zahteva po rednem zaposlovanju profesorjev (ti imajo lahko največ šest ur na teden neposrednega stika s študenti) pomeni poseganje v avtonomijo šolstva, saj smo se študenti na zasebne šole vpisali ravno zaradi pridobivanja znanja od strokovnjakov iz prakse. Študenti si želimo za predavatelja kirurga, ki je čez dan v kirurški dvorani, popoldne pa znanje prenaša na nas, ne pa profesorja kirurga, ki je izven prakse, pa čeprav morda piše članke. Kot predavatelja si želimo sodnika, ki dela na sodišču, ki dela v praksi, in ne nekoga, ki ima le teoretično znanje. Kakovost naj se meri po zaposlenih študentih, ne po zaposlenih profesorjih.

Dejstvo je, da imajo zaposlene profesorje državne šole. Obstajajo študijski programi, kjer je več redno zaposlenih profesorjev kot študentov. Vendar pa država v predlogu nikjer ne omenja omejevanja svojih nezaposljivih in neaktualnih študijskih programov, temveč le odvzem akreditacije za študije, ki ne bodo izpolnjevali kvote redno zaposlenih predavateljev. Gre za prilagajanje pogojev, ki so v korist le zaposlenim, ne pa v prid zaposljivosti diplomantov. Ta pa je prednostna naloga držav v skladu s Strategijo EU za modernizacijo visokega šolstva.<sup>27</sup>

Navedeno je v nasprotju s smislom izobraževanja. Smisel izobraževanja mora biti uspešen produkt, to je zaposlen diplomant. Gre za edini smisel izobraževanja in tudi edini relevanten kriterij kakovosti. Vsiljevanje pogoja za akreditacijo (ali podaljšanje akreditacije) na sicer zaposljivem študiju, ki ga izvaja oseba zasebnega prava (zasebni VZ), da mora imeti redno zaposlene profesorje, je v nasprotju s 74. členom Ustave in tako izredno škodljivo. Pri deficitarnih poklicih je škodljivo tudi jemanje strokovnjakov iz prakse (ker jih trg potrebuje) zato, da bodo kot redno zaposleni imeli s študentom šest ur neposrednega stika, v preostalem pa pisali članke namesto izvajali svojo storitev na trgu.

Postavljanje pogoja po redno zaposlenih učiteljih pa bo tudi izjemno podražilo naše šolnine na zasebnih VZ. Gre za pogoj, ki ga lahko izpolnjuje javni sektor, ki se v celoti financira iz javnih sredstev. Študenti, ki plačujemo šolnino, iz tega se plačuje profesorje, ne moremo financirati redno zaposlenega profesorja, ki bo imel šest ur neposrednega dela s študenti, ostalo pa bo raziskoval. Študenti bomo namreč tako skozi šolnino morali financirati 6 pedagoških ur in 34 nepedagoških ur za vsakega profesorja. Ker študenti raziskovanja profesorja ne moremo in nočemo plačevati, je za kakovosten študij za nas pomembno, da je profesor že odličen raziskovalec, da je že odličen strokovnjak iz prakse, ki izpolnjuje pogoje za habilitacijo, lahko pa je poleg tega, da svoje znanje posreduje nam, zaposlen tudi drugje.

---

<sup>27</sup> Strategija EU za modernizacijo visokega šolstva [http://ec.europa.eu/education/higher-education/doc/com0911\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/education/higher-education/doc/com0911_en.pdf)

Pri zahtevi po redno zaposlenih učiteljih na samoplačniških zavodih pa bi bilo napredovanje profesorja pri habilitacijskih nazivih finančno preneseno na nas.

Zato je ob neenakem financiranju (v primeru nekoncesioniranih zavodov pa sploh ob nikakršnem financiranju) tudi postavljanje pogojev samostojnim VZ popolnoma napačno in v praksi pomeni ukinitvev le-teh zaradi nezmožnosti izpolnjevanja zakonsko določenih pogojev. Postavljanje pogojev po redno zaposlenih učiteljih je možno le ob hkratnem financiranju le teh, ne pa ob prenašanju njihovega stroška na študente.

Ker Ustava RS v 58. členu govori le o avtonomiji javnih univerz in javnih visokih šol,<sup>28</sup> navedeno seveda ne pomeni, da zasebnim inštitucijam ni zagotovljena avtonomija in da se jih lahko po volji zakonodajalca popolnoma onemogoči. Kot osebe zasebnega prava so ščitene s 74. členom Ustave RS, ki določa, da je gospodarska pobuda svobodna. Tretji odstavek člena dodatno ščiti osebe zasebnega prava pred dejanji, ki v nasprotju z zakonom omejujejo konkurenco. Tako so osebe zasebnega prava varovane tudi v odnosu do države, ki monopolizira državne univerze nasproti zasebnim šolam.<sup>29</sup> Naslovljenci tega načela so vsi gospodarski subjekti in tudi država, kar pomeni, da se morajo vzdržati tistih ravnanj, ki protipravno omejujejo konkurenco na trgu. Zavezani so k »pasivnemu« ravnanju. Poleg tega to načelo zavezuje državo še k »aktivnemu« ravnanju. Poskrbeti mora za izvajanje tega načela v praksi. Dejanja nelojalne konkurence so prepovedana brez izjem, nasprotno pa so dejanja omejevanja konkurence načeloma prepovedana, obstajajo pa tudi izjeme od načelne prepovedi.<sup>30</sup>

Neprimerno vmešavanje države s tem, ko ustvarja pravne ovire za vstop na trg, favoriziranje nekaterih udeležencev in podobno, je šolski primer navedenega. Postavljanje nemogočih pogojev, ki jih ob financiranju iz proračuna lahko sebi zagotovi le država, hkrati pa sprejetje predloga, da morajo enake pogoje izpolnjevati tudi osebe zasebnega prava, pomeni tako kršitev Ustave RS ter evropskih pravil o konkurenci, ki predstavljajo temeljni steber EU.

---

<sup>28</sup> 58. člen Ustave RS: Državne univerze in državne visoke šole so avtonomne. Način njihovega financiranja ureja zakon.

<sup>29</sup> Odbor za visoko šolstvo in raziskave Sveta Evrope je ugotovil, da izobrazba resnično ne more biti državni monopol. Pravica do izobraževanja in pravica do svobodne izbire izobraževanja terjata pravzaprav takšno ureditev, ki dovoljuje in varuje obstoj zasebnega izobraževanja. Načelo svobode izobraževanja zajema koeksistenco javnega in zasebnega izobraževanja, kajti ne eno ne drugo ne more vedno v celoti zagotoviti potrebne kvalitete in kvantitete izobraževanja. Zato je mogoče trditi, da s takšnim pristopom tudi razumemo, da je država dolžna spodbujati zasebno šolstvo in ga je pod določenimi pogoji celo dolžna postaviti na enakovredne temelje v razmerju z javnim šolstvom. V mnogih državah zasebno šolstvo ne samo da sprošča pritisk na javno šolstvo, temveč tudi prispeva k večji raznolikosti, neodvisnosti in inovativnosti pri izobraževanju in v praksi, s tem ko pospešuje učinkovitost in kvaliteto, tako kot tudi vpliva na konkurenčnost v razmerju do javnih inštitucij. Z vidika prihodnjih usmeritev potrebujemo fleksibilen, učinkovit in zadovoljiv izobraževalni sistem, ki naj bi resnično ustregel spreminjajočim se izobraževalnim potrebam različnih uporabnikov. Se pravi, tudi s primerjalnopravnega vidika so razlogi za priznavanje pomembne vloge zasebnemu šolstvu.

Arne Maurič, 2011, <http://www.concourts.net/lecture/private%20education1.pdf>

<sup>30</sup> Matjaž Tratnik, Varstvo konkurence, [http://www.pf.um.si/index.php/sl/datoteke/tratnik/gradivo\\_tratnik-fe-ri\\_sploni\\_del.pdf](http://www.pf.um.si/index.php/sl/datoteke/tratnik/gradivo_tratnik-fe-ri_sploni_del.pdf).

### 3. Deprivilegiran položaj koncesioniranih VZ

Predlagatelj zakona zahteva enako kvoto zaposlenih učiteljev, kadrovskih in prostorskih pogojev za javne in koncesionirane zavode. Pri tem pa nerazumno zahteva, da zasebni VZ sam zagotovi 30 odstotkov<sup>31</sup> sredstev. Navedeno je nemogoč pogoj. Navedeni člen predstavlja ne le omejevanje konkurence, temveč praktično postavljanje nemogočega pogoja, saj se le z enako kvoto denarja lahko zahteva enako. V primeru, da zakonodajalec drugače uredi zahteve za zasebne in javne visoke šole, pa lahko uzakoni tudi različno financiranje.

Ustanovljeni zasebni VZ mora kot naročnik garancije pred prvim razpisom za vpis v študijske programe predložiti ministrstvu, pristojnemu za visoko šolstvo, bančno garancijo s klavzulo »brez ugovora« za izvedbo enega študijskega leta v korist VZ kot upravičenca do garancije, ki bo prevzel študente, če ne bi prejel plačila za svojo dejavnost iz drugih sredstev naročnika. Če novoustanovljeni zavod izkaže, da je storil vse potrebno, vendar kljub temu ni uspel skleniti dogovora o prevzemu študentov s katerim od obstoječih zavodov, mora predložiti garancijo v korist RS kot upravičenca do garancije.<sup>132</sup>

Navedeno se ne postavlja kot pogoj za javni zavod. Ali se javnemu zavodu ne more zgoditi, da se mu odvzame akreditacija?

Ob vsem tem se ponovno financira zasebna Univerza EMUNI, ki se financira že vrsto let. Le-ta sploh nima študentov.

### 4. Pretirana regulacija samostojnih VZ in omejevanje konkurence

Predlagatelj zakona postavlja za javne in zasebne VZ enake pogoje, s tem da ne zagotavlja enakega financiranja. Navedeno je očitno:

- s predpisanimi rednimi zaposlitvami (medtem ko slovenska zakonodaja omogoča različne oblike dela),
- s predpisano visoko kvoto teh zaposlitev (kar je v nasprotju z avtonomijo šolstva, še posebej ker si študenti želimo strokovnjake iz prakse),
- z zahtevo po 30-odstotnem samofinanciranju koncesioniranih VZ (nemogoč pogoj v primerjavi z javnimi VZ),
- s predpisanim plačevanjem šolnin v enem obroku (gre za očitno oteževanje plačevanja šolnin študentom),
- z zahtevo po predložitvi bančne garancije za eno leto študija še pred začetkom izvajanja študija.

Pretirana regulacija zasebnih VZ je škodljiva. Škodljiva je za kakovost v visokem šolstvu, saj praktično ukinja konkurenco, ki vzpodbuja kakovost. Zahteve, ki so postavljene za samostojne VZ, so škodljive, ker ne vzpodbujajo posredovanja znanja in strokovnjakov iz prakse, ki imajo habilitacijski naziv, temveč zahteva redno zaposlitev učiteljev kot dokaz

---

<sup>31</sup> Sedmi odstavek 180. člena predloga ZViS: Zasebni visokošolski zavod zagotavlja sredstva za posredne (funkcijske) in stalne (proizvodne) stroške visokošolskega zavoda, ki morajo biti zagotovljeni najmanj v višini 30 odstotkov sredstev za študijsko dejavnost, dodeljenih na podlagi dodeljene koncesije.

<sup>32</sup> Šesti odstavek 22. člena predloga ZviS.

kakovosti. Dokaz kakovosti mora biti zaposlen diplomant, ne pa zaposlen profesor. Država bi pri regulaciji potrebovala tudi tehtne razloge, večina regulacije pa je namenjena le oteževanju izvajanja izobraževanja na samostojnih VZ, kar posredno država skozi predlog zakona tudi priznava (češ da je v RS študijskih programov preveč). Če jih je preveč, naj se ukinejo nezaposljivi študiji (tisti, pri katerih je procentualno več študentov brez službe).

Predlagani ZViS je v nasprotju:

- s 14. členom Ustave RS, ker uzakonja neenako obravnavanje zasebnega in javnega visokega šolstva in neenako obravnavanje v razmerju do zasebnega osnovnega in srednjega šolstva, študentov in profesorjev,

- s 57. členom Ustave RS, ker onemogoča svobodno izobraževanje v zasebnem šolstvu,

- z 58. členom Ustave RS, ker s presežno regulacijo posega v avtonomijo univerze in visokih šol,

- z 59. členom Ustave RS, ker preprečuje ter ovira svobodo znanstvenega ustvarjanja,

- s 60. členom Ustave RS, ker onemogoča varstvo avtorskih in drugih pravic, ki izvirajo iz znanstvene in raziskovalne dejavnosti v zasebnem šolstvu, in

- s 74. členom Ustave RS, ker onemogoča svobodno pobudo glede na možnosti, ki jih ima javno šolstvo.

Ne nazadnje sistemski zakon zahteva redni zakonodajni postopek, predhodno obravnavo v DZ itd. Skrajšani postopek je v členih, ki se ne nanašajo na odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-156/08, protizakonit in neustaven. Zato se zahteva obravnava členov, ki se ne nanašajo na sodbo Ustavnega sodišča, po rednem zakonodajnem postopku.

Matic Medvešek, predsednik ŠO SVZS, Špela Gomboc, podpredsednica ŠO SVZS, Maja Štager, sekretarka za interesne dejavnosti študentov ŠO SSVZS, Kim Peternel, sekretarka za socialna in zdravstvena vprašanja ter štipendije ŠO SSVZS, Gabrijel Glavica

# Katarina Lavrič <sup>33</sup> Research on private educational institutions in international markets

(Raziskava mednarodnega trga zasebnih izobraževalnih inštitucij)

## 1. Research on private educational institutions in international markets

One international classification of education (OECD 1990) defines *private education* as that provided in institutions managed by private persons, yet this definition covers a wide variety of situations. Some private institutions are wholly funded by the state, others receive a significant amount of state aid, while still others receive no state aid at all. Further, in any given country the situation may vary over time and according to the level or type of education.<sup>34</sup>

**Table 1: Classification of private schools**

<i>Type</i>	<i>Origin</i>	<i>Context</i>
<i>Community</i>	Some developed from missionary schools; The majority emerged when communities wished to complement insufficient provision of public education	These schools are normally registered by public authorities; regulated under public legislation and receiving public subsidies
<i>Religious</i>	Developed for historical reasons, often appearing before the arrival of public education	These schools are normally registered by public authorities; regulated under public legislation and receiving public subsidies
<i>Spontaneous</i>	Arose in specific learning conditions to meet particular demands of the rural and urban poor	Normally not approved or registered and they do not receive public funding; funds accrued from minimal fees levied by the community

<sup>33</sup> Katarina Lavrič has obtained a Bachelor degree in Politics and Public Administration at the University of Konstanz in Germany. She is currently studying Masters programme International Administration and Conflict Management at the same university.

<sup>34</sup> EdInvest, Handbook on Public Private Partnerships, Part One: Purpose & Objectives, [http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics\\_Ext\\_Content/IFC\\_External\\_Corporate\\_Site/EdInvest\\_Home/PublicPrivatePartnerships/](http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/EdInvest_Home/PublicPrivatePartnerships/) (25.03.2013), including the table.

<i>Profit making</i>	Arose as a result of diversification/unmet demand; Usually, but not always, urban based serving the middle/upper class; Volume of the fee payment varies considerably	Conformity to registration process varies; with the higher range of schools being the most likely candidates for adherence to the system
----------------------	---	--

Source: Adapted from Kitaev 1999

Past education strategies of the World Bank strongly focused on formal schools that are funded and/or operated by governments. However, its new strategy explicitly recognises that learning opportunities go beyond those offered by the public sector, as well as beyond traditional formal programmes. Learning opportunities include education services offered by the non-state sector. This sector – which encompasses both for-profit and not-for-profit entities – functions as a provider, funder, and/or innovator in education. The non-state provision of education services at all levels has increased dramatically across the world. The share of private sector enrolment is highest in South Asia, Latin America and the Caribbean, even in these regions’ low-income countries. It is significantly higher in secondary and tertiary education than in primary education. Although it is often assumed that the private sector mainly serves students who can most easily afford to pay, private entities are providing education to even the poorest communities, especially in areas that governments do not reach. The private sector also collaborates directly with the government in different ways. In many countries, for example, governments subsidise or contract non-state organisations to provide education, or specific services within education institutions, while covering much of the cost. Recognising the value of private sector involvement does not mean abdicating government responsibility: governments typically have to provide appropriate regulation and oversight to ensure the quality and relevance of privately provided services, as well as access for disadvantaged students.<sup>35</sup>

Globally, the share of the age cohort enrolled in tertiary education rose from 19% in 2000 to 26% in 2007, with the most dramatic gains in upper middle and upper income countries. There are some 150.6 million tertiary students around the world, roughly a 53% increase over 2000.<sup>36</sup> The growth of private higher education worldwide has been one of the most remarkable developments of the past several decades. Today, some 30% of global higher education enrolment is private. While private higher education has existed in many countries – and traditionally been the dominant force in such East Asian countries as Japan, the Republic of Korea, and the Philippines – it has formed a small part of higher education in most countries. Currently, private higher education institutions, many of them for-profit or quasi for-profit, represent the fastest-growing sector in the world. Countries with over 70%

<sup>35</sup> World Bank, *Learning for All: Investing in People’s Knowledge and Skills to Promote Development*, World Bank Group Education Strategy 2020, Washington D.C., 2011, pp. 34-5. 4 UNESCO, *Trends in Global Higher Education: Tracking an Academic Revolution*, Paris, 2009a, p. 9.

<sup>36</sup> UNESCO, *Trends in Global Higher Education: Tracking an Academic Revolution*, Paris, 2009a, p. 9.

private enrolment include Indonesia, Japan, the Philippines and the Republic of Korea. The private sector now educates more than half the student population in countries such as Mexico, Brazil and Chile. Private universities are rapidly expanding in Central and Eastern Europe and in the countries of the former Soviet Union, as well as in Africa. China and India also have significant private sectors. The Middle East and North Africa are also registering private education enrolment, with ‘American universities’ dotting the horizon in Egypt, Jordan, Lebanon and elsewhere.<sup>37</sup> Private universities have been expanding rapidly around the world, but particularly in developing countries as rising demand for higher education has meant private providers are plugging a gap that publicly-financed institutions cannot fill fast enough, according to a new study (A New Dynamic: Private Higher Education, Svava Bjarnason, et al.; UNESCO, 2009).<sup>38</sup>

Table 1: Regional clusters of private/total higher education enrolment<sup>39</sup>

**Table 1: Regional clusters of private/total higher education enrolment<sup>7</sup>**

High	Medium	Low
East Asia	United States	Western Europe
Latin America	Central/Eastern Europe	Commonwealth countries
	Anglophone Africa	Francophone Africa
		Arab countries

\* There is significant variation inside most regions.

Table 2: Private/total higher education enrolment<sup>40</sup>

<sup>37</sup> UNESCO, Trends in Global Higher Education: Tracking an Academic Revolution, Paris, 2009a, p. 17

<sup>38</sup> University World News, Expansion of private higher education, Yojana Sharma, <http://universityworldnews.com/article.php?story=20090707152445674&query=private+education> (25.03.2013).

<sup>39</sup> UNESCO, A New Dynamic: Private Higher Education, Paris, 2009b, p. 14.

<sup>40</sup> UNESCO, A New Dynamic: Private Higher Education, Paris, 2009b, p. 8.



**Table 2: Private/total higher education enrolment<sup>8</sup>**

	0-10%	>10<35%	>35<60%	>35<60%
Developing countries	Cuba, South Africa	Egypt, Kenya	India, Malaysia	Brazil, Indonesia
Developed countries	Germany, New Zealand	Hungary, United States	(none)	Japan, Republic of Korea

## 2. Some stylised facts on private higher education

The recent surge in private higher education calls for a new look at privatisation and its impact on higher education around the world. In particular, one needs to go beyond some of the ‘myths’ surrounding private higher education in order to understand the complexity of this important part of higher education. This section tries to identify some of the most significant patterns emerging with this recent wave of private higher education institutions.<sup>41</sup>

### 2.1. Types of private higher education

There has been great growth in private higher education, even considering regional variations. However, private higher education is far from being a homogenous sector. It is important to understand the phenomenon by identifying its major forms. Four categories are elite and semi-elite, identity, demand absorbing, and for-profit, although there is some category overlap. Restricting the partnership label to formal agreements between private and public higher education institutions, we see a tendency for the privates to be colleges and the universities to be public.<sup>42</sup> Overall, the development of private higher education is playing an important role in helping to meet rising participation expectations in many countries.<sup>43</sup> Higher education is today increasingly being viewed not by type (i.e., state or non-state), revenues (for-profit or nonprofit), or even by mode (full-time, part-time, distance or virtual learning), but by *quality and provision measured by outputs*. The Bologna Process emphasises the latter, but has largely targeted the traditional state sector in pursuit of the quality enhancement of higher education systems at national levels. However, the private sector – in sheer size alone – now intrinsically forms part of European higher education, with growing legitimacy as a respected post-secondary partner and which is now playing an ever more important role, demanding the same responsibility, accountabilities and

<sup>41</sup> OECD, Higher Education to 2030, Volume 2 Globalisation, Paris, 2009, p. 246.

<sup>42</sup> UNESCO, Trends in Global Higher Education: Tracking an Academic Revolution, Paris, 2009a, p. 82-83.

<sup>43</sup> INCHER-Kassel, Higher Education, Research and Innovation: Changing Dynamics, Kassel, 2009, p. 54.

monitoring as the state sector.<sup>44</sup>

## 2.2. A diverse private sector

One of the most significant aspects regarding private higher education is its striking diversity. This is not an exclusive characteristic of the private sector, but the degree of its institutional diversity is considerable. Whereas the public sector often operates according to significant homogenisation rules, through instruments of regulation such as legal frameworks, funding, staff policies and student recruitment private institutions often reveal a reasonable degree of institutional diversity.

## 2.3. Size

One of these main differences refers to size since we can find very small and large institutions in most if not all private sectors around the world. The private higher education sector is characterised by the frequent existence of some very small institutions, often in large numbers. The size in terms of enrolments is normally far smaller in the average private sector institution than in its public counterpart. An analysis of the database compiled by PROPHE – Program of Research on Private Higher Education – confirms that this is a very common pattern. The average size of private institutions is often one-half or one-third of the average size of public institutions. This is even the case in countries with a well-established private sector such as the United States, where the number of private institutions represents around 60% of the total institutions, even though they enrol fewer than 25% of the students.<sup>45</sup>

## 2.4. For-profit nature

Another important source of the diversity among private higher education institutions has to do with their for-profit nature. Although historically private institutions were established as not-for-profit institutions, the recent growth of private provision has introduced many new shades of profit-seeking behaviour. The for-profit private sector has in some cases attained reasonable success regarding enrolment levels. Examples of this expansion of the for-profit private sector can be found in Brazil, the Philippines, Malaysia and South Africa where the majority of the private sector is for-profit. Further, although in many countries for-profit institutions are not allowed, many private institutions established with a not-for-profit status have in fact behaved as if they were for-profit. This has introduced important dynamics not only to private higher education sector, but also to the whole higher education system as for-profit provision has often become a challenge for regulatory powers that have shown difficulty in dealing with this emerging type of private institution.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> UNESCO-CEPES, *The Rising Role and Relevance of Private Higher Education in Europe*, Bucharest, 2007, p. 11.

<sup>45</sup> OECD, *Higher Education to 2030, Volume 2 Globalisation*, Paris, 2009, p. 246.

<sup>46</sup> OECD, *Higher Education to 2030, Volume 2 Globalisation*, Paris, 2009, p. 247.

## 2.5. Institutional profile

Another significant source of the diversity within the private sector is its institutional profile. Although in many public sectors there are also institutional differences, this is even more the case within the private sector. Many private higher education institutions are not universities, but specialised institutions providing higher training in one or a few areas of study. Moreover, the role model of the university as an institution with a research mission is largely mitigated in the private sector. Whereas some private institutions try to obtain legitimacy regarding both the public authorities and society through some research, this is not the most common situation. However, one can observe a few examples of private institutions seeking to strengthen their reputation through more intensive research activity. In addition to the concern for reputation, another motivation for research efforts by private institutions has been the possibility of earning additional income, especially as regards applied research.<sup>47</sup>

## 2.6. Great expectations, policy omissions and mixed results

One of the main characteristics of the recent expansion of private higher education is that, in many countries with very different levels of income, governments alike have allowed the private sector to develop rapidly in order to fulfil objectives of higher enrolment levels. This has either been done because those governments were financially unable to support a massive expansion of higher education or because they were attempting to mitigate the effects of massification on the public sector.<sup>48</sup>

# 3. All around the globe

## 3.1. Asia

East Asia has the largest concentration of countries with proportionally larger private sectors. Countries with over 70% of enrolments in private higher education include Indonesia, Japan, the Philippines, and the Republic of Korea. Malaysia is approaching 50%. China and much of Southeast Asia (e.g., Cambodia and Vietnam) remain below 15% but are experiencing rapid expansion, although total enrolment rates remain quite low. Thailand and New Zealand are just marginally below 15%, Australia around 3%. South Asia is witnessing striking private growth, with India above 30% and Pakistan not too far behind. Towards Western Asia the data are spottier but Kazakhstan and Iran are roughly half-private.<sup>49</sup>

## 3.2. America

Latin America has a longer history than Asia in dual-sector development. By the late 1970s Latin America was already approaching 35% private enrolment and today it is closer to

---

<sup>47</sup> OECD, Higher Education to 2030, Volume 2 Globalisation, Paris, 2009, p. 248.

<sup>48</sup> OECD, Higher Education to 2030, Volume 2 Globalisation, Paris, 2009, p. 249

<sup>49</sup> UNESCO, Trends in Global Higher Education: Tracking an Academic Revolution, Paris, 2009a, p. 80.

45%. Again, there is variation by country, but now a few cases of less than 20%. Countries with majority private sectors include Brazil, Chile, El Salvador, Guatemala and Peru. Where the private sector has recently lost its share, notably in Colombia, the cause is not numerical slippage on the private side but sudden growth on the public side. Argentina is alone among the major countries and systems in maintaining a large public majority. Compared to Asia, Latin America has had more stable private higher education shares, but the most striking case of stable shares is the United States that have hovered between 20% and 25% for decades. The proportional stagnation in the USA, juxtaposed with the global growth, leaves the present US private higher education enrolment share below the global share, although obviously US private higher education is the most important in the world with the largest absolute private enrolment and towering above other systems in its graduate enrolment, research activity, and finance.<sup>50</sup>

### 3.3. Europe

Private higher education varies considerably throughout Europe in forms, numbers and in terms of reference for legislation. This sector has observed different development paths: a traditional sector for a few of them or a growing sector for others. However, we can say that significant growth has occurred in Europe since 1990.

We have noticed a common trend of private higher education in Europe, a sector that we can define as follows:

- a sector which is still young;
- a sector which is heterogeneous;
- a sector which remains not really known or visible;
- a sector which generally remains subordinate to public education;
- a sector which is booming in general; and
- a sector which offers more appropriate perspectives for students.<sup>51</sup>

During the 2000–2009 period, on average in the EU-27 the tertiary education population grew by around 22% (2.7% annual growth rate), reaching almost 19.5 million individuals in 2009.<sup>52</sup> A rise in the number of students was found in all countries across Europe, with the exceptions of Spain and Portugal. These two countries recorded a minor decline of 1.5% and 0.2%, respectively. The number of students rose almost three-fold in Cyprus and Turkey, while in Romania the figure doubled. Between 2000 and 2009, the growth rate of student numbers in tertiary education (ISCED 5 and 6) was greater than that of the EU-27 average, including in the Czech Republic, Denmark, the three Baltic countries, Greece, Hungary, Malta, the Netherlands, Poland, Slovenia, Slovakia, Iceland and Liechtenstein. On the other hand, in Belgium, Germany, France, Luxembourg, Sweden and the United Kingdom both the starting participation and the growth rate of student numbers were below the corresponding EU-15 and EU-27 averages. In most European countries, the highest annual

---

<sup>50</sup> UNESCO, Trends in Global Higher Education: Tracking an Academic Revolution, Paris, 2009a, p. 81

<sup>51</sup> Hellenic Colleges Association, Private Higher Education in Western Europe, Athens, 2007, pp. 13-4.

<sup>52</sup> EACEA, Key Data on Education in Europe 2012, Brussels, 2012, p. 15.

growth rate occurred between 2000 and 2005.<sup>53</sup> Central and Eastern Europe has jumped from nearly 0% private higher education under Communism to even over 30% in a few countries. Since most of Western Europe only has marginal private higher education, the overall figure for Europe is 16% .<sup>54</sup>

### 3.3.1. Central and Eastern Europe

The common characteristic of private universities in Central and Eastern Europe is that none of them existed 20 years ago. The ‘private revolution’ in this part of the world started after the dissolution of the Soviet bloc and the fall of communism in 1989. Legislation passed in most Central and Eastern European countries in the early 1990s opened the way for private higher education, and the private sector experienced sudden growth across the region. In some countries such as Russia, higher education institutions were often created by privatising the existing facilities of state-run institutions. But, in most cases, these were completely new institutions without their own infrastructure or academic staff. Within a short time, the number of private institutions grew rapidly across the entire region. The initial explosive growth was followed by a decade of relative stability. In Poland and Romania, in the first five years private higher education institutions represented 25% of student enrolments. In Bulgaria, Hungary and Russia the proportion reached 12%. The growth of private higher education sectors across post-communist countries was powerful but not even. Different national patterns of growth were influenced by historically high enrolment rates, the speed of reforms, changing social values and the spirit of entrepreneurship. In Turkmenistan there are very few private institutions, while in Slovakia the sector has not achieved real importance in the higher education system, with its share remaining at 4% to 5% of the total education market. On the other hand, in Russia, Bulgaria and Hungary non-public university students make up around 15% of the total number of students and in Estonia, Latvia, Poland and Romania the private sector has in the end accounted for around one-third of all students. The most spectacular rise in the number of private institutions has been in Poland. In first 15 years, 350 providers were established. Currently, 32% of all students in Poland, or 580,000, are enrolled in 320 private higher education institutions. The most dynamic growth in student numbers in private colleges and universities has been reported in the Czech Republic. In 2000, 2,000 students attended these institutions while in 2010 their number had soared to more than 57,000, or 14% of all students. Today, some 30% of students across Central and Eastern Europe participate in private higher education, which has become a legitimate part of higher education systems and overall can be regarded as a ‘success story’ .<sup>55</sup>

### 3.3.2. Western Europe

---

<sup>53</sup> EACEA, Key Data on Education in Europe 2012, Brussels, 2012, p. 84

<sup>54</sup> D.C.Levy, The Decline of Private Higher Education, HEP, 2013, no 26, p. 4.

<sup>55</sup> University World News, EUROPE: Tired pioneers in Eastern and Central Europe, Bianka Siwinska, <http://www.universityworldnews.com/article.php?story=2011111215313914> (25.03.2013).

Western Europe remains a developed region with mostly just marginal private higher education sectors. Privatisation in the last 10 and more years has been more about changes within the public sector. Portugal has been the major exception, having once reached the 30% range for the private share of total enrolments. Spain has some academically prominent private higher education institutions. The Netherlands (majority private) and Belgium (minority private) have also long been exceptions, but their private sectors have mainly operated with government funds and similar sets of rules. Yet even in Western Europe there is change. The United Kingdom's sole private university may be joined by nonuniversity institutions, as is already the case in Norway. At another extreme, we see startling announcements of philanthropic pledges by wealthy businessmen for Italy and Germany. Germany reflects a regional (and global) tendency for the institutional proliferation of private higher education to mainly occur outside universities.<sup>56</sup>

A few brief descriptions of some European countries:

1. Austria – Apart from 12 private universities, there are also 19 private universities of applied sciences and private advanced vocational colleges. However, public universities remain the dominant segment in the Austrian higher education system.<sup>57</sup>

2. Belgium – Education is the responsibility of each of the three federal regions of Belgium. No official information about the exact number of private institutions in the Flemish Community was available, but we found 19 either private state-recognised confessional or non-confessional institutions. In the French Community, there are 29 subsidised free establishments of higher education: 7 universities/university institutes; 14 Hautes Ecoles; 6 Higher Schools of Arts and 2 Higher Institutes of Architecture. There is no private university in the German-speaking Community.<sup>58</sup>

3. There is no private university in Denmark, Finland, Greece, Ireland and Luxembourg. However, there is a small number of different private higher education institutions, e.g. polytechnics, private colleges, or branch campuses established by foreign universities.<sup>59</sup>

4. France – There are 321 private higher education establishments: 68 schools of engineering, 234 business schools and specialised schools and 19 university institutes. There are also 58 private higher education establishments subsidised by the state: 29 schools of engineering, 21 business schools and specialised schools and 8 university institutes. It is often said that in France a private higher education system does not exist as such, but as a subordinate partner of public education. This fact is related to the public control over private higher education institutions.<sup>60</sup>

5. Germany – There are today around 100 private higher education institutions: 66 are private institutions (13 universities, 51 universities of applied sciences and 2 colleges) and

---

<sup>56</sup> UNESCO, Trends in Global Higher Education: Tracking an Academic Revolution, Paris, 2009a, p. 82.

<sup>57</sup> Hellenic Colleges Association, Private Higher Education in Western Europe, Athens, 2007.

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> Ibidem.

<sup>60</sup> Hellenic Colleges Association, Private Higher Education in Western Europe, Athens, 2007.

44 Church-run institutions (16 faculties of Theology, 10 colleges of church music and 18 church-run institutions). The private higher education sector in Germany is a small one (just 3% of the student population is enrolled in private higher education institutions – in private universities and church-run institutions). They register an average of 846 students per institution.<sup>61</sup>

6. Italy – Today there are 17 state-recognised private universities in Italy, fully incorporated in the Italian Higher Education system: 15 universities and 2 telematic<sup>62</sup> universities. In addition to the state-recognised universities, there is a range of non-recognised higher education establishments, generally accredited by independent accrediting organisations and/or validated by foreign universities. The number of such establishments is huge. Traditionally, private higher education institutions have played an important role in Italy.<sup>63</sup>

7. Portugal – Early in 2005, there were 14 private universities, 4 private polytechnics and 1 Catholic University with a specific status. Parallel to this, around 100 other private institutions (mainly post-secondary establishments) exist, although they are not recognised by the state. Today, 75% of the student population is enrolled in public institutions, whereas 25% is in the private sector.<sup>64</sup> However, Portugal has been the Western European country with easily the largest private higher education share – and it suffered decline in private higher education from 36% to 25% between 1996 and 2006.<sup>65</sup>

8. Spain – In terms of figures, the number of private higher education institutions has more than quadrupled: there were 5 private higher education institutions in 1990 and there are 23 today. In less than 15 years, the share of private higher education institutions relative to the total number of higher education institutions tripled so that in 2003 private higher education institutions accounted for 30% of all Spanish higher education institutions. Regarding their location, most of them are situated in Madrid and Barcelona (55% of private universities are based in these two cities).<sup>66</sup>

9. Sweden – We do not speak about private universities in Sweden but independent grant-aided providers of higher education.

There are 12 institutions of this type; all recognised by the Swedish authorities as independent higher education institutions operating under contract with the Ministry of Education, Research and Culture. There are 3 independent universities entitled to offer postgraduate programmes, 7 independent colleges and 2 independent colleges of art which are allowed to award certain degrees of undergraduate education. Parallel to this, a few

---

<sup>61</sup> Ibidem.

<sup>62</sup> Non-state universities specialised in e-learning.

<sup>63</sup> Hellenic Colleges Association, *Private Higher Education in Western Europe*, Athens, 2007.

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> D.C.Levy, *The Decline of Private Higher Education*, HEP, 2013, no 26, p. 6.

<sup>66</sup> Hellenic Colleges Association, *Private Higher Education in Western Europe*, Athens, 2007.

private providers are also entitled to award specific programmes a qualification in psychotherapy. There are around 12 of this type.<sup>67</sup>

10. The Netherlands – No official figures are available for government-approved institutions (private recognised institutions), although we found between 45 and 70. Like with other European countries, we do not speak about a private higher education sector in the Netherlands. The education system comprises government-funded (public institutions), government-approved (private institutions) and other private providers that are not officially recognised by the authorities. They are mostly accredited by independent accrediting bodies or validated by foreign universities.<sup>68</sup>

11. The United Kingdom – There is only one private university in the UK: the University of Buckingham. It receives no direct government funding. However, over 550 colleges and other institutions are recognised by UK authorities as being able to offer courses leading to degrees of a recognised institution. In order for a college to offer a university programme, it must have established cooperation with a university in the UK. The colleges that have such cooperation in place are usually called Colleges of Higher Education. The number of these institutions (of higher and postsecondary education) is estimated at 3,000 in the UK.<sup>69</sup>

### 3.3.3. Western Balkans

Throughout most countries of the Balkan region, there has been a boom in new private (and state-run) universities. In Serbia, there are some 17 universities, plus a number of independent ‘faculties’, i.e. departments. With only one-quarter of the population, Macedonia has approximately the same number of universities. Bosnia beats both Serbia and Macedonia with the number of state (or better entity and cantonal) universities: nine (including two in Sarajevo, Mostar) and around the same number of private universities. Kosovo is lagging behind with just two public universities (and the second one in Prizren is still relatively new) and less than ten private universities. The regional winner seems to be Albania with over 10 public and over 30 private universities. There are approximately as many private universities in the Balkan region as there are in the entire European Union put together (minus Romania, which also has dozens of private universities).<sup>70</sup>

Some of these institutions are certainly on their way to establishing themselves as serious places of higher education. Many others have a distinctly dubious existence. Some private universities in the Balkan region are:

1. European Vision University (Pristina, Kosovo)
2. International University of Travnik (Bosnia)
3. Pan-European University “APEIRON” (Banja Luka, BiH)

---

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> Ibidem.

<sup>70</sup> BalkanInsight, New Universities in the Balkans: European Visions, UFOs and Megatrends, Florian Bieber, <http://www.balkaninsight.com/en/blog/new-universities-in-the-balkans-european-visions-ufos-and-megatrends> (25.03.2013).



4. Crystal University (Highway Tirana-Durres, Albania)
5. Synergy University (Bijelina, BiH)
6. UFO University (Tirana, Albania)
7. International University of Struga (Macedonia)
8. International University of Novi Pazar (Serbia)
9. Megatrend University (Belgrade, Serbia)
10. University of Donja Gorica (UDG) (Montenegro)
11. Iliria Royal University (Prishtina, Kosovo)
12. Slobomir P University (Slobomir, Bosnia)<sup>71</sup>

### 3.4. Africa

Notwithstanding its private precursors (including colonial ones), sub-Saharan Africa has come late to modern private higher education but the growth there is notable. Most countries host private institutions, with Anglophone Africa greatly outpacing Francophone Africa. Kenya, Nigeria, Uganda and others are among the countries with important private sectors, yet most countries' private share remains comparatively small. Kenya, having ascended to one-fifth private, is a rare African example of slippage that is not due to demographics so much as public universities taking in 'private' paying students. Nowhere in Africa does the private sector make up more than one-quarter of total higher education enrolment. Yet the sector is growing and garnering more and more attention. Beginning to register private higher education enrolment is the Middle East (and North Africa). 'American universities' have dotted the horizon in Egypt, Jordan, Lebanon and elsewhere, with Kurdistan also joining this group. Israel was one of the first countries in the region to allow the development of a private sector. Turkey hosted private institutions until the 1970s, when they were closed down; this sector is re-emerging anew only recently. Arab governments plan and promote private universities, often through agreements with European and US universities. The private surge across the gamut of political regimes is astonishing, as shown by Egypt, Oman, Saudi Arabia and Syria.<sup>72</sup>

### 4. Future

Although private higher education has long held historical significance, until recently its role was quite small in many higher education systems. However, during the last few decades this situation has changed significantly, mainly due to the massive and continuous expansion of higher education around the world. In many parts of the world, the promotion of private higher education has emerged as a viable policy alternative to the often over-stretched public sector. Although in some cases it has been seen as a transitory phenomenon, the evidence seems to suggest that private higher education is becoming a permanent feature of the higher education landscape. Arguably the most important feature of the future perspectives facing private higher education is that it is likely to become a more necessary part of the higher education arena in coming years. One of the most likely responses to

---

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> UNESCO, Trends in Global Higher Education: Tracking an Academic Revolution, Paris, 2009a, pp. 81-2.

financial challenges will involve a strengthening of market mechanisms in higher education, namely by increasing the privateness of the system. In those countries where enrolment patterns are still growing rapidly, the expansion of the private sector will tend to focus on the absorption of unfulfilled demand. Private institutions tend to position themselves as an elite alternative to the mass public system, rather than as a second-choice for those who could not get a place in the latter. The consolidation of the private sector and its battle for growing acceptance is linked with another potential force of differentiation among private higher education institutions, namely a stronger commitment to research activities. Levy has documented a visible trend towards the more active role of the private sector in the social sciences and in the analysis of public policies. Although many private institutions emerged in contexts of the rapid expansion of higher education demand, many private institutions are already facing a more adverse situation where demand has dipped due to changes in demographic trends. Accordingly, they have to demonstrate a significant capacity to attract students and, as a result, the quality of their programmes will become of greater concern. Overall, it is an ambition of many private institutions to attain treatment similar to that awarded to most public institutions. Overall, one cannot help but expect that the role of private higher education in mass higher education systems will be strengthened in the coming years. The challenges for policymakers will be to learn how to use this rapidly expanding sector in the best possible manner, to steer it in a way that contributes to social welfare and fulfils social expectations regarding the higher education sector. This will only be possible if governments are able to develop an integrated view of the higher education system in which different types of institutions can coexist. While this may be easier said than done, this will be one of the key future challenges facing higher education policy in many parts of the world.<sup>73</sup>

## 5. Graphs

### 5.1 Students in Tertiary Education 2006<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> OECD, Higher Education to 2030, Volume 2 Globalisation, Paris, 2009, p. 254-7.

<sup>74</sup> OECD, Higher Education to 2030, Volume 2 Globalisation, Paris, 2009, p. 240.

## 5.1 Students in Tertiary Education 2006<sup>42</sup>

	Total number of students	Public institutions (%)	Government dependent private institutions (%)	Independent private institutions (%)
Australia	1 040 153	97.8	0.3	1.9
Austria	253 139	86.7	13.3	0.0
Belgium	394 427	44.6	55.4	0.0
Canada	1 014 837	100.0	0.0	0.0
Czech Republic	337 405	92.3	3.0	7.7
Denmark	228 893	98.1	1.9	0.0
Finland	308 966	89.5	10.5	0.0
France	2 201 201	83.4	2.5	14.0
Germany	2 289 465	91.1	9.0	0.0
Greece	653 003	100.0	0.0	0.0
Hungary	438 702	85.0	15.0	0.0
Iceland	15 721	80.3	19.7	0.0
Ireland	186 044	92.1	0.0	7.9
Italy	2 029 023	92.8	0.0	7.2
Japan	4 084 861	20.1	0.0	79.9
Korea	3 204 036	19.9	0.0	80.1
Luxembourg	2 692	100.0	0.0	0.0
Mexico	2 446 726	67.3	0.0	32.7
New Zealand	23 778 262	90.9	9.1	0.0
Norway	214 711	86.4	13.6	0.0
Poland	2 145 687	69.2	0.0	30.8
Portugal	367 312	75.0	0.0	25.0
Slovak Republic	197 943	95.6	0.2	4.2
Spain	1 789 254	86.6	2.1	11.3
Sweden	422 614	92.2	7.8	0.0
Switzerland	204 999	81.4	11.5	7.1
Turkey	2 342 898	95.2	0.0	4.8
United Kingdom	2 336 111	0.0	100.0	0.0
United States	17 487 475	74.5	0.0	25.5

Source: OECD Education Database.

## 5.2 Students in Tertiary Education 2009<sup>75</sup>

<sup>75</sup> OECD, Education at a Glance 2011: OECD Indicators, Paris, 2011, p. 307.

## 5.2 Students in Tertiary Education 2009<sup>43</sup>

Table C1.5. Students in tertiary education, by type of institution or mode of enrolment (2009)

*Distribution of students, by mode of enrolment, type of institution and programme destination*

	Type of institution						Mode of study								
	Tertiary-type B education			Tertiary-type A and advanced research programmes			Tertiary-type B education			Tertiary-type A and advanced research programmes					
	Public	Government-dependent private	Independent private	Public	Government-dependent private	Independent private	Full-time Men + Women	Part-time			Full-time Men + Women	Part-time			
								M + W	Men	Women		M + W	Men	Women	
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)	(11)	(12)	(13)	(14)		
OECD	Australia	84.2	4.0	11.8	96.2	a	3.8	48.1	51.9	51.0	52.6	70.5	29.5	27.9	30.7
	Austria	70.3	29.7	x(2)	84.8	15.2	x(5)	m	m	m	m	m	m	m	m
	Belgium <sup>1</sup>	44.2	55.8	m	41.8	58.2	m	62.4	37.6	40.1	35.8	82.9	17.1	18.9	15.4
	Canada <sup>2</sup>	m	m	m	m	m	m	75.7	24.3	20.6	27.2	81.9	18.1	17.4	18.5
	Chile	8.9	2.6	88.5	29.0	23.2	47.8	m	m	m	m	m	m	m	m
	Czech Republic	67.3	30.3	2.4	87.1	a	12.9	88.9	11.1	13.3	10.2	97.0	3.0	1.9	3.9
	Denmark	98.9	0.5	0.6	98.2	1.8	n	62.8	37.2	33.6	41.0	90.7	9.3	8.5	9.9
	Estonia	46.6	16.9	36.5	0.2	91.2	8.6	89.7	10.3	12.6	8.9	86.0	14.0	18.1	11.5
	Finland	100.0	n	a	83.7	16.3	a	100.0	a	a	a	56.2	43.8	50.2	38.4
	France	70.0	8.4	21.6	85.0	0.8	14.2	m	m	m	m	m	m	m	m
	Germany <sup>3</sup>	57.5	42.5	x(2)	94.6	5.4	x(5)	87.7	12.3	23.6	7.0	95.2	4.8	5.3	4.4
	Greece	100.0	a	a	100.0	a	a	100.0	a	a	a	100.0	a	a	a
	Hungary	54.2	45.8	a	86.4	13.6	a	72.2	27.8	21.0	31.2	63.0	37.0	32.3	40.7
	Iceland	30.5	69.5	n	79.5	20.5	n	31.1	68.9	82.0	50.7	75.5	24.5	20.9	26.5
	Ireland	97.6	a	2.4	96.6	a	3.4	67.7	32.3	27.0	38.6	87.5	12.5	12.5	12.5
	Israel	33.6	66.4	a	9.3	77.4	13.3	100.0	a	a	a	81.0	18.4	17.7	20.0
	Italy	87.2	a	12.8	92.4	a	7.6	100.0	a	a	a	100.0	a	a	a
	Japan	7.8	a	92.2	24.6	a	75.4	96.9	3.1	2.2	3.6	90.7	9.3	7.2	12.4
	Korea	3.3	a	96.7	24.6	a	75.4	m	m	m	m	m	m	m	m
	Luxembourg	m	m	m	m	m	m	m	m	m	m	m	m	m	m
	Mexico	95.5	a	4.5	65.9	a	34.1	100.0	a	a	a	100.0	a	a	a
	Netherlands	m	a	m	m	a	m	34.5	65.5	56.3	72.4	85.6	14.4	13.4	15.2
	New Zealand	59.4	30.8	9.8	96.5	2.6	0.9	39.4	60.6	56.9	63.6	59.5	40.5	37.8	42.4
	Norway	43.2	56.8	x(2)	85.8	14.2	x(5)	55.6	44.4	28.0	54.1	69.4	30.6	27.3	32.6
	Poland	74.9	a	25.1	66.6	a	33.4	70.4	29.6	30.9	29.3	44.7	55.3	53.6	56.6
	Portugal	97.0	a	3.0	75.7	a	24.3	m	m	m	m	m	m	m	m
	Slovak Republic	81.9	18.1	n	86.7	n	13.3	76.0	24.0	16.7	28.1	62.1	37.9	31.4	42.1
	Slovenia	80.2	4.4	15.4	91.6	5.0	3.4	53.5	46.5	45.3	47.7	74.9	25.1	25.9	24.7
	Spain	79.7	14.6	5.7	89.7	n	10.3	95.9	4.1	2.7	5.4	71.3	28.7	30.9	26.9
	Sweden	58.4	41.6	n	93.1	6.9	n	91.6	8.4	9.7	7.3	47.4	52.6	50.4	54.1
	Switzerland	34.0	35.3	30.7	95.3	3.1	1.6	27.4	72.6	77.9	67.1	89.3	10.7	12.7	8.8
	Turkey	96.4	a	3.6	93.4	a	6.6	100.0	n	n	n	100.0	n	n	n
United Kingdom	a	100.0	n	a	100.0	n	24.4	75.6	75.7	75.5	74.9	25.1	22.9	26.9	
United States	79.1	a	20.9	71.5	a	28.5	47.3	52.7	51.9	53.2	65.5	34.5	32.0	36.4	
OECD average	61.6	20.7	17.7	70.7	14.0	15.3	71.4	28.6	27.8	28.9	78.7	21.3	20.6	21.8	
EU21 average	71.8	20.4	7.8	76.2	15.7	8.2	75.2	24.8	24.0	25.8	77.6	22.4	22.1	22.5	
Other G20	Argentina <sup>2</sup>	58.7	17.1	24.2	79.8	a	20.2	93.6	6.4	8.2	5.5	51.9	48.1	48.0	47.5
	Brazil	15.0	a	85.0	27.5	a	72.5	m	m	m	m	m	m	m	m
	China	m	m	m	m	m	m	70.3	29.7	31.0	28.5	75.9	24.1	24.3	24.0
	India	m	m	m	m	m	m	100.0	n	n	n	100.0	n	n	n
	Indonesia	47.9	a	52.1	38.3	a	61.7	100.0	a	a	a	100.0	a	a	a
	Russian Federation <sup>3</sup>	95.2	a	4.8	83.1	a	16.9	69.9	30.1	31.0	29.3	50.8	49.2	44.0	53.3
	Saudi Arabia	m	m	m	m	m	m	m	m	m	m	m	m	m	m
	South Africa	m	m	m	m	m	m	m	m	m	m	m	m	m	m
	G20 average	m	m	m	m	m	m	79.6	20.4	21.1	20.2	82.7	17.3	16.4	18.2


1. Excludes independent private institutions.

2. Year of reference 2008.

3. Excludes advanced research programmes.

Source: OECD, Argentina, China, India, Indonesia: UNESCO Institute for Statistics (World Education Indicators Programme). See Annex 3 for notes ([www.oecd.org/edu/eag2011](http://www.oecd.org/edu/eag2011)).

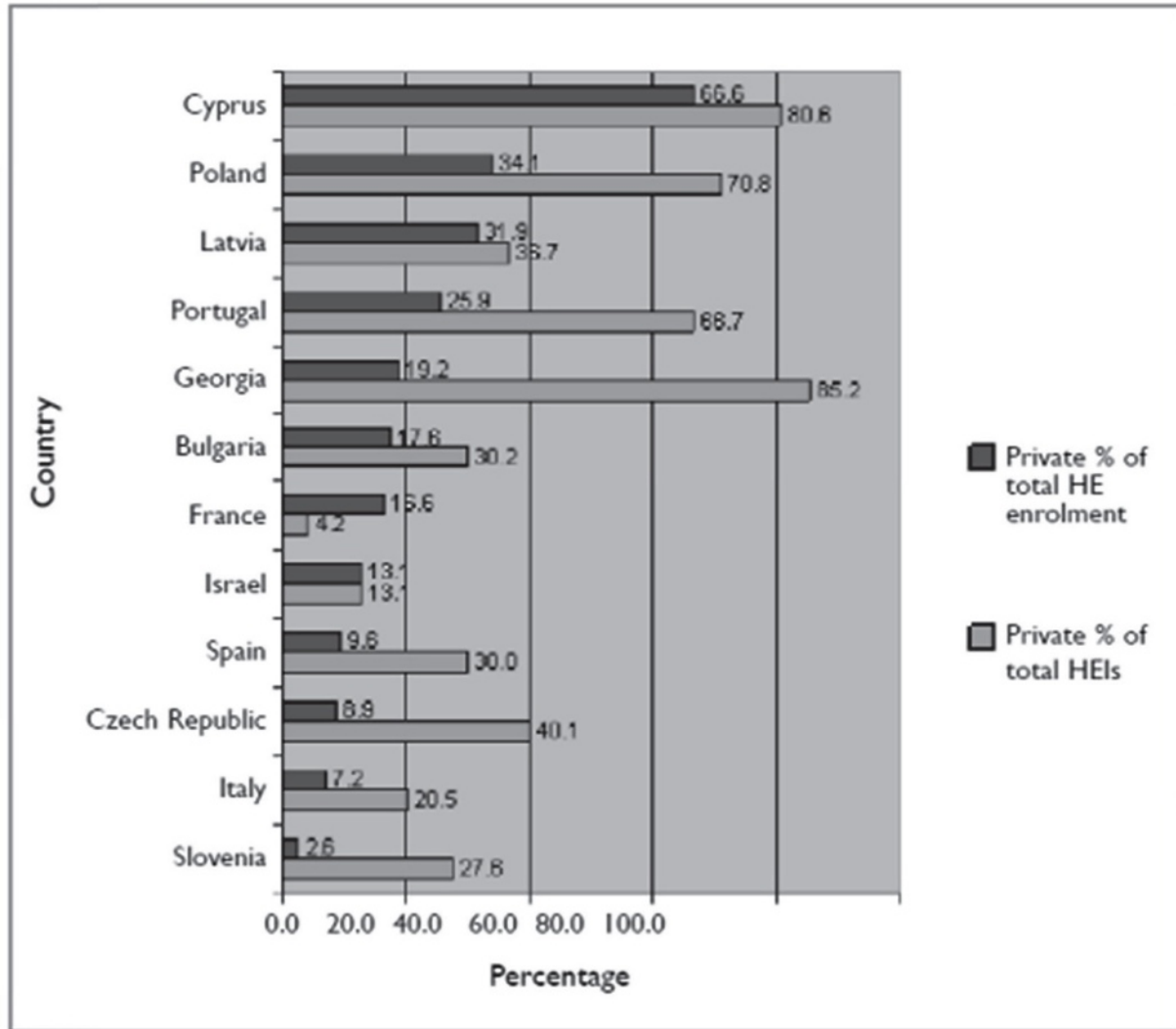
Please refer to the Reader's Guide for information concerning the symbols replacing missing data.

StatLink  <http://dx.doi.org/10.1787/888932464353>

### 5.3 Europe 's Private Enrolment<sup>76</sup>

### 5.3 Europe 's Private Enrolment<sup>44</sup>

Europe's private enrolment and institutional shares by country (2003-2009)



Source: International Databases, Program for Research on Private Higher Education (PROPHE), available [on-line] at <http://www.albany.edu/dept/eaps/prophe/data/international.html>. The site provides data on more countries, along with individual sources and caveats.

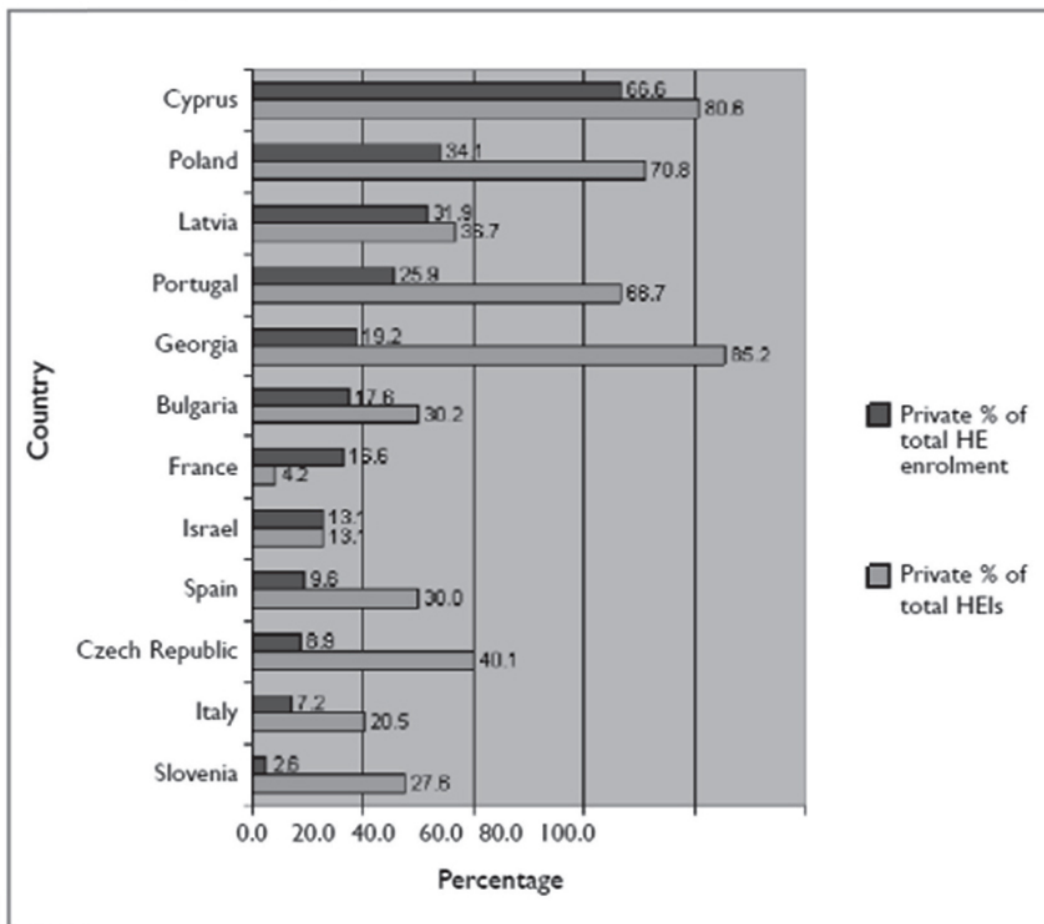
<sup>76</sup> UNESCO, A New Dynamic: Private Higher Education, Paris, 2009b, p. 12.

## 5.4 Proportion of Private Enrolment<sup>77</sup>

DIGNITAS ■ Research on private educational institutions in international markets ...

### 5.3 Europe's Private Enrolment<sup>44</sup>

Europe's private enrolment and institutional shares by country (2003-2009)



Source: International Databases, Program for Research on Private Higher Education (PROPHE), available [on-line] at

<http://www.albany.edu/dept/eaps/prophe/data/international.html>. The site provides data on more countries, along with individual sources and caveats.

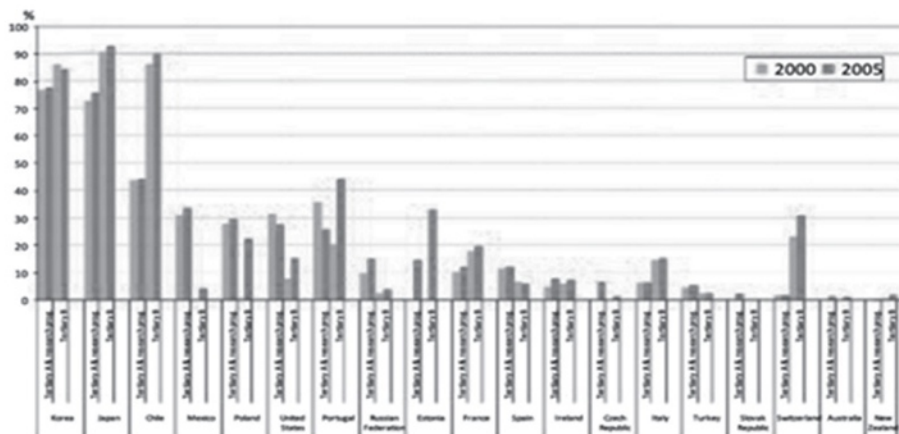
<sup>77</sup> OECD, Tertiary Education for the Knowledge Society, <http://oecd.org/edu/skills-beyond-school/tertiaryeducationfortheknowledgesocietyvolume1specialfeaturesgovernancefundingqualityvolume2specialfeaturesequityinnovationlabourmarketinternationalisation.htm> (23.03.2013).

## 5.5 Study Fields<sup>78</sup>

DIGNITAS ■ Kritična ocena predloga Zakona o visokem šolstvu (ZVIS-1)

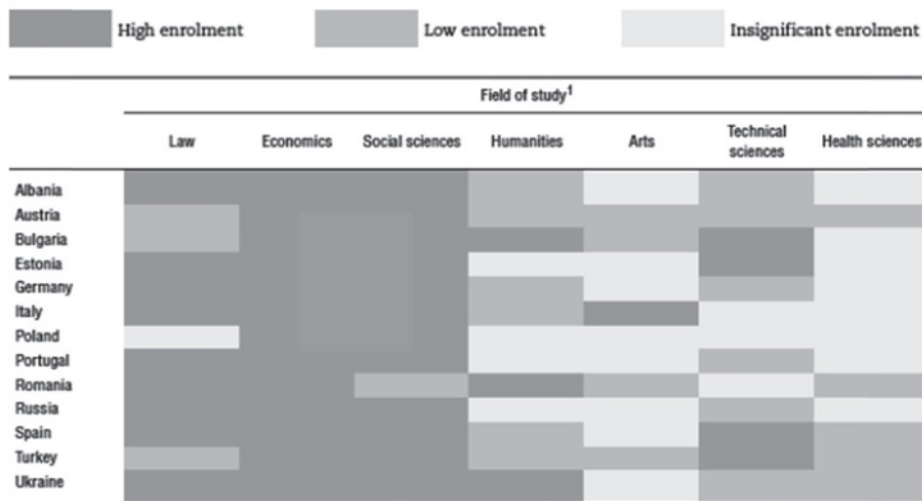
### 5.4 Proportion of Private Enrolment<sup>45</sup>

Proportion of tertiary education students enrolled in independent private institutions



### 5.5 Study Fields<sup>46</sup>

Most common/popular study fields in private higher education institutions in selected countries



1. Economics includes business, commerce, finance, and banking. Social sciences include political science, administration and management, international relations, pedagogy, psychology, and sociology. Technical sciences include information technology, engineering, architecture, biotechnology, transportation, and mathematics.

Source: UNESCO-CEPES project on Private Higher Education in Europe (2005), in Wells et al. (2007).

<sup>45</sup> OECD, Tertiary Education for the Knowledge Society, <http://www.oecd.org/edu/skills-beyond-school/tertiaryeducationfortheknowledgesocietyvolume1specialfeaturesgovernancefundingquality-volume2specialfeaturesequityinnovationlabourmarketinternationalisation.htm> (23.03.2013).

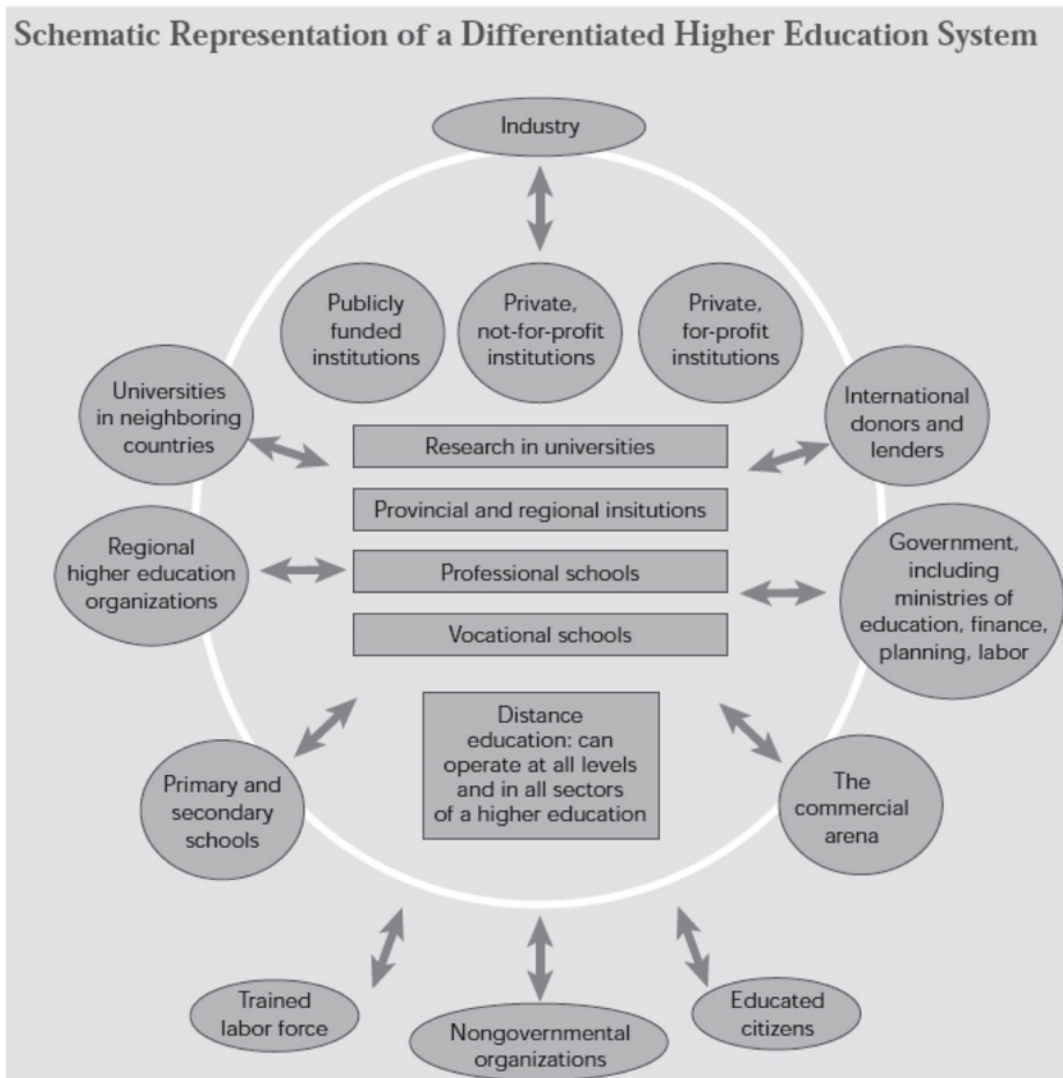
<sup>46</sup> OECD, Higher Education to 2030, Volume 2 Globalisation, Paris, 2009, p. 252.

<sup>78</sup> OECD, Higher Education to 2030, Volume 2 Globalisation, Paris, 2009, p. 252.

## 5.6 Higher Education System<sup>79</sup>

DIGNITAS ■ Research on private educational institutions in international markets ...

### 5.6 Higher Education System<sup>47</sup>



## 5.7 Higher Education Development<sup>80</sup>

<sup>79</sup> World Bank, Higher Education in Developing Countries: Peril and Promise, Washington D.C., 2000, p. 47.

<sup>80</sup> OECD, Higher Education to 2030, Volume 2 Globalisation, Paris, 2009, p. 246.



## 5.7 Higher Education Development<sup>48</sup>

### Main features in development of private and public higher education provision in a global scale

Development of private provision			Time line	Development of public provision		
Features	Regional focus	Driving factors		Driving factors	Regional focus	Features
First modern wave of private universities	Latin-America	Influence of the Catholic Church	18th century		Continental Europe	Establishment and/or visible regulation of institutions by public authorities
	North-America	Influence of protestant denominations				
Development of private higher education	Asia	influence of missionary colleges and increasing westernisation	19th century		Europe – Latin America – Arab countries	Increased State control over higher education institutions
Resurgence of Catholic Universities	Latin-America	Addressing growing secularisation	20th century	First half	Western Europe – North America	Higher education expansion
				Post-Second World War decades		
Emergence or rapid growth of private higher education	Eastern, central and southern Europe – Latin America – South-East Asia – Africa	Budgetary constraints – Demand for access and high private rates of return – Quest for increased efficiency	20th century	Recent decades	Worldwide trend	Mass Higher Education

## LITERATURA

BalkanInsight, New Universities in the Balkans: European Visions, UFOs and Megatrends, Florian Bieber, ufos-and-megatrends (25.03.2013).

D. C. Levy, The Decline of Private Higher Education, Higher Education Policy, no. 26 (2013), pp. 25–42.

EACEA, Key Data on Education in Europe 2012, Education, Audiovisual and Culture Executive Agency, Brussels, 2012.

EdInvest, Handbook on Public Private Partnerships, Part One: Purpose & Objectives, [http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics\\_Ext\\_Content/IFC\\_External\\_Corporate\\_Site/EdInvest\\_Home/PublicPrivatePartnerships/](http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/EdInvest_Home/PublicPrivatePartnerships/) (25.03.2013).

Hellenic Colleges Association, Private Higher Education in Western Europe, Hellenic Colleges Association, Athens, 2007.

INCHER-Kassel, Higher Education, Research and Innovation: Changing Dynamics, International Centre for Higher Education Research Kassel, Kassel, 2009.

OECD, Tertiary Education for the Knowledge Society, <http://www.oecd.org/edu/skills-beyond-school/tertiaryeducationfortheknowledgesocietyvolume1specialfeaturesgovernancefundingquality-volume2specialfeaturesequityinnovationlabourmarketinternationalisation.htm> (23.03.2013).

OECD, Higher Education to 2030, Volume 2 Globalisation, OECD Publishing, Paris, 2009. OECD, Education at a Glance 2011: OECD Indicators, OECD Publishing, Paris, 2011. University World News, EUROPE: Tired pioneers in Eastern and Central Europe, Bianka Siwinska <http://www.universityworldnews.com/article.php?story=2011111215313914> (25.03.2013).

48OECD, Higher Education to 2030, Volume 2 Globalisation, Paris, 2009, p. 246.

University World News, Expansion of private higher education, Yojana Sharma, [tyworldnews.com/article.php?story=20090707152445674&query=private+education](http://tyworldnews.com/article.php?story=20090707152445674&query=private+education) (25.03.2013).

UNESCO-CEPES, The Rising Role and Relevance of Private Higher Education in Europe, Presa Universitară Clujeană, Bucharest, 2007.

UNESCO, Trends in Global Higher Education: Tracking an Academic Revolution, UNESCO, Paris, 2009a.

UNESCO, A New Dynamic: Private Higher Education, UNESCO, Paris, 2009b. World Bank, Higher Education in Developing Countries: Peril and Promise, World Bank, Washington D.C., 2000.

World Bank, Learning for All: Investing in People's Knowledge and Skills to Promote Development, World Bank Group Education Strategy 2020, World Bank, Washington D.C., 2011.

# Človekove pravice

## Tamara Griesser-Pečar Der Vertrag von Jalta und die Auslieferung der Flüchtlinge im Mai 1945 nach Jugoslawien<sup>81</sup>

### The Agreement of Jalta and the Handovers of the Refugees to Yugoslavia in May 1945

#### ABSTRACT

In Slovenia, but also in Carinthia, some historians, lawyers and political scientists again and again claim that the legal basis for the handing over of the Yugoslav refugees in Carinthia to Tito troops in 1945 has to be sought in the war conferences of the Allies in Yalta and Potsdam. The contribution indicates that although the Allies spoke about Yugoslavia in Yalta, they did not speak about the repatriation of Yugoslavian refugees, but only about putting into operation the Tito-Šubašić agreement signed on the island of Vis on June 16, 1944. The bilateral repatriation agreements signed in Yalta between Soviets and British and Soviets and Americans – later on also with French and Belgians – did definitely not refer to Yugoslavia. And the Potsdam agreement treated merely the repatriation of the Germans.

The British handed over the Yugoslav refugees in Carinthia to the Yugoslav army without informing them about the rights they had according to the 1929 Geneva convention. The British made use of a deception, as they told the prisoners that they would be transferred to the British zone in Italy (Palmanova). The Yugoslav units and civilians who escaped to Italy, to a British zone also, weren't delivered to Yugoslavia. Therefore the reason for the handovers must be sought in Carinthia. On May 17 the British brigadier Toby Low [6th Armoured Division] gave the order to hand over all Yugoslavian citizens in Carinthia to Tito troops as quickly as possible. He rested on the order given by the deputy of field marshal Alexander in Caserta general Brian Robertson, in absence of the field marshal Alexander, on May 14, 1945. However, Toby Low ignored an order of field marshal Alexander given a few hours later containing the exact opposite arrangement, namely the transportation of all Croats and Yugoslavian dissidents to the area of »District One« (»Distone«) in Italy. To this day, the negotiations and the agreements made on May 19 and 20, 1945 between the Tito troops and the British units in Carinthia were not taken enough into consideration, although they were (jointly) responsible for the delivery. The question was primarily and

---

<sup>81</sup> Publikacija je rezultat izvajanja raziskovalnega programa Nasilje komunističnega totalitarizma v Sloveniji 1941-1990 (P6-380), ki ga sofinancira Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije.

still is very thoughtlessly argued away whether there has been a connection between the retreat of the Yugoslavian troops and the handovers.

*Key words:* Yalta, Potsdam, Geneva convention, Viktring, Bleiburg, Toby Low, Charles Keightley, Harold Macmillan, field marschal Alexander

## Jaltska pogodba in izročitev beguncev Jugoslaviji maja 1945

### POVZETEK

Povzetek: Nekateri zgodovinarji, pravniki in politologi v Sloveniji, pa tudi na Koroškem neprestano trdijo, da so Britanci jugoslovanske begunce, ki so maja 1945 iskali zatočišče na Koroškem, Titovim četam izročili na podlagi sklepov velikih sil na konferencah v Jalti in Potsdamu. Prispevek kaže, da v Jalti sploh niso govorili o vračanju jugoslovanskih beguncev, temveč zgolj o boljšem izvajanju Tito-Šubašičevega sporazuma, ki je bil na otoku Visu podpisan 16. junija 1944. Predmet jaltskih repatriacijskih pogodb med Sovjeti in Britanci oziroma Sovjeti in Američani – kasneje so podobne pogodbe podpisali tudi Francozi in Belgijci – sploh ni bila repatriacija Jugoslovancev. Sporazum, sklenjen v Potsdamu, pa obravnava le vračanje nemških prebivalcev.

Jugoslovanske begunce na Koroškem, ki niso bili obveščeni o svojih pravicah v okviru Ženevske konvencije, so Britanci izročili jugoslovanski vojski. Pri tem so se posluževali prevare. beguncem so namreč rekli, da bodo premeščeni v britansko cono v Italiji (Palmanova). Jugoslovanske vojaške enote in civilisti, ki so pobegnili v Italijo, prav tako v britansko cono, pa niso bili izročeni. Razlog za izročitev je torej treba iskati na Koroškem. 17. maja je brigadir Toby Low (6. oklepna divizija) izdal ukaz, naj se vse jugoslovanske državljanke na Koroškem čim prej izroči jugoslovanski vojski. Skliceval se je na ukaz z dne 14. maja, ki ga je v odsotnosti feldmaršala Aleksandra iz Caserte poslal general Brian Robertson, feldmaršalov ukaz nekaj ur pozneje, ki je vseboval diametralno nasprotno navodilo, namreč premestitev vseh Hrvatov in jugoslovanskih disidentov na območje »District One« (»Distone«) v Italiji, pa je popolnoma ignoriral. Do danes se tudi v zgodovinopisju premalo upoštevajo pogajanja med britansko in jugoslovansko vojsko na Koroškem maja 1945 ter 19. in 20. maja sklenjeni sporazumi, ki so (so)odločilni za izročitev. zgodovinarji in pravniki se z lahkoto izogibajo vprašanju, ali obstaja vzročna povezanost med umikom jugoslovanskih čet iz Koroške in izročitvijo beguncev.

*Ključne besede:* Jalta, Potsdam, Vetrinj, Pliberk, Ženevska konvencija, Toby Low, Charles Keightley, Harold Macmillan, maršal Alexander

Wenn sich Historiker, wie dies leider oft geschieht, aktuellen politischen Zielen und Opportunitäten unterwerfen, verabschieden sie die Geschichtsschreibung von der Wissenschaft. Sie belassen sie bei der Vorgabe der ideologischen Geschichtsschreibung, wonach die Geschichtswissenschaft am ende doch nur ein Instrument ideologischer oder aktuell-politischer Ziele ist. Die Aufgabe der Geschichtsschreibung ist aber nicht die

Entwicklung oder Bestätigung irgendwelcher Legenden oder Mythen, sondern sie fußt einzig und allein auf Fakten, Dokumenten und Zeugenaussagen, die natürlich auf Glaubwürdigkeit überprüft werden müssen.

In Slowenien, aber auch in Kärnten, halten sich hartnäckig viele Legenden um den Zweiten Weltkrieg und die Zeit danach, die völlig resistent sind gegen jedweden auch noch so starken Beweis. Eine dieser Legenden rankt sich um die Konferenzen von Jalta und Potsdam. So wird immer wieder von einigen Historikern, Juristen und Politologen, behauptet, dass die Rechtsgrundlage für die britischen Auslieferungen der jugoslawischen Flüchtlinge in Kärnten an Jugoslawien in den Kriegskonferenzen der Alliierten in Jalta und Potsdam zu suchen sei. Der Kärntner Historiker Aguštin Malle z.B. kritisiert in seiner Rezension des Buches von Florian Thomas Rulitz *Die Tragödie von Bleiburg und Viktring*, sowohl den Autor selbst als auch den Verfasser des 5. Vorworts, Jože Dežman, weil diese in dem genannten Buch vor allem den Nachweis eines „*Kuhhandels*“ zwischen den Briten und der Tito-Armee hervorhoben, „*bei dem der Rückzug der jugoslawischen Armee aus Kärnten mit der britischen Übergabe der jugoslawischen antikommunistischen Flüchtlinge bedingt wird*“.<sup>82</sup> Nach Meinung von Malle kann eine solche Einschätzung nur bei völliger Ignorierung der Jalta-Beschlüsse und der diplomatischen Noten der britischen und amerikanischen Regierung erfolgen.<sup>83</sup> Auch nach Auffassung des Präsidenten der Veteranen Organisation der Partisanen, Janez Stanovnik, war die Auslieferung völkerrechtlich begründet, denn historische Dokumente zeigen demnach angeblich, dass die britische Armee, bzw. deren Kommandanten, nur die Vereinbarungen der großen Drei, also Roosevelt, Churchill und Stalin, umgesetzt hätten.<sup>84</sup> Und der Regime-Jurist und langjährige Professor an der juristischen Fakultät in Ljubljana, Ljubo Bavcon, behauptete gar, dass die Auslieferung der jugoslawischen Einheiten schon deshalb keinen Bruch des Völkerrechts bedeute, weil sie auf den Vereinbarungen der Alliierten in Moskau, Teheran, Jalta und Potsdam fußen.<sup>85</sup> So ist es denn wichtig, sich von solchen Legenden zu verabschieden und sich auf die Tatsachen zu stützen. Nicolai Tolstoy äußerte in einem Interview, dass ihm nach der Veröffentlichung des Buches *Die Verratenen von Jalta* plötzlich bewusst geworden sei, dass ein Zusammenhang zwischen der Auslieferungspraxis der Sowjets und jener der Jugoslawen bestanden hatte und dass man die eine Tragödie der Auslieferung nur verstehen kann, wenn man auch die andere versteht, einschließlich aller Komplote.

„Selbstverständlich war der Fall der Jugoslawen auf eine gewisse Weise eine viel

---

<sup>82</sup> J. Dežman, „Totalitäre Epizentren in der Alpen-Adria-Region im Licht der Ereignisse im Frühjahr 1945 in Kärnten“, in: F. Thomas Rulitz, *Die Tragödie von Bleiburg und Viktring. Partisanengewalt in Kärnten am Beispiel der antikommunistischen Flüchtlinge in Mai 1945*, Hermagoras: Klagenfurt/ Celovec–Ljubljana/Laibach-Wien/Dunaj, S. 28

<sup>83</sup> A. Malle, *Prispevki za novejšo zgodovino*, S. 222. In derselben Rezension kritisiert Malle auch Rulitz als er von Repatriierungsmaßnahmen und Jalta-Beschlüssen spricht (S. 230)

<sup>84</sup> Odprto pismo predsedniku vlade, <http://www.zzb-nob.si/aktualno/?stran=13>

<sup>85</sup> L. Bavcon, „Poskusi revizije poteka druge svetovne vojne in kriminalizacije narodnoosvobodilnega gibanja“, *Škof Rožman v zgodovini*, Društvo piscev zgodovine NOB Slovenije, Ljubljana 2008, S. 43-44.

*greifbarere Verschwörung, weil das Jalta-Abkommen absolut nichts mit ihnen zu tun hatte.*“<sup>86</sup>

Es stellt sich die Frage, ob nach den im Jahre 1945 geltenden Bestimmungen des Völkerrechts eine Auslieferung Kriegsgefangener gegen ihren Willen überhaupt zulässig war. Hier hat man sich auf das IV. Haager Abkommen über die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs vom 18. Oktober 1907 und auf das Genfer Abkommen vom 27. Juli 1929 über die Behandlung der Kriegsgefangenen zu stützen.<sup>87</sup> Der Art. 2 dieses Genfer Abkommens besagt, dass die Kriegsgefangenen *„jederzeit mit Menschlichkeit behandelt und insbesondere gegen Gewalttätigkeiten, Beleidigungen und öffentliche Neugier geschützt werden... Vergeltungsmaßnahmen an ihnen auszuüben ist verboten.“*<sup>88</sup> Und im Art. 7 ist die Unverzichtbarkeit auf die Rechte der Kriegsgefangenen festgelegt. Der Würzburger Völkerrechtler Dieter Blumenwitz betonte in seiner Untersuchung *Okkupation und Revolution in Slowenien (1941-1946)*, dass Großbritannien menschenrechtliche Mindeststandards hätte beachten müssen.<sup>89</sup> Zwar behandelte weder die Haager Landkriegsordnung noch die Genfer Konvention die Repatriierung Kriegsgefangener gegen ihren Willen, doch greift hier die Martenssche Klausel in der Präambel der IV. Haager Konvention ein, die besagt: *„Solange, bis ein vollständigeres Kriegsgesetzbuch festgestellt werden kann, halten es die hohen vertragschließenden Teile für zweckmäßig, dass in den Fällen, die in den Bestimmungen der von ihnen angenommenen Ordnung nicht einbegriffen sind, die Bevölkerung und die Kriegsführenden unter dem Schutze und der Herrschaft der Grundsätze des Völkerrechts bleiben, wie sie sich ergeben aus den unter gesitteten Völkern feststehenden Gebräuchen, aus den Gesetzen der Menschlichkeit und aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens.“*<sup>90</sup> Mit anderen Worten, so der Völkerrechtler Dieter Blumenwitz: *„In jeder Phase des ius in bello bleiben die Kriegsparteien den Gesetzen der Menschlichkeit verpflichtet.“*<sup>91</sup>

Wo Verträge über die Repatriierung der Kriegsgefangenen wirklich abgeschlossen wurden, müssen diese völkerrechtlich nicht wirksam sein. Sie sind dann unwirksam, wenn eine unmenschliche Behandlung der „Displaced Persons“<sup>92</sup> – so wurden Personen bezeichnet, die sich außerhalb ihres Heimatlandes aufhielten und allein nicht zurückkehren konnten –,

---

<sup>86</sup> N. Tolstoy, *Close Designs and Crooked Purposes. Forced Repatriations of Cossacks and Yugoslav Nationals in 1945*, Centre for Research into Post-Communist Economies, Nr. 16, S. 14.

<sup>87</sup> D. Blumenwitz, *Okkupation und Revolution in Slowenien (1941-1946)*. Eine völkerrechtliche Untersuchung, böhlau: Wien-Köln-Graz 2005, S. 39-40.

<sup>88</sup> <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=bundesnormen&Gesetzesnummer=10000191>

<sup>89</sup> Blumenwitz, S. 124

<sup>90</sup> Blumenwitz, S. 43.

<sup>91</sup> Blumenwitz, S. 126.

<sup>92</sup> Die Bezeichnung „Displaced persons“ erstreckte sich auf Personen, die sich kriegsbedingt außerhalb ihres Heimatlandes aufhielten und allein nicht zurückkehren konnten.

nach der Auslieferung voraussehbar war. Blumenwitz bekräftigte dies: *„Ist ein Zurückgeführter einer unmenschlichen Behandlung durch den Aufnahmestaat oder einer nicht gerechtfertigten Gefährdung von Leben und Freiheit ausgesetzt, darf danach eine Ausweisung oder Auslieferung nicht erfolgen. Die Auslieferungsmaßnahme selbst muss rücksichtsvoll durchgeführt und Demütigungen, gesundheitliche Schäden und unnötige Härten müssen vermieden werden. Für politische Flüchtlinge gilt zudem ein generelles Auslieferungsverbot.“*<sup>93</sup> Diese völkerrechtlich verpflichtenden Mindeststandards ergeben sich aus den Kriegszielen der Alliierten, so aus der Atlantik-Charta und den Erklärungen von Teheran und Jalta.<sup>94</sup> Nach diesen Kriterien muss eine Untersuchung der zwangsrepatriierung der Kosaken sowie der jugoslawischen Kriegsgefangenen und Flüchtlinge wohl zum Schluss kommen, dass diese Maßnahmen völkerrechtswidrig gewesen waren. Aber hier soll nicht näher auf die Problematik der Auslieferung sowjetischer Staatsbürger an die Sowjetunion eingegangen werden – denn darüber wurde schon viel Erhellendes geschrieben, so z.B. von Nikolai Tolstoy,<sup>95</sup> über die Repatriierung der Kosaken aus Österreich auch von Prof. Stefan Karner.<sup>96</sup> Hier soll die Auslieferung der jugoslawischen Staatsbürger, darunter etwa 10.000 Domobranzi bzw. Angehörige der Slowenischen Landeswehr, das Thema sein, von denen die meisten in den sicheren Tod geschickt wurden, obwohl den Briten bewusst war, dass die Kommunisten die Ausgelieferten inhaftieren, foltern und töten würden. Hauptmann Nigel Nicolson, der für Eintragungen in das Logbuch der „1. Guards brigade“ der 6. Armoured Division (6. britische Panzerdivision) verantwortlich war, schrieb in seinem Bericht nur einen Tag nach der Ankunft der Flüchtenden im Lager Viktring: *„Keiner von ihnen kann repatriert werden, es sei denn, in den fast sicheren Tod aus Titos Hand.“*<sup>97</sup>

Während der Konferenz von Jalta, die vom 4. bis zum 11. Februar 1945 auf der Schwarzmeerhalbinsel Krim stattfand und an der Winston Churchill, Franklin D. Roosevelt und Josef Stalin teilnahmen, wurde über die Niederwerfung, Besetzung, Kontrolle und Reparationen Deutschlands, über Polen, die Vereinten Nationen, den Krieg gegen Japan und die Machtverteilung in Europa gesprochen. Zunächst sollte über Jugoslawien nicht gesprochen werden, weil diese Frage eigentlich mit der Unterzeichnung des Tito-Šubašić-Abkommens am 16. Juni 1944 auf der Insel Vis als erledigt galt. Da aber die Umsetzung der

---

<sup>93</sup> Blumenwitz, S. 125

<sup>94</sup> Blumenwitz, S. 146-7.

<sup>95</sup> N. Tolstoy, *Die Verratenen von Jalta. Englands Schuld vor der Geschichte*, München-Wien 1977.

<sup>96</sup> S. Karner und P. Ruggenthaler, „(zwangs)Repatriierungen sowjetischer Staatsbürger aus Österreich in die UdSSR“, in: *Die Rote Armee in Österreich. Sowjetische Besetzung 1945-1955*, Graz-Wien-München 2005, S. 243-273; Stefan Karner, „Zur Auslieferung der Kosaken an die Sowjets 1945 in Judenburg“, in: *Judenburg 1945 n. Augenzeugenberichten*, ed. Johann Andritsch, Judenburg 1994, S. 243-259; Stefan Karner, *Im Archipel GUPVI. Kriegsgefangenschaft und Internierung in der Sowjetunion 1941-1956*, München 1995. Die Gesamtzahl der sowjetischen Repatriierten soll nach einem sowjetischen Repatriierungsbericht, den Prof. Karner und Peter Ruggenthaler in ihrem Bericht zitieren, 6,810.565 Personen betragen haben, davon 4,794.087 Zivilisten, allein in Judenburg 40.000 Kosaken (Zivilisten und Militärangehörige). Karner, Ruggenthaler, (zwangs)Repatriierungen, S. 245.

<sup>97</sup> N. Nicolson, *Long Life*, New York 1998, S. 115.

Vereinbarung verschleppt wurde, kam auch Jugoslawien auf die Tagesordnung.<sup>98</sup> Im offiziellen Dokument der Krim-Konferenz heißt es: „Wir haben es für erforderlich gehalten, Marschall Tito und Dr. Šubašić zu empfehlen, dass das zwischen ihnen geschlossene Abkommen unverzüglich in Kraft treten und eine Provisorische Einheitsregierung auf der Grundlage dieses Abkommens gebildet werden soll. Es wurde auch beschlossen zu empfehlen, dass die neue jugoslawische Regierung sofort nach ihrer Bildung erklären soll: 1. dass der Antifaschistische Rat der Nationalen Befreiung Jugoslawiens durch die Einbeziehung von Mitgliedern der letzten jugoslawischen Skupschtina erweitert wird, die sich nicht durch Kollaboration mit dem Feind kompromittiert haben, und dass eine Körperschaft, Provisorisches Parlament genannt, gebildet wird; 2. dass legislative Akte, die vom Antifaschistischen Rat der nationalen Befreiung Jugoslawiens angenommen wurden, der anschließenden Billigung durch eine verfassungsgebende Versammlung unterworfen sein sollen. Es wurde ebenfalls ein allgemeiner Überblick über andere Balkanfragen gegeben.“<sup>99</sup> Aus den offiziellen Dokumenten ist also ersichtlich, dass bloße „empfehlungen“ formuliert wurden, denn es waren in Jalta weder Vertreter der jugoslawischen königlichen Regierung aus London noch des Nationalkomitees der Befreiung Jugoslawiens (also Tito-Seite) anwesend. Beide aber waren auf der Seite der Alliierten im Krieg. Während der Teheran-Konferenz (28.11.-1.12. 1943) hatten Churchill, Roosevelt und Stalin eine verstärkte Unterstützung der Tito-Partisanen vereinbart, und die Briten hatten noch im Dezember 1943 die Unterstützung der königlichen jugoslawischen Armee unter Draža Mihajlović eingestellt. Churchill setzte den jugoslawischen König Peter II. so lange unter Druck, bis er Mihajlović im Mai 1944 als Kriegsminister und dann am 25. August auch als Oberkommandierenden absetzte.

Verschiedene Gründe waren ausschlaggebend für die historisch-folgenreiche Entscheidung der Briten, die die kommunistische Nachkriegsordnung im Vielvölkerstaat Jugoslawien zementierte. Churchill strebte einen geordneten jugoslawischen Staat an und meinte wohl, dass dies nur unter einer neuen kraftvollen Ordnung möglich sein werde. Außerdem war für ihn der Kampf gegen die Deutschen wirklich wichtig. Ansonsten war sein Wissen über die Geschehnisse auf dem Balkan einseitig, gestützt auf Informationen von offiziellen britischen Missionen, die überwiegend links orientiert waren. Und nicht zuletzt: Churchill wollte keinen Konflikt mit den Sowjets.

Die in Jalta zwischen Sowjetunion, Briten, Amerikanern<sup>100</sup> – später auch Franzosen<sup>101</sup> und Belgiern – neben dem Jalta-Abkommen abgeschlossenen Repatriierungsabkommen beziehen sich eindeutig nicht auf Jugoslawien. Die entsprechenden Verträge wurden immer nur bilateral unterzeichnet: also zwischen dem Vereinigten Königreich und der Sowjetunion sowie zwischen USA und der Sowjetunion. Und sie betrafen auch nicht Bürger jener Gebiete, die nach Kriegsbeginn Teil der Sowjetunion wurden. So wurden die Einwohner der

---

<sup>98</sup> M. Krek, „Konferenca v Jalti 1945“, *Zbornik Svobodne Slovenije*, 1956, Buenos Aires, S. 21

<sup>99</sup> D. Shaver Clemens, *Jalta*, Köhler Verlag: Stuttgart 1972, S. 324-325.

<sup>100</sup> *The Repatriations from Austria in 1945*. Cowgill Inquiry, London 1990. KP 20, S.30 und KP 21, S. 31

<sup>101</sup> 29.6.1945



baltischen Länder, der westlichen Gebiete der Ukraine und Weißrusslands, die einwohner Moldawiens und der nördlichen Bukowina, die alten russischen Emigranten, die Russland vor dem September 1939 verlassen hatten, völlig vertragswidrig an die Sowjetunion übergeben. In den besagten Abkommen wurde nämlich festgelegt, dass jene von den Westalliierten festgenommenen Personen repatriiert werden sollten, die am 1. September 1939 einen Wohnsitz auf dem Territorium der

Sowjetunion hatten, sofern sie am 22. Juni 1941 in die Rote Armee eingegliedert worden waren und dann in einer deutschen Uniform gefangen genommen wurden (ehemalige Soldaten der Roten Armee, nun in deutschen Uniformen als Vlasov-Armee) und beweise dafür existierten, dass sie kollaboriert hatten. Die Jalta-Abkommen enthielten keine Bestimmung über solche, die sich der Auslieferung widersetzen sollten, obwohl der Vertreter des amerikanischen Außenministers Joseph Clark Grew zunächst auf einer solchen Schutzklausel bestand. Diese Abkommen waren auch nicht Teil des Schlusskommuniqués der Jalta-Konferenz und fanden in offiziellen Papieren auch keine Erwähnung.

Das Potsdamer Abkommen hingegen, das sich sehr wohl mit Auslieferungen befasste, war kein rechtsverbindliches Dokument, sondern lediglich eine Verlautbarung über eine Konferenz, und es ging um eine „*ordnungsgemäße Überführung deutscher Bevölkerungsteile[...] Sie wurde durch keine internationale Abmachung gestattet und ist [...] eine Konzession der kriegsmüden Westmächte an die Sowjetunion und zeigt von einer Handlungsweise äußerster Gleichgültigkeit*“.<sup>102</sup> Von anderen Völkern wurde nicht gesprochen.

Die Repatriierungsabkommen, abgeschlossen in Jalta am 11. Februar 1945, beinhalteten jedenfalls überhaupt nicht die Auslieferung jugoslawischer Einheiten. Titos Jugoslawien war außerdem erst ab dem 29. November 1945 ein eigenständiger Staat. An diesem Tag<sup>103</sup> wurde nämlich erst die Föderative Volksrepublik Jugoslawien (Federativna ljudska republika Jugoslavija, FLRJ) ausgerufen. Bis zu diesem Datum waren die Gesetze des Königreichs Jugoslawien in Kraft, und einige der ausgelieferten südslawischen Einheiten waren königliche Regierungstruppen. Bereits mit dem Tito-Šubašić-Abkommen aber erkannte die legale Exilregierung die Partisanen an, was auch bedeutete, dass von diesem Zeitpunkt an „*die Bürgerkriegsparteien[...] im Verhältnis zueinander als auch der Zivilbevölkerung gegenüber zur Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Kriegsrechts verpflichtet*“ waren.<sup>104</sup>

## Arglistige Täuschung

Die Briten, die 1945 Kärnten besetzten, gehörten dem 5. Korps der 8. britischen Armee unter dem Kommando von General Richard McCreery an. Der Kommandant des 5. Korps

---

<sup>102</sup> Blumenwitz, S. 125-126.

<sup>103</sup> Das war der Jahrestag der II. Versammlung von AVNOJ (Antifašističko veće narodnog oslobođenja Jugoslavije/ Der Antifaschistische Rat der Volksbefreiung Jugoslawiens), der von den Kommunisten als Gründungstag des kommunistischen Jugoslawiens angesehen wurde.

<sup>104</sup> Blumenwitz, S. 94.

war Generalleutnant Charles Keightley. Dem Kommando von Keightley waren drei Divisionen unterstellt, darunter auch die 6. Armoured Division unter Generalmajor Horatius Murray. Der Stabschef von Keightley überließ die Angelegenheiten der Jugoslawen betreffend vollkommener Brigadier Low, nachdem das Hauptquartier seiner Bitte vom 10. Mai 1945 nicht entsprochen hatte, auf Partisanen im Notfall auch schießen zu dürfen. Diese missachteten nämlich die Befehle der britischen Offiziere in der britischen Besatzungszone Kärnten völlig.<sup>105</sup>

Am 7. Mai erteilte Brigadier Toby Low [6th Armoured Division] den folgenschweren Befehl: „*Alle jugoslawischen Staatsangehörigen, die sich gegenwärtig im Bereich des Korps befinden, werden so schnell wie möglich Titos Truppen übergeben. Sie werden sofort entwaffnet, der Bestimmungsort wird nicht genannt. Die Vorkehrungen für die Übergabe werden vom Hauptquartier in Übereinstimmung mit den jugoslawischen Truppen durchgeführt...*“<sup>106</sup>

Die Flüchtlinge wurden über ihre Rechte nach dem Genfer Abkommen nicht aufgeklärt, außerdem bedienten sich die Briten eines Täuschungsmanövers. Sie erzählten den Gefangenen, dass sie in andere britische Lager nach Italien (Palmanova) verlegt würden. Laut Graf Tolstoy hatte er vom jugoslawischen Unterhändler Hočevar nach dem Prozess erfahren, dass diese Lüge vom Brigadier Low selbst erfunden worden sei.<sup>107</sup> Die zivilen Personen wurden von der befohlenen Repatriierung vorerst ausgeschlossen. Die Angehörigen der Soldaten, die mit ihren Männern gehen wollten, durften dies tun. Die britischen Militärs, so berichtet Nicolson, hätten keine Alternative gehabt als die: Sie mussten die Menschen im Lager belügen, sonst wären diese nicht bereit gewesen, die Lastwagen und Eisenbahnwaggons zu besteigen. Die britischen Soldaten seien nicht ermächtigt gewesen, Gewalt anzuwenden, doch selbst wenn sie dazu ermächtigt gewesen wären, wäre es äußerst schwierig gewesen, den Befehl zum Abtransport auszuführen. Es wäre dann, so vermutet Nicolson, wohl zu einer Revolte gekommen. So wurde also gelogen, und die Südslawen wurden ihrem Schicksal übergeben.<sup>108</sup>

Einem Dokument, unterfertigt am 30. Juni 1945 vom Brigadier des 5. Korps, kann entnommen werden, dass – nachdem die Verhandlungen mit der 3. und 4. jugoslawischen Armee über die Übergabe abgeschlossen waren – Vorbereitungen getroffen wurden, um

---

<sup>105</sup> Mitchell, S. 25.

<sup>106</sup> Cowgill Inquiry, Documentary Evidence, S. 147, KP 148. „*All Yugoslav nationals at present in the Corps area will be handed over to Tito's forces as soon as possible. They will not be told of their destination. Arrangements for the handover will be coordinated by this HQ in conjunction with Yugoslav forces...*“

<sup>107</sup> Mitchell, S. 31.

<sup>108</sup> Nicolson, S. 116. Diese Lüge, die Vertrauen in die britische Ehrenhaftigkeit bis heute ebenso entscheidend erschüttern sollte, kann mit jener verglichen werden, die gegenüber Kosakenoffizieren angewandt wurde. Mit einer List wurden deren Offiziere abgeführt und damit von der Mannschaft und den Familienangehörigen getrennt. Man gab vor, sie zu einer Konferenz östlich von Oberdrauburg zu bringen, an der Feldmarschall Alexander eine persönliche Ansprache an sie richten werde. Tolstoy, *Die Verratenen von Jalta*, S. 237-241.

12.196 Kroaten, 5.480 Serben, 8.263 Slowenen und 400 Montenegriner zu übergeben, die alle gegen Titos Truppen gekämpft hatten.<sup>109</sup>

Begonnen wurde mit den Kroaten aus Krumpendorf, die in der Zeit vom 18. bis 23. Mai zurückgeschickt wurden. Der erste Transport aus Viktring startete am 24. Mai und führte über Rosenbach nach Jugoslawien. Zunächst kamen drei serbische Regimenter des Freiwilligenkorps unter dem Kommando von Oberstleutnant R.T. Tatalović an die Reihe, darunter aber auch etwa 40 Domobranci,<sup>110</sup> dann, am 27. Mai, eine Gruppe von Tschetniks und 600 Mann SNV (Technisches Bataillon und Slowenische Gendarmerie). Die slowenischen Domobranci und einige Zivilisten wurden vom 27. bis zum 31. Mai nach Jugoslawien retourniert – über Rosenbach durch den Krawankentunnel nach Aßling [Jesenice] oder über Bleiburg und Windischgrätz [Slovenj Gradec] nach Cilli.<sup>111</sup>

Handelte der Brigadier Low bei seinem Befehl eigenmächtig oder führte er nur Befehle aus, die vom Alliierten Hauptquartier [Allied Forces Headquarters] in Caserta kamen? In dem Prozess, den Lord Aldington gegen Graf Nikolai Tolstoy 1989 wegen dessen Schuld-Vorwürfen anstrebte, behauptete er nämlich genau das.<sup>112</sup> Er stützte sich auf den in Abwesenheit des Feldmarschall Alexander am 14. Mai 1945 erteilten Befehl von General Brian Robertson, dem Stellvertreter von Feldmarschall Alexander in Caserta [Chief Administrative Officer]: „*Das gesamte sich ergebende Personal von feststehender jugoslawischer Nationalität, das in den deutschen Truppen gedient hatte, soll entwaffnet und den jugoslawischen Truppen ausgehändigt werden.*“<sup>113</sup>

Seitdem wird erörtert, welche Personengruppe dieser zweideutige Befehl umfasste. Auf jeden Fall waren jene Truppen gemeint, die noch nicht entwaffnet waren. Das kann sich nur auf die 200.000 kroatischen Soldaten unter dem deutschen Kommando beziehen sowie auf eine größere nicht bekannte Zahl an Zivilisten, die sich der britischen Besatzungszone näherten. Sie wurden dann auch tatsächlich bei Bleiburg am 15. Mai der Tito-Armee ausgeliefert.<sup>114</sup> Ob Robertson auch Kroaten im Sinn hatte, die sich bereits in den Kärntner

---

<sup>109</sup> Cowgill *Inquiry, Documentary Evidence*, S. 299, KP 309.

<sup>110</sup> Es war dies die Versorgungseinheit der Landeswehr. Sie verließen Viktring mit 20 Pferdewagen, auf denen in versiegelten Kisten das gesamte Archiv der einzelnen bataillone bzw. Regimenter der slowenischen Landeswehr untergebracht war, mit allen genauen Verzeichnissen der Mannschaften. Diese wurden in Viktring unterfertigt. France Grum, Stane Pleško, *Vetrinjska tragedija*, USA 1960, S.26; M. Klepec, „Teharje so tlakovane z našo krvjot“, *Trilogija Vetrinj-Teharje-Rog, Maribor* 1991, S. 62.

<sup>111</sup> Die Briten zählten die Domobranci bei der Übergabe, doch sind die entsprechenden Papiere verschwunden und bis heute nicht wieder aufgetaucht. Alle Einheiten führten außerdem Listen der jeweils eigenen Truppe mit sich – diese wurden ihnen zum Teil von den Partisanen abgenommen, zum Teil konnten sie unterwegs vernichtet werden. Eine weitere Liste von Namen aller zurückgeschickten Domobranci wurde von Oberst Mirko Bitenc am 31. Mai 1945 verbrannt. *Vetrinjska tragedija*, S. 40. Somit ist heute keine genaue Angabe über die Zahl der Ausgelieferten erhalten, die geschätzten Zahlen liegen zwischen 9.740 bis 11.000. Etwa 600 Zivilisten begleiteten diese Transporte, darunter etliche Frauen.

<sup>112</sup> I. Mitchell, *The Cost of a Reputation*, Glasgow 1997, S. 26.

<sup>113</sup> A. Cowgill and C. Booker, *The Repatriations from Austria in 1945. The Report of an Inquiry*, S.262; *The Cost of a Reputation*, Glasgow 1997, S. 26.

<sup>114</sup> Verantwortlich dafür waren die neuseeländischen Royal Fusiliers.

Lagern befanden, ist fraglich. In diesem Sinne könnte man aber eine Meldung von Alexander Kirk, dem politischen Ratgeber der Vereinigten Staaten in Italien, verstehen, der nach Washington am selben Tag, unmittelbar nach einem Gespräch mit Robertson, berichtete, dass alle Kroaten, nicht aber Tschetniks, zurückgeschickt werden sollen.<sup>115</sup> Robertson gab auch gegenüber Kirk zu, dass einige Kroaten nach der Übergabe möglicherweise erschossen würden.<sup>116</sup>

Wenige Stunden nach dem „Hintergebungsbefehl“ [Deception Order] von brigadier Low kam vom Feldmarschall Alexander eine ganz andere, gegenteilige Anordnung. Er verfügte die Überführung aller Kroaten und jugoslawischen Dissidenten in das Gebiet von „District One“, kurz „Distone“, in Italien. Dort waren bereits 11.000 Jugoslawen untergebracht, diejenigen nämlich, die direkt nach Italien geflohen waren. Alexander rechnete mit weiteren 24.000 Personen, und das war ungefähr die Zahl, die in Viktring untergebracht war. Die endgültige Entscheidung über das Schicksal all dieser Menschen sollte auf Regierungsebene gefällt werden.<sup>117</sup> Es geschah dies im Einklang mit der früheren britischen Strategie des Kriegskabinetts. Churchill ordnete nämlich am 29. April an, dass die Einheiten entwaffnet und in Flüchtlingslagern untergebracht werden sollen.<sup>118</sup>

Feldmarschall Alexander reiste Anfang Juni nach Kärnten und verhinderte dann die Auslieferung der Zivilisten.

Hier stellt sich auch die Frage nach der Mitverantwortung des späteren britischen Ministerpräsidenten Harold Macmillan, der damals britischer Gesandter beim Alliierten Hauptquartier in Caserta [British Resident Minister in Mediterranean] war. Er war noch unmittelbar vor diesen Vorgängen in Kärnten gewesen und hatte offensichtlich einen gewissen Druck ausgeübt, vielleicht war er an der Formulierung des Befehls beteiligt. Allerdings hatte MacMillan keine wirklichen Kompetenzen, die ihm erlaubt hätten, militärische Befehle zu erteilen. Letztendlich waren für die Auslieferung durch das 5. Korps diejenigen verantwortlich, die die Auslieferung durchführten, nämlich Brigadier Toby Low und Generalleutnant Charles Keightley, und die trotz gegenteiliger Befehle von Feldmarschall Alexander von diesem Vorhaben nicht abließen.

Die Schlüsselfrage, die gestellt werden muss, ist, warum die slowenischen Domobranzi, Kroaten und serbische und slowenische Tschetniks **aus Kärnten** ausgeliefert wurden, nicht aber auch die slowenischen und serbischen Tschetniks, Domobranzi, wie auch ein Bataillon kroatischer Domobranzi, die **nach Italien** geflüchtet waren? Es liegt nahe, dass die Beantwortung der Frage in der spezifischen Kärntner Situation gesucht werden muss. Dafür werden neben den bereits erwähnten Verträgen von Jalta und Potsdam noch andere Gründe angeführt. Es ging unter anderem um die Frage der Unterscheidung zwischen Kriegsgefangenen (POW) und „sich ergebendem Feindlichen Personal“ (SEP), um die

---

<sup>115</sup> Mitchell, *The Cost of a Reputation*, S. 26-27.

<sup>116</sup> Mitchell, S. 33.

<sup>117</sup> Mitchell, S. 31. 11.000 Jugoslawen waren bereits dort, das waren diejenigen, die direkt nach Italien geflohen waren.

<sup>118</sup> Mitchell, S. 32.

Versorgung der Flüchtlinge, um das Tragen der deutschen Uniformen, um Vereinbarungen über einen Austausch zwischen den Briten und den Tito-Truppen und um einen Rückzug aus Kärnten im Gegenzug zur Auslieferung der geflüchteten Jugoslawen.

## Kriegsgefangene (Prisoners of War) oder „Sich ergebendes feindliches Personal“ (Surrendered Enemy Personnel)

Eine der angeführten Erklärungen für die Auslieferung der Personen, die bei den Alliierten Schutz gesucht hatten, war die Unterscheidung zwischen dem Status der Kriegsgefangenen, deren Auslieferung die Genfer Konvention nicht gestattete, und dem „sich ergebenden feindlichen Personal“ [Surrendered Enemy Personnel, SEP], bzw. bei den Amerikanern den „entwaffneten feindlichen Einheiten“ [Disarmed Enemy Forces, DEF]. Im Gegensatz zu den Kriegsgefangenen, die sich bis zum 8. Mai ergeben hatten und den Status „Kriegsgefangene“ [POW, Prisoners of War] erhielten, fielen in die Kategorie der DEF jene Personen, die sich nach dem 8. Mai 1945 ergaben. Diese Unterscheidung betraf jedoch nicht nur Jugoslawen, sondern auch alle anderen Völker, sowjetische und deutsche Staatsbürger inbegriffen. Die sich daraus ergebenden alliierten Maßnahmen waren mehr als anfechtbar. Das deutsche Büro für Friedensfragen stellte fest, dass *„die willkürliche Unterscheidung zwischen Kriegsgefangenen und SEP [und DEF]... dem Sinn und dem Wortlaut der völkerrechtlichen Bestimmungen“ widersprach. „In allen Fällen geraten die Gefangenen in die Gewalt der feindlichen Macht und sind daher nach Art. 1 und 2. des Genfer Kg.-Abkommens von 1929 in Verbindung mit Art. 1, 2 und 3 der Haager LKO von 1907 als Kg. zu behandeln.“*<sup>119</sup> Das Internationale Komitee des Roten Kreuzes (IKRK) veröffentlichte im Jahr 1948 einen Lagebericht für den Zeitraum vom 1. 9. 1939 bis 30. 6. 1947, in dem sie diese Unterscheidung ebenfalls scharf verurteilte. Nach Auffassung des IKRK genossen die Kriegsgefangenen weiterhin alle Sicherheiten, auf die sie nach der Genfer Konvention Anspruch hatten, *„selbst wenn ihre normale Anwendung suspendiert oder modifiziert wird.“*<sup>120</sup>

Im Falle der jugoslawischen Kriegsgefangenen kam aber noch dazu, dass diejenigen, die am 1. Mai 1945 nach Görz gekommen waren – Einheiten der „Jugoslawischen Armee in der Heimat“ (bzw. Tschetniks) unter General Damjanović –, ebenfalls den Status SEP erhielten und nicht ausgeliefert wurden. Aus einem Telegramm des Vertreters des amerikanischen Außenministers Grew, an das englische Foreign Office ist ersichtlich, dass die Briten drei Möglichkeiten erwogen hatten, wie man mit den Einheiten, die in Julisch Venetien angekommen waren, verfahren könnte: a) sie als Hilfstruppen einsetzen; b) der jugoslawischen Armee aushändigen, und c) sie entwaffnen und in den Flüchtlingslagern unterbringen. Die Briten empfahlen die Variante c), und die Amerikaner stimmten ihr zu.

---

<sup>119</sup> A. L. Smith, *Die ‚vermisste Million‘. Zum Schicksal deutscher Kriegsgefangener nach dem Zweiten Weltkrieg*, in: Schriftenreihe der Vierteljahresheften für Zeitgeschichte, Bd. 65, München 1992, S.20.

<sup>120</sup> Ebenda, S. 20-21.

Diejenigen, die aber freiwillig nach Jugoslawien zurückkehren wollten, sollten dies tun dürfen.<sup>121</sup> Allerdings bezog sich diese Entscheidung nur auf das Gebiet Julisch Venetien.

### Frage der Uniform

Die Frage der Uniformen wurde immer wieder erörtert. Die slowenischen Domobranci waren in alten deutschen Polizeiuniformen mit slowenischen Abzeichen nach Kärnten gekommen. Laut Verordnungs- und Amtsblatt des Obersten Kommissars in der Operationszone ‚Adriatisches Küstenland‘ war „Slovensko domobranstvo“ bzw. Slowenische Landeswehr, wie sie amtlich bezeichnet wurde, keine selbstständige militärische Einheit, sondern eine Polizei-Hilfstruppe. Ähnlich angezogen waren auch die kroatischen Domobranci und Ustascha. Die Einheiten, die sich nach Italien zurückgezogen hatten, trugen solche Uniformen nicht, auch nicht die Angehörigen des Slowenischen Nationalen Sicherheitskorps (Slovenski narodni varnostni zbor, SNVZ), der Landeswehr des Küstengebiets. Jedoch ist dies bestimmt nicht der Grund für die Auslieferung, er kann nur als eine Art Ausrede für die wenig informierten englischen Offiziere dienen, solche konnten aber eine Entscheidung von solch einer Tragweite nicht allein fällen. Sicher ist jedoch, dass auch Soldaten in deutschen Uniformen Kriegsgefangene waren und sie sich also auf die Genfer Konvention berufen konnten. Über diese Frage gab es zwischen den Briten und Amerikanern im Jahr 1944 lange Auseinandersetzungen, da die Amerikaner auf der Einhaltung der Genfer Konvention von 1929 bestanden hatten. Die Befürworter der Auslieferung behaupteten, dass das Genfer Abkommen keine Bestimmungen enthalte über die Behandlung der Kriegsgefangenen, die zwischen den Alliierten ausgetauscht werden. Die Martenssche Klausel wurde völlig ignoriert.

### Versorgung der Flüchtlinge, Vormarsch der Sowjets

Zweifellos stellte die angemessene Versorgung aller Kriegsgefangenen und zivilen Flüchtlinge aller Nationalitäten kurz nach dem Krieg in ganz Europa ein ernsthaftes Problem dar. In Kärnten allein suchten Hunderttausende, die aus dem Süden geflohen waren, Zuflucht. Die Briten hatten aber nur 25.000 Mann zur Verfügung.<sup>122</sup> Feldmarschall Alexander berichtete dem Foreign Office Anfang Mai, dass sich der britischen Zone starke Abteilungen der deutschen Heeresgruppe Südost näherten, die sich nicht Tito ergeben wollen. Die Zahl der Kriegsgefangenen betrug in etwa 220.000, davon 109.000 Deutsche, 46.000 Kosaken, 15.000 Ungarn, 25.000 Kroaten und 25.000 Slowenen.<sup>123</sup> Dazu kam noch, dass die Sowjetarmee die mit den Westalliierten vereinbarte Demarkationslinie um hundert Meilen überschritt und so eine gewisse Gefahr bedeutete. Man versuchte gar nicht, sie zu zwingen,

---

<sup>121</sup> *The Repatriations from Austria in 1945. Cowgill Inquiry. The Documentary Evidence Reproduces in full from British, American, German and Yugoslav Sources*, London 1990, KP 47, S. 56. Siehe auch die Depesche vom britischen Botschafter Stevenson: KP 39, S. 5. *Bela knjiga*. Dopolnilo, Canada 1975, str. 12-13; „Žrtve Jalte“, *Tabor*, 1986, Nr. 5-6, S. 72-73.

<sup>122</sup> I. Mitchell, *The Cost of a Reputation*, Glasgow 1997, S. 2.

<sup>123</sup> *Cowgill Inquiry. The Documentary Evidence*, KP 134, S. 132.

sich zurückzuziehen, vielmehr begnügte man sich damit, zu verhindern, dass sie ihrem Vormarsch fortsetzten.

### Abkommen zwischen der britischen Armee und JLA in Kärnten

Bis heute wurden die Verhandlungen zwischen den Tito-Truppen und den britischen Einheiten in Kärnten zu wenig berücksichtigt. Vor allem wurde und wird noch immer sehr leichtfertig die Frage wegdiskutiert, ob es einen Zusammenhang zwischen dem Rückzug der jugoslawischen Truppen und der Auslieferung gegeben habe. Selbst im Lager der Emigranten glaubte man nicht, dass es einen Zusammenhang gab.<sup>124</sup>

Wenige Stunden bevor die Briten am 8. Mai nach Klagenfurt kamen, erreichte eine kleine Gruppe von Partisanen die Stadt, hisste die Flagge und wollte die Verwaltung übernehmen. Die Briten bestanden Tito gegenüber auf der am 1. November 1943 veröffentlichten Moskauer Deklaration, die die Wiederherstellung des souveränen Österreich in den Grenzen von 1937 vorsah. Außerdem sollte Österreich von Briten, Amerikanern, Russen und Franzosen besetzt werden, Kärnten lag in der britischen Zone. Die Briten forderten den Rückzug der jugoslawischen Truppen hinter die provisorische Grenze von 1937 bis zur endgültigen Entscheidung der Alliierten.<sup>125</sup>

Ungefähr zu derselben Zeit, als der bereits erläuterte Distone-Befehl das 5. Korps erreichte, wurde der 8. Armee der Befehl erteilt, alle weiteren Absprachen mit der Tito-Seite zu unterbinden. Dieser Befehl wurde dem Kommandanten des 5. Korps, Keightley, weitergereicht.<sup>126</sup> Beide Befehle sowie viele weitere relevante Dokumente sind jedoch aus den britischen Logbüchern (sowohl der 8. Armee als auch des 5. Korps) spurlos verschwunden. Sie blieben jedoch erhalten in der zunächst verschwundenen Akte FO 1020/42, die dann in den Kirk-Papieren gefunden wurde und im „US National Archives“ in Washington verwahrt ist.

Am 19. Mai unterzeichnete Toby Low trotz ausdrücklichen Verbots ein Militärabkommen mit dem stellvertretenden Kommandanten der 3. Jugoslawischen Armee, Oberst Ivanović. In diesem Abkommen wurde festgelegt, dass sich die jugoslawischen Truppen (die 14. Jugoslawische Division) bis zum 21. Mai, 19 Uhr, hinter die jugoslawisch-österreichische Grenze zurückzuziehen hätten, dass sie das konfiszierte zivile Eigentum zurückgeben sowie fortan keine Zwangsenteignungen mehr vornehmen dürften. Auch wurde der Rückzug der von den Jugoslawen eingesetzten Bürgermeister und Bezirksleiter gefordert. Im Gegenzug dazu sollten alle jugoslawischen Staatsbürger im Gebiet des 5. Korps, die auf der deutschen Seite gekämpft hätten, sowie deren zivile Begleiter nach Jugoslawien überführt werden. Die jugoslawischen Truppen, die in Rosenbach, Feistritz, Maria Elend und Weizelsdorf erbeutetes Material bewachten, mussten das Gebiet bis zum 23. Mai verlassen.

---

<sup>124</sup> So z.B.: *Tabor*, Nr. 5-6, Buenos Aires, 1983, S. 81.

<sup>125</sup> *Cowgill Inquiry. The Documentary Evidence*, KP 68, 10.5.1945

<sup>126</sup> Mirchell, S. 32-33.

Dass auch Keightley Bescheid wußte, zeigt die Tatsache, dass er am Abend des Vertragsabschlusses zusammen mit Toby Low Ivanović bewirtete.<sup>127</sup> In derselben Nacht wurde aus der britischen Mission im Hauptquartier nach London eine Mitteilung über die amerikanische Stellungnahme zu den Vorgängen übermittelt. Die Amerikaner waren **für** die Entwaffnung der Tschetniks, aber **gegen** die Auslieferung der Kroaten. Diese sollten als Kriegsgefangene behandelt werden.<sup>128</sup>

Am 20. Mai 1945 wurde dann noch ein Militärabkommen abgeschlossen mit der 4. Armee zwischen Generalmajor Bozović, dem Kommandanten der 26. Jugoslawischen Division, und Oberst Hočevan, dem Vertreter der 4. Jugoslawischen Armee einerseits und dem Brigadier des Generalstabs des 5. Korps, Toby Low, andererseits.<sup>129</sup>

Das Kapitel der Auslieferung der jugoslawischen Einheiten und Flüchtlinge gehört zu den dunkelsten und grausamsten Ereignissen der unmittelbaren Nachkriegszeit in dieser Region und kann nicht einfach aus der Geschichte herausgerissen und verschwiegen werden, auch wenn dies noch immer etliche Interessierte wünschen.

---

<sup>127</sup> Rulitz, S. 400

<sup>128</sup> Mitchell, S. 34, WO 170/4404.

<sup>129</sup> Rulitz, S. 398-400.



# Maša Marochini<sup>130</sup> The council of europe and the right to a healthy environment

## ABSTRACT

The paper looks at the right to a healthy environment as guaranteed by two main instruments of the Council of Europe for the protection of human rights: the European Convention on Human Rights, and the European Social Charter. As an instrument on civil and political rights, the Convention contains no explicit or implicit reference to the right to a healthy environment. Nevertheless, in its jurisprudence, particularly regarding Article 8 (and in certain situations Article 2), the European Court of Human Rights has started to interpret the Convention so as to include the right to a healthy environment. On the other side, as an instrument on economic and social rights the Charter also does not explicitly include the right to a healthy environment, although it does so implicitly under Article 11(3) which obliges State parties to take appropriate measures to prevent, as far as possible, epidemic, endemic and other diseases, as well as accidents. This provision seems much more suitable for interpretation in such a way as to guarantee the right to a healthy environment than Articles 2 and 8 of the Convention that guarantee the right to life and the right to respect for private and family life, home and correspondence. Already in its conclusions in the Reporting system, the European Committee on Social Rights has started interpreting the Charter so as to guarantee the right to a healthy environment and this has continued in the Committee's decisions on collective complaints. Therefore, as will be argued, the right to a healthy environment is now included in the Charter through the interpretation of the Committee. Consequently, what this paper contends is that the right to a healthy environment is more suitable and better placed under the Charter than the Convention.

*Keywords:* the right to a healthy environment, Articles 2 and 8 of the European Convention on Human Rights, judgments concerning the right to a healthy environment, Article 11 of the European Social Charter, decisions and conclusions concerning the right to a healthy environment

## Svet EVROPE in pravica do zdravega okolja

## POVZETEK

---

<sup>130</sup> Senior Research Assistant, Department for Theory of Law and State, Philosophy of Law, Human Rights and Public Policy, Pravni fakultet u Rijeci (Faculty of Law, University of Rijeka), Hahlić 6, 51000 Rijeka, Croatia, email: [mmarochini@gmail.com](mailto:mmarochini@gmail.com). This article is part of a PhD thesis defended at the University of Dundee, Scotland in November 2012.

Ta članek se spoprijema s pravico do zdravega okolja, kot je zagotovljena v okviru dveh glavnih instrumentov Sveta Evrope za varstvo človekovih pravic: Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter Evropske socialne listine. Konvencija kot instrument o državljanskih in političnih pravicah ne vsebuje eksplicitne ali implicitne omembe pravice do zdravega okolja. Kljub temu pa je Evropsko sodišče za človekove pravice skozi svojo sodno prakso, zlasti na podlagi člena 8 (in v nekaterih primerih člena 2), Konvencijo začelo razlagati tako, da vključuje pravico do zdravega okolja. Po drugi strani pa Listina kot instrument o ekonomskih in socialnih pravicah, čeprav eksplicitno ne vključuje pravice do zdravega okolja, to počne implicitno na podlagi člena 11 (3), ki države pogodbenice obvezuje, da sprejmejo ustrezne ukrepe za preprečitev, kolikor je mogoče, epidemičnih, endemičnih ter drugih bolezni in nesreč. Ta določba se zdi veliko bolj primerna od členov 2 in 8 Konvencije za razlago, da zagotavlja pravico do zdravega okolja. Skozi sistem poročanja je Evropski odbor za socialne pravice Listino že začel razlagati tako, da zagotavlja pravico do zdravega okolja. To se je pokazalo tudi v odločbah Odbora o kolektivnih pritožbah. Pravica do zdravega okolja je torej na podlagi razlage Odbora vsebovana v Listini. Ta članek torej trdi, da je pravica do zdravega okolja bolj zaščitena v Listini kot v konvenciji.

*Ključne besede:* pravica do zdravega okolja, člena 2 in 8 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, sodbe v zvezi s pravico do zdravega okolja, člen 11 Evropske socialne listine, odločbe in sklepi v zvezi s pravico do zdravega okolja

## 1. Introduction

The European Convention on Human Rights (the ECHR, the Convention) does not contain a guaranteed right to a healthy environment, nor does its counterpart in the area of economic and social rights, the European Social Charter (the ESC, the Charter). However, through the jurisprudence of the European Court of Human Rights (the ECtHR, the Court) and the decisions and reports of the European Committee on Social Rights (the Committee, the ESCR) many aspects of the right to a healthy environment are now very much included in the Council of Europe (the CoE) system for the protection of human rights. Some scholars consider the right to a healthy environment as a third-generation right.<sup>131</sup> Nevertheless, it is now implicitly included in the ESC (as will be discussed here) and explicitly in the Inter-American Protocol on Social, Economic and Cultural Rights (San Salvador Protocol, Article 11) as well as in the African Charter on Human and Peoples' Rights (the AfCHPR, Article 24). It is thus generally treated as a second-generation right. According to A. Boyle, environmental rights do not fit into any category of human rights and can be seen from at

---

<sup>131</sup> S. P Marks, 'Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980s?' (1980-1981) 33 Rutgers L. Rev. 435; JA Downs, 'Healthy and Ecologically Balanced Environment: An Argument for a Third Generation Right' (1992-1993) 3 Duke J. Comp. & Int'l L. 352; S. Atapattu, 'Right to a Healthy Life or the Right to Die Polluted: The Emergence of a Human Right to a Healthy Environment under International Law' (2002-2003) 16 Tul. Env'tl. L.J. 65.

least three different perspectives, straddling all of the various categories of human rights.<sup>132</sup> It is not my intention here to question whether the right to a healthy environment is a second or a third-generation right (or even a first-generation one). My intention is to look at the existing machineries for human rights protection within the Council of Europe and to propose a solution for the effective protection of the right to a healthy environment. What can be seen from the global and regional practice is that environmental rights are considered to be more appropriate for protection under economic and social instruments and are nowadays included in the mainstream of human rights.

Within the Convention system, alleged violations of the right to a healthy environment have been considered by the Court under Articles 2 and 8. Both Article 2 and Article 8 of the Convention consist of two paragraphs. In the first paragraph, the rights are expressed while, in the second paragraph, permissible interferences with those rights are elaborated. Article 8 obliges states to respect a wide range of personal interests. Generally, four main interests are protected: private life, family life, home and correspondence and all of those interests have an 'autonomous' meaning. In its application of Article 8, the Court has taken a flexible approach to the definition of the individual interests protected, with the result that the provision continues to broaden in scope. One of the interests pursued in this paper is the inclusion of the right to a healthy environment under Article 8. The cases where the Court has been willing to require the protection of persons from serious environmental pollution under the aegis of Article 8 will be examined. Further, when dangerous and hazardous activities have had detrimental effects on the health of the applicant or resulted in death, they have resulted in claims for a violation of Article 2 of the Convention. Those cases will also be elaborated upon.

After discussing the most relevant case-law regarding violations of Articles 8 and 2 due to environmental pollution, the current state of the execution of judgments concerning that case-law will be presented. What will be argued is that the execution of general measures required from states in environmental cases is a long and financially demanding process. My question here will be whether it is really necessary, or I might even say wise, to consider the issue of the right to a healthy environment under the Convention. With regard to that question, the discussion that ensued within the CoE in relation to making an Additional Protocol to the Convention on the Right to a Healthy Environment will be presented. This question was raised in 2003 and 2009 and on both occasions the opinion of the Committee on Legal Affairs and Human Rights (CLAHR) of the Parliamentary Assembly was that it did

---

<sup>132</sup> A. Boyle, 'Human Rights and the Environment: A Reassessment' (2007) XVIII Fordham Environmental Law Review 471, 471. On the right to the healthy environment and the Convention, also see OW Pedersen, 'The Ties that Bind: the Environment, the European Convention on Human Rights and the Rule of Law' (2010) 16(4) European Public Law 571; NA Morenham, 'The Right to Respect for a Private Life in the European Convention on Human Rights: a Re-examination' (2008) 1 E.H.R.L.R. 44; L. G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights: Collected Essays* (Martinus Nijhoff Publishers 2007) Chapter 10 'Environment Protection through the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights'; M. DeMerieux, 'Deriving Environmental Rights from the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms' (2001) 21(3) Oxford Journal of Legal Studies 521; *Manual on Human Rights and the Environment, Principles Emerging from the case-law of the European Convention on Human Rights* (CoE Publishing 2006); and D. Garcia San Jose, *Environmental Protection and the European Convention on Human Rights* (CoE Publishing 2005).

not believe that extending the Convention with the proposed additional protocol was the correct solution.

After presenting that discussion, I will look at the ESC system. In both the Collective Complaints and the Reporting systems, the ECSR has read a right to a healthy environment into the right to health in Article 11 of the Charter. The reason for doing so is to show that nowadays, considering all the problems the Convention system is facing (particularly the extensive caseload, the long time it takes to produce a judgment and even longer time it takes to enforce it), this is one issue that might be better dealt with through the ESC system of Collective Complaints and through the reporting system for those states that have not (yet) accepted the system of collective complaints. In my opinion, the right to a healthy environment is still too vague and has too many socio-economic elements to be guaranteed under the Convention, despite the non-absolute nature of Articles 2 and 8. Moreover, I see no reason why this right should not be secured through the ESC without in any way lessening its relevance.

## 2. The European Convention on Human Rights and the right to a healthy environment

### 2.1. Article 8 of the ECHR and the right to a healthy environment

#### **Article 8 states:**

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

In its application of Article 8, the Court has taken a flexible and evolutive approach to defining the individual interests protected, with the result that the provision continues to broaden in scope in line with social and technical developments. Issues falling within Article 8 now even include search and seizure, secret surveillance, immigration law, paternity and identity rights, child and family law, assisted reproduction, suicide, prisoners' rights, inheritance, tenants' rights, and environmental protection.<sup>133</sup> What is of interest in this paper is environmental protection. The Court has made it clear that there are positive obligations inherent in Article 8(1), including both those requiring states to take steps to provide rights or privileges for individuals and those which require states to protect persons against the

---

<sup>133</sup> D. Harris, M. O'Boyle and C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (2nd ed OUP 2009) 361.

activities of other private individuals which prevent the effective enjoyment of their rights.<sup>134</sup> In most cases regarding Article 8, its application requires a two-stage test. The question of whether the complaint falls within the scope of Article 8(1) comes in the first stage. If it does, the second stage entails an examination of whether the state's interference is consistent with the requirements of Article 8(2).

The determination of whether a positive obligation exists under Article 8 cannot be precisely defined. The Court has stated: "In determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which balance is inherent in the whole of the Convention".<sup>135</sup> In *Johnston and Others v Ireland*, it concluded: "... Especially as far as those positive obligations are concerned, the notion of 'respect' is not clear-cut: having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the contracting states, the notion's requirement will vary considerably from case to case. Accordingly, this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention with due regard to the needs and resources of the community and of the individuals".<sup>136</sup>

The court has held that a state's positive obligations include an obligation to take action to deal with serious environmental pollution affecting an applicant's home. Environmental degradation does not necessarily involve a violation of Article 8, but will do if the adverse effects reach a certain minimum level. The assessment of that minimum will depend on all the circumstances of the case, such as the intensity and duration of the nuisance and its physical and mental effects, as well as on the general environmental context.<sup>137</sup> The Court has even found a state in breach for its failure to notify affected residents of the risks associated with the operation of a fertiliser plant emitting toxic substances and inflammable gases.<sup>138</sup>

The *Guerra* judgment indicated that states may be found in breach of their positive obligations under Article 8 if they fail to provide crucial safety and environmental information to local residents facing serious risks of severe pollution. Later, in *McGinley and Egan v United Kingdom* the Court held that: "... (w)here a Government engages in hazardous activities, such as those in issue in the present case, which might have hidden adverse consequences on the health of those involved in such activities, respect for private and family life under Article 8 requires that an effective and accessible procedure be established which enables such persons to seek all relevant and appropriate information".<sup>139</sup>

---

<sup>134</sup> Ibid. 362. *X and Y v Netherlands* (1986) 8 E.H.R.R. 235

<sup>135</sup> *Rees v United Kingdom* (1987) 9 E.H.R.R. 56

<sup>136</sup> *Johnston and Others v Ireland* (1987) 9 E.H.R.R. 203 [55]

<sup>137</sup> *Manual on Human Rights and the Environment* (n 2) 14

<sup>138</sup> *Guerra and Others v Italy* (1998) 26 E.H.R.R. 357

<sup>139</sup> *McGinley and Egan v United Kingdom* (1999) 27 E.H.R.R. 1 [101]

These cases consider the issue of providing information on dangerous activities to the people that may be affected. What will be looked at now are cases where the Court examined the issue of protecting persons from serious environmental pollution under the aegis of Article 8. As stated by one of the most eminent experts in the area of the European system for human rights protection: “That type of protection can involve considerable public expenditure and may be characterised as a newer generation right than the civil and political rights underpinning most of the Convention’s substantive guarantees”.<sup>140</sup>

One of the first environmental cases, *Powell and Rayner v United Kingdom*,<sup>141</sup> involved pollution, whereby the applicants claimed that noise from Heathrow Airport gave rise to a violation of Article 8. The Court agreed with the applicants that the “scope for enjoying the amenities of his home have been adversely affected’ and that Article 8 is a ‘material provision’”.<sup>142</sup> It concluded, however, that in the light of the public need for the airport and the efforts that had been made to limit the noise, no violation of Article 8 had been made out. The first applicant lived under a flight departure route several miles from Heathrow Airport, whilst the second applicant lived directly under flight paths just over one mile from the airport’s northern runway. The Court held that Article 8 applied to both applicants as the quality of their private lives and their ability to enjoy the amenities of their homes had been adversely affected, to different degrees, by noise from aircraft using Heathrow. This airport had been privatised in 1986; therefore the government submitted that its only obligations under Article 8 with regard to the applicants’ homes were positive ones. In the Court’s opinion:

“Whether the present case be analysed in terms of a positive duty on the State to take reasonable and appropriate measures to secure the applicants’ rights under paragraph 1 of Article 8 or in terms of an ‘interference by a public authority’ to be justified in accordance with paragraph 2, the applicable principles are broadly similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention. Furthermore, even in relation to the positive obligations flowing from the first paragraph of Article 8, ‘in striking [the required] balance the aims mentioned in the second paragraph may be of certain relevance.’”<sup>143</sup>

The Court noted the uncontested data produced by the government demonstrating the economic importance of Heathrow and that many measures, including restrictions on night flights, aircraft noise monitoring, a £19 million scheme for the sound insulation of 16,000 homes and the purchase of homes very close to the runways, had been undertaken to reduce the noise pollution from Heathrow. Consequently, the Court determined that “there is no

---

<sup>140</sup> A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Hart Publishing 2004) 149-150

<sup>141</sup> *Powell and Rayner v United Kingdom* (1990) 12 E.H.R.R. 355

<sup>142</sup> *Ibid.* [40]

<sup>143</sup> *Ibid.* [41]

serious ground for maintaining that either the policy approach to the problem or the content of the particular regulatory measures adopted by the United Kingdom authorities gives rise to violation of Article 8, whether under its positive or negative head".<sup>144</sup> Strictly speaking, this case was not decided under Article 8, but under Article 13, which involved the Court having to determine whether the applicants had an arguable case under Article 8. However, it is important to consider it in the context of including the right to a healthy environment under the aegis of Article 8.

Another significant environmental case concerning Heathrow Airport is *Hatton and Others v United Kingdom*.<sup>145</sup> Here, unlike in *Powell and Rayner* the Chamber majority found the regime governing night flights from Heathrow to be in breach of Article 8. The applicants complained that the government's policy on night flights at Heathrow Airport in London violated their rights under Article 8. The Chamber, by five votes to two, distinguished the current case from the earlier Heathrow case by reference to the different factual circumstances since the present action was concerned with night flights under the post-1993 regime. The majority held that mere reference to the economic well-being of the country is not sufficient to outweigh the rights of others. It considered that states are required to minimise, as far as possible, the interference with these rights by trying to find alternative solutions and by, generally seeking, achieving their aims in the least onerous way as regards human rights. In order to do that, a proper and complete investigation and study with the aim of finding the best possible solution which will, in reality, strike the right balance should precede the relevant project.<sup>146</sup>

In her partly dissenting opinion, Judge Greve stated that she did not believe there had been a breach of Article 8. She believed that the majority had impermissibly narrowed the margin of appreciation accorded to states in environmental matters by the established case-law and made the following interesting statement:

"In modern society, environmental problems are not discreet and only of concern to those who may invoke Article 8, given their proximity to the source of the given problem. One of the functions of planning is, to the extent possible, to protect people against the negative impact on the environment of, for instance, and as *in casu*, the transport infrastructure; another function is to ensure that no group of people is disproportionately affected by what is considered necessary to meet the needs of modern urban society. The amount and complexity of the factual information needed to strike a fair balance in these respects is more often than not of such a nature that the European Court will be at a marked disadvantage compared to the national authorities in terms of acquiring the necessary level of understanding for appropriate decision-making. Moreover, environmental rights represent a new generation of human rights. How the balance is to be struck will therefore affect the rights not only of those close enough to the source of the environmental problem to invoke Article 8, but also the rights of those members of the wider public affected by the problem

---

<sup>144</sup> Ibid. [42]

<sup>145</sup> *Hatton and Others v United Kingdom* (2002) 34 E.H.R.R. 1

<sup>146</sup> Ibid. [97]

and who must be considered to have a stake in the balancing exercise. Furthermore, the general principle concerning the assessment of facts argues in favour of a wide margin of appreciation in these cases.<sup>147</sup>

This case was later referred to the Grand Chamber which found no violation of the same article. It explained that in cases involving state decisions affecting environmental issues there are two aspects to the Court's inquiry: the first is to assess the substantive merits of the government's decision to ensure that it is compatible with Article 8 and the second is to scrutinise the decision-making process to ensure that due weight has been accorded to the interest of the individual.<sup>148</sup> Significantly, with respect to the former, the Grand Chamber avoided identifying which approach to the application of Article 8 was applicable in this case, viewing the central issue as simply whether a fair balance has been struck between the relevant interests. It remarked that economic interests were specifically enumerated as a legitimate aim under Article 8(2) and that, accordingly, it was appropriate for the state to take them into account in policy-making.<sup>149</sup> It suggested that the essential question is the breadth of the state's margin of appreciation.<sup>150</sup> The Grand Chamber did not find that the authorities had overstepped their margin of appreciation by failing to strike a fair balance between the right of the individuals affected by those regulations to respect for their private life and home and the conflicting interests of others and of the community as a whole, nor did it find that there had been fundamental procedural flaws in the preparation of the 1993 regulations on limitations for night flights. Therefore, it found no violation of Article 8.

However, five judges issued a joint dissenting opinion which advocated a stronger role for the Court in responding to complaints concerning environmental pollution.<sup>151</sup> They stated that, while it is true that the original text of the Convention does not disclose an awareness of the need to protect environmental human rights, in the 1950s the universal need for environmental protection was not yet apparent.<sup>152</sup> They also emphasised that the Grand Chamber's judgment in the present case, in so far as it concludes, contrary to the Chamber's judgment of 2 October 2001, that there was no violation of Article 8, seems to deviate from the developments in the case-law and even takes a step backwards. According to them, it gives precedence to economic considerations over basic health conditions in qualifying the applicants' sensitivity to noise as that of a small minority of people.<sup>153</sup> The dissenters considered that in the context of constant disturbance to persons' sleep at night by aircraft noise there was a positive obligation upon States to ensure as far as possible that ordinary

---

<sup>147</sup> *Ibid.*, partly dissenting opinion of Judge Greve

<sup>148</sup> *Hatton and Others v United Kingdom* (GC judgment) (2003) 37 E.H.R.R. 28 [128]

<sup>149</sup> *Ibid.* [121]

<sup>150</sup> *Ibid.* [100]-[103] and [122]

<sup>151</sup> *Ibid.*, joint dissenting opinions of Judges Costa, Ress, Turmen, Zupancic and Steiner

<sup>152</sup> *Ibid.* [1]

<sup>153</sup> *Ibid.* [5]



people enjoy normal sleeping conditions.<sup>154</sup> Consequently, the margin of appreciation of the state is narrowed because of the fundamental nature of the right to sleep, which may be outweighed only by the real, pressing (if not urgent) needs of the state.<sup>155</sup>

In *Hatton*, the judges were not unanimous in their approach regarding the protection of the right to a healthy environment under Article 8 of the Convention. The Chamber found there had been a violation, thereby narrowing the state's margin of appreciation, whereas the Grand Chamber found that economic interests prevailed over the applicant's right not to be subjected to noise from the airport. I would mostly agree with Judge Greve and her dissenting opinion on the Chamber judgment since the right to a healthy environment is not a right that is appropriate for protection under the convention because environmental problems are not discreet and only of concern to those who may invoke Article 8, given their proximity to the source of the given problem.<sup>156</sup> This line of thinking will be elaborated on further in the paper.

The first case where an environmental complaint was upheld came in 1994 in *Lopez Ostra v Spain*.<sup>157</sup> The applicant complained that the fumes and noise from a waste treatment plant situated near her home made her family's living conditions unbearable. After having had to bear the nuisance caused by the plant for more than three years, the family moved when it became clear that the nuisance could go on indefinitely and when the applicant's daughter's paediatrician recommended that they do so. While recognising that the noise and smells had a negative effect on the applicant's quality of life, the national authorities argued that they did not constitute a grave health risk and that they did not reach a level of severity whereby the applicant's fundamental rights were breached. The Court balanced the 'town's economic well-being' against the applicant's interest in home and private and family life when deciding whether there had been a breach of Article 8. Whilst the plant was necessary for the economic well-being of the town and its leather industry, the judges were united in concluding that a fair balance had not been struck by the authorities in seeking to protect the applicant from the effects of severe pollution. The Court found that severe environmental pollution may affect individuals' well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to adversely affect their private and family life, even though it does not seriously endanger their health. In this case, the Court found a violation of Article 8. This decision gave an indication that it will not be sufficient for states to simply create pollution control regimes; instead, they must also take adequate steps to enforce those rules.

Are we talking here of a negative or positive obligation on the part of the state? Again, the Court has not made this clear but it stated that in both contexts regard must be had to the fair

---

<sup>154</sup> Ibid. [12]

<sup>155</sup> Ibid. [17]

<sup>156</sup> *Hatton and Others v United Kingdom* (n 15), partly dissenting opinion of Judge Greve

<sup>157</sup> *Lopez Ostra v Spain* (1995) 20 E.H.R.R. 513

balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, and in any case the state enjoys a certain margin of appreciation.<sup>158</sup>

Another relevant case regarding a healthy environment in the context of industrial pollution is *Fadeyeva v Russia*.<sup>159</sup> Here, the applicant lived in the vicinity of a steel plant, an important steelproducing centre in the respondent state. From 1982 on, the applicant and her family were living less than 500 metres from the large steel plant. In order to limit the impact of pollution from the plant, a 5,000 metre wide ‘sanitary security zone’ existed. The zone was supposed to separate the plant from residential areas although, in practice, several thousand people, including the applicant and her family, lived in the zone. In 1996, the government noted that the plant was responsible for 96 per cent of all emissions in the area and that the overlap between industrial and residential areas was plainly harmful to health. The pollution was found to be responsible for the huge increase in the number of children with respiratory and skin diseases and the higher number of adult cancer deaths. The Court observed that, in order to fall under Article 8, complaints relating to environmental nuisances have to show that there has been actual interference with an individual’s “private sphere” and that these nuisances have reached a certain level of severity. In the case in question, the Court found that over a significant period of time the concentration of various toxic elements in the air near the applicant’s house had seriously exceeded safe levels and that the applicant’s health had deteriorated as a result of the prolonged exposure to the industrial emissions from the steel plant. Therefore, the Court accepted that the actual detriment to the applicant’s health and well-being had reached a level sufficient to bring it within the scope of Article 8. Finally, it concluded that there had been a violation of Article 8.

Further, in *Giacomelli v Italy*<sup>160</sup> the applicant had lived since 1950 in a house on the outskirts of Brescia, 30 metres away from a plant for the storage and treatment of ‘special waste’. An operating licence for the plant had been granted for the storage and treatment of hazardous and non-hazardous waste. The regional council subsequently authorised the treatment of harmful and toxic industrial waste by a detoxification process involving significant risks to the environment and human health. The applicant brought judicial review proceedings, and the national court held that the renewal of the operating licence had been unlawful and ordered the suspension of operations pending an environmental impact assessment which the regional council had previously ordered. The assessment was carried out and revealed that the plant’s operation was incompatible with environmental regulations, but would be allowed to continue provided that it complied with requirements laid down by the regional council. The respondent government submitted that the interference with the applicant’s right to respect for her home was justified as being in accordance with the law and in pursuit of the legitimate aims of protecting the public health and preserving the region’s economic well-being. The Court upheld the applicant’s complaint and found a

---

<sup>158</sup> *Ibid.* [51]

<sup>159</sup> *Fadeyeva v Russia* (2007) 45 E.H.R.R. 10

<sup>160</sup> *Giacomelli v Italy* (2007) 45 E.H.R.R. 38

violation of Article 8 of the Convention. It stated that the respondent government had not succeeded in striking a fair balance between the interest of the community in having a plant for the treatment of toxic industrial waste and the applicant's effective enjoyment of her right to respect for her home and her private and family life.

One of the most recent cases concerning hazardous industrial processes and their impact on the local population is *Tatar v Romania*.<sup>161</sup> In this case, the applicants lived in Baia Mare. In 1998, the company S.c. Aurul S.A., obtained a licence to exploit the Baia Mare gold mine. The company's extraction process involved the use of sodium cyanide and part of its activity was located in the vicinity of the applicants' home. On 30 January 2000, an environmental accident occurred at the site. A UN study reported that a dam had breached, releasing about 100,000 m<sup>3</sup> of cyanide-contaminated tailings water into the environment. The report stated that S.C. Aurul S.A. had not halted its operations. The applicants complained under Article 2 that the activities carried out by the company were putting their lives in danger, and that the authorities had failed to take any action. In its admissibility decision of July 2007, the Court ruled that the applicants' complaints should be examined under Article 8. When it comes to the medical condition of the first applicant, the Court noted that the applicant had failed to prove the existence of a causal link between exposure to sodium cyanide and asthma. Nevertheless, despite the lack of such a link, the existence of a serious and material risk for the applicants' health and well-being entailed a duty on the part of the state, under Article 8, to assess the risks both at the time it granted the operating permit as well as subsequent to the accident, and to take appropriate measures. The Court noted that, even after the accident, from January 2000 the company was allowed to continue its industrial operations, in breach of the precautionary principle according to which the absence of certainty with regard to current scientific and technical knowledge could not justify any delay on the part of the state in adopting effective and proportionate measures. The Court also stressed the authorities' duty to inform the public and guarantee the right of its members to participate in the decision making process concerning environmental issues.<sup>162</sup> Finally, the Court concluded that the Romanian authorities had failed in their duty to assess the risks entailed by the activity, and had failed to take suitable measures to protect the applicants' rights under Article 8 and more generally their right to a healthy environment.<sup>163</sup>

All of these judgments demonstrate the Court's willingness to accept that complaints concerning environmental pollution can be made within the ambit of Article 8. Further, states may be liable if they fail to take adequate measures, such as through enacting and enforcing appropriate regulatory regimes or ameliorating the effects of significant forms of pollution caused by private sector business that affect persons' enjoyment of their homes. Acknowledging the need for many possible sources of pollution in modern developed societies, the Court has also accorded states a margin of appreciation in their task of

---

<sup>161</sup> *Tatar v Romania* App no 67021/01 (ECtHR, 27 January 2009)

<sup>162</sup> *Ibid.* [115]-[118]

<sup>163</sup> *Ibid.* [122]-[125]

balancing the conflicting interests of society as a whole and the needs of residents near unavoidable sources of pollution.<sup>164</sup> Where decisions of public authorities affect the environment to the extent that there is an interference with the right to respect for private and family life or the home, they must accord with the conditions set out in Article 8(2),<sup>165</sup> meaning that such decisions must be provided for by law, follow a legitimate aim and must be proportionate to the legitimate aim pursued. As mentioned, this basically means that a fair balance must be struck between the individual and the interests of a community as a whole. Therefore, in certain situations, interference by public authorities may be acceptable under the Convention, but it has to be justified. These cases also show that on certain occasions protecting civil rights, such as the right to private and family life, and to respect for the home, enters the sphere of socio-economic protection, such as protection of the right to a healthy environment. The socio-economic elements of the rights to a healthy environment are particularly visible when it comes to the execution of judgments concerning this right.

## 2.2. The execution of article 8 ‘environmental judgments’

As with all the Court’s judgments, the committee of Ministers (the CoM) is the body responsible for monitoring the execution of judgments.<sup>166</sup> The first case to consider is the execution in *Lopez Ostra v Spain* where the CoM adopted a Resolution a year after the Court had delivered a judgment<sup>167</sup> stating that the Government of Spain had paid the applicant the sum provided for in the judgment and had therefore exercised its functions under Article 54 of the Convention in this case. Therefore, in this case only individual measures were necessary.

Now, the latest CoM report on the execution of judgments of the last three cases described above, the most recent ones, viewed in July 2012 will be presented. In *Tatar v Romania*, the authorities provided information on the execution of this judgment on 5 March 2010.

---

<sup>164</sup> Mowbray (n 10) 182-183

<sup>165</sup> *Manual on Human Rights and the Environment* (n 2) 14

<sup>166</sup> The CoM is the CoE’s decision-making body which comprises of the Foreign Affairs Ministers of all the Member States, or their permanent diplomatic representatives in Strasbourg. Under Article 14 of the Statute of the Council of Europe each Member State shall be entitled to one representative on the CoM, and each representative shall be entitled to one vote. The work and activities of the CoM include political dialogue, interacting with the Parliamentary Assembly, interacting with the Congress of Local and Regional Authorities of the CoE, admitting new Member States, monitoring respect of commitments by Member States, concluding conventions and agreements, adopting recommendations to Member States, adopting the budget, adopting and monitoring the Programme of Activities, implementing cooperation and assistance programmes and supervising the execution of judgments of the Court. Currently the main tasks of the CoM relating to the Court are the supervision of the execution of judgments of the Court, receiving and forwarding the lists of candidates for the election of judges to the Parliamentary Assembly, requesting advisory opinions of the Court and setting the court’s annual budget. The CoM, when supervising the execution of judgments, operates under Rules of Procedure adopted in May 2006 (rules of the CoM for the supervision of the execution of judgments and the terms of friendly settlement, adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at the 964th meeting of the Ministers’ Deputies).

<sup>167</sup> Resolution DH(95)252 adopted by the Committee of Ministers on 20 November 1995 at the 549th meeting of the Ministers’ Deputies.

Bilateral contracts are underway to secure the additional information necessary to present an action plan/action report to the CoM.<sup>168</sup>

In *Giacomelli v Italy*, in relation to the individual measures, information is awaited on implementation of the environmental requirements of the Decree of the Ministry of the Environment of 2004, which were issued five years after the judgment. As to the general measures, the CoM is awaiting for confirmation of dissemination of the judgment to the Ministry of the Environment authorities so that they may take the Court's findings into account and be aware of their obligations under the Convention.<sup>169</sup>

When it comes to the *Fadeyeva* case, the CoM report points out that all information provided by authorities so far regarding the execution of the judgment as well as the outstanding issues are summarised in Memorandum CM/Inf/DH(2007)7.<sup>170</sup> The CoM report on the execution of judgments concerns not only the *Fadeyeva* case but also the *Ledyayeva*, *Dobrokhotova*, *Zolotareva* and *Romashina* cases.<sup>171</sup> The Memorandum has been prepared to assist the CoM in its supervision of the judgment in the *Fadeyeva* case and is being updated on the basis of information provided by the applicants.<sup>172</sup>

“The memorandum sums up the information provided by the Russian authorities to the Committee of Ministers and notes the positive environmental dynamic around Severstal plant since the facts at issue in the judgment. It further points out a number of outstanding issues arising in the light of the Court's findings. These issues concern in particular:

- the general legislative and regulatory framework governing the decision-making process leading to the setting up of sanitary zones around polluting enterprises;
- the public scrutiny of this decision-making process and domestic remedies available to the population;
- close supervision of polluting enterprises' compliance with the domestic environmental rules and the action to be taken to ensure compliance.”<sup>173</sup>

The information is provided by the authorities regarding the measures they are taking to improve the situation. However, regarding all the information provided by the Russian authorities, the CoM Secretariat wrote in its assessment: “The statistics provided by the Russian authorities are encouraging as they show a positive general dynamic as regards the decrease of the level of air pollution in the region. However, it remains to be demonstrated whether the level of air pollution all along the new border of the sanitary zone is below the

---

<sup>168</sup> Current state of execution, *Tatar v Romania* <[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/reports/pendingcases\\_en.asp?CaseTitleOrNumber=Tatar&StateCode=ROM&SectionCode](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/reports/pendingcases_en.asp?CaseTitleOrNumber=Tatar&StateCode=ROM&SectionCode)> accessed 10 September 2013

<sup>169</sup> Current state of execution, *Giacomelli v Italy* <[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/%20Reports/pendingCases\\_en.asp?CaseTitleOrNumber-Giacomelli&StateCode-ITA&SectionCode](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/%20Reports/pendingCases_en.asp?CaseTitleOrNumber-Giacomelli&StateCode-ITA&SectionCode)> accessed 10 September 2013

<sup>170</sup> Ministers' Deputies Information documents CM/Inf/DH(2007)7 13 February 2007, Industrial pollution in breach of the European convention: Measures required by a European Court judgment

<sup>171</sup> App nos. 53157/99; 53247/99, 56850/00 and 53695/00 (ECtHR, 16 October 2006)

<sup>172</sup> Ibid.

<sup>173</sup> Memorandum CM/Inf/DH(2007)7 (n 40)

MPLs provided for by Russian legislation”.<sup>174</sup> As to the long-term programmes to improve the situation, the Secretariat pointed out that the authorities indicated in the framework of the proceedings before the Court that the new deadline for bringing the plant’s emissions below the dangerous level is now 2015. The Court considered that the overall improvement of the environmental situation appeared to be very slow and that the authorities had failed to clearly show what their policy was in order to accelerate the plant’s compliance with the standards. The authorities mention in their action plan that certain environmental programmes are under way without specifying what kind of measures have been taken by the local authorities or by the plant itself. Therefore, the CoM requested more details about these programmes.<sup>175</sup>

Most cases pertaining to violations of the right to a healthy environment concern not only the applicants, but also a population that might be (or is) affected. In addition, judgments concerning the right to a healthy environment cannot be executed immediately but require an action plan from the states and, furthermore, the enforcement of that action plan. This is chiefly visible in the *Fadeyeva* case where the CoM prepared a Memorandum consisting of the required measures. The Russian authorities have shown that they have taken certain measures to improve the situation regarding the industrial pollution together with the resettlement of the applicants in an ecologically safe area. However, despite the applicants’ resettlement and the measures taken, the situation is still not satisfactory. It will take years for the situation in the area to conform with the healthy environment requirements, which is in connection with the great financial expenditure needed by the Russian government. This all shows the significant socio-economic elements inherent in the execution of healthy environment judgments and the challenges for both the CoM when supervising the execution of judgments, and for states when trying to bring the situation in conformity with the healthy environment requirements.

In the following section, environmental cases decided under the aegis of Article 2 of the convention will be discussed.

### **2.3. ‘Environmental cases’ decided under article 2 of the convention**

When it comes to Article 2 and environmental issues, the court has not considered them in as many cases as it has under Article 8. Further, Article 2 is likely to only be applicable in the case of environmental disasters where there is a loss of life, whereas more routine instances of violations of a claimed right to a healthy environment will fall under Article 8. However, judgments decided under Article 2 are also worth mentioning and analysing here since, once again, the execution of these judgments requires numerous general measures. Although Article 2 is primarily negative in character since its purpose is to prevent the state from deliberately taking life, as with all the other Convention articles, it was impossible to keep this right absolutely negative in its nature because the living instrument and the

---

<sup>174</sup> Ibid. [53]

<sup>175</sup> Ibid. [55] and [56]

dynamic and evolutive interpretation doctrines have stimulated the development of positive obligations for the state.

It was the *L.C.B. case*<sup>176</sup> where the Court recognised for the first time that obligations from Article 2 require the State to not only refrain from the intentional or unlawful taking of life, but to also take all appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction.<sup>177</sup> Here, the applicant's father had been exposed to radiation whilst serving in the armed forces on Christmas Island in 1957 and 1958 when a number of nuclear tests were carried out by the UK. The applicant was born in 1966 and in 1970 she was diagnosed as having leukaemia which she attributed to her father's exposure to radiation. In 1993 she applied to the Commission, which referred her case to the Court. She contended that the UK's failure to warn her father of the possible risks to health and its failure to monitor the dose of radiation which he received amounted to breaches of the convention's Articles 2 and 3. The Court considered that the UK would only have been required to act on its own motion to advise her parents and monitor her health if it had appeared likely that the father's exposure to radiation might have caused a real risk to her health. In the instant case, the court considered that the applicant had not established a causal link between her father's exposure to radiation and her leukaemia. Therefore, the UK's failure to take any measures regarding the risk to L.C.B.'s health between 1966 and the date of the diagnosis in 1970 did not constitute a breach of Articles 2 or 3. Nevertheless, it was the first case where environmental hazards and issues were raised before the Court.

The next significant and much more complex case concerning environmental issues was *Oneryildiz v Turkey*.<sup>178</sup> This case was considered before the Chamber and before the Grand Chamber and here only the Grand Chamber's decision will be presented. The applicant complained that the failure of the Turkish authorities to take appropriate steps to prevent the accidental death of nine of his relatives and the destruction of his property breached Articles 2 and 13 of the Convention and Article 1 of Protocol 1. The applicant had lived with his family in a slum bordering on a municipal refuse tip. A methane explosion at the tip caused a landslide which engulfed his house, killing 39 people, of whom nine were his relatives. Responsibility was attributed to a number of public authorities. The applicant commenced administrative proceedings against the authorities responsible for the tip and claimed compensation for the loss of his relatives and destruction of his possessions. In its assessment of the case, the Court found a direct causal link between the accident and the contributory negligence of the authorities. As to a possible violation of Article 2, the applicant argued that the death of his relatives and the flaws in the ensuing proceedings violated the Article 2 right to life. The Grand Chamber found a violation of the substantive aspect of Article 2. In its assessment of the general principles applicable in this case, the judges stated that the positive obligation to take all appropriate steps to safeguard life for the purposes of Article 2 above all entails a primary duty on the state to put in place a legislative

---

<sup>176</sup> *L.C.B. v United Kingdom* (1999) 27 E.H.R.R. 212

<sup>177</sup> Robin C.A. White and Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights* (5th ed OUP 2010) 152

<sup>178</sup> *Oneryildiz v Turkey* (2005) 41 E.H.R.R. 20

and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life.<sup>179</sup> Although this had previously been applied in the context of law enforcement, the significance of the *Öneriyıldız* judgment is that the judges stated that this also applies in the context of dangerous activities. The judges said that the regulation of such activities should make it compulsory for all those concerned to take practical measures to protect people whose lives might be endangered by the inherent risks. That obligation had to be construed as applying in the context of any activity, whether public or not, where the right to life might be at stake, and *a fortiori* in the case of industrial activities which by their very nature are dangerous.<sup>180</sup> Information had been available to the authorities to the effect that inhabitants of the slum were in danger on account of the shortcomings of the tip. However, the authorities had failed to take the necessary measures to protect those inhabitants.

Further, where lives have been lost in circumstances potentially engaging the responsibility of the state, that provision entails a duty on the state to ensure, by all available means, an adequate response, judicial or otherwise. This response by the state includes the duty to promptly initiate an investigation. In *Öneriyıldız v Turkey*, where lives had been lost, the Grand Chamber held that the authorities should on their own initiative have launched investigations into the accident which led to these deaths. Therefore, the Grand Chamber found violations of both substantive and procedural aspects of Article 2 showing that a state can and will be responsible for the loss of lives caused by dangerous industrial activities.

The next relevant case in terms of the right to a healthy and safe environment that was examined under Article 2 is *Budayeva and Others v Russia*<sup>181</sup> where the Court extended the state's positive obligation even to situations involving natural disasters. Here the Court directly addressed questions concerning recourse to the Convention in circumstances of an allegedly ineffective regulatory performance on the part of the state. The applicants lived in an area which over several decades had suffered from regular, annual mudslides, and these culminated (in 2000) in a week-long series of mudslide events. Consequences included eight deaths, numerous serious injuries and other health effects, together with the destruction of homes and other property. Although the authorities had responded by providing replacement housing and lumpsum emergency allowances, the disaster appeared to be officially regarded as accidental, and no public investigation, criminal or otherwise, had been launched thereafter. Meanwhile, civil proceedings taken out against the authorities had been dismissed on the basis that local residents had been informed of the risk, and that all reasonable mitigating measures had been taken by the authorities. The applicants alleged violations of Articles 2, 8 and 13 of the convention and of Article 1 of Protocol No. 1.

As to the alleged violation of Article 2, the applicants complained that the authorities had failed to comply with their positive obligations to take appropriate measures to mitigate the risks to their lives against the natural hazards. The first applicant complained that the local

---

<sup>179</sup> Ibid. [89]

<sup>180</sup> Ibid. [70]

<sup>181</sup> *Budayeva and Others v Russia*, App nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECtHR, 20 March 2008)



authorities were responsible for the death of her husband in the mudslide of July 2000. She and the other applicants also complained that the local authorities were responsible for putting their lives at risk as they had failed to discharge the state's positive obligations and had been negligent in maintenance of the dam, in monitoring the hazardous area and in providing an emergency warning or taking other reasonable measures to mitigate the risk and the effects of the natural disaster. In its assessment, the Court reiterated that Article 2 lays down a positive obligation on states to take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction.<sup>182</sup> The Court applied the general principles mentioned in the *L.C.B. and Onedryildiz* cases to the alleged failure to maintain defence and warning infrastructures (a substantive aspect of Article 2) and to the judicial response required in the event of alleged infringements of the right to life (a procedural aspect of Article 2). As to the substantive aspect, the Court concluded that there was no justification for the authorities' omissions in implementing the land-planning and emergency relief policies in the hazardous area given the foreseeable exposure of residents, including all applicants, to mortal risk. It found that there was a causal link between the serious administrative flaws that impeded their implementation and the death of Mr Budayev and the injuries sustained by the first and second applicants and members of their family. The authorities had thus failed to discharge the positive obligation to establish a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life as required by Article 2. Accordingly, the Court found a violation of Article 2 in its substantive aspect.<sup>183</sup> In relation to the procedural aspect, having found that the question of state responsibility for the accident in Tynauz had never as such been investigated or examined by any judicial or administrative authority, the Court concluded that there had also been a violation of Article 2 in its procedural aspect.<sup>184</sup>

It is clear from *Budayeva* that factors crucial to determining whether interference with Convention rights is justified will encompass circumstances such as anticipated levels of risk, past events, and the imminence and seriousness of future threats.

## 2.5. Execution of article 2 'environmental judgments'

Let us now take a look at the execution of the *Onedryildiz* and *Budayeva* cases where the Court found a violation of Article 2 caused by the environment-related hazards and accidents.

In the *Onedryildiz* case, the damage caused by the violations including the unpaid sums awarded by domestic courts has been covered by the just satisfaction awarded by the Court. However, what are again of interest here are the general measures. The CoM noted that the Turkish authorities had submitted numerous pieces of information regarding a plan of action for executing this judgment. The Ümraniye tip had been covered with earth following a

---

<sup>182</sup> Ibid. [128]

<sup>183</sup> Ibid. [158]-[160]

<sup>184</sup> Ibid. [165]

decision of the local council which also installed air ducts on it. Further, a rehabilitation project had been put into force by the Istanbul Metropolitan Municipality, which planted trees in the area of the former site of the tip and had a sports ground laid down. The new Criminal Code had been brought into force and a strategic plan for solid waste management in Istanbul, guided by the environmental regulations of the European Union, had been prepared and put into practice. However, despite all these measures, the judgment has still not been fully executed and the information from the Turkish authorities has still to be provided.<sup>185</sup>

In *Budayeva v Russia*, regarding individual measures only just satisfaction for the non-pecuniary damage had to be paid. However, concerning the general measures, the CoM reported:

*“Information provided by the Russian authorities (1059th meeting, June 2009): On 6/01/2006 the government of the Russian Federation adopted a Federal Programme aimed at lowering the risks and reducing the consequences of emergencies of natural and industrial origins covering the period until the end of 2010. To implement it, a regional programme for the Republic of Kabardino-Balkariya (RKB), was adopted by the Parliament of the RKB. The regional programme focuses not least on setting up an adequate legislative and administrative framework, improving monitoring and forecasting systems and developing the warning infrastructure.*

*• This information is being assessed.”<sup>186</sup>*

The CoM decided to resume consideration of this item in the light of the information to be provided on general measures.

What can be concluded is that the *Onedryildiz and Budayeva* cases are particularly important for establishing the principle of positive obligations under Article 2 of the Convention and the protection of life, although from the perspective of protecting the right to a healthy environment their contribution is not so significant. Further, the governments are not keen on executing these judgments speedily and, as we will see, they are reporting on the same issues to the ECSR through the Reporting and the Collective Complaints procedures. Therefore, it does not seem that these judgments will have any significance in terms of protecting the right to a healthy environment as such.

## **2.6. Conclusion on environmental cases decided under the ECHR**

We can draw certain conclusions from all these cases that concern Article 8 and Article 2 violations regarding environmental issues. First of all, “states have a positive duty to take appropriate measures to prevent industrial pollution or other forms of environmental nuisance from seriously interfering with health or the enjoyment of private life or

---

<sup>185</sup> Current state of execution, *Onedryildiz v Turkey* <[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases\\_en.asp?CaseTitleOrNumber=48939%2F99&StateCode-TUR&SectionCode-](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases_en.asp?CaseTitleOrNumber=48939%2F99&StateCode-TUR&SectionCode-)> accessed 10 September 2013

<sup>186</sup> Current state of execution, *Budayeva and others v Russia* <[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases\\_en.asp?CaseTitleOrNumber=Budayeva&StateCode-RUS&SectionCode-](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases_en.asp?CaseTitleOrNumber=Budayeva&StateCode-RUS&SectionCode-)> accessed 10 September 2013

property”.<sup>187</sup> The extent of that duty will depend on the harmfulness of the activity and the foreseeability of the risk. Second, although the Court refers to the need to balance the rights of the individual with the needs of the community as a whole, in some cases a state’s failure to apply or enforce its own environmental laws has left no room for such a defence.<sup>188</sup> States cannot expect to persuade the Court that the needs of the community can best be met in such cases by not enforcing the law. Third, the beneficiaries of this duty to regulate and control sources of environmental harm are not the community at large, still less the environment per se, but only those individuals whose rights will be affected by any failure to act. The duty is not one of protecting the environment, but of protecting humans from significantly harmful environmental impacts.<sup>189</sup>

Regarding the third point mentioned, in *Kyrtatos v Greece*<sup>190</sup> the Court took an opportunity to clarify the scope of Article 8 with regard to environmental issues. It noted first:

“Severe environmental pollution may affect individuals’ wellbeing and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health. The crucial element in determining whether pollution has adversely affected one of the rights safeguarded by Art.8(1) is a harmful effect on a person’s private or family sphere, not simply the general deterioration of the environment. Neither Art.8 nor any of the Convention’s other Articles provide general protection of the environment.”<sup>191</sup>

And, second:

“Even if the environment has been severely damaged by urban development, the applicants have not shown that the alleged damage to the birds and other protected species living in the swamp directly affected their own rights under Art.8(1). It might have been otherwise if the environmental deterioration complained of had consisted in the destruction of a forest area in the vicinity of the applicants’ house, a situation which could have affected their own well-being more directly. As it is, however, the interference with the conditions of animal life in the swamp does not constitute an attack on the applicants’ private or family life.”<sup>192</sup>

In this case, the Court found no violation of Article 8 since the disturbances caused by urban development of the area had not reached a sufficient degree of seriousness to be taken into account for the purposes of Article 8.

Therefore, an application under the Convention can only be brought by direct victims of environmental hazards who can prove a causal link between their loss and the environmental

---

<sup>187</sup> Boyle (n 2) 488

<sup>188</sup> Ibid., 489

<sup>189</sup> Ibid.

<sup>190</sup> *Kyrtatos v Greece* (2005) 40 E.H.R.R. 16

<sup>191</sup> Ibid. [52]

<sup>192</sup> Ibid. [53]

disturbances. As we have seen, applicants are not always able to show there has been a causal link between their right to private life and an environmental hazard, and even more rarely with their right to life. What will also not be taken into account are potential violations of the Convention.<sup>193</sup> Finally, while cases are brought by individuals, in many of those cases hundreds or thousands of other people are affected by the same harmful activity. Therefore, even when the court delivers a judgment finding a violation such a judgment will have wide-ranging socio-economic elements since there will usually be numerous other people affected by the same environmental hazard and it will take years for the state to bring the situation into conformity with the healthy environment standards.

The individual cases concerning environmental issues do not have much impact on protection of the environment itself, nor is the Convention system suitable for those issues. These judgments, particularly those where a violation of Article 8 has been found, only bring uncertainty regarding states' obligations under the Convention and make the supervision of the execution extremely demanding and the point at which the judgment is actually enforced in its entirety uncertain.

The appearance of 'environmental cases' raised the idea of making an additional protocol to the Convention on the right to a healthy environment. The discussion on adopting an additional protocol to the Convention will now be analysed before turning to a healthy environment as protected under the ESC system. As will be seen, the ESC system, both the Reporting and the Collective Complaint systems, are much more suitable for cases involving environmental hazards since no victim is required, potential violations are taken into account and by its character it is more suitable for non-individual complaints.

### **3. Discussion on adopting an additional protocol to the European convention on the right to a healthy environment**

In response to new environmental cases that had appeared before the Court, in 2009 the Committee on the Environment, Agriculture and Local and regional Affairs of the CoE's Parliamentary Assembly recommended that the CoM draw up an additional protocol to the Convention, recognising the right to a healthy and viable environment.<sup>194</sup>

However, already in June 2003 the Parliamentary Assembly's CLAHR had rejected the idea of an additional protocol on the right to a healthy environment as being unjustifiable and potentially counterproductive.<sup>195</sup> The new recommendation from 2009 made by the

---

<sup>193</sup> *Tauira and Eighteen Others v France*, App no 28204/95 (EComHR Decision, 4 December 1995). Also see similar cases where the environmental claims were rejected due to the inability to satisfy the 'victim requirement': *Balmer-Schafroth v Switzerland* (1998) 25 E.H.R.R. 598; *Athanassoglou and Others v Switzerland* (2001) 31 E.H.R.R. 13.

<sup>194</sup> Parliamentary Assembly, 'Preparation on an additional protocol to The European Convention on Human Rights, on the right to a healthy environment', Opinion, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Doc. 12043, 29 September 2009

<sup>195</sup> Parliamentary Assembly, 'Preparation on an additional protocol to The European Convention on Human Rights, on the right to a healthy environment', Opinion, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Doc. 9833, 19 June 2003

Committee on the Environment, Agriculture and Local and Regional Affairs afforded the CLAHR the opportunity to re-examine its position, and the justifications and viability of such a Protocol.

On 29 December 2009, the CLAHR published its opinion on the “Preparation on an additional protocol to The European Convention on Human Rights, on the right to a healthy environment”. At the beginning of its opinion, the CLAHR stated that although it recognises the importance of a healthy, viable and decent environment, it did not believe that extending the Convention through the proposed additional protocol was the correct solution.<sup>196</sup>

In its explanatory memorandum, the CLAHR considered the background history and existing case-law. It stressed that the Court had already identified in its case-law issues related to the environment which could affect the right to life (Article 2), the right to respect for private and family life as well as the home (Article 8), the right to a fair trial and access to a court (Article 6), the right to receive and impart information and ideas (Article 10), the right to an effective remedy (Article 13) and the right to the peaceful enjoyment of one’s possessions (Article 1 of Protocol No. 1).<sup>197</sup> In answer to the question whether the environment is protected under the Convention, it is stated that “The Convention is not designed to provide a general protection of the environment as such and does not expressly guarantee a right to a sound, quiet and healthy environment. However, the Convention indirectly offers a certain degree of protection with regard to environmental matters as demonstrated by the evolving case law of the Court in this area”.<sup>198</sup>

In the 2009 Opinion, in his explanatory memorandum the CLAHR Rapporteur, Mr Choje, stated that the inclusion of a new protocol, which was so vague, would lead to uncertainty and be a recipe for a substantial increase in the Court’s case load. In 2003, Mr Erik Jurgens had expressed similar concerns, stating:

“It must be remembered that, despite its enormous success in advancing the protection of a particular range of human rights in Europe, the Convention is not an instrument that is appropriate for all forms of rights. The Convention was intended to protect a narrow range of rights and its mechanisms designed specifically with those rights in mind; it is not structured for, nor capable of, the protection of all rights addressed by international instruments. Its past achievements are not a guarantee of limitless resilience: indeed, this very success can generate risks to its future integrity and to the capacity of the Court to work effectively in enforcing its provisions. These risks include the temptation to extend its jurisdiction to other forms of rights of uncertain content, scope and application. The inclusion of such ‘untested rights’ – which to a large extent could require primary elaboration not on national political and legal levels but through the case law of a panEuropean judicial body – could not only undermine the standing of the Court but threaten it with an unmanageable burden of new applications (at a time when the level of

---

<sup>196</sup> Parliamentary Assembly, Doc. 12043 (n 64) [I]

<sup>197</sup> Ibid. [12]

<sup>198</sup> Ibid. [13]

applications is already a serious problem), to the detriment of protection of the rights currently included.”<sup>199</sup>

In his opinion, Mr Chope again quoted Mr Jurgens’ warning that “If we give citizens a broadly formulated, individual right to a healthy environment without being more specific as to the basis on which and against whom a citizen can in fact make a claim arising from that right, it becomes difficult for a judge to adjudicate”.<sup>200</sup>

Mr Chope went on to emphasise that “introducing a right into the convention that is impossible to enforce endangers the whole system”.<sup>201</sup> In his concluding remarks before stating his belief that an additional protocol was not the correct solution, Mr Chope stated: “There is a significant difference between an environment that is healthy and one that merely supports life. In order for the Court not to be overwhelmed with ambitious and speculative applications, any additional protocol would need to clearly define which acts or omissions constitute a human rights violation. It must be remembered that not every environmental problem can be perceived as a potential human rights violation”.<sup>202</sup>

As we can see from both of the opinions in 2003 and 2009, the experts agreed that it would not be advisable to make an additional protocol to the Convention on the right to a healthy environment. As the main obstacle, the Rapporteurs in both opinions mentioned the vagueness and uncertainty of the right to a healthy environment and its broadness as well as the danger that a huge number of new applications might come before the Court.

The Convention, despite being a living instrument, is intended to protect a narrow range of rights with mechanisms designed specifically with those rights in mind and it does not seem to be a good idea to include the right to a healthy environment under the Convention. However, the Convention is not the only human rights instrument in Europe. The following part of the paper addresses the right to a healthy environment as interpreted by the ECSR under the ESC, and will consider whether that would be a possible alternative to the Convention and Court as a means of guaranteeing the right to a healthy environment.

#### **4. The ESC and the right to a healthy environment**

---

<sup>199</sup> Parliamentary Assembly, Doc. 9833 (n 65) [9]

<sup>200</sup> Parliamentary Assembly, Doc. 12043 (n 64) [17]

<sup>201</sup> Ibid. [41]

<sup>202</sup> Ibid. [43]

Article 11 of the ESC guarantees the right to the protection of health.<sup>203</sup> The wording of Article 11 is the same in both versions of the Charter, with a difference in paragraph 3 of the Revised Charter where it urges states to take appropriate measures to prevent as far as possible epidemic, endemic and other diseases, as well as accidents, while the original version of the charter does not refer to accidents. Taking account of the complementarity with the Convention and the growing link that State parties to the Charter and other international bodies now make between the protection of health and a healthy environment, the ECSR has interpreted Article 11 as including the right to a healthy environment.<sup>204</sup>

In an information document on the right to health prepared by the secretariat of the ESC in March 2009, with regard to the right to a healthy environment the ECSR emphasised that:

“The ECSR acknowledges that overcoming pollution is an objective that can only be achieved gradually. States must nevertheless take measures to achieve this goal within a reasonable time, with measurable progress and making maximum use of available resources. The measures taken are assessed with reference to their national legislation and regulations and undertakings entered into with regard to the European Union and the United Nations, and in terms of how the relevant law is applied in practice.”<sup>205</sup>

Further, under the heading “air pollution”, the ECSR pointed out:

“In order to guarantee a healthy environment, states must therefore:

- develop and regularly update sufficiently comprehensive legislation and regulations in the environmental field;
- take specific steps (such as modifying equipment, introducing threshold values for emissions, measuring air quality, etc.) to prevent air pollution at local level and to help reduce it on a global scale...;
- ensure that environmental standards and rules are properly applied, through appropriate supervisory machinery that is both effective and efficient, i.e. comprising measures which have been shown to be sufficiently dissuasive and have a direct effect on polluting emission levels;
- assess, systematically if necessary, health risks through epidemiological monitoring of the groups concerned.”<sup>206</sup>

The right to a healthy environment is not something that can be achieved and realised immediately. The ECSR has stressed the economic and social nature of the right to a healthy environment, regardless of its obvious importance for society and its individuals. This

---

<sup>203</sup> Article 11 of the Revised Charter: “With a view to ensuring the effective exercise of the right to protection of health, the Parties undertake, either directly or in cooperation with public or private organisations, to take appropriate measures designed inter alia:

1. to remove as far as possible the causes of ill-health;
2. to provide advisory and educational facilities for the promotion of health and the encouragement of individual responsibility in matters of health.
3. to prevent as far as possible epidemic, endemic and other diseases, as well as accidents.”

<sup>204</sup> *Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v Greece* (30/2005), (2007) 45 E.H.R.R. SE11, [195]

<sup>205</sup> The right to health and the European Social Charter, Information document prepared by the secretariat of the ESC (March 2009) 2

<sup>206</sup> *Ibid.* 2-3

information document is based on ECSR decisions and conclusions as the ECSR has been scrutinising the situation in Member States regarding environmental issues for years. Even though states only have to report every four years, through the reporting system states are informing the ECSR of relevant matters regarding the environment. One might suspect that, by stating how overcoming pollution is an objective that can only be achieved gradually, the ECSR will be tolerant to and open handed in its conclusions and decisions concerning states when assessing the measures they have introduced in order to secure a healthy environment. However, we will see from the collective complaints and reports that will be discussed that is not the case at all.

#### 4.1. Collective complaints concerning the right to a healthy environment

According to the preamble to the 1995 Protocol providing for a system of Collective Complaints, the Member States have “Resolved to take new measures to improve the effective enforcement of the social rights guaranteed by the Charter; Considering that this aim could be achieved in particular by the establishment of a Collective Complaints procedure, which, *inter alia*, would strengthen the participation of management and labour and of non-governmental organisations”.<sup>207</sup> Under this Protocol, which came into force in 1998, complaints of violations of the ESC may be lodged with the ECSR.<sup>208</sup> So far, only 15 Member States have ratified the Collective Complaints Protocol.<sup>209</sup>

Unfortunately, the ECSR case-law on the right to a healthy environment is not extensive; in fact, only two collective complaints on that issue have been lodged to date and, regarding one of them, the ECSR adopted a decision on the merits.<sup>210</sup> Nevertheless, this single decision does give us a very valuable overview of the ECSR’s standpoint on the issue of the right to a healthy environment.

The Marangopoulos Foundation for Human rights lodged a complaint on 4 April 2005 in relation to Article 11 (right to protection of health), Article 2(4) (right to reduced working hours or additional holidays for workers in dangerous or unhealthy occupations), Article 3 (1) (safety and health regulations at work) and Article 3(2) (provision for the enforcement of safety and health regulations by measures of supervision) of the ESC. It was alleged in the

---

<sup>207</sup> Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, Strasbourg, 9 XI 1995, ETS No. 158

<sup>208</sup> R. Churchill and U. Khaliq, 'Violations of Economic, Social and Cultural Rights: The Current Use and Future Potential of the Collective Complaints Mechanism of the European Social Charter' in M. A. Baderin and R. Mccorquodale (eds) *Economic, Social and Cultural Rights in Action* (OUP 2007)

<sup>209</sup> European Social charter website <http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/>, visited 20 September 2013

<sup>210</sup> *Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v Greece* (n 74) and *International Federation for Human Rights (FIDH) v Greece* (72/2011), decision on admissibility of 7 December 2011. (The later complaint concerns the effects of massive environmental pollution on the health of persons living near the Asopos river and in proximity to the industrial zone of Inofyta. The complainant organisation alleges that the State has not taken adequate measures to eliminate or reduce these dangerous effects and to ensure the right to health protection, in violation of Article 11 of the ESC).



complaint that in the main areas where lignite is mined Greece had not adequately prevented the impact on the environment nor developed an appropriate strategy in order to prevent and respond to the health hazards for the population. It was also alleged that there was no legal framework guaranteeing the security and safety of persons working in lignite mines and that the latter did not benefit from reduced working hours or additional holidays. Here, only that part of the complaint regarding Article 11 will be analysed.

Greece is the second largest lignite producer in the EU and the fifth in the world. Since the Greek government had acknowledged the polluting effects of lignite production, the questions before the ECSR were whether the pollution was attributable to Greece and whether it led to a violation of the right to health (as well as of the right to just conditions of work and the right to safe and healthy working conditions). The government claimed that the mining operations were undertaken by private entities for whose actions the state could not be held accountable. In response to that argument, the ECSR concluded that regardless of the company's legal status Greece was required to ensure compliance with its positive undertakings under the Charter. The ECSR's jurisdiction *ratione temporis* also had to be considered since the Protocol establishing the collective complaint procedure came into force in Greece in August 1998. The Greek government maintained that acts or omissions prior to that date could not be taken into consideration. On this issue (which had already been considered in the decision on admissibility), the ECSR relied on the notion of a "continuing violation" developed by the Court,<sup>211</sup> meaning that the government will be held accountable for an event occurring before the entry into force of a treaty if it continues to produce effects after this. The ECSR found that there might be a breach of the duty to prevent damage arising from air pollution for as long as the pollution continues. It also needs to be emphasised that, when deciding whether a violation of the Charter had occurred, the ECSR stressed that the ESC is a living instrument and that the rights and freedoms set out in it are to be interpreted in the light of current conditions.<sup>212</sup>

The ECSR acknowledged that the use of lignite and its mining serve legitimate objectives under the Charter (such as energy independence, access to electricity at a reasonable cost, and economic growth), but it nonetheless identified several areas in which the state's efforts fell short of Greece's national and international undertakings to overcome pollution which, in turn, had resulted in a failure to protect the health of the population. It found that, although the Greek Constitution makes protection of the environment an obligation of the state and, at the same time, an individual right, national environmental protection legislation and regulations were not applied and enforced in an effective manner, and that the environmental inspectorates were not sufficiently equipped.<sup>213</sup> Based on these and other facts before it, the ECSR found no real evidence of Greece's commitment to improving the situation within a reasonable time.<sup>214</sup> The ECSR also concluded that, "even taking into

---

<sup>211</sup> *Papamichalopoulos v Greece* (1993) 16 E.H.R.R. 440

<sup>212</sup> *Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v Greece* (n 74) [194]

<sup>213</sup> *Ibid.* [208]-[216]

<sup>214</sup> *Ibid.* [207]

consideration the margin of discretion granted to national authorities in such matters, Greece had not managed to strike a reasonable balance between the interests of persons living in the lignite mining areas and the general interest”,<sup>215</sup> and thus that there had been a violation of Greece’s obligations with respect to the right to protection of health under the Charter.

In her paper, M. Trilsch wrote that *Marangopoulos v Greece* is, “undoubtedly, one of the most important decisions the ECSR has taken so far. Not only does it provide some much-needed input on the social right to health, it also clarifies the ECSR jurisdiction *ratione temporis* when dealing with positive obligations under the Charter. Most importantly, however, it places the right to a healthy environment in the mainstream of human rights”.<sup>216</sup> Further, she emphasised the impact this decision has on the material content of the right involved as well as on the removal of the right to a healthy environment from the constrained realm of so-called thirdgeneration rights. She mentioned one of the first cases examined by the Court (*Lopez Ostra v Spain*), emphasising that “the Court did not expressly rely on the right to a healthy environment as such. Therefore, the Committee’s decision can be understood as further advancing the progressive endorsement of environmental issues by the European human rights institutions”.<sup>217</sup> This is something to be welcomed and encouraged. Through this decision, the ECSR has proven its willingness and ability to provide decisions on complex and demanding issues like environmental pollution.

In its Resolution on the case<sup>218</sup> adopted on 16 January 2008, the CoM stated with regard to violation of Articles 11(1), 11(2) and 11(3) of the Charter:

“The Greek National Action Plan for 2005-2007 (NAP1) provides for greenhouse gas emissions for the whole country and all sectors combined to rise by no more than 39.2% until 2010, whereas Greece was committed, in the framework of the Kyoto Protocol, to an increase in these gases of no more than 25% in 2010. When air quality measurements reveal that emission limit values have been exceeded, the penalties imposed are limited and have little dissuasive effect. Moreover, the initiatives taken by DEH (the public power corporation operating the Greek lignite mines) to adapt plant and mining equipment to the ‘best available techniques’ have been slow.

The Committee finds that Greek regulations satisfy all the requirements concerning information to the public about and their participation in the procedure for approving environmental criteria for projects and activities. However, the circumstances surrounding the granting and extension of several authorisations, and the publication on the Internet of such a complex document as the NAP1 for just four days, show that in practice the Greek authorities do not apply the relevant legislation satisfactorily.

---

<sup>215</sup> Ibid. [221]

<sup>216</sup> M. Trilsch, ‘European Committee of Social Rights: The Right to a Healthy Environment’ (2009) 7(3) I.J.C.L. 529, 532

<sup>217</sup> Ibid. [533]

<sup>218</sup> Resolution CM/ResChS(2008)1 on the Collective Complaint No. 30/2005 by the Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) against Greece (Adopted by the Committee of Ministers on 16 January 2008 at the 1015th meeting of the Ministers' Deputies)

The Committee considers that the government does not provide sufficiently precise information to amount to a valid education policy aimed at persons living in lignite mining areas. Finally, very little has so far been done to organise systematic epidemiological monitoring of those concerned and no morbidity studies have been carried out.”<sup>219</sup>

Unfortunately, not only did it take two years for the CoM to adopt a Resolution but it seems relatively mild by only stating that it welcomes the measures already taken by the Greek authorities as well as further measures envisaged in order to ensure the effective implementation of the rights protected by the ESC. However, as will be seen, through the reporting procedure the ECSR is also continuously supervising the situation in Greece concerning the environmental problems arising from lignite mining.

#### **4.2. The reporting system concerning the right to a healthy environment**

The Reporting system has been in existence since 1961 and is obligatory for all State parties to the ESC. When it comes to the Reporting procedure, every year State parties submit a report indicating how they are implementing the ESC in law and in practice. Each report concerns some of the accepted provisions of the ESC. The provisions are divided into four thematic groups and each provision of the ESC will be reported on once every four years.

The ECSR examines the reports and decides whether the situations in the countries concerned are in conformity with the ESC. Its decisions, known as “conclusions”, are published every year.<sup>220</sup>

There is an ongoing dialogue between states that send reports and the ECSR that adopts conclusions on those reports. Unlike the collective complaints where there have only been two complaints concerning the right to a healthy environment, there are numerous reports and conclusions regarding Article 11(3) of the both the Original and the Revised Charter.

Unfortunately, despite the fact that states often take years to bring their behaviour into line with the ESC rights, to date the CoM has not yet issued any recommendation or resolution regarding the rights protected by Article 11(3). When it comes to the collective complaints system, as discussed above, regarding the *Marangopoulos* decision the CoM adopted quite a bland Resolution two years after the ECSR had adopted its decision on the merits of that case.

First, we will look at the conclusions related to the previously discussed decision on *Marangopoulos Foundation v Greece*. The ECSR adopted its Conclusions after Greece sent its 19th report to the ECSR on, *inter alia*, Article 11, for the period 01/01/2003 –

---

<sup>219</sup> Ibid.

<sup>220</sup> For more on the ESC supervisory system, see P. Alston, ‘Assessing the Strength and Weaknesses of the European Social Charter’s Supervisory System’ in G. de Burca and B. de Witte, *Social Rights in Europe* (OUP 2005); U. Khaliq and R. Churchill, ‘The European Committee of Social Rights: putting flesh on the bare bones of the European Social Charter’ in M. Langford (ed), *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law* (CUP 2008); Churchill and Khaliq, ‘Violations of Economic, Social, and Cultural Rights...’ (n 78); and D. Harris and J. Darcy, *The European Social Charter* (Ardsley N.Y. 2001).

31/12/2007<sup>221</sup>. There it again concluded that Greece was in nonconformity with the requirements of Article 11(3) of the Revised Charter. The ECSR noted progress in Greece's policies on the prevention of avoidable risks and reduction of environmental and other issues examined under Article 11(3); however, in relation to most of the issues it requested further information.<sup>222</sup> Further, the ECSR focused on the *Marangopoulus Foundation for Human Rights* complaint where the CoM had found the measures taken by the authorities to improve the situation were insufficient. The ECSR took note of the information provided by the Greek government in its latest report and noted that it was quite similar to that provided in its submissions in the case. It concluded that the situation was still not in conformity with Article 11(3) on the ground that it had not been demonstrated that sufficient measures had been adopted during the reference period to improve the right to a healthy environment of persons living in lignite mining areas.<sup>223</sup>

Obviously, ensuring the situation is in harmony with the Article 11(3) requirements is a long process. The important thing is that both the ECSR and, we might say, the CoM are closely monitoring the situation and the fact that the case was decided and supervised under the ESC did not diminish its relevance.

Now, the reports and conclusions on Turkey, Italy, Romania and the United Kingdom, which were the respondent states in the Court cases analysed above on the right to a healthy environment, will be looked at. In relation to Russia, there is currently no information. The Russian Federation signed the revised ESC on 14 September 2000 and ratified it on 16 October 2009. It has accepted 67 of the Revised Charter's 98 paragraphs, including all three paragraphs of Article 11. The first report to be submitted by the Russian Federation on implementation of the revised charter was due by 31 October 2011, but it did not concern Article 11 on the right to health.

In March 2009, Turkey submitted its 15th report on the Original Charter and 1<sup>st</sup> report on the Revised Charter on the accepted provisions of Thematic Group 2 "Health, social security and social protection" (Articles 3, 11, 12, 13, 14, 23 and 30). conclusions in respect of these provisions were published in January 2010. In its report, Turkey presented in detail all the administrative and legislative work it had been doing on the provisions mentioned above.<sup>224</sup> In its Conclusion, in respect of Article 11(3) the ECSR stated that it took note of the information contained in the report submitted by Turkey. However, it also noted that much

---

<sup>221</sup> 19th report on the implementation of the European Social Charter and 5th report on the implementation of the 1998 Additional Protocol submitted by the Government of Greece (Articles 3, 12 and 13 for the period of 01/01/2005-31/12/2007; Articles 11, 14 and Article 4 of the Additional Protocol for the period 01/01/2003-31/12/2007), Cycle 2009, RAP/Cha/GR/XIX(2009)

<sup>222</sup> ESC, ESCR Conclusions XIX-2 (2009) (GREECE), Articles 3, 11, 12, 13, 14 and Article 4 of the Additional Protocol of the Charter (CoE Publishing 2010) 15-18

<sup>223</sup> Ibid. 18

<sup>224</sup> European Social Charter, 15th National Report on the Implementation of the European Social Charter and 1st National Report on the implementation of the European Social Charter (revised) submitted by the government of Turkey, Articles 11, 12, 13 & 14 for the period between January 1, 2003 to July 31, 2007 (1961 charter) and August 1, 2007 to December 31, 2007 (Revised Charter) Articles 3, 23 & 30 for the period between August 1, 2007 to December 31, 2007 (Revised Charter) Cycle 2009 RAP/ RCha/TU/I(2009) 18-20

of the information needed to assess the situation was lacking. It considered that if the information requested later in its Conclusion were not to be provided in the next report there would be nothing to show that the situation in Turkey is in conformity with this provision of the revised Charter. Since information was lacking on all aspects of Article 11(3), the ECSR decided to defer its conclusion pending receipt of the information requested.<sup>225</sup> The same conclusion was adopted regarding Romania where once again the ECSR could not reach a final conclusion regarding conformity or non-conformity due to a lack of information, and so decided to defer its conclusion.<sup>226</sup>

In the same 2009 conclusions regarding Italy, the ECSR stated that although some information was still awaited, the situation in Italy was in conformity with Article 11(3) of the revised charter.<sup>227</sup> Finally, in the 2009 Conclusions on the UK on Article 11(3) of the Original Charter (the UK has not ratified the Revised Charter) the ECSR concluded that the situation in the UK was in conformity with Article 11(3) of the Charter.<sup>228</sup>

Therefore, states can be and some are in conformity with the Article 11(3) requirements, and the ECSR Reporting system is dealing with all the environmental risks one country is facing. One can see from the 2009 Conclusions on the Revised Charter that out of the twenty-three states that have accepted Article 11(3) ten had been found to be in conformity, in relation to eight states the ECSR had decided to defer its conclusion, while five had been found to be in non-conformity.<sup>229</sup> In the Conclusions from the same year but on the Original Charter, the ECSR had found eleven out of fifteen states to be in conformity with Article 11 (3), while only two had been found to be in non-conformity.<sup>230</sup> The number of states that are in conformity and the improvements states are making suggests that the Charter and the pressure of the Reporting procedure are (at least to some extent) the cause of this. Of course, this system is not ideal because of its non-binding form and the long time periods between the country reports. However, within the CoE it is the most detailed and most regular way to supervise the countries' methods of dealing with environmental risks.

---

<sup>225</sup> Ibid.

<sup>226</sup> ESC (Revised), ECSR conclusions 2009 (Romania), Articles 3, 11, 12 and 13 of the Revised Charter (CoE Publishing) 16-17

<sup>227</sup> ESC (Revised), ECSR conclusions 2009 (Italy), Articles 3, 11, 12, 13, 14, 23 and 30 of the Revised Charter (CoE Publishing 2010) 17-18

<sup>228</sup> ESC, ECSR conclusions XIX2 (2009) (United Kingdom), Articles 3, 11, 12, 13 and 14 of the Charter (CoE Publishing 2010) 13-17

<sup>229</sup> States that are found to be in conformity with Article 11(3) of the Revised Charter are: Estonia, Finland, France, Italy, Lithuania, Malta, the Netherlands, Norway, Slovenia and Sweden. ESC (Revised), ECSR Conclusions 2009-Volume I (Albania, Andorra, Armenia, Azerbaijan, Belgium, Bulgaria, Cyprus, Estonia, Finland, France, Georgia, Ireland, Italy) (CoE Publishing 2010) 16.

<sup>230</sup> States that are found to be in conformity with Article 11(3) of the Original Charter are: Austria, Croatia, Czech Republic, Denmark, Germany, Hungary, Iceland, Luxemburg, Poland, Spain and the United Kingdom. ESC, ECSR Conclusions XIX-2 (2009) (Austria, Croatia, Czech Republic, Denmark, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Latvia, Luxembourg, Poland, Slovakia, Spain, »the Former Yugoslav republic of Macedonia«, the United Kingdom) (CoE Publishing 2010) 16.

## 5. Conclusion

The ECSR has not developed nearly as significant or extensive case-law as the Court since the Collective Complaints system has only been in operation since 1998 and only 15 Member States to the CoE have so far accepted it. Another disadvantage of the Collective Complaints system is the absence of a judicial body, with only the ECSR which at most can be called a ‘quasi-judicial’ body. However, the number of complaints is increasing and awareness of the protection of economic and social rights through the system of Collective Complaints is growing. On the other hand, the Reporting system on Article 11(3), despite having the same disadvantages as the Collective Complaints system – the small number of states that have accepted Article 11(3) and the ESCR conclusions that are non-binding in character – shows that it is the most detailed supervising process of environmental hazards. The ECSR is looking at all the elements necessary for fulfilling the healthy environment conditions, which are numerous, and is placing pressure on states to bring the situation in conformity with Article 11(3).

Further, there are two other problematic issues with the ESC system that cannot be ignored. First, the more information the ECSR requires from State parties to provide for it to be able to make a judgment about their compliance with the Article 11(3) obligations, the more difficult it becomes for the ECSR to make a definite judgment about such compliance.<sup>231</sup> This is evident from all the ECSR conclusions where it decided to defer its conclusion and, as we saw in the previous section, there are quite a few of such conclusions. Another and even bigger disadvantage and problematic issue of both the ECS Reporting and Collective Complaints systems is the ineffectiveness of the CoM and its unwillingness to issue Recommendations and Resolutions. Moreover, even when it adopts them they are rather vague and bland. Unfortunately, we have seen that the CoM is the same when supervising the execution of the Court’s judgments, and it places relatively mild, if any, pressure on states.

On the other hand, the ECHR system is seriously over-burdened now and it is not wise for the Court to extend its interpretation of Convention rights into the area of protecting the right to a healthy environment. Both the Court and the ECSR have admitted that a healthy environment is something that cannot be achieved immediately but can only be achieved gradually. Although nowadays there is a tendency to abandon the distinction between economic and social and civil and political rights, the fact that they are guaranteed by two separate documents remains. After looking at the ESC Reporting and the Collective Complaints systems with a special overview of the right to a healthy environment, it may be concluded that, although problematic issues remain, the right to a healthy environment can be protected under the ESC system. Further, it seems that the Court and the ECSR are starting to duplicate each other’s work and, in my opinion, this is not a solution to be welcomed.

---

<sup>231</sup> Khaliq and Churchill, ‘The European Committee of Social Rights: putting flesh... (n 90) 452

The ESC system is developing, together with its machinery of protection. The ECSR and the CoE bodies should focus on improving the ESC system, including the protection of the right to a healthy environment. The right to a healthy environment should primarily be a collective right and not an individual right since the effects of pollution or any other kind of environmental hazard will generally affect a large group of people, not just one individual. Since the Court deals only with individual complaints and the ECSR with collective ones, the Court should not deal with the healthy environment issue, only the ECSR should. As stated by Margared DeMerieux: “Central to the idea of environmental rights and of the protection of the environment is that the interests of *populations as a whole* and indeed of *unborn generations* are crucial”.<sup>232</sup> In addition, environmental disasters should be prevented rather than treated after they have happened, which is only possible under the ESC system. And if the CoE bodies try to improve the ESC system and make the Reporting procedure together with the system of Collective Complaints as effective as possible, the environmental threats to people living in a particular territory might be much better protected than under the Convention. The CoE bodies should urge states to ratify the Collective Complaints Protocol<sup>233</sup> as well as the CoM to start making recommendations to states, recommendations that are not mild and bland, both under the Collective Complaints and the Reporting procedure.

The ECHR’s biggest contribution to human rights protection in Europe is that it protects individuals against state actions and that it imposes positive obligations on the state to protect individuals from various types of human rights violations. When it comes to the right to a healthy environment, this is not an issue that should be left for the Convention and the Court. The Court should not deliver judgments concerning the right to a healthy environment since it has numerous socio-economic elements. Environmental hazards on most occasions affect hundreds or thousands of people and the execution of such a judgment can only be achieved progressively at substantial financial cost. Instead of entering this sphere, when an application that concerns the right to live in a healthy, sound and viable environment comes before the Court, it should not deal with it. One way of doing so might be for the Court to announce in the next environmental case that all future environmental applications will be declared incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention or the Protocols thereto (based on Article 35(3)(a) of the Convention), and therefore inadmissible.<sup>234</sup>

---

<sup>232</sup> DeMerieux (n 2) 534

<sup>233</sup> See, for example, Parliamentary Assembly Recommendation 1795 (2007) ‘Monitoring of commitments concerning social rights’. Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Parliamentary Assembly, on 24 May 2007. “The Assembly therefore recommends that the Committee of Ministers:

11.1. take the necessary measures to ensure that member states that have not already done so ratify the revised European Social Charter, the Protocol amending the European Social Charter and the Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints and grant national NGOs the right to lodge complaints.” [11]

<sup>234</sup> See *Practical Guide on Admissibility Criteria* (CoE 2011) 44-45; White and Ovey (n 47) 33-34; Mark W. Janis, Richard S. Kay and Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law: Text and Materials* (3rd ed, OUP 2008) 47-49; Harris, O’boyle and Warbrick (n 3) 800-801; and case *Pančeko v Latvia* App No 40772/98 (ECtHR Decision, 28 October 1999)





# Anita Goršek<sup>235</sup> Pravni položaj otrok med paternalizmom in avtonomijo

## POVZETEK

Prispevek obravnava razmerje med pravnimi normami, ki otroke varujejo z omejevanjem svobodnega odločanja, ter pravili, ki otrokom omogočajo izraziti svoje mnenje. Zaradi teh nasprotujočih si načel so otroci razpeti med paternalizmom, ko o njihovih interesih odločajo odrasli, in avtonomijo, ki jim omogoča, da svoje interese določajo sami. Ta dihotomija je prisotna na številnih področjih pravno urejenega družbenega življenja, kjer bi otroci morali biti udeleženi bolj, kot jim omogoča veljavna zakonodaja. Avtorica obravnava vprašanje ustreznosti meje med paternalistično ureditvijo in zakonodajo, ki varuje otrokovo avtonomijo. Pri tem posamezna področja obravnava z vidika odnosa do avtonomnih otrok. Po preučitvi zakonodaje o odločanju o zdravljenju ter v starševskih sporih ugotavlja, da pravni red do določene mere priznava otrokovo porajajočo se avtonomijo, vendar z rezultatom še ne moremo biti zadovoljni. Nasprotno pa so obravnavana pravila o volilni pravici strožja in se očitno opirajo na idejo o zmanjšani razsodnosti otrok. Avtorica meni, da določene omejitve ne ustrezajo sorazmernosti. Priznava, da sta vidika varstva otrok in javnega reda utemeljena, vendar ne moreta upravičiti prav vseh omejitev. Bolj fleksibilen pristop bi takšnim zahtevam zadostil, hkrati pa bi upošteval tudi avtonomijo mladoletnikov.

*Ključne besede:* paternalizem, avtonomija, Konvencija o otrokovih pravicah, diskriminacija glede na starost, medicinski posegi, starševski spori, volilna pravica.

## Legal Status of Children between paternalism and autonomy

### ABSTRACT

This article is exploring the relationship between protective norms, limiting children's liberty and rules enabling children to express their opinions. These two conflicting sets of rules cause children to be torn between paternalism, whereby their interests are determined by adults, and autonomy, which enables children to set their own interests. Described ambivalence can be observed in numerous regulated areas of social life that pertain to children or should perhaps concern them more than they do presently. The author discusses the appropriate boundary between paternalistic and autonomy protecting regulation, whereby she in particular explores a few problem areas with special regard to autonomous children. Reviewing pertinent civil law legislation on medical decision-making and parental disputes as well as public law right to vote, she notices that in civil law children's emerging autonomy is protected to a certain degree but the

---

<sup>235</sup> Ministrstvo za infrastrukturo in prostor, [anita.gorsek@gmail.com](mailto:anita.gorsek@gmail.com)

result is still not adequate. Reviewed public law area on the other hand is far more stringent, resting seemingly on the presumption that children are not capable of discernment. Author deems that certain restrictions are not proportionate. Protection of children and public order concerns are necessary considerations but they cannot justify all legal limitations. A more flexible approach would achieve this aim while simultaneously respect the minors' autonomy.

*Keywords:* paternalism, autonomy, Convention on the Rights of the Child, age-related discrimination, medical decision-making, parental disputes, right to vote.

## I. UVOD

Otrok je običajno obravnavan kot objekt pravnega varstva, ki zaradi svoje neizkušeni potrebuje posebno zaščito. Hkrati je otrok pravni subjekt, ki z razvojem postopoma oblikuje lastnosti, potrebne za samoodločanje. Takšna dvojnost pravnega položaja izhaja tudi iz Konvencije Združenih narodov o otrokovih pravicah. Namen pričujočega prispevka je prikazati pravni položaj otrok med varstvom (princip paternalizma) in priznavanjem njihovega samoopredeljevanja (princip avtonomije) ter ugotoviti, ali je razmejitev postavljena ustrezno.

V II. delu članka so predstavljena teoretična in normativna izhodišča obeh skrajnosti, ki opredeljujeta otrokov pravni položaj in zlasti njegov prostor samoizražanja. Predstaviti skušam relevantne pravne dileme. V III. delu prispevka pa z analizo nekaterih vsebinskih primerov ugotavljam, ali se slovenska pravna ureditev ustrezno sooča z izzivi obravnavane problematike.

## II. MED PATERNALIZMOM IN AVTONOMIJO

### 1. Paternalizem

Paternalistično ravnanje se praviloma ne nanaša na razmerje med starši (oziroma drugimi odraslimi) in otroki. Koncept namreč označuje razmerja med odraslimi (dosledneje: razumnimi) posamezniki; gre za to, da druge osebe, institucije ali zakonodaja obravnavajo poslovno sposobne subjekte »kot otroke«.<sup>236</sup> Zato se kritična obravnava paternalističnih<sup>237</sup> ravnanj nanaša na meje, ko je ravnanja še mogoče šteti za sprejemljiva. Paternalizem mora biti benevolenten, usmerjen torej v koristi dotičnega posameznika.<sup>238</sup> Paternalistični poseg je lahko namenjen varovanju obstoječih koristi ali ustvarjanju novih, pri čemer naj bi bil varovalni smoter

---

<sup>236</sup> J. Feinberg, *Harm to self: the moral limits of the criminal law*, 3. zvezek, 1989 (Kindle e-book); loc. 215.

<sup>237</sup> V teoriji se uporablja tudi pojem parentalizem kot nevtralna opredelitev, ki ne poudarja dominantne, moške oz. »očetovske« vloge in pojmu odvzame kanček negativne konotacije. Gl. J. Kultgen, *Autonomy and intervention: parentalism in the caring life*, New York, 1995; str. 47.

<sup>238</sup> Feinberg (op. pod črto št. 1), loc. 235. Nebenevolentni paternalizem, namenjen koristim tretjih oseb, je po njegovem mnenju manj sprejemljiv.

sprejemljivejši.<sup>239</sup> Kultgen meni, da je ravnanje paternalistično, če v posameznikovo življenje posega brez njegove privolitve, vendar mora nujno biti v njegovo dobrobit.<sup>240</sup> Odsotnost privolitve je pravzaprav ključna lastnost paternalističnega posega, ki v svojem bistvu pomeni zanikanje svobode, nadomestitev odločitve svobodnega posameznika z odločitvijo drugega.<sup>241</sup> Zato se nekateri avtorji sprašujejo, ali je mehki paternalizem (*soft paternalism*) sploh še škodljiv za paternalizem, ker ne posega v pravo voljo posameznika (njegovo ravnanje bistveno ni voljno),<sup>242</sup> pri čemer je pri kriteriju zadostne volje, kot problematiko podrobno analizira Pope, treba upoštevati tudi različne stopnje izražanja volje.<sup>243</sup> Meje med mehkim in trdim paternalizmom (*hard paternalism*), ki je za Feinberga edini paternalizem in kot takšen nesprejemljiv,<sup>244</sup> namreč nikakor ni enostavno postaviti. Da je paternalizem nesprejemljiv, je trdil že J. S. Mill, saj je menil, da je dejanje prisile ali nadzora, ki pomeni poseg v svobodno ravnanje posameznika, nedopustno, četudi ta samemu sebi povzroča škodo. Upravičeno je le, če prepreči škodo, ki bi nastala drugim, »njegova lastna korist, bodisi telesna ali moralna, ni zadosten razlog«. <sup>245</sup> Sodobnejša teoretična stališča so pri tem vprašanju različna; avtorji pod določenimi pogoji dopuščajo tudi posege, ki izključno zasledujejo posameznikovo korist in ne škodijo tretjim.<sup>246</sup>

Če se paternalizem torej ne nanaša na otroke, ali lahko potemtakem v zvezi z otroki sploh govorimo o paternalističnem ravnanju? Menim, da lahko. Status otroka je omejen s starostjo.<sup>247</sup> Otrok nima poslovne sposobnosti oziroma je omejeno poslovno sposoben.<sup>248</sup> Otroci potrebujejo posebno varstvo zaradi nižje stopnje zmožnosti in sposobnosti, saj so zato bolj ranljivi.<sup>249</sup> Zgolj

---

<sup>239</sup> Kultgen (op. pod črto št. 2), str. 66.

<sup>240</sup> Ibid., str. 62. Tako tudi TM Pope., Counting the dragon's teeth and claws: the definition of hard paternalism, Georgia State University Law Review, 2004, No. 3, str. 660, in G Dworkin, Paternalism, The Monist, Vol. 56, No. 1, 1972, str. 65.

<sup>241</sup> G Dworkin, The theory and practice of autonomy, Cambridge, 1988, str. 107.

<sup>242</sup> Feinberg (op. pod črto št. 1), loc. 342; TL Beauchamp/JF Principles of biomedical ethics, New York, 2001, str. 181. Pri mehkem paternalizmu namreč odločitev ne temelji na zadostnih informacijah ali je sprejeta v okoliščinah, ki onemogočajo razumno presojo; zato ne gre za odraz prave volje. Beauchamp in Childress, str. 181.

<sup>243</sup> TM Pope, Is public health paternalism really never justified? A response to Joel Feinberg, Oklahoma City University Law Review, 2005, No. 31, str. 202.

<sup>244</sup> Feinberg (op. pod črto št. 1), loc. 401.

<sup>245</sup> JS Mill, On liberty, London, 1974, str. 68.

<sup>246</sup> Feinberg (op. pod črto št. 1) dopušča ravnanja, ki v določenih primerih predstavljajo razumne in legitimne omejitve, loc. 549. Gl. tudi Pope (op. pod črto št. 8), str. 207; Dworkin (op. pod črto št. 5), str. 83; Beauchamp/Childress (op. pod črto št. 7), str. 186. Kultgen (op. pod črto št. 2), str. 4 in 67.

<sup>247</sup> Konvencija Združenih narodov o otrokovih pravicah (Uradni list SFRJ-MP, št. 15/90, Uradni list RS-MP, št. 9/92), 1. člen določa: Otrok je oseba, mlajša od 18 let.

<sup>248</sup> Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (Uradni list RS, št. 69/04-uradno prečiščeno besedilo). 107. in 108. člen.

<sup>249</sup> M Freeman, Taking children's rights more seriously; v: M Freeman: The moral status of children: essays on the rights of the child, Hague, 1997, str. 36.

ta lastnost je lahko predpostavka posebne obravnave otrok.<sup>250</sup> Sprejemanje odločitev za otroka je torej smiselno in ni paternalistično, če otrok ni sposoben odločati sam. Če je otrok za določene odločitve že sposoben, pa je varovalni poseg lahko samo paternalističen. Sprejemljivost paternalističnega ravnanja do sposobnega otroka bi se morala presojati po načelih za oceno sprejemljivosti paternalističnih odločitev za odrasle.

Konvencija o otrokovih pravicah (KOP) v 3. členu postavlja **načelo otrokovih koristi**, ki morajo biti glavno vodilo pri vseh dejavnostih v zvezi z otroki. To načelo, ki naj bi po nekaterih mnenjih omogočalo paternalistične posege v odločitve, ki zadevajo otroka,<sup>251</sup> ima varovalno funkcijo<sup>252</sup> in se nanaša na vse otroke, tj. mladoletne osebe. Zagotavlja upoštevanje otrokovih koristi v vseh postopkih in historično gledano pomeni pomemben premik od časov, ko oblast odraslih nad otroki ni bila omejena.<sup>253</sup> V literaturi pa najdemo opozorila, da je načelo lahko problematično zaradi pomenske nedoločenosti in posledično nejasnosti,<sup>254</sup> kar naj bi bila njegova največja hiba.<sup>255</sup> Postavlja se tudi vprašanje, ali je načelo res vedno praktično izvedljivo, saj bi ga bilo mogoče razumeti tudi tako, da je interese staršev in drugih družinskih članov mogoče povsem zanemariti.<sup>256</sup>

Evropska konvencija o človekovih pravicah (EKČP) tega načela posebej ne ureja, prav tako ne posebnih otrokovih pravic. Vendar se tudi Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) sklicuje na KOP.<sup>257</sup> V zadevi *Sahin vs. Nemčija*<sup>258</sup> je odločilo, da mora (nacionalno) sodišče uporabiti pravo razmerje med otrokovimi koristmi in koristmi njegovih staršev (66. točka). Pri

---

<sup>250</sup> To je razlikovalni element med otroki in odraslimi, ki omogoča, da so posegi kvalificirani kot različno obravnavanje in ne kot diskriminatorno ravnanje. Gl. C Breen, *Age discrimination and children's rights: ensuring equality and acknowledging difference*, Leiden Boston, 2006, str. 20–21 ter 32–33.

<sup>251</sup> Ibid., str. 4.

<sup>252</sup> S Elliston, *Best interests of the child in healthcare*, New York, 2007, str. 9.

<sup>253</sup> J Zermatten, *The best interests of the child: literal analysis, function and implementation*, Institut International des droits de l'enfant, Working report, 2010; članek dostopen na: [http://www.childsrights.org/html/documents/wr/wr\\_best\\_interest\\_child09.pdf](http://www.childsrights.org/html/documents/wr/wr_best_interest_child09.pdf) (zadnjič obiskano: 18. 11. 2013), str. 7. Standard namreč postavlja koristi kot mejo odločitvam odraslih.

<sup>254</sup> U Kilkelly, *The child's right to religious freedom in international law: the search for meaning*; v: M Fineman/K Worthington, *What is right for children: the competing paradigms of religion and human rights*, Farnham, 2009, str. 245; Breen (op. pod črto št. 15), str. 5.

<sup>255</sup> Elliston (op. pod črto št. 17), str. 18. Avtorica navaja, da je po drugi strani pomenska odprtost načela lahko tudi njegova največja prednost, ker omogoča prožnost pri prilagajanju konkretnim okoliščinam posameznih otrok.

<sup>256</sup> Več o tem L Ross Friedman, *Children, families, and health care decision making*, New York, 1998, str. 10.

<sup>257</sup> Več o tem na: <http://www.crin.org/resources/infoDetail.asp?ID=18061&flag=report> (zadnjič obiskano: 18. 11. 2013).

<sup>258</sup> *Sahin vs. Nemčija*, št. 30943/96 z dne 8. 7. 2003.

tem mora biti otrokovim koristim namenjena posebna pozornost, lahko celo prevladajo nad koristmi staršev.<sup>259</sup>

## 2. Avtonomija

Avtonomija je v svojem bistvu nasprotje paternalizma. Enači se s svobodo, samoobvladovanjem, odgovornostjo.<sup>260</sup> Feinberg meni, da je avtonomija vzor ter »dobra in občudovanja vredna lastnost«, h kateri stremimo.<sup>261</sup> Za teoretična prednika tega načela se štejeta Kant, ki spoštovanje avtonomije izvaja iz brezpogojne vrednosti posameznikov, ki so sposobni določati lastno moralno usodo,<sup>262</sup> ter Mill, ki posameznikom priznava absolutno svobodo pri odločitvah, ki zadevajo njih same.<sup>263</sup> V teoriji je močno zastopano stališče, da avtonomija ne terja popolne neodvisnosti posameznika. Tako lahko tudi nesvobodna oseba sprejme avtonomno odločitev, pomembno je, da ima možnost izbire.<sup>264</sup> Prav tako ne izgubi avtonomije posameznik, ki sprejme stališča drugih.<sup>265</sup> Beauchamp in Childress opozarjata, da je avtonomna izbira pravica in ne dolžnost,<sup>266</sup> kar pomeni, da je avtonomna odločitev tudi tista, s katero se izbira prepusti drugemu.<sup>267</sup>

Sposobnost je poleg svobode druga predpostavka avtonomije. Ta lastnost ni absolutna, temveč je odvisna od konkretne odločitve, ki je lahko bolj ali manj zahtevna in terja obdelavo določene količine informacij. Zato tudi avtonomija ni absolutna, lahko je večja ali manjša.<sup>268</sup> Ni odvisna od stopnje življenjskega razvoja,<sup>269</sup> avtonomen je lahko tudi otrok, ki včasih lahko sprejme

---

<sup>259</sup> S tem je ESČP tudi odgovorilo na večkrat postavljeno vprašanje, ali so otrokove koristi glavno ali edino vodilo. Gl. npr. Elliston (op. pod črto št. 17), str. 14, ki predstavlja problematiko. Pomembno je poudariti, da razen v posebnih okoliščinah obravnavanega primera uporaba načela otrokovih koristi ne sme privedi do kršitve pravic družinskih članov (pravica do družinskega življenja iz 8. člena), če to ni nujno za varstvo otroka. To izhaja med drugim tudi iz zadeve S. I. vs. Slovenija, št. 45082/05, z dne 13. oktobra 2011 (gl. 74. in 75. točka). Gl. tudi S Choudry, Clashing rights and welfare: a return to a rights discourse in family law in the UK?, v: M Albertson Fineman/K Worthington, What is right for children?, Farnham, 2009, str. 271.

<sup>260</sup> Gl. Dworkin (op. pod črto št. 6), str. 5–6, kjer navaja več različnih opredelitev avtonomije iz literature.

<sup>261</sup> Feinberg (op. pod črto št. 1), loc. 640.

<sup>262</sup> V delu Utemeljitev metafizike nravi (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten), objavljenem v letu 1785. Navedeno po Beauchamp /Childress (op. pod črto št. 7), str. 64.

<sup>263</sup> Mill (op. pod črto št. 10), str. 69.

<sup>264</sup> Dworkin (op. pod črto št. 6), str. 18.

<sup>265</sup> Ibid., str. 45.

<sup>266</sup> Beauchamp/Childress (op. pod črto št. 7), str. 63.

<sup>267</sup> Ibid., str. 62.

<sup>268</sup> Ibid., str. 59. Takšno stališče navaja tudi O'Neill Onora, Autonomy and trust in bioethics (Gifford Lectures), Cambridge, 2005 (Kindle e-book), str. 29.

<sup>269</sup> Freeman (op. pod črto št. 14), str. 35.

avtonomno odločitev, drugič pa ne,<sup>270</sup> kar bo odvisno od teže odločitve.<sup>271</sup> Avtonomna oseba je vsak posameznik, ki je sposoben sprejeti utemeljeno odločitev glede na svoje vrednote in prepričanja.<sup>272</sup> Avtonomija torej nastopi že pred polnoletnostjo in postopoma narašča vzporedno z manjšanjem starševske oblasti.<sup>273</sup> Spoštovanje otrokove avtonomije zahteva, da otroka obravnavamo kot osebo in kot nosilca pravic.<sup>274</sup>

V KOP se načelo avtonomije izraža v 12. členu,<sup>275</sup> kjer je otroku priznana **pravica do svobodnega izražanja lastnih mnenj**, ki jih je sposoben izoblikovati, tehtnost izraženih mnenj pa se presoja v skladu z otrokovo starostjo in zrelostjo. Ta določba je povezana s 5. členom KOP, ki od držav podpisnic zahteva, naj na način, prilagojen otrokovim razvojnim zmožnostim, zagotovijo ustrezno usmerjanje in svetovanje otroku pri uveljavljanju njegovih pravic, priznanih s konvencijo. Usmerjanje in svetovanje nadomesti morebitno pomanjkanje znanja, izkušenj in razumevanja, tako da bo otroku omogočeno izražanje mnenj.<sup>276</sup>

V pravnem okviru EKČP je otrokovo pravico do izražanja mnenj utemeljeno iskati v okviru določb, ki se nanašajo tudi na odrasle. Tako bi se otrok lahko skliceval na 10. oziroma 14. člen EKČP, prav tako tudi na pravico do spoštovanja družinskega življenja iz 8. člena, ki je lahko kršena zaradi nezaslišanja otroka v postopku.<sup>277</sup>

### 3. Pasti lebdenja med paternalizmom in avtonomijo

Otrokov pravni položaj se v KOP ureja po eni strani z varovalnimi pravicami, v okviru teh pa s paternalističnim načelom varstva največjih koristi (*best interests of the child*). S participativnimi pravicami mu konvencija daje pravico do svobodnega izražanja mnenj. Načelo

---

<sup>270</sup> Beauchamp/ Childress (op. pod črto št. 7), str. 59.

<sup>271</sup> Gl. P Alderson, *Young children's rights: exploring beliefs, principles and practice*, London, 2000, kjer navaja več različnih primerov, ki kažejo, kako so otroci različnih starosti sposobni sprejemati avtonomne odločitve v določenih okoliščinah.

<sup>272</sup> W Vaught, *Autonomy and the rights of minors*; v: DN Weisstub in G Díaz Pintos, *Autonomy and human rights in health care: an international perspective*, Dordrecht, 2008 (Kindle e-book), loc. 1975.

<sup>273</sup> F Kernaleguen, *The adolescent and medical treatment in French law*; v: Feuillet-Liger in dr., *Adolescents, autonomy and medical treatment: divergence and convergence across the globe*, Bruselj, 2012, str. 12.

<sup>274</sup> Freeman (op. pod črto št. 14), str. 36.

<sup>275</sup> Odbor za otrokove pravice poudarja, da je pravica iz 12. člena ena od temeljnih vrednot KOP. Odbor za otrokove pravice, Splošni komentar št. 12 (2009); *The right of the child to be heard*. CRC/C/GC/12, 20. 7. 2009; <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.html> (zadnjič obiskano: 18. 11. 2013), 2. točka.

<sup>276</sup> Ibidem, 84. točka.

<sup>277</sup> A Daly, *The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights*, *The International Journal of Human Rights*, 15:3, 2011, str. 444–445. V tem smislu se avtor sklicuje na zadevo *Elzholz vs. Nemčija*.

otrokovih koristi lahko torej prevlada nad izraženim mnenjem, če pristojni organ ugotovi, da otrokova želja ni v njegovo korist, saj je slednje načelo glavno vodilo.

Sta načeli torej v nasprotju? Gre za sistemsko nedoslednost ali pa ju je mogoče obravnavati kot logično celoto? Načeli iz 3. in 12. člena naj sicer ne bi bili v konfliktu. Razumeti ju je treba v povezavi, v smislu, da so organi dolžni otroka pritegniti v postopek, kajti to omogoča identifikacijo največjih otrokovih koristi. Načela otrokovih koristi namreč ni mogoče pravilno uporabiti brez seznanitve z otrokovim mnenjem.<sup>278</sup> Poleg tega za sodelovanje otroka v postopkih ni nujna visoka stopnja sposobnosti, otroku je mogoče prisluhniti v vsakem primeru.<sup>279</sup>

Ali je mogoče ravnati v nasprotju z izraženim otrokovim mnenjem, če organ meni, da to terjajo otrokove koristi? Menim, da je poseg v izbiro otroka, ki ne dosega potrebne stopnje razumevanja, da bi zmožni sprejeti (tudi dolgoročno pomembno) odgovorno odločitev, upravičen; temu so varovalni ukrepi tudi namenjeni. Bistveno pri tem je, da otrok ne ravna avtonomno, kar pomeni, da ne pride do posega v odločitev avtonomnega subjekta. Do konflikta lahko pride, če otrok sprejme avtonomno odločitev. Takšno odločitev pa je treba spoštovati, saj otroka sicer ne obravnavamo kot osebnost in mu ne priznavamo, da je subjekt pravic.<sup>280</sup> Seveda lahko otrok stori napako, vendar napake delajo tudi odrasli, poleg tega je marsikatero napačno odločitev mogoče popraviti.<sup>281</sup> Na napakah se učimo in otrok se bo tudi skozi napake naučil avtonomnega ravnanja.<sup>282</sup> Če otrok ni pritegnjen v odločanje, bo ob nastopu polnoletnosti težko ravnal odgovorno. In, kot utemeljeno poudarja Freeman, če bi spoštovali avtonomijo le takrat, ko se posameznik odloči pravilno, bi njegovih pravic ne jemali resno.<sup>283</sup> Obenem pa spoštovanje otrokove integritete zahteva, da otroka obvarujemo pred dejanji, ki bi lahko resno ogrozila njegovo bodočo avtonomijo. Zato mora biti poseg omejen tako, da se odvrne neposredna grozeča nevarnost.<sup>284</sup> Ob tem menim, da ne smemo zanemariti dejstva, da so za otroke še vedno odgovorni starši (materialno in moralno), zato je poseg v odločitve, ki bi nujno privedle do resne odgovornosti staršev, dopusten. Vendar bi tak poseg lahko opredelili kot odvrnitev škode tretjim, kar pa v bistvu izključuje paternalistično naravo posega.<sup>285</sup>

Problem predstavljajo tudi zakonske omejitve, ki otrokom kot kategoriji onemogočajo izvrševanje nekaterih pravic, ki so dostopne polnoletnim. Te so, kadar se sklicujejo zgolj na

---

<sup>278</sup> Splošni komentar št. 12 (op. pod črto št. 40), 70.–74. točka.

<sup>279</sup> Breen (op. pod črto št. 15), str. 7.

<sup>280</sup> Freeman (op. pod črto št. 14), str. 36.

<sup>281</sup> P Alderson, *Children's consent to surgery*, Buckingham, 1993, str. 50.

<sup>282</sup> Id.

<sup>283</sup> Freeman (op. pod črto št. 14), str. 97.

<sup>284</sup> Id.

<sup>285</sup> Tudi Mill (op. pod črto št. 10), str. 68, izrecno dovoljuje posege v svobodo posameznikov, če so potrebni, da se odvrne škoda tretjim. Posameznik je svoboden, dokler s svojimi dejanji ne ogroža drugih.

starostno mejo, ne da bi se upoštevali še drugi dejavniki, posebej problematične tudi zato, ker vodijo do stereotipiziranja.<sup>286</sup> Omejitve same po sebi niso nedopustne, če je različno obravnavanje mogoče utemeljiti z legitimnimi razlogi.<sup>287</sup> Takšen legitimen razlog je lahko tudi večja ranljivost otrok in večja potreba po njihovi zaščiti. Ob tem Breen utemeljeno opozarja, da kadar omejitev ne zasleduje razumnega cilja in ukrep ni nujen za doseg zasledovanega cilja, ne moremo več govoriti o različni obravnavi, temveč o diskriminaciji.<sup>288</sup> Takšen zaključek lahko nedvomno izvedemo tudi iz naše ustavne ureditve. Po naši ustaljeni ustavnosodni praksi Ustavno sodišče pri vsaki omejitvi, ki pomeni poseg v človekove pravice, presodi, ali temelji na legitimnem, stvarno upravičenem cilju in ali je ta v skladu z načelom sorazmernosti, ki prepoveduje prekomerne posege države. V okviru t. i. strogega testa sorazmernosti Ustavno sodišče presodi, ali gre za prekomeren poseg, pri čemer oceni, ali je poseg nujen in primeren za doseg zasledovanega cilja ter ali je teža posledic ocenjevanega posega v prizadeto človekovo pravico proporcionalna vrednosti zasledovanega cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi posega nastale (načelo sorazmernosti v ožjem pomenu).<sup>289</sup> Ni videti razloga, da ne bi na tak način presojalo tudi posege v pravice otrok, pri čemer menim, da bi bilo otrokovo omejitev človekovih pravic težko zagovarjati v primeru, ko je otrok avtonomen. Na to je Ustavno sodišče že nakazalo v odločbi št. U-I-127/01 z dne 12. 2. 2004, ko je ob grajanju ureditve po Zakonu o nalezljivih boleznih ugotovilo, da bi moral zakonodajalec pri urejanju obveznega cepljenja upoštevati tudi položaj razsodnega otroka in ustrezno urediti postopek.<sup>290</sup>

Starostna meja sicer predstavlja jasno postavljeno, objektivno in enostavno določljivo merilo, vendar lahko služi le kot izhodišče, kajti otroci se razvijajo različno.<sup>291</sup> Pri zakonskih omejitvah določenih ravnanj so prizadeti tisti mladoletniki, ki so sposobni izražati določena stališča ali so sposobni za določeno ravnanje, se tega zavedajo, vendar jim zgolj zavoljo starosti to ni dovoljeno oziroma omogočeno. Z vidika navedene ustavnosodne presoje bi bilo vedno treba oceniti, ali je omejitev res potrebna in kakšen je njen smoter. Pri tem ni nepomembna okoliščina, ali je omejitev namenjena zgolj varstvu mladoletnika samega ali preprečevanju predvidljive škode tretjim. Morebitna napaka, ki bi prizadela zgolj mladoletnika samega (in ne bi resno ogrozila njegovih dolgoročnih interesov), je sprejemljivejša, saj se tako, kot smo že ugotovili, uči odgovornega ravnanja, medtem ko je preprečevanje škode tretjim lahko razumen razlog za omejitev. Oceniti bi bilo treba tudi, ali je nedopuščeno ravnanje takšno, da ga mladoletnik res ne bi mogel ustrezno izvršiti. Dobrodošla bi bila tudi primerjava z odraslimi glede vprašanja, ali res obstajajo tolikšne razlike v sposobnosti, zlasti v primerjavi s starostniki, pri katerih se sposobnost

---

<sup>286</sup> Breen (op. pod črto št. 15), str. 27.

<sup>287</sup> Ibid., str. xii.

<sup>288</sup> Id.

<sup>289</sup> Opisana ustaljena ustavnosodna presoja sorazmernosti je bila uporabljena in obrazložena v več ustavnih odločbah, med drugim v odločbi št. U-I-127/01 z dne 12. 2. 2004 (Uradni list RS, št. 25/04 in OdlUS XIII, 10).

<sup>290</sup> Ibid., 26. točka.

<sup>291</sup> Breen (op. pod črto št. 15), str. 33.



domneva. Omejevanja pravic slednjih sicer nikakor ne podpiram, menim pa, da se primerjavam ni mogoče izogniti in da sprožajo relevantna vprašanja.

### **III. KRITIČNA PRESOJA DOLOČENIH OMEJITEV OTROKOVEGA IZRAŽANJA V LUČI OBRAVNAVANE PROBLEMATIKE**

V nadaljevanju so na kratko predstavljena tri področja, ki bi lahko sodila v konfliktno polje, obravnavano v prejšnjem delu. Po eni strani gre za odločitve v postopkih, ki se bistveno nanašajo na otroka; vprašanje je, v kolikšni meri pravni red omogoča upoštevanje otrokovih odločitev oziroma koliko lahko otrok sploh vpliva na končno odločitev (1. in 2. točka). Na drugi strani pa gre za normativne omejitve, ki jih v določeni meri lahko terjata tudi javni interes, utemeljen na zadostni stopnji zrelosti pri odločanju; tu gre za vprašanje, ali je fiksna starostna omejitev na točki polnoletnosti res povsem utemeljena (3. točka). Pri vseh izpostavljenih problemih izhajam iz predpostavke, da je otrok avtonomen in da se torej glede na doseženo stopnjo sposobnosti njegovo odločanje oziroma ravnanje ne bi (bistveno) razlikovalo od postopanja polnoletne osebe.

#### **1. Odločitve o zdravljenju**

Medicinski posegi oziroma drugi ukrepi zdravstvene oskrbe predstavljajo poseg v telesno integriteto in so s tem najbolj intimno povezani z osebo, na katero se nanašajo. Zato je pravzaprav nujno, da se, kolikor je le mogoče, upošteva otrokovo mnenje. Na tem področju Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP) postavlja privolitveno sposobnost pod mejo polnoletnosti, in sicer pri starosti 15 let.<sup>292</sup> V tem delu ureditev ocenjujem za primerno<sup>293</sup> in sistemsko skladno, kajti starost 15 let pomeni tudi pridobitev omejene poslovne sposobnosti. Zlasti je ustrezno, da se zakonodajalec ni zadovoljil zgolj s postavitvijo fiksne starostne meje, temveč omogoča zdravniku tudi vsebinsko presojo sposobnosti odločanja otroka o sebi,<sup>294</sup> ki ni omejena s spodnjo starostno mejo. Glede okoliščin, ki govorijo o sposobnosti odločanja o sebi, se zdravnik praviloma posvetuje s starši oziroma skrbnikom.<sup>295</sup> Primerno je, da se zdravnik ni dolžan v vsakem primeru posvetovati s starši (uporaba besede »praviloma«), temveč bo to storil glede na okoliščine primera. V nasprotnem primeru bi v konfliktu med interesi avtonomnih otrok in staršev lahko prevladala odločitev staršev. Četudi otrok ni sposoben odločanja (privolitve), ima

---

<sup>292</sup> Zakon o pacientovih pravicah (Uradni list RS, št. 15/08; ZPacP), 35. člen.

<sup>293</sup> Privolitvena sposobnost pred polnoletnostjo je tudi primerjalno pravno povsem običajna. Npr. Švica, Francija, Nemčija.

<sup>294</sup> Sposobnost odločanja o sebi je v 19. točki 2. člena ZPacP opredeljena kot sposobnost pacienta, da samostojno uveljavlja pravice iz zakona, še zlasti odloča o izvedbi medicinskega posega oziroma zdravstvene oskrbe; šteje se, da je pacient sposoben odločanja o sebi, če je glede na starost, zrelost, zdravstveno stanje ali druge osebne okoliščine sposoben razumeti pomen in posledice uveljavljanja pacientovih pravic, še zlasti privolitve, zavrnitve ali preklica zavrnitve medicinskega posega oziroma zdravstvene oskrbe.

<sup>295</sup> ZPacP, drugi odstavek 35. člena.

pravico, da se, kolikor je najbolj mogoče, upošteva njegovo mnenje, če ga je sposoben izraziti in če razume njegov pomen ter posledice.<sup>296</sup>

Glede obsega odločanja zakon za otroke ne uporablja izraza »sposobnost odločanja o sebi«, kakor sicer velja za druge paciente, temveč izrecno govori zgolj o »sposobnosti privolitve«; zato je pomembno vedeti, koliko se upošteva avtonomna zavrnitev predlaganega posega. Po splošni določbi 30. člena ZPacP ima pacient, ki je sposoben odločanja o sebi, pravico poseg zavrniti, razen kadar bi to ogrozilo življenje ali huje ogrozilo zdravje drugih. Otrok te zavrnitvene sposobnosti nima, saj je določba 35. člena specialna; mladoletnik torej ne more veljavno zavrniti predlaganega posega ne glede na njegovo težo. Menim, da je takšna ureditev diskriminatorna do avtonomnih mladoletnikov.<sup>297</sup> Njihov položaj bi bilo treba posebej upoštevati, na kar je, kot je bilo izpostavljeno zgoraj, izrecno opozorilo tudi že Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-127/01 z dne 12. 2. 2004.<sup>298</sup> Poleg tega ureditev, ki ne upošteva zavrnitvene sposobnosti avtonomnega otroka, neutemeljeno postavlja v pravno in psihološko nemogoč položaj njegove starše, kadar ti nosijo odgovornost za zavrnitev posega. Tako je po Zakonu o nalezljivih boleznih roditelj ali skrbnik mladoletnika odgovoren (in kazensko sankcioniran), če onemogoča ali se izmika obveznemu cepljenju (oziroma nekaterim drugim zdravstvenim ukrepom) za svojega mladoletnega otroka, če je takšno ravnanje neposredna posledica opustitve dolžne vzgoje in skrbi za mladoletnika.<sup>299</sup> Slednji kriterij je lahko podvržen subjektivni presoji v prekrškovem postopku. Ker je avtonomen mladoletnik že sam privolitveno sposoben, je kaznovanje njegovih staršev najbolj verjetno v primeru, ko se tudi otrok posegu upira. Starši, ki spoštujejo avtonomijo svojega otroka, so lahko za to kaznovani.

Kritiko zasluži tudi ureditev upoštevanja vnaprej izražene volje, saj lahko le pacient, ki je dopolnil 18 let, določi svojega zdravstvenega pooblaščenca za primer nesposobnosti<sup>300</sup> oziroma izrazi voljo o tem, kakšne zdravstvene oskrbe ne dovoljuje, če bi se znašel v položaju, ko ne bi bil sposoben dati veljavne privolitve. Za primerjavo kaže omeniti, da otrok pridobi oporočno sposobnost s starostjo 15 let,<sup>301</sup> kar kaže na določeno sistemsko neskladnost ureditve.

## 2. Upoštevanje otrokove volje v sporih iz razmerij med starši in otroki

---

<sup>296</sup> ZPacP, osmi odstavek 35. člena.

<sup>297</sup> Ne glede na to pa si je praktično težko predstavljati prisilno izvršitev posega na avtonomnem mladostniku, ki se temu upira. Za primerjavo ureditve, ki upošteva avtonomno izraženo voljo posameznika ne glede na starost, gl. švicarsko ureditev, opisano v Manai Dominique, *The rights of adolescent patients in Switzerland*; v: Feuillet-Liger in dr., *Adolescents, autonomy and medical treatment: divergence and convergence across the globe*, Bruylant, Bruselj, 2012, str. 260–271.

<sup>298</sup> Odločba UstS, št. U-I-127/01 z dne 12. 2. 2004, 26. točka.

<sup>299</sup> Zakon o nalezljivih boleznih (Uradni list RS, št. 33/06 – uradno prečiščeno besedilo), 57. člen.

<sup>300</sup> ZPacP, 33. člen.

<sup>301</sup> Zakon o dedovanju (Uradni list SRS, št. 15/76, 23/78 in nasl.), prvi odstavek 59. člena.

V sporih iz razmerij med starši in otroki<sup>302</sup> so otrokove koristi vodilno načelo, kar je razvidno tako iz relevantnih določb Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR) ter Zakona o pravnem postopku (ZPP). Zato je relevantno vprašanje, v kolikšni meri se upošteva otrokova avtonomno izražena volja, saj gre za odločanje o vprašanih, ki otroka bistveno zadevajo. O varstvu in vzgoji skupnih otrok se morata starša sporazumeti v skladu z otrokovimi koristmi.<sup>303</sup> Ugotavljanje koristi je torej v prvi vrsti prepuščeno staršem.<sup>304</sup> Ker starši izkazujejo otrokovo korist tudi s spoštovanjem otrokove osebnosti, je utemeljeno pričakovati, da upoštevajo tudi njegovo mnenje.

Če starša sporazuma sama ne moreta doseči, jima pri tem pomaga center za socialno delo.<sup>305</sup> Sodišče v nepravdnem postopku sporazuma ne upošteva, če ugotovi, da ni v skladu s koristjo otrok.<sup>306</sup> Če se starša ne moreta sporazumeti, odloči sodišče v pravnem postopku, kjer mora glede otrokovih koristi pridobiti mnenje centra za socialno delo. Otrokovo mnenje sodišče upošteva, če ga je otrok izrazil sam ali po osebi, ki ji zaupa in jo je sam izbral, in če je sposoben razumeti njegov pomen in posledice.<sup>307</sup> Smiselno podoben postopek velja tudi za odločanje o stikih<sup>308</sup> in o roditeljski pravici.<sup>309</sup>

Pri tem je zanimivo naslanjanje na otrokovo razsodnost, kar v bistvu že predpostavlja avtonomijo.<sup>310</sup> V tem smislu je zahteva, da sodišče upošteva otrokovo mnenje, če oceni, da je sposoben razumeti njegov pomen in posledice. Podobno sodišče v sporih prizna procesno sposobnost otroku, ki je dopolnil 15 let in je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih

---

<sup>302</sup> V skladu z drugim odstavkom 406. člena Zakona o pravnem postopku (Uradni list RS, 73/07-uradno prečiščeno besedilo in nasl.) so to spori o ugotovitvi ali izpodbijanju očetovstva ali materinstva ter spori o varstvu, vzgoji in preživljanju mladoletnih otrok in polnoletnih oseb, nad katerimi je podaljšana roditeljska pravica, in spori o stikih otrok s starši in z drugimi osebami.

<sup>303</sup> Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (Uradni list RS, št. 69/04-uradno prečiščeno besedilo; ZZZDR), 105. člen.

<sup>304</sup> Kot izhaja iz drugega odstavka 5.a člena ZZZDR, delajo starši v otrokovo korist, če zadovoljujejo njegove materialne, čustvene in psihosocialne potrebe z ravnanjem, ki ga okolje sprejema in odobrava in ki kaže na njihovo skrb in odgovornost do otroka ob upoštevanju njegove osebnosti in želja.

<sup>305</sup> Centri morajo v vseh dejavnostih in postopkih v zvezi z otrokom skrbeti za njegovo korist (ZZZDR, prvi odstavek 105.a člena).

<sup>306</sup> Gl. drugi odstavek 105. člena ZZZDR in drugi odstavek 5. člena Zakona o nepravdnem postopku (Uradni list SRS, št. 30/86 in nasl.), ki določa, da mora sodišče po uradni dolžnosti ukreniti vse, da se zavarujejo pravice in pravni interesi mladoletnikov. Pojem pravni interesi je v tem okviru mogoče enačiti z otrokovimi koristmi.

<sup>307</sup> ZZZDR, tretji odstavek 105. člena.

<sup>308</sup> ZZZDR, 106. člen.

<sup>309</sup> ZZZDR, 113. člen.

<sup>310</sup> Prim. Buchanan Allen/Brock Dan W., *Deciding for others: the ethics of surrogate decision making* (Studies in philosophy and health policy), New York, 1990, str. 23–25, ki menita (sicer konkretno za odločanje o zdravljenju), da sposobnost odločanja vključuje zmožnost razumevanja informacij, njihove obdelave in sporočanja odločitve, pri čemer je v odločanje treba vključiti tudi otrokove predstave o tem, kaj je zanj koristno.

ravnanj.<sup>311</sup> Otrok, ki je sposoben razumeti pomen postopka in posledice svoje odločitve, je povabljen, da izrazi svoje mnenje.<sup>312</sup> Pri tem je mogoče zavzeti stališče, da gre v naštetih primerih za upoštevanje mnenja avtonomnega subjekta. Problem nastane, ko se otrokovo mnenje ne bi upoštevalo, če bi organ ocenil, da njegovo stališče ni razumno.

Seveda se postavlja tudi vprašanje položaja otroka, za katerega je ocenjeno, da ni zmožen razumeti pomena in posledic postopka.<sup>313</sup> Vendar, kot utemeljeno opozarja Breen, nesposobnost še ne pomeni, da otroka ne pritegnemo v postopek odločanja, saj tudi odrasli niso vedno sposobni sprejeti razumnih odločitev.<sup>314</sup> Otrok ima namreč lahko relevanten čustven odnos do določenih okoliščin, kljub temu da ne presodi vseh dolgoročnih posledic.

### 3. Volilna pravica

Vsak državljan, ki je dopolnil 18 let, ima pravico voliti in biti voljen.<sup>315</sup> Ustavodajalec je torej izenačil sposobnost za aktivno in pasivno volilno pravico in jo vezal na polnoletnost. S tem so otroci kot skupina v neenakopravnem položaju s polnoletnimi, kar pomeni različno obravnavanje glede na starost. Ustava v 56. členu ob tem določa, da otroci uživajo človekove pravice in temeljne svoboščine (med katere sodi tudi volilna pravica) v skladu s svojo starostjo in zrelostjo. Gotovo ni mogoče trditi, da številni mladoletniki niso sposobni avtonomno izraziti svoje volje na volitvah. To bi predpostavljalo, da se npr. srednješolci ne zanimajo za družbeno dogajanje, da ne oblikujejo svojega mnenja in da nimajo interesa v zvezi s političnimi odločitvami, ki bodo vplivale na njihov položaj (npr. šolska prehrana, urejanje izobraževanja, težave, ki pretežno zadevajo mlade). Ne glede na dejstvo, da gre za ustavno določbo, si lahko postavimo vprašanje, ali je cilj razumen in ukrep sorazmeren oziroma ali ne bi bilo mogoče z ureditvijo, ki bi upoštevala potencialne probleme, vključiti avtonomne mladoletnike v odločanje. Predpostavimo, da je omejitev namenjena javni koristi, da se v zvezi s tako pomembnimi odločitvami, kot so volitve, ne sprejemajo nerazumne odločitve.<sup>316</sup> Pri pasivni volilni pravici je pomembno tudi, da je izvoljena oseba popolnoma poslovno sposobna, saj bo morala v nadaljevanju sprejemati najpomembnejše odločitve. Upoštevati je treba tudi težave pri ugotavljanju dejanske razsodnosti, saj je ugotavljanje starostne meje enostavnejše. Vendar kljub temu menim, da ureditev ni sorazmerna in da je mogoče najti rešitve, ki bi vsaj delno pristopile k rešitvi problema. Morebitno rešitev v tej smeri bi kazalo iskati v ločitvi pasivne in aktivne volilne pravice ter pravico voliti

---

<sup>311</sup> Zakon o pravnem postopku (ZPP), 409. člen.

<sup>312</sup> ZPP, 410. člen.

<sup>313</sup> V tem okviru ni odveč pripomniti, da bi ne vključitev otroka v postopek lahko kršila njegovo pravico do družinskega življenja iz 8. člena EKČP. G. Daly (op. pod črto št. 42), str. 444–445.

<sup>314</sup> Breen (op. pod črto št. 15), str. 7.

<sup>315</sup> Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91 in nasl.), 43. člen.

<sup>316</sup> Vendar ob tem ne moremo z gotovostjo trditi, da se prav vsi polnoletni državljani odločajo skrajno premišljeno oziroma da so vsi sposobni sprejeti tehtno odločitev.

priznati 15-letnikom, ki se jim sposobnost priznava tudi na nekaterih drugih področjih.<sup>317</sup> Ob tem je dejstvo, da nekateri pravni redi volilno pravico priznavajo tudi mladoletnikom.<sup>318</sup>

#### IV. SKLEP

Bistvo obravnavane problematike je neupoštevanje oziroma nezadostno upoštevanje avtonomije otrok na posameznih področjih. Predpostavka nezrelosti oziroma nesposobnosti za razumne odločitve je gotovo ključen razlog paternalističnih ukrepov. Otroci nedvomno potrebujejo posebno varstvo. Pri tem pa pozabljamo, da njihova nezrelost ni zamrznjena točka v času, temveč da se otrok stalno razvija. V trenutku, ko lahko v določenih okoliščinah ravna avtonomno, pretirano varovanje postane paternalistično. Obravnava, ki ne izpolnjuje več pogojev za dopustno različno urejanje neenakih življenjskih razmerij in torej izgubi svoj legitimni cilj, lahko postane diskriminatorna.<sup>319</sup> Tako standard največjih otrokovih koristi kot otrokova pravica do izražanja mnenj sta v razmerjih z otroki potrebna: ti glede na različne okoliščine obenem potrebujejo tako zaščito kot aktivno participacijo. Vendar je med njima treba najti zdravo mero in presoditi, kdaj je uporaba katerega načela ustrezna. Vsekakor pa je mogoče zaključiti, da je spoštovanje avtonomnega otroka v njegovo največjo korist.

---

<sup>317</sup> Omejena poslovna sposobnost, oporočna sposobnost, privolitvena sposobnost za odločitve v zvezi z zdravljenjem.

<sup>318</sup> Gl. [http://en.wikipedia.org/wiki/Youth\\_suffrage](http://en.wikipedia.org/wiki/Youth_suffrage) (zadnjič obiskano: 18. 11. 2013).

<sup>319</sup> Breen (op. pod črto št. 15), str. 209.

# VIRI IN LITERATURA

## 1. Monografije:

- Alderson Priscilla, *Young children's rights: exploring beliefs, principles and practice*, 2. izdaja, Jessica Kingsley Publishers, London, 2000.
- Alderson Priscilla, *Children's consent to surgery*, Open University Press, Buckingham, 1993.
- Beauchamp Tom L., Childress James F., *Principles of biomedical ethics*, 5. izdaja, Oxford University Press, New York, 2001.
- Breen Claire, *Age discrimination and children's rights: ensuring equality and acknowledging difference*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2006.
- Buchanan Allen, Brock Dan W., *Deciding for others: the ethics of surrogate decision making (Studies in philosophy and health policy)*, Cambridge University Press, New York, 1990.
- Dworkin Gerald, *The theory and practice of autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- Elliston Sarah, *Best interests of the child in healthcare*, Routledge, Chapman & Hall, New York, 2007.
- Feinberg Joel, *Harm to self: the moral limits of the criminal law*, 3. zvezek, Oxford University Press, New York, 1989 (Kindle e-book).
- Kultgen John, *Autonomy and intervention: parentalism in the caring life*, Oxford University Press, New York, 1995.
- Mill John Stuart, *On liberty*, Penguin Books, London, 1974.
- O'Neill Onora, *Autonomy and trust in bioethics (Gifford Lectures)*, 3. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge, 2005 (Kindle e-book).
- Ross Friedman Lainie, *Children, families, and health care decision making*, Oxford University Press, New York, 1998.

## 2. Članki:

- Choudry Shazia, *Clashing rights and welfare: A return to a rights discourse in family law in the UK?;* v: Albertson Fineman Martha/Worthington Karen, *What is right for children?*, Ashgate Publishing Limited, Farnham, 2009, str. 269–282.
- Daly Aoife, *The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights*, *The International Journal of Human Rights*, 15:3, 2011, str. 441–461.
- Dworkin Gerald, *Paternalism*, *The Monist*, Vol. 56, No. 1, 1972, str. 64–84.
- Freeman Michael, *Taking children's rights more seriously;* v: Freeman Michael, *The moral status of children: essays on the rights of the child*, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1997; str. 19–45.
- Kernaleguen Francis, *The Adolescent and medical treatment in French law;* v: Feuillet-Liger in dr., *Adolescents, autonomy and medical treatment: divergence and convergence across the globe*, Bruylant, Bruselj, 2012, str. 5–19.

Kilkelly Ursula, The child's right to religious freedom in international law: the search for meaning; v: Fineman Martha in Worthington Karen, What is right for children: the competing paradigms of religion and human rights, Ashgate Publishing Limited, Farnham, 2009, str. 243–268.

Manai Dominique, The rights of adolescent patients in Switzerland; v: Feuillet-Liger in dr., Adolescents, autonomy and medical treatment: divergence and convergence across the globe, Bruylant, Bruselj, 2012, str. 251–272.

Pope Thaddeus M., Counting the dragon's teeth and claws: the definition of hard paternalism, Georgia State University Law Review, Vol. 20, No. 3, 2004, str. 659–722.

Pope Thaddeus M., Is public health paternalism really never justified? A response to Joel Feinberg, Oklahoma City University Law Review, Vol. 30, No. 31, 2005, str. 121–207.

Vaught Wayne, Autonomy and the rights of minors; v: Weisstub David N. in Díaz Pintos Guillermo, Autonomy and human rights in health care: an international perspective, Springer, Dordrecht, 2008 (Kindle e-book), loc. 1895–2090.

Zermatten Jean, The best interests of the child: literal analysis, function and implementation, Institut International des droits de l'enfant, Working report, 2010; članek dostopen na: [http://www.childsrights.org/html/documents/wr/wr\\_best\\_interest\\_child09.pdf](http://www.childsrights.org/html/documents/wr/wr_best_interest_child09.pdf) (18. 11. 2013).

Wikipedia, Youth suffrage, članek dostopen na: [http://en.wikipedia.org/wiki/Youth\\_suffrage](http://en.wikipedia.org/wiki/Youth_suffrage) (18. 11. 2013).

### **3. Pravni viri:**

#### 3.1. Organizacija združenih narodov:

UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12 (2009); The right of the child to be heard. CRS/C/GC/12, 20. 7. 2009; <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm> (18.11. 2013).

Konvencija Združenih narodov o otrokovih pravicah (Uradni list SFRJ-MP, št. 15/90, Uradni list RS-MP, št. 9/92).

Judikatura Evropskega sodišča za človekove pravice:

Sahin vs. Nemčija, št. 30943/96 z dne 8. 7. 2003.

S. I. vs. Slovenija, št. 45082/05 z dne 13. oktobra 2011.

#### 3.3. Odločbe Ustavnega sodišča Republike Slovenije:

Odločba U-I-127/01 z dne 12. 2. 2004 (Uradni list RS, št. 25/04 in OdlUS XIII, 10).

#### 3.4. Slovenska zakonodaja:

Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04 in 68/06).

Zakon o dedovanju (Uradni list SRS, št. 15/76, 23/78, Uradni list RS/I, št. 17/91 – ZUDE, Uradni list RS, št. 13/94 – ZN, 40/94 – Odl. US, 82/94 -ZN-B, 117/00 – Odl. US, 67/01, 83/2001 – OZ, 73/04 – ZN-C, in 31/13 – odl. US).

Zakon o nalezljivih boleznih (Uradni list RS, št. 33/06 – uradno prečiščeno besedilo).

Zakon o nepravdnem postopku (Uradni list SRS, št. 30/86 (20/1988 popr.), Uradni list RS, št. 87/02-SPZ, 77/08-ZDZdr).

Zakon o pacientovih pravicah (Uradni list RS, št. 15/08).

Zakon o pravdnem postopku (Uradni list RS, 73/07-uradno prečiščeno besedilo, 45/08-ZArbit, 43/11 in 92/13 – odl. US).

Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (Uradni list RS, št. 69/04-uradno prečiščeno besedilo).



# **Jernej Letnar Čerňič    Pravica do družinskega življenja v sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice**

## **POVZETEK**

Pravica do družinskega življenja sodi med temeljne pravice vsake demokratične in pravne države. Oblike družinske skupnosti se razlikujejo od družine do družine. Njihova raznolikost je tolikšna kot raznolikost vsakodnevnega življenja. Opredeljevanje družinskega življenja zato ne sodi med lahke naloge. Pravo ne more popolnoma zajeti bogastva, raznolikosti in vse razsežnosti življenjskih situacij. Pojem družine zato ni statičen, saj se spreminja na podlagi spreminjajočih se medčloveških odnosov in življenjskih razmer v sodobnih družbah. Ohlapnejše in oddaljenejše kot je razmerje, manjše so obveznosti države, da varuje njegovo družinsko življenje. Rojstvo ali posvojitev otroka okrepi in poglobi družinsko življenje zakonca. Družinsko življenje je zagotovo mnogo kompleksnejše in bogatejše kot pravo, ki ga ureja. Krvna zveza je pomemben, vendar ne odločilen dejavnik pri nastanku družinskega življenja. Družinsko življenje ustvarja in vzdržuje predvsem močna čustvena vez med posamezniki ter se razlikuje od družine do družine. Če čustvena vez ni prisotna, tudi krvna zveza med družinskimi člani ne pomaga kaj dosti. Države imajo pozitivne obveznosti, da varujejo pravico do družinskega življenja tako v navpičnih kot tudi vodoravnih razmerjih.

*Ključne besede:* družina, krvna zveza, pravica do družinskega življenja, pozitivne obveznosti, vodoravna razmerja

## **Right to family life in the case law of the European Court of Human Rights**

## **ABSTRACT**

The right to family life is a fundamental right of any state based on democracy and the rule of law. Forms of family arrangements vary from family to family. Their diversity is as large as the diversity of everyday life. Identifying family life is therefore no easy task. Law cannot fully cover the wealth, diversity and all aspects of life situations. The concept of family is therefore not static, it is changing based on the changing human relationships and living conditions in modern societies. The looser and more distant the relationship is, the lower the state's commitment to protecting family life. The birth or adoption of a child deepens family life. Family life is certainly much more complex and richer than the right to a family life which governs it. Blood ties are an important but not a decisive factor in the formation of family life. Family life creates and maintains a particularly strong emotional bond between individuals and varies from family to family. If an emotional bond is not present, the blood relationship between family members does not help much. States have a positive obligation to protect the right to a family life in both vertical as well as horizontal relationships.

*Keywords:* family, blood ties, the right to family life, positive obligations, horizontal relationships

## 1. Uvod

Oblike družinske skupnosti se razlikujejo od družine do družine. Njihova raznolikost je tolikšna kot raznolikost vsakodnevnega življenja. Opredeljevanje družinskega življenja zato ne sodi med lahke naloge. Pravo ne more popolnoma zajeti bogastva, raznolikosti in vse razsežnosti življenjskih situacij. Pojem družine zato ni statičen, saj se spreminja na podlagi spreminjajočih se medčloveških odnosov in življenjskih razmer v sodobnih družbah. V japonskem filmu »Kakršen oče, takšen sin« (そして父にな) režiserja Hirokaza Kore-ede arhitekt Rjota Nonomiya s svojo ženo Midori in šestletnim sinom Keitom živi v sodobnem stanovanju v enem izmed nebotičnikov v Tokiu. Krvni test, ki ga Keita opravi ob vpisu v osnovno šolo, pokaže, da Rjota in Midori nista njegova biološka starša. Izkaže se, da je ob njegovem rojstvu v porodnišnici prišlo do zamenjave. Njun naravni sin živi v petčlanski družini v revnejšem predelu Tokia. Midori in Rjota se nenadoma znajdeta pred dilemo, ali naj Keito zamenjata z njunim naravnim sinom ali pa je vendarle močnejša vez, ki se je v šestih letih spletla med njima in Keito. H kalvariji in zapletenosti situacije pripomore še Rjotov oče, ki sinu zabiča, da je najpomembnejša krvna vez in nič drugega. Težka situacija, v kateri se znajdeta dve tokijski družini iz filmske zgodbe, opozarja na eno izmed večnih dilem o družinskem življenju: ali je krvna zveza predpogoj za nastanek družinskega življenja ali pa je pomembnejša srčnost, predanost in povezanost družine ne glede na genetsko sliko otrok. Kako lahko torej opredelimo družinsko življenje?

Ker je opredelitev družinskega življenja v sodobnih evropskih družbah predmet različnih manipulacij, v članku obravnavamo 38 primerov iz sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP), ki se neposredno ali posredno nanašajo na sovražni govor. Po kratkem uvodu v drugem delu ugotavljamo pomen družinskega življenja v pravnem redu Evropske konvencije o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah. V tretjem delu predstavimo in analiziramo 38 primerov iz sodne prakse ESČP o opredelitvi družinskega življenja, medtem ko v četrtem delu analiziramo načelo celovitosti družine. Peti del obravnava in analizira državne obveznosti v razmerju do varovanja pravice do družinskega življenja, pri čemer opredelimo temeljna načela, ki izhajajo iz sodne prakse ESČP. Šesti del izpostavlja vprašanje neprijavljenih kršitev v razmerju do varstva pravice do družinskega življenja. V zaključku ugotavljamo, da iz sodne prakse ESČP izhaja jasna in določljiva opredelitev družinske obveznosti, ki temelji na najmanjšem skupnem imenovalcu pravnih redov vseh 47 članic Sveta Evrope.

## 2. Pravica do družinskega življenja

Pravica do družinskega življenja sodi med temeljne pravice vsake demokratične in pravne države. Pravica do družinskega življenja varuje temeljno celico vsake družbe. Vendar ta pravica

ni absolutna, saj jo je treba varovati v razmerju do drugih človekovih pravic. 8. člen Evropske konvencije o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah (v nadaljevanju EKČP) v 1. odstavku jasno določa, da »ima vsakdo pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, svojega doma in dopisovanja«. <sup>320</sup> Pravica do družinskega življenja pa vsebuje tudi omejitve, saj 2. odstavek 8. člena določa, da se »javna oblast ... ne sme vmešavati v izvrševanje te pravice, razen če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države, zato, da se prepreči nered ali zločin, da se zavaruje zdravje ali morala ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi«. <sup>321</sup> Pravico do družinskega življenja lahko ESČP omeji na podlagi ene od izjem iz 2. odstavka 8. člena EKČP. Pri tem ESČP uporabi načelo sorazmernosti in tehta med različnimi vrednotami. Dilema med navzkrižjem med svobodo izražanja in vrednotami iz 2. odstavka 8. člena je mogoče rešiti le z uporabo načela sorazmernosti. Pri presojanju posegov v pravico do družinskega življenja mora ESČP najprej ugotoviti, ali je država posegla v pravico pritožnikov do družinskega življenja oziroma ali jo je ustrezno varovala, ali je bil poseg predpisan z zakonom in je zasledoval legitimen cilj, ki vključuje, denimo, zavarovanje ugleda ali pravic drugih, ter ali je bil takšen poseg nujen v demokratični družbi. Da razreši navzkrižje med dvema ali več vrednotami, ESČP uporabi test sorazmernosti. Pravica do družinskega življenja sodi med najpomembnejše stebre svobodne demokratične družbe. Čeprav ta pravica ni absolutna in jo je treba uskladiti z drugimi pravicami, ima pogosto prednost pred njimi. Arbitrarnih posegov v družino pravica do družinskega življenja ne varuje. ESČP v takšnih primerih daje prednost drugim vrednotam, ki jih v svobodnih, demokratičnih in pluralnih družbah varuje Evropska konvencija o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah.

Ali je država zavezana in pristojna varovati pravico do družinskega življenja tudi v razmerjih med zasebnimi subjekti? Ali torej človekove pravice res varujejo posameznika samo v razmerju do državne oblasti? Pravo človekovih pravic tradicionalno varuje posameznika pred čezmernimi posegi države v njegove človekove pravice. Posameznik, ki ga državni organi pretepejo, utрпи kršitev človekovih pravic, medtem ko bi lahko pretepanje s strani zasebnih subjektov označili le za kaznivo dejanje. Zato klasično razumevanje človekovih pravic ne zadošča več. Človekove pravice varujejo posameznika tudi v razmerjih med zasebnimi subjekti, razen če gre za pravice, ki so po svoji naravi takšne, da ustvarjajo samo vertikalne učinke. <sup>322</sup> Nemško zvezno ustavno sodišče je v svoji bogati sodni praksi že pred desetletji razvilo doktrino *Drittwirkung*, ki dopušča uporabo človekovih pravic v zasebnih razmerjih. <sup>323</sup> Tudi Ustavno sodišče RS je že večkrat poudarilo, da se človekove pravice uporabljajo tudi v zasebnih razmerjih. V odločbi Up 20-93 je zapisalo, da je »v slovenski ustavi – v primerjavi s tradicionalnimi zahodnoevropskimi ustavami – nenavadno mnogo ustavnih pravic, pri katerih že iz ustavnega besedila bolj ali manj jasno

---

<sup>320</sup> Evropska konvencija o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah, Uradni list RS (13. 6. 1994) MP, št. 7-41/1994 (RS 33/1994), 1. odstavek 8. člena.

<sup>321</sup> Prav tam, 2. odstavek 8. člena.

<sup>322</sup> J. van der Walt, »Blixen's Difference: Horizontal Application of Fundamental Rights and the Resistance to Neo-colonialism«, *Law, Social Justice & Global Development Journal*, 2003 (1).

<sup>323</sup> BVerfGE 7, 198. Glej Matej Avbelj, Is there *Drittwirkung* in EU Law?, v A. Sajó in R. Uitz (ur.), *The constitution in private relations: expanding constitutionalism* (Utrecht: Eleven International Publishing, 2005), 145–163.

izhaja, da so to pravice, ki jih ustava človeku daje tudi nasproti drugim zasebnikom – nekatere celo predvsem nasproti njim ali pa jih proti nosilcem javnih pooblastil neposredno sploh ni mogoče uporabiti (npr. pravice staršev do otrok in obratno)«. <sup>324</sup> Človekove pravice tako učinkujejo tudi na horizontalni ravni, kjer ustvarjajo obveznosti zasebnih subjektov do spoštovanja človekovih pravic. Če mladenič za štirimi zidovi pretepa svoje dekle, ne gre samo za kaznivo dejanje nasilja v družini, <sup>325</sup> ampak tudi za kršitev prepovedi mučenja ter nečloveškega in ponižujočega ravnanja. V primeru družinskega nasilja ima mladenič horizontalno obveznost, da se vzdrži vmešavanja v svobodo svojega dekleta pred mučenjem. Ker ima dekle pravico do svobode pred mučenjem s strani njenega fanta, je tudi njen fant zavezan, da ravna človeško, saj prepoved mučenja ter nečloveškega in ponižujočega ravnanja ali kaznovanja velja tudi v razmerjih med zasebniki. <sup>326</sup> Vodoravna narava človekovih pravic ustvarja državno obveznost varovati, kar pomeni, da mora država varovati človekove pravice tudi v zasebnopravnih razmerjih ter mora zagotoviti, da tretje osebe spoštujejo ustavni in evropski katalog človekovih pravic in temeljnih svoboščin. <sup>327</sup> Zasebni subjekti imajo tudi obveznosti do spoštovanja človekovih pravic v zasebnih razmerjih, pri čemer je njihovo uveljavljanje, denimo v delovnopravnih in civilnopravnih zadevah, prepuščeno njim samim, v kazenskoopravnih pa državnim subjektom. <sup>328</sup> Spoštovanje človekovih pravic pomeni nekaj več kot le varovanje človekovih pravic posameznika v vertikalnem razmerju do državne oblasti. <sup>329</sup> Človekove pravice učinkujejo tudi v vodoravnih razmerjih, kjer posameznika varujejo v razmerju do zasebnikov. Državni organi jih morajo zato varovati tako v razmerjih posameznikov do države kot tudi v razmerjih med zasebniki.

### 3. Pojem družine

ESČP pojem družinskega življenja razlaga široko, pri čemer njegova sodna praksa upošteva spreminjajoče se družbene razmere v evropskih državah. Pojem družine je zagotovo bolj sociološki kot pravni pojem, vendar njegova vsebina ni nepomembna, saj je od nje odvisno uresničevanje pravic posameznikov. Pojem družinskega življenja ni statičen koncept, ki bi obstal v začetku petdesetih let, ko je začela veljati EKČP. Nasprotno, je spreminjajoč se pojem, ki ga

---

<sup>324</sup> Up 20-93, 38. odstavek.

<sup>325</sup> Kazenski zakonik (KZ-1), Ur. l. RS, št. 55/2008, 191. člen.

<sup>326</sup> C. Scott, »Translating Torture into Transnational Tort: Conceptual Divides in the Debate on Corporate Accountability for Human Rights Harms«, v C. Scott (ur.), *Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (Oxford: Hart Publishing, 2001), 45.

<sup>327</sup> M. Tushnet, »The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law«, *International Journal of Constitutional Law*, Nr. 1 (2003), 87.

<sup>328</sup> S. Gardbaum, »The horizontal effect of constitutional rights«, *UCLA School of Law, Public Law & Legal Theory, Research Paper Series, Research Paper No. 03-14* (2003).

<sup>329</sup> J. J. Paust, »The Other Side of Right: Private Duties Under Human Rights Law«, *5 Harvard Human Rights Journal* 51, 54 (1992).

napolnjujejo sodobne družinske razmere. Zato je dandanes pojem družinskega življenja veliko širši kot v času sprejema EKČP. ESČP je v zadevi *Tyrer vs. Združeno kraljestvo* zapisalo, da je EKČP »živ instrument, ki ga je treba razložiti v luči današnjih razmer«. <sup>330</sup> Družinsko življenje tako običajno vključuje vsa razmerja, ki temeljijo na krvni zvezi, čeprav to pravilo, kot bomo videli v nadaljevanju, ni brez izjem. ESČP je v zadevi *Marckx vs. Belgija* zapisalo, da pojem družinskega življenja »vključuje vsaj vezi med bližnjimi sorodniki, denimo med starimi starši in vnuki, saj imajo lahko taki sorodniki pomembno vlogo v družinskem življenju«. <sup>331</sup> K temu bi lahko prišteli še čustvene vezi z otroki oziroma drugimi družinskimi člani, kljub temu pa ESČP v zadevi *Scozzari in Giunta vs. Italija* ni ugotovilo kršitve 8. člena EKČP. Šlo je za to, da so italijanske oblasti dale vnuke v posvojitev, namesto da bi jih poslale k njihovi babici v Bruselj, in sicer zaradi »pomanjkanja babičinega entuziazma«. <sup>332</sup>

Obveznost države spoštovati družinsko življenje pomeni, da država »deluje tako, da se lahko družinske vezi normalno razvijejo«. <sup>333</sup> Zakonska zveza nedvomno ustvarja družinsko življenje, če je seveda zakonita in pristna ter kljub temu, da »se družinsko življenje še ni v celoti vzpostavilo«. <sup>334</sup> Načrtovano skupno življenje tako ne sodi samo po sebi izven varstva 8. člena EKČP. <sup>335</sup> Ni tudi potrebno, da je zakonska zveza registrirana pred državnimi organi, saj je ESČP v zadevi *Munoz Diaz vs. Španija* presodilo, da zakonska zveza, sklenjena skladno z romskimi običaji, uživa enako sodno varstvo. <sup>336</sup> Če se v zakonski zvezi rodi otrok, postane »ipso iure del tega odnosa, zato od trenutka otrokovega rojstva ... obstaja med njim in njegovim staršem vez v obliki družinskega življenja, četudi starši nato ne živijo skupaj«. <sup>337</sup> Nastala vez med otrokom in starši je namreč tako močna, da se lahko pretrga le v izjemnih okoliščinah, če denimo eden od staršev ali drugih družinskih članov ne vzdržuje stikov z otroki ali drugimi družinskimi člani. Seveda pa družinsko življenje *ipso facto* preneha, ko se zakonska zveza razveže. V takšnem primeru se družinsko razmerje nadaljuje samo v razmerju do otrok, če so se seveda rodili v zakonski zvezi. Družinsko življenje se lahko konča še s posvojitvijo otroka, izgonom enega od staršev ter z rejništvom.

V sodobnih evropskih družbah se vse manj posameznikov odloča za sklenitev zakonske zveze, pri čemer je vse več neformalnih zvez, kjer pari živijo skupaj brez sklenitve zakonske zveze. Pojem družine zato »ne obsega samo skupnosti, ki temeljijo na (formalni) zakonski zvezi, saj

---

<sup>330</sup> *Tyrer vs. Združeno kraljestvo*, 25. 4. 1978, Series A, no. 26, para. § 31, »a living instrument which must be interpreted in light of present-day conditions«.

<sup>331</sup> *Marckx vs. Belgija*, št. 6833/74, 13. 6. 1979, 45. odstavek.

<sup>332</sup> *Scozzari in Giunta vs. Italija*, št. 39221/98 in 41963/98, 13. 7. 2000, 226. odstavek. Glej podobno *Bronda vs. Italija*, št. 22430/93, 9.6.1998.

<sup>333</sup> *Marckx vs. Belgija*, 45. odstavek.

<sup>334</sup> *Abdulaziz, Cabales in Balkandali vs. Združeno kraljestvo*, št. 9214/80, št. 9473/81 in št. 9474/81, 28. 5. 1985, 62. odstavek.

<sup>335</sup> Prav tam.

<sup>336</sup> *Munoz Diaz vs. Španija*, št. 49151/07, 8. 12. 2009, 70. odstavek.

<sup>337</sup> *Berrehab vs. Nizozemska*, št. 10730/84, 21. 6. 1988, 21. odstavek.

vključuje tudi »de facto zveze«.<sup>338</sup> ESČP je v zadevi pojasnilo, da pojem družinskega življenja, tudi če ne gre za sobivanje, zajema vez med starši in njihovimi otroki, ne glede na to, ali je zakonita ali ne. Čeprav jo lahko prekinajo poznejši dogodki, se to lahko zgodi samo v izjemnih okoliščinah.«<sup>339</sup> ESČP tako presoja, ali ima določena zveza znake družinskega življenja, in sicer na podlagi različnih kriterijev, kot so: ali par živi skupaj, dolžina njunega odnosa in pripadnost drug drugemu tako, da imata skupaj otroke ali na katerikoli drug način.<sup>340</sup> V zadevi *Wagner in J.M.W.L. vs. Luksemburg* je ESČP zapisalo, da »luksemburška sodišča ne morejo utemeljeno zavrniti priznanja družinskih vezi, ki so obstajale de facto med pritožniki ... Sodišče meni, da razlogi, ki so jih predložili domači organi – in sicer dosledna uporaba ... 367. člena luksemburškega civilnega zakonika, ki dovoljuje posvojitve le poročenim parom –, niso »zadostni« za namene 2. odstavka 8. člena.«<sup>341</sup> V zadevi *Christine Goodwin vs. Združeno kraljestvo* je pritožnica Christine Goodwin, državljanka Združenega kraljestva, rojena leta 1937, po operaciji spola postala ženska transseksualec.<sup>342</sup> ESČP je zapisalo, da »8. člen EKČP poudarja, da je pojem osebne avtonomije pomembno načelo, ki zagotavlja varstvo osebne sfere vsakega posameznika, vključno s pravico do ustvarjanja podatkov o sebi kot individualnem človeškem bitju. V 21. stoletju se pravice transseksualcev do osebnega razvoja ter fizične in moralne varnosti v polnem pomenu besede ne sme obravnavati kot stvar polemike, ki zahteva določen čas, da družba takšne ljudi sprejme.«<sup>343</sup>

V okvirj pojma družinskega življenja sodi tudi »odnos med očetom in njegovimi nezakonskimi otroki ..., medtem ko to nujno ne velja za zunajzakonska razmerja, tudi če so privedla do rojstva otrok«,<sup>344</sup> čeprav lahko tudi takšna razmerja privedejo do družinskega življenja, če so dovolj močna in intenzivna.<sup>345</sup> ESČP je v zadevi *Olsson vs. Švedska* potrdilo, da družinsko življenje obstaja tudi med sestro in njenima bratoma, ki so jih švedske oblasti poslale v rejniške družine v medsebojno zelo oddaljene švedske kraje.<sup>346</sup> Pravico do družinskega življenja enako uživa tudi razmerje med stricem in nečakom.<sup>347</sup> Podobno varstvo uživajo tudi razmerja med otroki in njihovimi posvojitelji ter rejniki.<sup>348</sup> V zadevi *X., Y. in Z. vs. Združeno kraljestvo* je ESČP

---

<sup>338</sup> *Van der Heijden vs. Nizozemska*, št. 42857/05, 3. 4. 2012, 50. odstavek.

<sup>339</sup> *Boughanemi vs. Francija*, št. 22070/93, 20. april 1995, 35. odstavek.

<sup>340</sup> *Van der Heijden vs. Nizozemska*, prav tam.

<sup>341</sup> *Wagner in J. M. W. L. vs. Luksemburg*, št. 7624 0/01, 28. 6. 2007, 135. odstavek.

<sup>342</sup> *Christine Goodwin vs. Združeno kraljestvo*, št. 28957/95, 18. 7. 2002.

<sup>343</sup> Prav tam, 90. odstavek.

<sup>344</sup> *X. in Y. vs. Švica*, št. 7349/76, 14. 7. 1974, str. 74.

<sup>345</sup> Prav tam.

<sup>346</sup> *Olsson vs. Švedska*, št. 10465/83, 24. 3. 1988, 81. odstavek. Glej tudi *Boughanemi vs. Francija*, št. 22070/93, 20. 4. 1995, 35. odstavek.

<sup>347</sup> *Boye vs. Združeno kraljestvo*, št. 16580/90, 28. 2. 1994, 14. odstavek.

<sup>348</sup> *Jolie vs. Belgija*, št. 11418/85, 14. 5. 1986, str. 256.

zapisalo, da družinsko življenje ne zahteva krvne vezi med otrokom in starši, od katerih je samo mama biološka, oče pa je transseksualec.<sup>349</sup> ESČP je v zadevi *A. K. in L. vs. Hrvaška* zapisalo, da »obstajajo družinske vezi med otrokom in njegovim biološkim staršem, s katerim otrok ni nikoli živel«,<sup>350</sup> ter da »vzajemno uživanje družbe drug drugega med starši in otrokom predstavlja temeljni element družinskega življenja«. <sup>351</sup> V isti zadevi je ESČP še zapisalo, da »naravno družinsko razmerje ne preneha, ker je bil otrok premeščen v javno oskrbo«. <sup>352</sup> Tako ESČP, čeprav redkokdaj, 8. člen EKČP razlaga skladno z razmerami v sodobnih evropskih družinah, kjer veliko družin ne temelji na krvni zvezi.

Pravica do družinskega življenja gre tudi skupnostim istospolno usmerjenih posameznikov. ESČP je že večkrat potrdilo, da sodi diskriminacija na podlagi spolne usmerjenosti v kontekst 14. člena EKČP.<sup>353</sup> Več časa pa je potrebovalo, da je pojem družinskega življenja razširilo tudi na zunajzakonske skupnosti istospolno usmerjenih oseb. ESČP je dolgo vztrajalo, da skupnosti istospolno usmerjenih oseb varuje samo pravica do zasebnosti.<sup>354</sup> Nato pa je v zadevi *Schalk in Kopf vs. Avstrija* zapisalo, da bi bilo »umetno vztrajati ..., da istospolni par ne more uživati »družinskega življenja« za namene člena 8«. <sup>355</sup> Koraka dlje pa ni storilo, saj v tistem trenutku na evropski celini ni obstajalo soglasje, da imajo istospolni partnerji pravico do sklenitve zakonske zveze.

Nato se je sodna praksa ESČP, z eno izjemo, popolnoma spremenila.<sup>356</sup> V letošnji zadevi *X in ostali vs. Avstrija* je ESČP potrdilo, da »zunajzakonska skupnost istospolno usmerjenega para, ki živi v stabilnem *de facto* razmerju, sodi v družinsko življenje, tako kot bi v isti situaciji vanj sodilo razmerje partnerjev nasprotnega spola«. <sup>357</sup> Vprašanje pa je, ali družinsko življenje obstaja med istospolnima osebama in otrokom, ki je krvno povezan samo z enim od staršev, saj v istospolni skupnosti niso vsi družinski člani krvno povezani.

ESČP je denimo 3. novembra lani v zadevi *S. H. in drugi vs. Avstrija* (št. 57813/00) odločilo, da Avstrija ni kršila pravice do družinskega in zasebnega življenja pritožnikov, ker 3. člen avstrijskega zakona o umetni oploditvi ne dovoljuje umetne oploditve s spolnimi celicami

---

<sup>349</sup> *X., Y. in Z. vs. Združeno kraljestvo*, št. 21830/93, 22. 4. 1997, 50. odstavek. Primerjaj z D. J. Harris, M O'Boyle, E. P. Bates in C. M. Buckley, *Law of the European Convention of Human Rights* (Oxford, Oxford University Press, 2009), 374.

<sup>350</sup> *A. K. in L. vs. Hrvaška*, 37956/11, 8. 1. 2013, 52. odstavek. Glej tudi *Keegan vs. Irska*, št. 16969/90, 26. 5. 1994, 45. odstavek.

<sup>351</sup> Prav tam, 51. odstavek.

<sup>352</sup> Prav tam.

<sup>353</sup> *Karner vs. Avstrija*, št. 40016/98, 24. 7. 2003. *Kozak vs. Poljska*, št. 13102/02, 2. 3. 2010.

<sup>354</sup> *Mata Estevez vs. Španija*, št. 56501/00, 10. 5. 2001.

<sup>355</sup> *Schalk in Kopf vs. Avstrija*, št. 30141/04, 24. 6. 2010, 94. odstavek.

<sup>356</sup> *J. M. vs. Združeno kraljestvo*, št. 37060/06, 28. 9. 2010.

<sup>357</sup> *X in ostali vs. Avstrija*, št. 19010/07, 19. 2. 2013, 95. odstavek. Glej tudi *P. B. in J. vs. Avstrija*, št. 18984/02, 22. 7. 2010.

darovalcev.<sup>358</sup> ESČP je še zapisalo, da v tem primeru Avstrija ni prekoračila polja proste presoje. ESČP daje državam pogodbenicam polje proste presoje, da to vprašanje urejajo samostojno v domačih pravnih redih, hkrati pa varuje pravice otroka. Kot smo pojasnili že zgoraj, odsotnost krvnih vezi ne izključuje družinskega življenja. Družinsko življenje obstaja tudi v zunajzakonski skupnosti dveh istospolno usmerjenih oseb in otroka, ki ga je ena izmed deklet rodila s pomočjo umetne oploditve.<sup>359</sup> Podobno je ESČP v zadevi *Vallianatos in ostali vs. Grčija* presodilo, da grška vlada »ni ponudila prepričljivih in tehtnih razlogov, ki lahko upravičijo izključitev istospolnih parov s področja veljavnosti zakona št. 3719/2008 o registraciji zunajzakonske skupnosti«. <sup>360</sup> Pri tem je še dodalo, da »ni soglasja med državami članicami Sveta Evrope, se pa trenutno pojavlja trend v zvezi z uvajanjem (različnih) oblik pravnega priznavanja istospolnih odnosov«. <sup>361</sup> Hkrati je ESČP poudarilo, da »če se na koncu postopnega razvoja država znajde v osamljenem položaju glede določenega vidika svoje zakonske ureditve, to nujno ne pomeni, da je ta vidik v nasprotju s Konvencijo«. <sup>362</sup> Istospolno usmerjene osebe tako že danes uživajo pravico do družinskega življenja, tako nasproti svojim partnerjem kot tudi otrokom, ki živijo z njimi. V številnih evropskih državah pa imajo tudi že možnost skleniti zakonsko zvezo, vendar na evropski celini še ni prišlo do soglasja glede njihove sklenitve zakonske zveze in posvojitve otrok.

Pravica do družinskega življenja varuje tudi pravico do starševskega dopusta po rojstvu otroka tako za mamo kot tudi za očeta.<sup>363</sup> Pravica do družinskega življenja vključuje tudi pravico, da posameznik ob sklenitvi zakonske zveze ne spremeni svojega priimka.<sup>364</sup> V zadevi *Genovese vs. Malta* so malteške oblasti zavrnile pritožnikovo prošnjo za državljanstvo, ker se je rodil izven zakonske zveze mami, ki je imela malteško državljanstvo, in očetu, ki ga ni imel.<sup>365</sup> ESČP ni našlo »utemeljenih ali objektivnih razlogov, ki upravičujejo takšno različno obravnavanje pritožnika kot osebe, rojene zunaj zakonske zveze«. <sup>366</sup>

Iz sodne prakse ESČP izhaja vrsta načel o varovanju pravice do družinskega življenja. Družinsko življenje obstaja tako v vertikalnih kot tudi horizontalnih razmerjih. ESČP izven ožjih družinskih razmerij zahteva močne dokaze, da med daljnimi sorodniki res obstaja družinsko življenje, pri čemer mora zato v vsakem primeru presojati njegove konkretne okoliščine. Ohlapnejše in oddaljenejše kot je razmerje, manjše so obveznosti države, da varuje njegovo

---

<sup>358</sup> *S. H. in drugi vs. Avstrija*, št. 57813/00, 3. 11. 2011.

<sup>359</sup> *Gas in Dubois vs. Francija*, št. 25951/07, 31. 8. 2010, 69. odstavek.

<sup>360</sup> *Vallianatos in ostali vs. Grčija*, št. 29831/09 in 32684/09, 7. 11. 2013, 92. odstavek.

<sup>361</sup> Prav tam, 91. odstavek.

<sup>362</sup> Prav tam, 92. odstavek.

<sup>363</sup> *Konstantin Markin vs. Rusija*, št. 30078/06, 22. 3. 2012.

<sup>364</sup> *Losonci Rose in Rose vs. Švica*, št. 664/06, 9. 11. 2010. Glej tudi *Ünal Tekeli vs. Turčija*, št. 29865/96, 16. 11. 2004.

<sup>365</sup> *Genovese vs. Malta*, št. 53124/09, 11. 10. 2011.

<sup>366</sup> Prav tam, 48. odstavek.



družinsko življenje. Rojstvo ali posvojitev otroka okrepi in poglobi družinsko življenje zakonca. Družinsko življenje je zagotovo mnogo kompleksnejše in bogatejše kot pravo, ki ga ureja. Njegova poglobitna naloga je, da ureja »vzajemno uživanje medsebojne družbe med staršem in otrokom, ki predstavlja temeljno komponento »družinskega življenja« znotraj pomena 8. člena Konvencije»<sup>367</sup> Krvna zveza je pomemben, vendar ne odločilen dejavnik pri nastanku družinskega življenja. Družinsko življenje ustvarja in vzdržuje predvsem močna čustvena vez med posamezniki in se razlikuje od družine do družine. Če čustvena vez ni prisotna, tudi krvna zveza med družinskimi člani ne pomaga kaj dosti.

#### 4. Načelo celovitosti družine

Družina sodi med temelje vsake družbe, zaradi česar jo široko varuje tudi pravni red. Celovitost družine je tista vrednota, ki je sveta in bi morala biti učinkovito varovana. Priseljenci iz tretjih držav, ki iščejo boljše življenje v državah članicah Evropske unije, se nemalokrat soočajo z (ne)premagljivimi preprekami pri uresničevanju pravice do družinskega življenja. Ali lahko država zavrne združitev staršev z otroki, četudi imajo starši dovoljenje za stalno prebivanje in sredstva za preživljanje? Temeljno načelo pri varovanju družine je, da se otroke ne loči od staršev, razen iz upravičenih razlogov. Načelo celovitosti družine tako sodi med temeljna načela prava človekovih pravic in varuje najosnovnejšo celico družbe. Zakon o mednarodni zaščiti podeljuje pravico, da »lahko oseba s priznano mednarodno zaščito zaprosi za združitev s svojimi družinskimi člani«,<sup>368</sup> pri čemer upravni organ »pri svojem delu upošteva načelo združevanja družine«. <sup>369</sup> Iz te določbe izhaja, da načelo združevanja družine ni absolutna pravica, ampak upravnemu organu vsakokrat predstavlja vrednostno izhodišče, ki mu pomaga pri odločanju v konkretni zadevi. Upravni organ mora pri tem upoštevati tudi finančno stanje prosilcev za združitev družine, saj lahko to ob pomanjkanju sredstev za preživljanje pomeni ogromno breme za sisteme socialne varnosti.

Upravni organ se pogosto znajde pred dilemo, ali uveljaviti celovitost družine na podlagi pravice do družinskega življenja ali dati prednost kateri drugi vrednoti sodobne družbe, kot denimo nadzoru nad priseljenko politiko. ESČP se je s podobnimi dilemami srečevalo v zapleteni zadevi.<sup>370</sup> Gospod Berisha, rojen na Kosovu, je junija 1997 v Švici zaprosil za status mednarodne zaščite, vendar so švicarske oblasti njegovo vlogo zavrnile in odredile njegov izgon iz države, ki pa ga niso izvršile.<sup>371</sup> Gospod Berisha je nato v kantonu Vaud pridobil dovoljenje za

---

<sup>367</sup> *Eberhard in M. vs. Slovenija*, št. 8673/05 in 9733/05, 1. 12. 2009, 125. odstavek.

<sup>368</sup> Zakon o mednarodni zaščiti, 17. (2) člen.

<sup>369</sup> Prav tam, 17. (1) člen.

<sup>370</sup> *Berisha vs. Švica*, št. 948/12, 30. 7. 2013.

<sup>371</sup> Prav tam, 8. odstavek.

začasno prebivanje ter kasneje tudi dovoljenje za stalno prebivanje.<sup>372</sup> Aprila 2007 je v Švico z vizumom prišla njegova žena, gospa Berisha, sicer tudi druga pritožnica. Junija je gospod Berisha zanjo zaprosil za dovoljenje za bivanje, decembra pa še za njune tri otroke, vse na podlagi načela združevanja oziroma ohranjanja celovitosti družine.<sup>373</sup> Švicarske oblasti so aprila 2009 zavrnilo prošnjo za dovoljenje za prebivanje za tri njune otroke, ker naj jih pritožnika ne bi navedla v uradnih dokumentih.<sup>374</sup> Ne glede na to so otroci avgusta 2009 nezakonito prišli v Švico.<sup>375</sup> Pritožnika sta na vseh stopnjah neuspešno uveljavljala sodno varstvo.<sup>376</sup> Medtem se je zakonskemu paru rodil še četrti otrok.<sup>377</sup> Leta 2012 je gospa Berisha prejela dovoljenje za stalno prebivanje, pri čemer so aprila 2013 otroci še vedno živeli v Švici.<sup>378</sup> Starejša otroka sta zelo uspešna v šoli, tako da so se tudi njuni učitelji izrekli proti izgonu.<sup>379</sup> Pritožnika sta zato pred ESČP uveljavljala kršitev pravice do družinskega življenja.

ESČP je kot poglavitno vprašanje izpostavilo, ali ima država obveznost, da otrokom »omogoči zakonito prebivanje na svojem ozemlju z njihovimi starši in mlajšim bratom, in jih zato ne sme izgnati v njihovo državo izvora, ter omogoči razvoj družinskega življenja v Švici.«<sup>380</sup> ESČP je na to vprašanje odgovorilo nikalno in ni ugotovilo kršitve pravice do družinskega življenja. Omenjena zadeva zato sodi med najbolj nečloveške odločitve ESČP v zadnjih letih.

Obrazložitev sodbe pa je še bolj iz trte izvita. ESČP je zapisalo, da imajo otroci »še vedno trdne družbene in jezikovne vezi z domovino, kjer so več let odraščali in se šolali. Čeprav so otroci sedaj dobro integrirani v Švici, ESČP meni, da njihova doba bivanja v ... državi ni dovolj dolga, da bi popolnoma izgubili svoje vezi z državo izvora.«<sup>381</sup> Vprašanje pa je, kako je ESČP lahko prišlo do zaključka, da doba ni predolga, da bi otroci popolnoma izgubili stik z domovino, saj ni opravilo nikakršne psiho-socialne analize oziroma angažiralo ustreznega strokovnjaka, ki bi pripravil izvedensko mnenje. To je ESČP utemeljilo z naslednjim stavkom: »Glede na dejstvo, da je njihova babica skrbela zanje že več kot dve leti in navsezadnje še vedno živi tam, lahko domnevamo, da imajo močne družinske vezi s Kosovom.«<sup>382</sup> Ta odstavek prikazuje slabost dokaznega postopka pred ESČP, saj je nejasno, kako lahko sodniki sprejmejo odločitve, ki

---

<sup>372</sup> Prav tam.

<sup>373</sup> Prav tam, 10. in 11. odstavek.

<sup>374</sup> Prav tam, 14. odstavek.

<sup>375</sup> Prav tam, 15. odstavek.

<sup>376</sup> Prav tam, 17.–27. odstavek.

<sup>377</sup> Prav tam, 16. odstavek.

<sup>378</sup> Prav tam, 29.–30. odstavek.

<sup>379</sup> Prav tam, 28. odstavek.

<sup>380</sup> Prav tam, 47. odstavek.

<sup>381</sup> Prav tam, 60. odstavek.

<sup>382</sup> Prav tam.

zahtevajo poglobljeno znanje na področju psihologije in sociologije. Ali res lahko babica v visoki starosti skrbi za tri otroke? Najboljši interes otrok pri tej odločitvi ni igral pomembne vloge. ESČP prav tako ni presodilo, kakšne posledice bi izgon imel za prihodnje življenje otrok. Čeprav sta sodnici Jočiene in Karakaş v svojih ločenih mnenjih izpostavili nekatere probleme, je sodba zamujena priložnost, da bi se ESČP predstavilo tudi kot pglavitni varuh otrokovih pravic v Evropi.

Opisana zadeva je šolski primer nerazumevanja načela celovitosti družine. Izpostavlja eno izmed najbolj perečih težav, s katerimi se soočajo sodobne demokratične države, tudi slovenska. Po eni strani je mogoče razumeti interes države, da sama oblikuje in izvršuje priseljsko politiko, po drugi strani pa sodi načelo celovitosti družine ne samo med temeljna načela prava človekovih pravic, ampak tudi med temeljne vrednote vsake razumne, zrele, svobodne in demokratične družbe. Te pa zahtevajo, da države ne smejo deliti družin, ko imajo starši voljo in predvsem sredstva za preživljanje ter ko se družinski člani vzorno vključujejo v družbo.

## 5. Pozitivne obveznosti države do uresničevanja družinskega življenja

Pravica do družinskega življenja državi nalaga negativne obveznosti, da se ne vmešava v uživanje družinskega življenja posameznika, ter pozitivne obveznosti, da nedržavnim subjektom prepreči, da posegajo vanjo. To pravico je mogoče omejiti pod točno določenimi pogoji. 2. odstavek 8. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah kot izjeme omenja »državno varnost, javno varnost ali ekonomsko blaginjo države zato, da se prepreči nered ali zločin, da se zavaruje zdravje ali morala ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi«. Države imajo pozitivne obveznosti, da zagotavljajo pravico do družinskega življenja tako v vertikalnih kot zasebnih razmerjih. ESČP je v svoji sodni praksi večkrat poudarilo, da »čeprav je prvoten namen 8. člena, da varuje posameznike pred arbitrarnimi dejanji javnih oblasti, obstajajo poleg tega še pozitivne obveznosti, ki so neločljive od učinkovitega »spoštovanja« družinskega življenja. Z obeh vidikov je treba upoštevati pravično ravnovesje, ki mora biti vzpostavljeno med sovpadajočimi interesi posameznika in skupnosti kot celote; z obeh vidikov ima država pravico do določenega odstopanja pri presoji.«<sup>383</sup>

Številne zadeve o pozitivnih obveznostih se nanašajo na vprašanja skrbništva nad otroki. ESČP je v zadevi *Eberhard in M. vs. Slovenija* odločilo: »Kar se tiče izvršbe odredbe o stikih, ki je bila izdana v upravnem postopku, ter sodnega postopka v zvezi s pravico do stikov in skrbništva, slovenskim oblastem ni uspelo zadostiti svojim pozitivnim obveznostim po 8. členu Konvencije, zaradi česar pritožnik več kot štiri leta ni imel skoraj nobenih stikov z M. Posledično je prišlo do kršitve pritožnikove pravice do spoštovanja njegovega družinskega življenja, kar predstavlja kršitev 8. člena Konvencije.«<sup>384</sup> Podobno je ESČP odločilo v zadevi *V. A. M. vs. Srbija*: srbske oblasti so kršile 8. člen, ker »niso sprejele ustreznih in učinkovitih

---

<sup>383</sup> *Eberhard in M. vs. Slovenija*, št. 8673/05 in 9733/05, 1. 12. 2009, 126. odstavek.

<sup>384</sup> *Eberhard in M. vs. Slovenija*, št. 8673/05 in 9733/05, 1. 12. 2009.

ukrepov za izvršitev začasnega naloga o dostopu«. <sup>385</sup> Države imajo torej pozitivno obveznost, da zagotavljajo pravico do družinskega življenja. Države imajo primarno obveznost, da varujejo človekove pravice in temeljne svoboščine na svojem ozemlju, pri čemer imajo tudi pozitivne obveznosti, da človekove pravice varujejo tudi v zasebnih razmerjih. Če prihaja do kršitev pravice dostopa do otrok, morajo države sprejeti ustrezne in primerne ukrepe, da preprečijo nadaljnje kršitve pravice do družinskega življenja. Države morajo izbrati najprimernejši ukrep v dani situaciji, in to skrbno in taktno, tako da bodo zavarovani najboljši interesi otroka.

ESČP je v zadevi *Zorica Jovanović vs. Srbija* zapisalo, da ima država pozitivno obveznost, da preišče, kje je dojenček, ki naj bi domnevno umrl v državni bolnišnici, in dodalo,

»da so organi tožene države sami potrdili ..., da a) so bile v osemdesetih letih resne pomanjkljivosti v veljavni zakonodaji in v postopkih pred različnimi državnimi in zdravstvenimi organi; b) da ni bilo skladnih zakonskih predpisov glede tega, kaj naj bi se zgodilo v primerih, ko je novorojenček umrl v bolnišnici; c) da je prevladovalo zdravniško mnenje, da je treba staršem prihraniti duševno bolečino ob pokopu njihovega novorojenčka, zaradi česar je povsem mogoče, da so bili nekateri pari namerno prikrajšani za možnost, da to storijo; d) te razmere upravičujejo dvome in pomisleke staršev o tem, kaj se je v resnici zgodilo z njihovimi otroki, saj ni mogoče izključiti, da so bili dojenčki nezakonito odstranjeni iz svojih družin; e) odgovor tožene države med letoma 2006 in 2010 je bil sam po sebi nezadosten; f) starši so zato upravičeni, da izvejo resnico o dejanski usodi svojih otrok«. <sup>386</sup>

ESČP je zato ugotovilo, da je »pritožnica utrpela trajajočo kršitev pravice do spoštovanja svojega družinskega življenja zaradi nadaljujoče se kršitve tožene države, da ji zagotovi verodostojne podatke o usodi njenega sina«. <sup>387</sup> Država torej ni uresničila svoje pozitivne obveznosti, da učinkovito preišče kraje dojenčkov. Zamenjava ali kraja dojenčkov v porodnišnici ustvarja državno odgovornost zaradi malomarnosti njenih zdravstvenih organov, ne glede na to, ali so zasebni ali javni – tudi zato, ker se po šestih in več letih odsotnosti težko ustvari takšna čustvena vez med naravnimi starši in njihovim otrokom, kot že obstaja med otrokom in njegovo primarno družino, pa četudi niso krvno povezani. Zato sodi kraja dojenčkov oziroma njihova zamenjava med najbolj sprevržena dejanja v človeški družbi. Pravo lahko v takšnih in podobnih situacijah kaznuje le odgovorne za namerna in malomarna dejanja, ne more pa zavrteti časa nazaj ter naravnim staršem in njihovim otrokom omogočiti, da se med njimi splete vez.

Kršitve človekovih pravic se pogosto dogajajo za štirimi stenami. Med najhujše skrite kršitve človekovih pravic sodi nasilje v družini. Takšno nasilje ni enkratno, pogosto traja več mesecev in let. Pusti dolgotrajne posledice na žrtvah, predvsem na otrocih, ki se morajo s posledicami nasilja in zlorab soočati svoje celotno odraslo življenje. Nasilje v družini je vse bolj večplastno. Storilci pogosto izkoriščajo strah, obup in ranljivost žrtev, da jih lahko dolgotrajno in sistematično

---

<sup>385</sup> *V. A. M. vs. Srbija*, št. 39177/05, 13. 3. 2007, 143. odstavek.

<sup>386</sup> *Zorica Jovanović vs. Srbija*, št. 21794/08, 26. 3. 2013, 72. odstavek.

<sup>387</sup> Prav tam, 74. odstavek.

pretepajo in zlorablajo. Iz začaranega kroga žrtve težko izstopijo, saj se bojijo maščevanja storilcev. Tudi hude telesne poškodbe pogosto niso dovolj, da bi žrtve vztrajale pri kazenskem preganjanju in odškodninski tožbi zoper storilce. Še težje je obravnavati in dokazati psihično nasilje v družini. Žrtve se zato soočijo z dilemo, ali storilce sprejeti nazaj ali vztrajati pri uveljavljanju odgovornosti.

Nasilje v družini je šolski primer kršenja človekovih pravic na horizontalni ravni, v razmerju med dvema ali več zasebnimi subjekti, kjer večina v državi še vedno ne soglaša, da njene obveznosti za varovanje človekovih pravic segajo na zasebno področje. Nasilje v družini vključuje splet različnih okoliščin, med njimi prevladujejo izkazovanje moči, alkoholizem, droge in gospodarska kriza, kar vse vpliva na družinske denarnice. Države še vedno nosijo primarno odgovornost za preprečevanje nasilja v družini, predvsem prek svojih represivnih organov, ki morajo takšna dejanja obravnavati resno in skrbno. Če nasilja ne obravnavajo skrbno in učinkovito, same postanejo odgovorne za premajhno skrbnost pri njegovem preprečevanju. V zadevi *Opuz vs. Turčija* (št. 33401/02) je ESČP jasno zapisalo, da imajo države pozitivno pravno obveznost, da preprečujejo nasilje v družini.<sup>388</sup>

Preprečevanje nasilja v družini je v slovenskem pravnem redu normativno bolj ali manj zadovoljivo urejeno. Zakon o preprečevanju nasilja v družini ga v 3. (1) členu opredeljuje kot »vsako uporabo fizičnega, spolnega, psihičnega ali ekonomskega nasilja enega družinskega člana proti drugemu družinskemu članu oziroma zanemarjanje družinskega člana ne glede na starost, spol ali katerokoli drugo osebno okoliščino žrtve ali povzročiteljice oziroma povzročitelja nasilja ...«<sup>389</sup> Kazenski zakonik v 191. (1) členu opredeljuje uradno pregonljivo kaznivo dejanje nasilja v družini, ki omogoča preganjanje vsakogar, ki »v družinski skupnosti z drugim grdo ravna, ga pretepa ali drugače boleče ali ponižujoče ravna, ga z grožnjo z neposrednim napadom na življenje ali telo preganja iz skupnega prebivališča ali mu omejuje svobodo gibanja, ga zalezuje, ga prisiljuje k delu ali opuščanju dela ali ga kako drugače z nasilnim omejevanjem njegovih enakih pravic spravlja v skupnosti v podrejen položaj«.<sup>390</sup> Policijski organi pa imajo v podzakonskih aktih na razpolago še nekaj ukrepov, ki omogočajo preprečevanje nasilja v družini (glej denimo Pravilnik o prepovedi približevanja določenemu kraju oziroma osebi).<sup>391</sup>

Vprašanje, ki se postavlja, je, ali ima vsakdo izmed nas obveznost, da varuje človekove pravice v naših vsakodnevnih zasebnih razmerjih. Ali imamo obveznost, ko izvemo, da je naš prijatelj, prijateljica, sosed, soseda, sodelavka ali sodelavec žrtev nasilja, prijaviti takšno dejanje na najbližjo policijsko postajo? Nosilci obveznosti za preprečevanje nasilja v družini niso in ne morejo biti samo državni organi, ampak tudi zasebni subjekti, ki so pogosto bližje takšnim dejanjem ter jih lahko hitreje in učinkoviteje preprečijo. Res pa je, da imajo državni organi pozitivno obveznost, da nasilje preprečijo z aktivnimi in učinkovitimi ukrepi, kot so učinkovito medsebojno sodelovanje državnih organov ter ukrepi na področju socialnega varstva, zdravstva,

---

<sup>388</sup> *Opuz vs. Turčija*, št. 33401/02, 9. 6. 2009.

<sup>389</sup> Zakon o preprečevanju nasilja v družini, Uradni list RS, št. 16/2008 z dne 15. 2. 2008, 3. (1) člen.

<sup>390</sup> Kazenski zakonik (KZ-1), Ur. l. RS, št. 55/2008, 191. (1) člen.

<sup>391</sup> Pravilnik o prepovedi približevanja določenemu kraju oziroma osebi, Uradni list RS, št. 95/2004 z dne 27. 8. 2004.

izobraževanja, družinskih zadev, pravosodja in izvršilne veje oblasti. Nujno je treba zagotoviti štiriindvajseturno varno točko, kjer bi lahko žrtve nasilja poiskale zatočišče.

Ko je normativni okvir za preprečevanje nasilja v družini vzpostavljen, glavno breme odgovornosti prevzamejo ljudje, ki morajo skrbno in resno preprečevati nasilje v družini. Primarno so to uslužbenci policije, centrov za socialno delo in drugih socialnovarstvenih služb, pa tudi uslužbenci v pravosodju. Pomembno vlogo pa tedaj, ko država odpove, prevzamejo predvsem predani delavci nevladnih organizacij in nenazadnje vsakdo izmed nas, ki lahko prepreči nasilje v družini ali njegovo nadaljevanje oziroma pomaga žrtvam kaznivih dejanj. Če odpovejo državni organi, nevladni sektor in posamezniki, žrtve ostanejo same, ranljivo gole in izolirane na doseg storilcev. Večina nasilnih dejanj v družini ni enkratnih, ampak se slej ko prej ponovijo, saj številne žrtve dobronamerno verjamejo storilcem in njihovemu kesanju, da se takšna dejanja ne bodo ponovila. Takrat je pogosto že prepozno in nasilje se ponovi. Nihče si ne želi, da bi v slovenskem prostoru stopili na žalostno pot južnoevropskih držav, kjer vsako leto pod roko moža ali fanta umre nekaj deset žensk. Pri preprečevanju nasilja v družini je treba več pozornosti nameniti žrtvam pri uveljavljanju njihovih pravic. Večina žrtev ne more zbrati poguma, da bi se zoperstavila storilcem. Zato je vloga državnih organov toliko pomembnejša. Preveč je primerov iz bližnje preteklosti, ko so državni organi poudarjali predvsem pravice storilcev in zamahnili z roko, ko so poslušali žalostne zgodbe žrtev. Nasilje v družini zadeva vse nas. Tako država kot zasebni subjekti imajo obveznosti, da ga preprečujejo.

## **6. Varstvo pravice do družinskega življenja in neprijavljene kršitve**

Ko posameznik utрпи kršitev človekovih pravic, jo lahko najučinkoviteje uveljavlja pred domačimi in mednarodnimi sodišči. V številnih primerih pa se posamezniki zaradi različnih vzrokov in dejavnikov sprijaznijo s kršitvijo ter se odpovejo uveljavljanju odgovornosti kršiteljev in odškodnine za povzročeno trpljenje. Zato se postavlja primarno vprašanje, zakaj žrtve kršitev pravice do družinskega življenja teh kršitev ne uveljavljajo pred sodiščem ali vsaj poiščejo pomoč pri organizacijah in posameznikih, ki bi jim lahko pomagali. Za to je gotovo več kompleksnih razlogov, ki se razlikujejo od okolja do okolja, kjer je prišlo do kršitev. V vseh okoljih pomembno vlogo, četudi le podzavestno, igrata strah in nezaupanje – strah pred vnovično, še hujšo kršitvijo. Če je primarna ovira za vložitev tožbe ali pritožbe strah, so enako pomembni tudi drugi razlogi. Dostikrat sta veliki oviri, še posebej v nerazvitih okoljih, neznanje in nepoznavanje tega, kje iskati pravico. Če je posameznik nepismen in živi v okolju, kjer ni prisotna nobena nevladna organizacija, to pomeni, da ima zelo majhne možnosti, da prične uveljavljati svoje pravice z upanjem na uspeh. Enako pomembna je kakovost, neodvisnost in nepristranost sodne veje oblasti, ki je marsikje daleč od zelene. Tudi v razvitih okoljih se številne žrtve odrečejo uveljavljanju kršitev, saj so finančni stroški sodnega iskanja pravic zelo visoki, pri čemer pro bono dejavnost in brezplačna pravna pomoč ne dosežeta vseh pomoči potrebnih. Še težje je njihovo uveljavljanje tam, kjer ne poznajo učinkovitega regionalnega varuha človekovih pravic, kot sta denimo evropsko in interameriško sodišče za človekove pravice. Morda je uveljavljanje kršitev človekovih pravic le luksuz, ki si ga lahko privoščijo le redki. Vsem

ostalim, ki so v preteklosti trpeli oziroma še vedno trpijo zaradi grozovitih kršitev človekovih pravic, tudi pravice do družinskega življenja, pa ne preostane drugega, kot da stisnejo zobe in upajo, da se kršitve ne bodo več ponovile. Uveljavljanje kršitev človekovih pravic je tako v razvitem kot nerazvitem svetu odvisno od več dejavnikov, ki so večinoma izven moči žrtev. Pa tudi ko so izpolnjeni vsi objektivni pogoji, morajo žrtve oziroma njeni sorodniki zbrati pogum, da uveljavljajo odgovornost vseh nosilcev kršitev in odškodnino za povzročeno trpljenje. Uveljavljanje kršitev človekovih pravic tako zagotovo ne bi smelo biti luksuz peščice, temveč bi moralo biti dostopno vsakomur, ki utrpi kršitev.

## 7. Sklep

Pojem družine in družinskega življenja ni statičen koncept, ki bi ostal enak kot leta 1953, ko je bila sprejeta EKČP. Družina ni samo skupnost, ki temelji na krvni zvezi, saj je veliko pomembnejša čustvena vez, ki se splete med družinskimi člani. Če je pravica do družinskega življenja nekoč varovala le tradicionalno opredelitev družine, torej očeta, mamo in otroka, dandanes vključuje vse razsežnosti resničnih družinskih življenj. Četudi bi si želeli, da bi vsi otroci živeli v popolnih družinah, je resnično življenje kruto in prinaša veliko žalostnih zgodb. To izhaja tudi iz sodne prakse ESČP, ki v konkretnih zadevah napolnjuje pojem družinskega življenja. Če je bilo še pred desetletjem nemogoče, da bi varovali pravico do družinskega življenja skupnosti istospolnih parov, je to dandanes realnost in obveznost, ki se je države ne morejo izogniti, tudi na podlagi polja proste presoje ne. Dandanes opredelitev družinskega življenja temelji na najmanjšem skupnem imenovalcu pravnih redov vseh 47 članic Sveta Evrope. Ta imenovalec v tem trenutku še ne vključuje soglasja o pravici istospolno usmerjenih oseb do posvojitve in sklenitve zakonske zveze. Iz sodne prakse ESČP izhaja tudi jasna in določljiva opredelitev pozitivnih obveznosti države, da varuje pravico do družinskega življenja tako v navpičnih kot vodoravnih razmerjih. Ob koncu pa ni odveč poudariti, da je vsako pravno opredeljevanje pravice do družinskega življenja v primerjavi z resničnim življenjem pomanjkljivo in nezadostno. V evropskih družbah tako dandanes najdemo različne oblike družinskega življenja, tudi take, ki ne temeljijo na krvni zvezi. Japonski film »Kakršen oče, takšen sin« zato ponuja svež pogled na razumevanje družinskega življenja v sodobnih družbah. Gre za fluiden koncept, ki se spreminja iz leta v leto.

## Filozofija

### **Bojan Žalec<sup>392</sup> Sprava kot način trajnega reševanja konfliktov in njena povezanost s pravičnostjo, z odpuščanjem ter z dialogom**

#### POVZETEK

Avtor analizira pojav sprave: njeno naravo, pogoje, dejavnike, funkcijo in pomen. Njegova analiza vključuje preučevanje povezanosti med spravo na eni strani in pravičnostjo, kaznovanjem, notranjo motivacijo in preobrazbo, reparacijo odnosov in odpuščanjem na drugi. Avtor poda naslednjo definicijo sprave: sprava je dosežena takrat, ko je škoda, ki jo je krivica storila pozitivnim odnosom med posamezniki ali skupinami, popravljena ali kompenzirana na tak način, da ne ovira oz. blokira več vzpostavitve in gojenja pozitivnih odnosov. Glede pravičnosti ugotavlja, da je pravičnost bistven del spravnega procesa. Po drugi strani pa je sprava pozitiven dejavnik, podlaga ali celo pogoj (prihodnje) pravičnosti. Sprava je relativen, raznoter (diferenciran) in prehodni pojem. Ni res, da je odpuščanje potreben pogoj za spravo kot tako.

*Ključne besede:* sprava, pravičnost, reparacija, notranja preobrazba, pozitivni odnosi, odpuščanje.

#### **Reconciliation as a way of permanent resolving of conflicts and its connectedness with justice, forgiveness and dialogue**

#### ABSTRACT

The author analyses the phenomenon of reconciliation: its nature, conditions, factors, function and meaning. His analysis involves the investigation of the connections between reconciliation on one hand and justice, punishment, inner motivation and transformation, reparation of relationships and forgiveness on the other. The author gives the following definition of reconciliation: Reconciliation is achieved when the harm done by injustice to positive relationship between individuals or groups is repaired or compensated in such a way that it no more hinders the establishing of positive relationship. Regarding justice he concludes that justice is an essential part of the process of reconciliation. On the other hand reconciliation is a positive factor, background or even a condition of (future) justice. Reconciliation is a relative, manifold (differentiate) and transitive concept. It is not true that forgiveness is a necessary condition of reconciliation as such.

---

<sup>392</sup> Avtor tega članka je izredni profesor za filozofijo ter višji znanstveni sodelavec na Teološki fakulteti Univerze v Ljubljani. Na isti ustanovi je tudi predstojnik Inštituta za filozofijo in družbeno etiko. Kot zunanji sodelavec že vrsto let sodeluje s Fakulteto za državne in evropske študije in z Evropsko pravno fakulteto.



*Key words:* reconciliation, justice, reparation, inner transformation, positive relationship, forgiveness.

## 1. Uvod

Sprava je eden najpomembnejših načinov za trajnejše reševanje konfliktov. Zato je njeno celostno razumevanje izrednega pomena za zelo široko paleto ved, ki se tako ali drugače ukvarjajo s tem reševanjem (in ne nazadnje tudi preprečevanjem), pa tudi za vsakogar, ki ga te stvari zanimajo iz čisto praktičnih razlogov. Pričujoče besedilo je filozofske narave. Zato je njegova glavna metoda pojmovna analiza ter (primerjalno) pojasnjevanje, ugotavljanje in uveljavljanje pojmov ter pojmovnih distinkcij, ki so ključne, če ne želimo ostati slepi za včasih lahko celo usodno pomembne razlike med stvarmi. Poglavitni del našega dojetja stvarnosti je pojmovno dojetje, zato bogatiti ali spreminjati našo pojmovno shemo pomeni bogatiti ali spreminjati temelje našega pogleda na svet.

Članek ima naslednjo zgradbo: na začetku se najprej ukvarjam s spravo v kontekstu pravičnosti in kaznovanja. Nato preidem k obravnavi temeljnih pogojev in dejavnikov sprave ter njenega pomena za trajnejše reševanje konfliktov. V tem sklopu poudarjam in pojasnujem pomen notranje motivacije in preobrazbe za uspešno spravo. Ta sklop zaključim z razdelkom o možnih načinih reparacije odnosa. V drugem delu članka podam in pojasnujem naslednjo definicijo sprave: sprava je dosežena takrat, ko je škoda, ki jo je krivica storila pozitivnim odnosom med posamezniki ali skupinami, popravljena ali kompenzirana na tak način, da ne ovira oz. blokira več vzpostavitve in gojenja pozitivnih odnosov. V tretjem delu članka ugotavljam nekatere dodatne značilnosti sprave in (še dodatno) analiziram njen odnos do nekaterih drugih pojmov, npr. pravičnosti in odpuščanja. Ugotavljam, da je sprava v določenih pogledih relativen pojem in da je pravičnost bistvena podlaga in namen sprave. Zelo pomembna je analiza odnosa med spravo in odpuščanjem, ki predstavlja tudi najizvirnejši del tega članka. Zagovarjam tezo, da odpuščanje ni potreben pogoj za spravo. Še več, trditi nasprotno je lahko včasih celo zelo nevarno in škodljivo. Bistveni del argumenta za to tezo je trditev, da odpuščanje, ne pa tudi sprava, zahteva krivca. V zadnjem delu članka se ukvarjam s pomenom empatije, sočutja in življenja v resnici za spravo, s krščanskim pogledom na spravo ter s pomenom sprave. Ugotavljam, da je sprava pogosto utopičen projekt in zgolj regulativna ideja, vendar pa zavračam mnenje, da iz tega izhaja, da je prizadevanje za spravo nesmiselno.

»Nevidna« podlaga in obzorje vsega mojega razmišljanja v tem članku predstavlja stališče oziroma zadržanje solidarnega personalizma. Po njem je obravnavanje človeka kot bitja, ki je presežno (v metafizičnem, spoznavnem in etičnem smislu (konkretne osebe ne smejo nikoli biti zgolj sredstvo, ampak mora njihov razcvet predstavljati cilj naših prizadevanj in ravnanj)), bistveni element vsakega moralno sprejemljivega zadržanja. Njegovo nasprotje sta nihilizem in instrumentalizem (konkretne osebe so zgolj sredstvo). Nadaljnji moment solidarnega personalizma je poudarjanje pomena kakovosti konkretnih oseb, ki jih ne moremo zreducirati zgolj na sistemske dejavnike (institucije, formalni mehanizmi, družbena infrastruktura itd.) in njihove učinke. Ključni izrazi oz. pojmi, s katerimi lahko opišemo te dejavnike, so kreposti ali

vrline<sup>393</sup> konkretnih oseb (na družbeni in politični ravni so pomembne predvsem t. i. državljanske kreposti<sup>394</sup>) ter ustrezni odnosi med ljudmi, ki jih opisujemo s pojmi, kot so empatija, dialog, sočutje, solidarnost (po mojem mnenju je dialog pravzaprav doživljajska solidarnost).

Naravo in pomen solidarnega personalizma ter njegovih elementov (oseba, dialog, solidarnost, etika kreposti, ustrežna teorija državljanstva itd.) sem dokaj podrobno pojasnjeval v svojih kar številnih domačih in tujih publikacijah,<sup>395</sup> zato v tem članku tega nisem ponavljal. Poleg tega obseg, ki ga imam na voljo v tem članku, tega ne omogoča niti v povzeti obliki.

Med momenti solidarnega personalizma, ki so izjemnega pomena za spravo, velja posebej izpostaviti dialog, s katerim sem se ukvarjal marsikje (gl. opombo 4). Dialog med stranmi v spravnem procesu je lahko bolj ali manj intenziven ali popoln ter seveda lahko privzema številne različne oblike. Vendar pa je nedvomno določena stopnja dialoga vsekakor *conditio sine qua non*

---

<sup>393</sup> Besedi *krepost in vrlina* uporabljam kot sinonima.

<sup>394</sup> Z državljanskimi krepostmi se ukvarja posebna panoga politične filozofije, ki se imenuje teorija državljanstva (ang. theory of citizenship). Prim. *W. Kymlicka, Sodobna politična filozofija: uvod, 2005, 7. poglavje*. S slovensko situacijo v luči teorije državljanstva sem se podrobneje ukvarjal v B. Žalec, *The case of Slovenia from the point of view of the theory of citizenship, Archivum Historii Filozofii Myšli Spolcnej, 2012, zv. 57*.

<sup>395</sup> Najbolj celostno sem solidarni personalizem in njegove momente obdelal v B. Žalec, *Človek, morala in umetnost: uvod v filozofsko antropologijo in etiko, 2010*. Sicer pa sem svojo splošno teorijo solidarnega personalizma apliciral v zelo različnih kontekstih. Naj omenim samo nekatere: tematika dialoga (B. Žalec, v J. Juhant in B. Žalec (urednika), *Na poti k dialoški človeškosti: ovire človeškega komuniciranja, 2010*; B. Žalec, *Od radikalne interpretacije do etike zmožnosti: filozofska razprava o možnostih in pogojih (medkulturnega) dialoga, Šolsko polje, 2008, št. 5/6*); narava in pomen solidarnosti ter presežne antropologije (B. Žalec, *On not knowing who we are: the ethical importance of transcendent anthropology, Synthesis philosophica, 2011, št. 1*; B. Žalec v: T. Pirc (urednik), *Podobe solidarnosti, 2012*); splošna družbena in politična filozofija (teorija državljanstva) (B. Žalec, *Kreposti, dialog in razumna razprava v družbi: prispevek k etiki sodobnih demokracij, Dignitas, 2008, št. 37/38*; B. Žalec v: W. A. Galston, *Liberalni nameni: dobrine, vrline in raznolikost v liberalni državi, Študentska založba, 2008*; B. Žalec, *Izvori ter dejavniki demokracije in samouprave, še posebej vloga vere in verskih skupnosti, Dignitas, 2010, št. 47/48*; B. Žalec, *The case of Slovenia from the point of view of the theory of citizenship, Archivum Historii Filozofii Myšli Spolcnej, 2012, zv. 57*); vzgoja in izobraževanje (B. Žalec, *Affects and emotions in upbringing and education, Šolsko polje, 2012, št. 1/2*; B. Žalec, *Solidarni personalizem in dialoški univerzalizem: temelj zdrave družbe ter primerne državljanske in domovinske vzgoje, Vzgoja, 2012, št. 54*; B. Žalec v: P. Kelava, (ur.), *Neformalno učenje?: kaj pa je to?, Pedagoški inštitut, 2013*; B. Žalec, *Trust, accountability and higher education, Synthesis philosophica, 2013 (v pripravi)*); tematika liberalizma in svobodne (liberalne) demokracije, družbenega pomena religije, medkulturnosti in Evrope (ter (izvorov) njene kulture in identitete) (B. Žalec, *Od radikalne interpretacije do etike zmožnosti: filozofska razprava o možnostih in pogojih (medkulturnega) dialoga, Šolsko polje, 2008, št. 5/6*; B. Žalec, *Izvori ter dejavniki demokracije in samouprave, še posebej vloga vere in verskih skupnosti, Dignitas, 2010, št. 47/48*; B. Žalec, *Religija, demokracija i solidarni personalizem: na putu ka svjetskoj kulturi i civilizaciji, Filozofska istraživanja, 2011, št. 1*; B. Žalec v: M. Podunavac (ur.), *Challenges of multiculturalism, Heinrich Böll Foundation, Regional Office for Southeastern Europe, 2012*; B. Žalec v: M. Avbelj (ur.), *Izzivi moderne države, Fakulteta za državne in evropske študije, 2012*); slovenska situacija in njene posebnosti (B. Žalec v: J. Dežman (ur.), *Le vkup, le vkup, uboga gmajna: preganjanje kmetov in kmečki upor v Sloveniji 1945–1955, Mohorjeva, 2011*; B. Žalec, *Bolnost in demokratizacija slovenske družbe, Dignitas, 2011, št. 51/52*; B. Žalec, *The case of Slovenia from the point of view of the theory of citizenship*); vladavina prava in človekove pravice (B. Žalec v: J. Juhant in B. Žalec (urednika), *Humanity after selfish Prometheus: chances of dialogue and ethics in a technicized world, Lit, 2011*; B. Žalec, *Pravni instrumentalizem kot uničevalec vladavine prava, Poligrafi, 2012, št. 67/68*); odpuščanje in sprava (B. Žalec v: J. Juhant, V. Strahovnik in B. Žalec (uredniki), *Izvor odpuščanja in sprave: človek ali Bog? Spravni procesi in Slovenci, Teološka fakulteta, 2011*; B. Žalec v: J. Juhant in B. Žalec (urednika), *Reconciliation: The way of healing and growth, Lit, 2012*); totalitarizem in genocid (B. Žalec v: J. Dežman (urednik), *Resnica in sočutje: prispevki k črni knjigi titoizma: poročilo 3: poročilo Komisije Vlade RS za reševanje vprašanj prikritih grobišč 2009–2011, 2011*; B. Žalec, *The case of Slovenia from the point of view of the theory of citizenship*).

vsake sprave. Zato je razumevanje dialoga osrednjega pomena za globlje (s)poznovanje narave in izvorov sprave ter preprek za njeno doseganje. Preučevati pogoje in dejavnike dialoga pomeni potemtakem preučevati tudi pogoje in dejavnike sprave.

Temeljna ovira za gojenje dialoga je nepersonalistično, se pravi nihilistično ali instrumentalistično zadržanje.<sup>396</sup> Udeleženci v dialogu so lahko samo osebe in samo tisti, ki se vzajemno obravnavajo kot osebe. Potrební pogoj vsakega dialoga je torej vzajemen personalističen odnos med udeleženci. Instrumentalist se lahko morda za kratek čas pretvarja, da mu gre za dialog, vendar tega pravzaprav ni sposoben in ga tudi takoj opusti, ko se mu ponudi priložnost. (Trajnejši) temelj za gojenje dialoga so samo osebe s personalističnim zadržanjem.

Zelo pomemben dejavnik dialoga je zaupanje, ki je v določeni meri potreben pogoj delovanja vsakega (med)človeškega odnosa, skupnosti, družbe, organizacije in ustanove.<sup>397</sup>

## 2. Dva vidika sprave<sup>398</sup> in trodelni sestav pravičnosti<sup>399</sup>

Spravo lahko obravnavamo z dveh vidikov: (1.) glede na reparacijo in (2.) kot način urejanja konfliktov.

Reparativno pravičnost lahko bolje razumemo, če jo razlikujemo od dveh drugih oblik pravičnosti: prvič, od pozitivne pravičnosti, in drugič, od retributivne pravičnosti.

Pozitivna pravičnost sestoji iz pravic ali upravičenosti in dolžnosti ali obveznosti oseb, ki jih imajo le-te v skladu s pogodbami, dogovori ali drugimi zgodovinskimi dejanji.

Retributivna pravičnost ima opraviti s kaznovanjem tistih, ki kršijo pozitivno pravičnost. Reparativna pravičnost je po navadi razumljena, kot da se ukvarja z restitucijo ali nadomestilom za take kršitve.

---

<sup>396</sup> Prim. B. Žalec v: J. Juhant in B. Žalec (urednika), *Na poti k dialoški človeškosti: ovire človeškega komuniciranja*. Instrumentalizem (v obliki utilitarizma, ekonomizma in določene vrste multikulturalizma) in (njemu ustrezajoča) nedialoškost je tudi ena od velikih nevarnosti za uspešnost projekta Evropske unije in usodo demokracije v Evropi na splošno. O tem gl. L. Siedentop, *Demokracija v Evropi, 2003*, tudi B. Žalec v: M. Podunavac (urednik), *Challenges of multiculturalism*. Evropsko združevanje ima vsekakor tudi pomembne upravne vidike.

<sup>397</sup> Zaupanje ni samo eden ključnih dejavnikov (oziroma kar potrebnih pogojev) za dialog, ampak tudi za spravo. O tem je med drugimi pisal (s posebnim ozirom na situacijo v Bosni in Hercegovini po zadnji vojni) Ivan Cvitković (prim. I. Cvitković v: *Contribution of the religious communities to peace and reconciliation – the case of the South-Eastern European region: thematic issue, 1998, str. 110–117*). Pojem, vrste in pomen zaupanja sem podrobno analiziral v B. Žalec, *Nezaupanje kot ključni dejavnik slabega delovanja skupnosti, organizacij in družbe, Dignitas, 2011, št. 51/52*. Pomen zaupanja za delovanje institucij sem obravnaval v B. Žalec, *Pravni instrumentalizem kot uničevalec vladavine prava, s posebnim ozirom na področje visokega šolstva (oz. višjega izobraževanja) in njegovega pomena za gojenje pametne pojasnjevalne odgovornosti (ang. intelligent accountability) pa v B. Žalec, *Trust, accountability and higher education*. Nezaupanje (skrajno nezaupanje) je tudi eden ključnih dejavnikov genocida (prim. B. Žalec v: J. Dežman (urednik), *Resnica in sočutje: prispevki k črni knjigi titoizma: poročilo 3: poročilo Komisije Vlade RS za reševanje vprašanj prikritih grobišč 2009–2011*).*

<sup>398</sup> Za kompleksno ter interdisciplinarno znanstveno obravnavo sprave z raznih vidikov (od filozofskega, teološkega, zgodovinskega itd. vse do pravnega) prim. J. Juhant, V. Strahovnik in B. Žalec (uredniki) *Izvor odpuščanja in sprave: človek ali Bog? Spravni procesi in Slovenci ter J. Juhant in B. Žalec (urednika) Reconciliation: The way of healing and growth*.

<sup>399</sup> Prim. J. Thompson, *Taking responsibility for the past: reparation and historical justice, 2002, str. 38*.

### 3. Kaznovanje, sprava in notranja motivacija

Seveda s kaznovanjem kot takim ni nič narobe. Vendar pa naša mera ali merilo pri kaznovanju ne bi smelo biti maščevanje, tudi če bi prineslo kake koristi žrtvam. Moramo se izogibati kakršni koli instrumentalizaciji katere koli osebe, četudi je le-ta storila resen zločin. Trpljenje drugih oseb zgolj zaradi olajšanja bolečine žrtev ni moralno sprejemljivo nadomestilo.

Prava sprava zahteva moralno preobrazbo.<sup>400</sup> To pomeni, da ni motivirana (samo) zunanje, ampak notranje. Če potreba po spravi ni ponotranjena, potem konflikt ne bo trajno rešen. Zlahka se lahko spet pojavi, če se okoliščine spremenijo.<sup>401</sup> Za notranjo ali moralno preobrazbo je potrebna avtorefleksija in kritično zadržanje do sebe samega.

### 4. Kaznovanje, odpuščanje, sprava in prekinitev nasilja<sup>402</sup>

Sprava seveda ne pomeni, da storilcu zgolj odpustimo, ampak sta poleg tega potrebna še proces in okolje, v katerem storilci sprejmejo odgovornost, priznajo dejanje, ga obžalujejo, se kesajo za to, kar so storili, in postanejo trajno motivirani za to, da bi izboljšali situacijo in odnose, namesto da zanikajo svojo krivdo.

Tudi zgolj to, da je krivda zakonito dokazana na sodišču, za spravo še ni dovolj, še posebno ne v primeru skupinskih konfliktov. Samo kaznovanje ne bo oviralo storilcev ali njihovih tovarišev, slednikov ali pristašev, pri nadaljevanju gojenja sovraštva ali pri želji po maščevanju tistim, ki so kaznovali njihove vzornike ali (stare) očete. Sprava ima veliko več možnosti, da prepreči nadaljevanje sovraštva in nasilja – ki se lahko prenaša iz generacije v generacijo – kot kateri koli drug mehanizem za urejanje konfliktov. Učinki dela in postopkov raznih komisij za resnico in spravo to dokazujejo. Omenjene komisije so bile pogosto uspešne pri tem, da so številni storilci javno priznali svojo krivdo. Vendar pa niso bile tako učinkovite pri tem, da bi storilci iskreno obžalovali in se kesali ali da bi napravili dejavne korake v smeri kompenzacije in reparacije odnosa do svojih žrtev.

### 5. Temelji sprave in ozdravitve<sup>403</sup>

Sprava temelji na naslednjih osnovah:

1. Storilci in žrtve morajo pošteno priznati in oceniti škodo oz. poškodovanost, ki je bila storjena.
2. Storilci morajo iskreno obžalovati storjeno škodo in se kesati zaradi nje.

---

<sup>400</sup> D. K. Ocvirk v: J. Juhant, V. Strahovnik in B. Žalec (uredniki), *Izvor odpuščanja in sprave: človek ali Bog? Spravni procesi in Slovenci, 2011.*

<sup>401</sup> Prim. H. Assefa, *The Meaning of reconciliation*, [http://www.gppac.net/documents/pbp/part1/2\\_reconc.htm](http://www.gppac.net/documents/pbp/part1/2_reconc.htm) (zadnjič obiskano: 2. 11. 2011).

<sup>402</sup> Prim. H. Assefa, *id.*

<sup>403</sup> Prim. H. Assefa, *id.*

3. Storilci morajo izkazati pripravljenost na opravičilo.
4. Strani, ki so vpletene v konflikt, si morajo prizadevati, da se znebijo jeze in zagrenjenosti, ki sta ju povzročila konflikt in škoda.
5. Storilec se mora zavezati, da ne bo ponovil zločina.
6. Storilec si mora iskreno prizadevati, da – v možni meri – popravi, kar je bilo storjeno slabega, ali da škodo kompenzira.

Teh šest korakov so gotovo pozitivni dejavniki kompenzacije. Je pa težje reči, ali so potrebni in zadostni pogoji za njo. Kakor koli že, sam si ne znam predstavljati, da bi prišlo do dejanske sprave, ne da bi bili uresničeni vsi.

Ozdravljanje je proces zdravljenja globokih čustvenih ran (ki jih je povzročil konflikt), ki sledi procesu sprave.

## 6. Možni načini reparacije odnosa

Kateri so možni načini reparacije odnosa?

Prvi kandidat je restavracija. Problem z restavracijo je, da je vzpostavitev prejšnjega stanja pogosto onkraj človeških zmožnosti. Tako npr. v primeru umora restavracija ni mogoča. V primeru umora lahko prizadete osebe prejmejo zgolj denar, lastnino, psihološko podporo, lahko so deležne empatije, sočutja itd.<sup>404</sup> Drugi kandidat je sprava ali pravna reparacija. Preden se ji posvetimo, naj opozorim, da sprava ni niti potrebni niti zadostni pogoj za restavrativno pravičnost. Ni potrebnih pogoj, kajti do pravične restavracije lahko pride tudi v primeru, ko ne pride do nobene sprave. Tako lahko npr. storilec stori vse potrebno, vendar je žrtev lahko tako nepopustljiva, da nobeno dejanje ne bo dovolj, da bi se spravila. Prav tako pa sprava ni zadostni pogoj. Samo dejstvo, da žrtve in storilci živijo v miru drug z drugim (in da so žrtve celo odpustile storilcu), še ne pomeni, da je bila uresničena restavrativna pravičnost.<sup>405</sup>

## 7. Sprava: definicija

Sprava je dosežena takrat, ko je škoda, ki jo je krivica storila pozitivnim odnosom med posamezniki ali skupinami, popravljena ali kompenzirana na tak način, da ne ovira oz. blokira več vzpostavitve in gojenja pozitivnih odnosov.<sup>406</sup>

Kaj lahko opazimo glede te definicije sprave?

Prvič: Sama ponovna vzpostavitev pozitivnih odnosov (ali njena možnost), ki temelji zgolj na pozabi, brez poprave slabega še ni sprava. Ni res, da je vsaka ponovna vzpostavitev pozitivnih odnosov (ali njihova možnost), sprava. Sprava je samo tista ponovna vzpostavitev pozitivnih

---

<sup>404</sup> Prim. J. Thompson, *Taking responsibility for the past: reparation and historical justice*, 2002, str. 48.

<sup>405</sup> Prim. J. Thompson, *id.*, str. 49–50.

<sup>406</sup> Glej J. Thompson, *id.*, str. 50, za podobno definicijo. Vendar pa definicija Thompsonove vključuje, da *škoda popravijo ali kompenzirajo storilci*. Menim, da besede v kurzivi ne spadajo k definiciji sprave.

odnosov (ali njena možnost), ki temelji na reparaciji ali ustrezni kompenzaciji krivično storjene škode.

Drugič: Dejanska ponovna vzpostavitev pozitivnih odnosov ni pogoj za spravo. Dovolj je, da so izpolnjeni pogoji, ki omogočajo dejansko ponovno vzpostavitev pozitivnih odnosov. Zakaj je to zadnje dlakocepstvo pomembno? Eden od razlogov je, da se lahko spravimo tudi z mrtvimi ljudmi. Obstaja mnogo pozitivnih odnosov z mrtvimi ljudmi, ki jih lahko ponovno vzpostavimo. Če smo spravljeni z mrtvimi ljudmi, je škoda, storjena s krivico, popravljena ali kompenzirana na tak način, da bi bili ti pozitivni odnosi mogoči v primeru, da bi bili mrtvi ljudje živi.

## 8. Relativnost sprave in spoštovanja

Spravo smo definirali s pojmom *pozitivnega odnosa*. Naše pojmovanje pozitivnega odnosa je očitno odvisno od morale, ki jo sprejemamo. Iz tega izhaja, da je naše pojmovanje sprave relativno glede na naš moralni pogled. S spreminjanjem moralnih pogledov se spreminjajo tudi pojmovanja sprave.

Sprava je relativna še na drug način. Pri spravi gre za ponovno vzpostavitev pozitivnih odnosov. Potemtakem lahko govorimo o različnih vrstah sprave, in sicer odvisno od vrste pozitivnega odnosa, za katerega gre: politična sprava, erotična sprava, poslovna sprava ... Vendar pa je čustveno zadržanje ali odnos, ki je potreben pogoj pri vseh teh možnih različnih vrstah sprave, neke vrste osebnostno čustvo, se pravi čustvo, ki je usmerjeno na osebe. V osnovi obstajata dva para takih čustev. Prvi par se nanaša na osebe, drugi na Osebo, tj. na Boga. Prvi par sestavljata ljubezen in spoštovanje. Drugi par – molitev in čaščenje – je analogen osebnim čustvom, ki so usmerjena na ljudi. Molitev ustreza ljubezni in čaščenje spoštovanju.<sup>407</sup> Potemtakem lahko rečemo: ne glede na to, kateri pozitiven odnos je ponovno vzpostavljen, mora biti v vsakem primeru prisotno neko osebnostno čustvo. Brez osebnostnega čustva ne moremo govoriti o spravi v pravem pomenu besede. Na kratko: brez neke vrste osebnostnega čustva<sup>408</sup> je sprava nemogoča.

Nadalje lahko rečemo, da lahko do sprave pride samo med osebami, in sicer samo med osebami, ki medsebojno priznavajo druga drugo kot osebo. To priznavanje mora biti vzajemno, ker je sprava možna samo kot obojestranski odnos. Nasprotno pa je npr. odpuščanje enostransko dejanje: načeloma lahko odpustim osebi A (zaradi nekega dejanja X), ne da bi ta oseba A storila kakršno koli (relevantno) dejanje.<sup>409</sup>

Seveda ob tem nemudoma pride na um misel, da je sprava relativna še v tretjem smislu: imamo različna razumevanja tega, kaj je oseba, in potemtakem imamo različna pojmovanja sprave. V določenem smislu se s to opazko strinjam. Vendar pa obenem menim, da ne glede na vse razlike med nami v pogledu naših pojmovanj osebe vsak od nas v svojem čustvu spoštovanja

---

<sup>407</sup> Prim. F. Veber, *Filozofija: načelni nauk o človeku in njegovem mestu v stvarstvu*, 1930.

<sup>408</sup> Za obravnavo čustev oz. občutij sramu in krivde v kontekstu sprave prim. V. Strahovnik v: J. Juhant, V. Strahovnik in B. Žalec (ur.), *Izvor odpuščanja in sprave: človek ali Bog? Spravni procesi in Slovenci*.

<sup>409</sup> Za mojo podrobnejšo obravnavo odpuščanja gl. B. Žalec v: J. Juhant, V. Strahovnik in B. Žalec (uredniki), *Izvor odpuščanja in sprave: človek ali Bog? Spravni procesi in Slovenci*, str. 87–98, pa seveda tudi druge prispevke v omenjenem zborniku.

uporablja neki pojem osebe in potemtakem razlikuje med osebami in neosebami. In to je tisto, kar je za mojo poanto pomembno.

Obstaja še en argument za trditev, da je za spravo potrebno osebno zadržanje. Prva premisa argumenta je, da imamo sebe za osebo. Druga premisa: proces sprave je bistveno dialoški proces.<sup>410</sup> Sklep: sprava je možna samo takrat, ko obstajajo vzajemna osebna čustva med stranmi, vpletenimi v spravo. Implicitna premisa tega argumenta je, da je potrební pogoj zanjo vsaj nekakšna osnovna enakost udeležencev dialoga. Če nekoga ne obravnavam kot osebo, medtem ko samega sebe imam za osebo, potem ga ne obravnavam kot zadosti enakega, da bi se med nama lahko gojil dialog.

## 9. Sprava in pravičnost

Naj dodam še kratko ugotovitev o odnosu med spravo in pravičnostjo: pravni pristop sestoji iz sprejemanja restavrativnih, kompenzacijskih in (drugih) zahtev pravičnosti<sup>411</sup>, vključno s prihodnjo pravičnostjo. Potemtakem je pravičnost bistveni del procesa sprave. Po drugi strani pa je sprava pozitívni dejavnik, podlaga ali celo pogoj (prihodnje) pravičnosti.<sup>412</sup>

## 10. Odpuščanje in sprava

Kakšen je odnos, ki obstaja med tema dvema pojmom? Posebno zanimivo vprašanje je, ali je odpuščanje potrební pogoj za spravo.<sup>413</sup>

Da bi lahko odgovorili na ti dve vprašanji, moramo upoštevati značilnosti pojmov *sprava* in *odpuščanje*: oba pojma sta prehodna in oba pojma sta raznotera, diferencirana.

Oba pojma sta prehodna, tranzitivna, tako kot pojem strpnosti. Strogo govorjeno moramo vedno – ko pravimo, da je A strpen – vedeti, kaj je predmet A-jeve strpnosti. Podobno je res, ko govorimo o strpnosti in odpuščanju. Ko rečemo, da je A odpustil B-ju, moramo vselej vedeti, kaj je bilo tisto, kar je A odpustil B-ju, kateri dej B-ja je bil predmet A-jevega opuščanja. Podobno je res, ko pravimo, da sta se A in B spravila. Če smo natančni in eksplicitni, moramo povedati, v pogledu katerega odnosa sta se A in B spravila oziroma kateri odnos sta ponovno vzpostavila.

Ali je res je, da je v vseh primerih ali vrstah sprave odpuščanje potrební pogoj za spravo? Mislim, da ne. Pri tem se lahko sklicujem na dejstvo, da obstajajo ponovljene vzpostavitev različnih odnosov, ki ne zahtevajo nikakršnega odpuščanja. Motivi in vzroki za te ponovljene

---

<sup>410</sup> Prim. J. Juhant v: J. Juhant, V. Strahovnik in B. Žalec (uredili), *Izvor odpuščanja in sprave: človek ali Bog? Spravni procesi in Slovenci*, str. 13.

<sup>411</sup> Prim. J. Thompson, *Taking responsibility for the past: reparation and historical justice*.

<sup>412</sup> Glej tudi Wildfeuer v: S. Adwan & A. G. Wildfeuer (urednika), *Participation and reconciliation: preconditions of justice*, 2011.

<sup>413</sup> V tem pogledu je zelo zanimiv članek filozofinje *Colleen Murphy Political reconciliation, the rule of law, and genocide, The European Legacy, 2007, št. 7*, v katerem dokazuje, da je spoštovanje prava potrební pogoj za politično spravo, medtem ko odpuščanje zanjo ni potrebno. Murphyjeva v članku tudi dokazuje, da v nacistični Nemčiji ni bilo spoštovanja prava. Njena izvajanja temeljijo na pojmovanju prava (in njegovega odnosa do morale), kot ga je podal ameriški pravni teoretik Lon L. Fuller, predvsem v delu *Morality of law, 1969*.

vzpostavitev so lahko različni, vendar pa pri njih vsekakor lahko upravičeno govorimo o spravi, četudi ni vključeno nikakršno odpuščanje. Tako lahko oseba A ponovno vzpostavi erotičen odnos z osebo B (oseba A se erotično spravi z osebo B) – ker na primer oseba B neznansko privlači osebo A – četudi oseba A ni odpustila osebi B, da jo je le-ta prevarala.

To morda ni dober primer, ker bi lahko kdo ugovarjal, da je oseba A zasvojena z osebo B in potemtakem ne more ravnati svobodno. Svoboda pa je potrební pogoj, da lahko sploh govorimo o osebnem dejanju v pravem smislu. Spravijo se lahko samo osebe, in to samo v toliko, kolikor so njihova dejanja svobodna. Sprava temelji na svobodnih dejanjih oseb.

Na ta ugovor lahko odgovorimo, da ni nujno, da oseba A ravna nesvobodno, ko ponovno vzpostavi erotičen odnos z B-jem. To je lahko v skladu z A-jevim razumskim premislekom in vestjo in lahko ima tak odnos za nekaj razumnega in moralno pozitivnega. Kljub temu pa navedimo še kak jasnejši in manj kontroverzen primer v prid trditvi, da odpuščanje ni nujen pogoj za spravo.

Tako lahko navedemo primer (možne) sprave med dvema državama ali kolektivoma, družbenima skupinama, narodom itd. Do sprave lahko pride, potem ko so predstavniki države A (storilci) sprejeli odgovornost za določena dejanja njihove države in storili določene korake, ki so zadovoljili državljané države B (žrtve). V tem primeru se ne zgodi nobeno odpuščanje, kajti dejanja so se zgodila pred davnimi leti, storilci so že mrtvi in državljaní države B nimajo naslednikov storilcev iz države A za krive. Vendar pa vse to ne pomeni, da se ti dve državi nista spravili, kajti ponovno sta vzpostavili celo vrsto pozitivnih odnosov. Krivična škoda iz preteklosti je popravljena ali nadomeščena na način, ki ne preprečuje več gojenja pozitivnih odnosov med dvema državama.

Tu se razkrije še neka druga razlika med obema pojmomá. Odpuščanje je pojmovno povezano s krivdo: odpustimo lahko samo nekomu, ki je kriv. Kriv je lahko samo posameznik, ne pa skupina ali kolektiv. Obstaja kolektivna odgovornost, ne pa kolektivna krivda. Potomci so lahko odgovorni za zločine svojih prednikov, vendar pa za njih ne morejo biti krivi. Zaradi tega strogo govorjeno ne moremo odpustiti kolektivom, ampak samo posameznikom. Vendar pa se lahko spravimo (ali pa ne) s potomci storilcev, ki pa jih ne moremo kriviti (in v primeru sprave jih ne krivimo) za nič, kar so storili njihovi predniki. To je sicer lahko odvisno od njihovega zadržanja in njihovih ravnanj. Če so ta pravilna, se lahko z njimi spravimo, ne da bi jim morali kar koli odpuščati. V vsakem primeru je bistvo naslednje: odpuščamo lahko samo nekomu, ki je kriv (ali natančneje, ki ga mi imamo za krivega), spravimo pa se lahko z nekom, s katerim smo prekinili odnose (ker je nekako povezan z zločinom), četudi mislimo, da on sicer nima nobene krivde (z ozirom na te zločine). Ti zločini lahko preprečijo gojenje pozitivnih odnosov med mano in to osebo, četudi je nimam za krivo. Ko je škoda zločina popravljena ali nadomeščena tako, da ne preprečuje več vzpostavitve in gojenja pozitivnih odnosov med mano in to osebo, je med nama prišlo do sprave, četudi z moje strani ni prišlo do nikakršnega odpuščanja tej osebi.

Še več. V luči zgornjih razmišljanj in izvajanj se mnenje, da je odpuščanje potrební pogoj za vsako spravo, izkaže kot nevarno, ker dejansko zahteva ne samo naše sprejetje kolektivne odgovornosti, ampak tudi kolektivne krivde in potemtakem kaznovanje ljudi za zločine, ki jih sploh niso storili in glede katerih niso imeli nobenega vpliva niti kontrole (na primer, v času, ko so se ti zločini zgodili, sploh še niso bili rojeni).



Če se ukvarjamo s spravo na družbeni ravni<sup>414</sup> – sprava med družbenimi skupinami – opazimo, da v stvarnosti dejansko skorajda ni strani, ki bi bila popolnoma čista ali brez napake (nihče ni brez greha), ampak je tudi žrtvena stran sama prispevala k razbohotenju sile, ki je (na koncu) (zločinsko) prizadela žrtveno stran. Da bi do sprave prišlo, je potrebno, da se tudi žrtvena stran zave svojega negativnega prispevka in da to pokaže oziroma izrazi. V vsakem primeru pa je izražanje empatije (in celo tudi sočutja) s stranjo, ki je zagrešila zločine, razumevanja njenega položaja, razumevanja (zgodovinske) geneze, funkcije, logike itd. relevantnih (zgodovinskih) subjektov (tudi in celo zločinskih) pozitiven dejavnik preobrazbe »zločinske« strani in obenem tudi pokazatelj ustrezne preobrazbe žrtvene strani. Za spravo je potrebno izraženo življenje v resnici: ne samo žrtvene strani, ampak tudi »zločinske« strani. Samo resnica nas bo odrešila (prim. Jn 8, 32). Vsi imamo potrebo, da smo razumljeni, po empatiji in sočutju, celo zločinci in člani njihovih družbenih skupin. Občutje odsotnosti empatije, sočutja in razumevanja je negativni dejavnik sprave. Zaradi tega so izjave kot »sploh ne razumem, kako so lahko zagrešili take zločine« ipd. z vidika sprave kontraproduktivne. Poleg tega pa se moramo zavedati dejstva, da je del nesreče nasilja in zločinov v možnosti, da lahko v določenem smislu pokvari tudi žrtve same. Zato sprava zahteva ne samo preobrazbo storilca, ampak tudi žrtve. Popolno zadovoljivo preobrazbo je težko in pogosto praktično nemogoče doseči. Posledično je sprava pogosto – vsaj v določeni meri – utopičen projekt in samo regulativna ideja.

Vendar pa iz tega nikakor ne izhaja, da prizadevanje za uresničitev sprave nima smisla. Dejansko tako prizadevanje spada k bistvu krščanskega nauka.<sup>415</sup> Pristno krščanstvo je dejansko napor za ustrezno moralno in duhovno preobrazbo in za spravo (tako v odnosu človek : človek kot v odnosu človek : Bog). Duhovna ali moralna preobrazba ali spreobrnjenje ima neprecenljivo vrednost, v vsakem primeru pa veliko večjo kot nereflektirano ali celo okostenelo sprejemanje krščanstva brez napora. Spomnimo se samo svetopisemske prilike o izgubljenem sinu (prim. Lk 15: 11–32). Zaradi tega je doseganje sprave v okoljih, kjer prevladujeta okostenela (ali kolektivistična)<sup>416</sup> mentaliteta in morala, zelo težko, vključno z okolji s »krščansko« okostenelostjo in duhovno zaprtostjo.

## LITERATURA

H. Assefa, *The Meaning of reconciliation*,

[http://www.gppac.net/documents/pbp/part1/2\\_reconc.htm](http://www.gppac.net/documents/pbp/part1/2_reconc.htm) (zadnjič obiskano: 2. 11. 2011).

I. Cvitković, *Trust: a path to reconciliation. V: Contribution of the religious communities to peace and reconciliation – the case of the South-Eastern European region: thematic issue, The Danish Cultural Institute, Copenhagen in ISCOMET – Institute for Ethnic and Regional Studies, Maribor, 1998, str. 110–117.*

L. L. Fuller, *Morality of law, 2. revidirana izdaja, Yale University, New Haven, CT, 1969.*

---

<sup>414</sup> Za obravnavo sprave na nacionalni ravni s posebnim ozirom na konkreten slovenski primer prim. J. Juhant v: J. Juhant, V. Strahovnik in B. Žalec (uredniki), *Izvor odpuščanja in sprave: človek ali Bog? Spravni procesi in Slovenci.*

<sup>415</sup> Za odlično obravnavo sprave s krščanskega gledišča izpod peresa avtorja, ki ga poleg vrhunskega teološkega znanja (eden najvidnejših sodobnih krščanskih teologov, profesor na sloviti univerzi Yale) krasi še poglobljeno poznavanje filozofije, sposobnost tehtne sociološke analize, občutek za konkretno dogajanje ter relevantna lastna izkušnja, prim. Volf 1998.

<sup>416</sup> »Ali« seveda tukaj nikakor ni izključevalen.

- W. A. Galston, *Liberalni nameni: dobrine, vrline in raznolikost v liberalni državi*, Študentska založba, Ljubljana, 2008.
- J. Juhant, *Sprava kot projekt slovenskega postkomunističnega dialoga*. V: J. Juhant, V. Strahovnik in B. Žalec (uredniki), *Izvor odpuščanja in sprave: človek ali Bog? Spravni procesi in Slovenci*, Teološka fakulteta, Ljubljana, 2011, str. 13–41.
- J. Juhant in B. Žalec (urednika), *Reconciliation: The way of healing and growth*, Lit, Berlin, 2012.
- J. Juhant, V. Strahovnik in B. Žalec (ur.), *Izvor odpuščanja in sprave: človek ali Bog? Spravni procesi in Slovenci*, Teološka fakulteta, Ljubljana, 2011.
- W. Kymlicka, *Sodobna politična filozofija: uvod*, Krtina, Ljubljana, 2005.
- C. Murphy, *Political reconciliation, the rule of law, and genocide*, *The European Legacy*, let. 12, št. 7, 2007, str. 853–865.
- D. K. Ocvirk, *Evangeljski metanoieta za spravo v sekularni družbi*. V: J. Juhant, V. Strahovnik in B. Žalec (uredniki), *Izvor odpuščanja in sprave: človek ali Bog? Spravni procesi in Slovenci*, Teološka fakulteta, Ljubljana, 2011, str. 43–53.
- L. Siedentop, *Demokracija v Evropi*, Študentska založba, Ljubljana, 2003.
- V. Strahovnik, *Občutje krivde in sramu v kontekstu sprave*. V: J. Juhant, V. Strahovnik in B. Žalec (uredniki), *Izvor odpuščanja in sprave: človek ali Bog? Spravni procesi in Slovenci*, Teološka fakulteta, Ljubljana, 2011, str. 111–126.
- J. Thompson, *Taking responsibility for the past: reparation and historical justice*, Polity Press, Cambridge, 2002.
- F. Veber, *Filozofija: načelni nauk o človeku in njegovem mestu v stvarstvu*, Jugoslovanska knjigarna, Ljubljana, 1930.
- M. Volf, *Isključenje i zagrljaj: teološko promišljanje identiteta, drugosti i pomirenja (naslov izvirnika: Exclusion and embrace: a theological exploration of identity, otherness and reconciliation)*, Stepress, Zagreb, 1998.
- A. G. Wildfeuer, *Justice and reconciliation*. V: S. Adwan & A. G. Wildfeuer (urednika), *Participation and reconciliation: preconditions of justice*, Barbara Budrich, Opladen & Farmington Hills, MI, 2011, str. 119–132.
- B. Žalec, *Kreposti, dialog in razumna razprava v družbi: prispevek k etiki sodobnih demokracij*, *Dignitas*, št. 37/38 (2008), str. 78–89.
- B. Žalec, *Od radikalne interpretacije do etike zmožnosti: filozofska razprava o možnostih in pogojih (medkulturnega) dialoga*, *Šolsko polje*, letn. 19, št. 5/6 (2008), str. 73–89.
- B. Žalec, *Izvori pravega liberalizma: o moralnih in religioznih temeljih dobre družbe in države*. V: W. A. Galston, *Liberalni nameni: dobrine, vrline in raznolikost v liberalni državi*, Študentska založba, Ljubljana, 2008, str. 425–462.
- B. Žalec, *Dejavniki dialoga in zdrava družba: solidarni personalizem, kreposti in pogubnost instrumentalizma*. V: Juhant in J. Žalec, B. (urednika), *Na poti k dialoški človeškosti: ovire človeškega komuniciranja*, Ljubljana: Teološka fakulteta, 2010, str. 25–40.
- B. Žalec, *Izvori ter dejavniki demokracije in samouprave, še posebej vloga vere in verskih skupnosti*, *Dignitas*, št. 47/48 (2010), str. 129–146.
- B. Žalec, *Človek, morala in umetnost: uvod v filozofsko antropologijo in etiko*, Teološka fakulteta, Ljubljana, 2010.
- B. Žalec, *Nezaupanje kot ključni dejavnik slabega delovanja skupnosti, organizacij in družbe*, *Dignitas*, št. 51/52 (2011), str. 351–373.
- B. Žalec, *Religija, demokracija i solidarni personalizam: na putu ka svjetskoj kulturi i civilizaciji*. *Filozofska istraživanja*, letn. 31, št. 1 (2011), str. 85–100.
- B. Žalec, *On not knowing who we are: the ethical importance of transcendent anthropology*. *Synthesis philosophica*, let. 26, št. 1 (2011), str. 105–115.
- B. Žalec, *Personalism, truth and human rights*. V: J. Juhant in B. Žalec (urednika), *Humanity after selfish Prometheus: chances of dialogue and ethics in a technicized world*, Lit, Berlin, 2011, str. 29–41.
- B. Žalec, *Krepostnost slovenskega kmeta oz. njegov personalizem, agrarizem in zadružništvo: nekaj filozofije knjigi na pot*. V: J. Dežman (urednik), *Le vkup, le vkup, uboga gmajna: preganjanje kmetov in kmečki upor v Sloveniji 1945–1955*, Mohorjeva, Celovec, Ljubljana, Dunaj, 2011, str. 8–11.
- B. Žalec, *Odpušcanje kot krepost in nova zavest*. V: J. Juhant, V. Strahovnik in B. Žalec (uredniki), *Izvor odpuščanja in sprave: človek ali Bog? Spravni procesi in Slovenci*, Teološka fakulteta, Ljubljana, 2011, str. 87–98.
- B. Žalec, *Bolnost in demokratizacija slovenske družbe*, *Dignitas*, št. 51/52 (2011), str. 77–101.
- B. Žalec, *Dejavniki genocida, njegovo preprečevanje in etika soočenja z njim*. V: J. Dežman (urednik), *Resnica in sočutje: prispevki k črni knjigi titoizma: poročilo 3: poročilo Komisije Vlade RS za reševanje vprašanj prikritih grobišč 2009–2011*, Družina, Ljubljana, 2011, str. 299–314.
- B. Žalec, *The case of Slovenia from the point of view of the theory of citizenship*, *Archiwum Historii Filozofii Myśli Społecznej*, zv. 57 (2012), str. 129–149.
- B. Žalec, *Pravni instrumentalizem kot uničevalec vladavine prava*, *Poligrafi*, letn. 17, št. 67/68 (2012), str. 107–120.

- B. Žalec, *Affects and emotions in upbringing and education*, *Šolsko polje*, letn. 23, št. 1/2 (2012), str. 57–72, 265–266.
- B. Žalec, *Solidarni personalizem in dialoški univerzalizem: temelj zdrave družbe ter primerne državljanske in domovinske vzgoje*, *Vzgoja*, junij leto 14, št. 54 (2012), str. 3–5.
- B. Žalec, *Multiculturalism, liberalism and Christianity: some elucidations (concerning Europe)*. V: M. Podunavac (urednik), *Challenges of multiculturalism*. Beograd: Heinrich Böll Foundation, Regional Office for Southeastern Europe, 2012, str. 141–160.
- B. Žalec, *Blišč razuma in beda instrumentalizma: personalistična razprava o temeljnih problemih moderne kulture in družbe*. V: Avbelj, M. (urednik), *Izzivi moderne države. Brdo pri Kranju: Fakulteta za državne in evropske študije*, 2012, str. 115–135.
- B. Žalec, *Pomen(i) solidarnosti: zakaj je ljubezen vendarle lahko njena osnova*. V: T. Pirc (urednik), *Podobe solidarnosti, A priori: Gornja Radgona*, 2012, str. 97–131.
- B. Žalec, *Reconciliation: a conceptual analysis*. V: J. Juhant in B. Žalec (urednika), *Reconciliation: The way of healing and growth*, Lit, Berlin, 2012, str. 87–95.
- B. Žalec, *Neformalno učenje in dialog*. V: P. Kelava (ur.), *Neformalno učenje?: kaj pa je to?*, (Digitalna knjižnica, *Dissertationes*, 24). Ljubljana: Pedagoški inštitut, 2013, str. 71–102. Dostopno na [http://www.pei.si/UserFilesUpload/file/digitalna\\_knjiznica/Dissertationes\\_24\\_ISBN\\_978-961-270-176-5\\_PDF/DK\\_CC%202.5\\_Dissertationes\\_24\\_ISBN\\_978-961-270-176-5.pdf](http://www.pei.si/UserFilesUpload/file/digitalna_knjiznica/Dissertationes_24_ISBN_978-961-270-176-5_PDF/DK_CC%202.5_Dissertationes_24_ISBN_978-961-270-176-5.pdf).
- B. Žalec, *Trust, accountability and higher education*, *Synthesis philosophica*, 2013b (v pripravi).

# Vojko Strahovnik<sup>417</sup>    **Legal Positivism and the Defeasibility of Legal Norms**

## ABSTRACT

The paper discusses the relationship between the defeasibility of legal norms and legal positivism. It begins by introducing the concept of defeasibility. By using defeasibility in the legal domain one usually aims to stress either the defeasible nature of law (legal norms) itself as the admitting of exceptions that cannot be fully spelled out and specified in advance (a norm-based account of legal defeasibility) or defeasibility in legal reasoning as a consequence of the interpretation of legal provisions or concepts (an interpretation-based account of legal defeasibility). Several different models or interpretations of defeasibility are discussed in order to get a better grip on the issue. What they have in common is that they presuppose a value-laden background of defeasible norms that can lead towards making an exception to the norm. This raises an interesting issue about whether such defeasibility of a legal norm is compatible with legal positivism. After presenting several distinct understandings of legal positivism, the paper argues that the existence of such presupposed values and defeasibility of legal norms is not compatible with strong and exclusive legal positivism.

*Key words:* legal positivism, legal norms, defeasibility, values, ethics.

## **Pravni pozitivizem in uklonljivost pravnih norm**

### POVZETEK

Članek se ukvarja z odnosom med uklonljivostjo pravnih norm in pravnim pozitivizmom. Na začetku je predstavljen sam pojem uklonljivosti. Na področju prava z uklonljivostjo običajno merimo na uklonljivo naravo prava oziroma pravnih norm kot takšnih, ki dopuščajo izjeme, in sicer na način, da jih ne moremo v celoti vnaprej opredeliti in določiti (razumevanje uklonljivosti kot uklonljivosti norm samih) ali pa uklonljivost razumemo kot posledico interpretacije pravnih določil ali pojmov (razumevanje uklonljivosti kot izvirajoče iz interpretacije norm). Da bi se lažje približali jedru razprave, je predstavljenih več različnih modelov in interpretacij uklonljivosti. Kar imajo ti modeli in interpretacije skupnega, je predpostavka vrednostno utemeljenega ozadja, ki nam omogoča, da normi določimo izjemo. To vzpostavlja zanimivo vprašanje, ali je takšno razumevanje uklonljivosti združljivo s pravnim pozitivizmom. Po razlikovanju med več vrstami pozitivizma zagovarjamo prepričanje, da je predpostavka omenjenega vrednostnega ozadja nezdržljiva s strogim oziroma izključujočim pravnim pozitivizmom.

*Gljučne besede:* pravni pozitivizem, pravne norme, uklonljivost, vrednote, pravo

---

<sup>417</sup> Faculty of Government and European Studies, Kranj, Faculty of Theology, University of Ljubljana.

## Introduction to defeasibility

The concept of defeasibility is a multi-faceted concept that is used in different senses and is related to various subjects. What do we in fact mean when we say that e.g. a certain norm, rule, reasoning or concept is defeasible? The simplest idea that can initially assist us is that defeasibility is closely linked to the presence of exceptions, i.e. cases that on one hand fall under a certain norm, rule or concept, but at the same time have unbefitting normative consequences given which we tend to exclude them from falling under these norms, rules or concepts.

There are several open questions or dimensions in relation to defeasibility. First, there are a number of candidates for being defeasible, e.g. concepts, norms, rules, standards, principles, reasoning, facts, opinions, statements, decisions, regulations etc.<sup>418</sup> Next, there are open questions about the origins, nature and scope of defeasibility. Finally, there is a debate about the consequences defeasibility holds (or would hold) for legal theory as well as practice.

In what follows I focus on the defeasibility of norms. A norm is defeasible if it allows for exceptions, meaning there is a case that the norm should supposedly cover, but it proves otherwise. We must add at least two more characteristics. First, a defeasible norm remains the same and retains its normative power even where we are able to find an exception to it; in this sense, it ‘survives’ this exception and can hold for all further, non-exceptional cases. Second, a defeasible norm remains in the ‘normative space’ even in the case of an exception and can e.g. indirectly influence the final normative solution.

The conceptual space around defeasibility is usually inhabited by a cluster of related concepts, including that of indeterminacy, vagueness, normalcy, and open-texture. Let us try to clear the air around these a little.

Defeasibility is often associated with indeterminacy in the sense that a given norm or set of norms does not provide a definite ‘normative solution’ for all cases. Defeasible norms are supposedly vague, either as a whole or regarding particular phrases or formulations they contain. Next, a common approach to the defeasibility of norms is that they are characterised as holding only in normal, ordinary or paradigmatic cases and circumstances.

Based on these characterisations, it is clear that the use or application of such defeasible norms in individual cases requires a good judgment and refined interpretation. In this vein, the defeasibility of norms is not merely due to their incorrect or vague formulation that could in principle be resolved or more clearly spelled out. Defeasible norms are also not some kind of ‘rules of thumb’ we can use most of the time, but which we are also able, if necessary, to specify

---

<sup>418</sup> P. Chiassoni, *Defeasibility and Legal Indeterminacy*. In: J. Ferrer Beltrán and G. B. Ratti, eds. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*, Oxford 2003, 162.

and turn into an exceptionless norm; to understand the defeasibility of norms in this way would mean not taking them seriously enough.

Sometimes, the term defeasibility is linked to the famous Hartian concept of “open texture”<sup>419</sup>, in the sense that it is impossible to clearly specify all the necessary and sufficient conditions for the use of a given concept or a given norm. Along these lines, Hart e.g. in relation to the concept of a contract claimed that we cannot put forward an “adequate characterisation of the legal concept of a contract [...] without reference to these extremely heterogeneous defences [facts, which may lead to invalidation or cancellation of the contract, e.g. the concealment of facts, coercion, immorality etc.: n. VS ], and the manner in which they respectively serve to defeat or weaken claims in contract. The concept is irreducibly defeasible in character and to ignore this is to misrepresent it”.<sup>420</sup> The defeasibility of norms is sometimes also associated with the presence of explicit or implicit conditions which we can add to the norm, e.g. in the form of a clause “unless a, b, c, ...”, or with which we can limit the norm to a given set of cases in advance.

### **The defeasibility of legal norms and models of defeasibility**

The debate on the relationship between general legal norms and particular cases from our daily lives has been present in philosophy nearly since its beginnings. In Plato’s dialogue *Statesman*, we can follow the debate between Socrates and a young stranger from Elea on what defines a good statesman who would regulate public affairs justly, and the conversation then moves to the question of whether it is possible to rule and govern without laws. The stranger, while trying to defend the affirmative answer to this question, proposes the idea that it is better that a “royal man” governs instead of laws, since “[l]aw can never issue an injunction binding on all which really embodies what is best for each: it cannot prescribe with perfect accuracy what is good and right for each member of the community at any one time. The differences of human personality, the variety of men’s activities and the inevitable unsettlement attending all human experience make it impossible for any art whatsoever to issue unqualified rules holding good on all questions at all times”.<sup>421</sup> He continues by saying that the one who governs will probably be unable to avoid any general law being put forward, and so one “will lay down laws in general form for the majority, roughly meeting the cases of individuals . . . under average circumstances”, but nonetheless both Socrates and the stranger agree that if exceptions to those general norms were to emerge it would be unwise, unjust or even ridiculous not to correct those cases.<sup>422</sup>

Similar considerations can be found in Aristotle’s *Nicomachean Ethics*. “The reason [i.e. that justice and equity are not quite the same thing, and that equity can be seen as a correction of legal justice; n. VS] is that all law is universal but about some things it is not possible to make a

---

<sup>419</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, 120–132.

<sup>420</sup> H.L.A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49 (1949), 176.

<sup>421</sup> Plato, *Statesman*, 294a–b (transl. J.B. Skemp, Bristol, 1952), quoted in F. Schauer, 2012, 78.

<sup>422</sup> Cf. F. Schauer, *Is Defeasibility an Essential Property of Law?* In: J. Ferrer Beltrán and G. B. Ratti, eds. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*, Oxford 2012, 78.

universal statement which shall be correct. In those cases, then, in which it is necessary to speak universally, but not possible to do so correctly, the law takes the usual case, though it is not ignorant of the possibility of error. And it is none the less correct; for the error is not in the law nor in the legislator but in the nature of the thing, since the matter of the practical affairs is of this kind from the start. When the law speaks universally, then, and a case arises on it which is not covered by the universal statement, then it is right, where the legislator fails us and has erred by oversimplicity, to correct the omission – to say what the legislator himself would have said had he been present and would have put his law if he had known.”<sup>423</sup>

Such discussions focus on the relationship between general norms on one hand and particularities, peculiarities and exceptions on the other, but often such understanding of these exceptions is not radical enough since they are understood as a sheer consequence of underspecified or incomplete general norms. Among others, Dworkin maintains such an optimistic view: “Of course a rule may have exceptions. ... However, an accurate statement of the rule would take [these exceptions] into account, and any that did not would be incomplete. If the list of exceptions is very large, it would be too clumsy to repeat them each time the rule is cited; there is, however, no reason in theory why they should not all be added on, and the more there are, the more accurate is the statement of the rule”.<sup>424</sup> Genuine defeasibility understood as “the hard problem” goes beyond and includes genuine exceptions which are not such that they would already be properly included in a general norm and correctly specified.<sup>425</sup>

Within the field of legal theory and legal philosophy the debate on the defeasibility of legal norms intensified with Hart’s notion of open-textured concepts and the supposedly resulting defeasibility of norms. With these ideas, Hart opposed a strictly deductive model of law “as a complete normative system containing a multitude of legal rules and standards plus some fundamental legal principles and doctrine” and within which it is possible to “logically deduce the correct or sound legal decision in any given case”.<sup>426</sup> Since one of the key presuppositions of such a model is that it is at least in principle possible to identify and highlight the necessary and sufficient conditions for the application of legal norms, the open-texture nature of legal concepts brings troubles for it. With this, Hart aimed precisely at this presupposition, not merely highlighting that some legal norms may have exceptions, but a much stronger one “that it is theoretically impossible to enumerate all the exceptions and state all the sufficient conditions for the rule’s application”.<sup>427</sup> It is exactly in this vein that we can at the outset define the defeasibility of law as “the idea that law, or its components, are liable to implicit exceptions, which cannot be

---

<sup>423</sup> Aristotle, *Nicomachean Ethics*, 1137a-b (transl. W.D. Ross).

<sup>424</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1977, 24–25.

<sup>425</sup> B. Chapman, *Law Games: Defeasible Rules and Revisable Rationality*, *Law and Philosophy*, 1998, 4, 448.

<sup>426</sup> L. G. Boonin, *Concerning the Defeasibility of Legal Rules*, *Philosophy and Phenomenology Research*, 1966, 3, 371.

<sup>427</sup> *Ibid.*, 372.

specified ex ante (viz. before the law's application to particular cases)".<sup>428</sup> This in principle possibility that one can always stumble upon a novel exception prevents the listing of all necessary and sufficient conditions, but the original concept and the related norm remain the same; each new exception "is capable of being absorbed as an exception to the rule without affecting the basic meaning of the rule".<sup>429</sup> Exceptions therefore do not lead to any radical changes or permutations of legal concepts or norms. As Celano highlights, "[b]eing defeasible, the norm somehow survives the impact of such recalcitrant cases. Though somehow revised, amended, qualified, the norm, it is assumed, remains in place: it is still the same norm".<sup>430</sup>

I now briefly turn to three models of the defeasibility of legal norms (Celano, Tur, Guastini). Bruno Celano<sup>431</sup> closely relates defeasibility with the so-called "identity assumption", namely the assumption that the exceptional case leaves the norm intact. One of the most obvious and straightforward possibilities to address the relationship between norms and exceptions is the specificationist approach. Each time different legal norms conflict and it seems that we will have to make an exception, this model suggests that the proper way to proceed is to conclude that all "we have to do is specify (that is, suitably restrict the domain of application of) at least one of the norms, or the relevant norm, so that, thanks to the inclusion of further conditions within its antecedent ... the conflict – or the unsatisfactory verdict – eventually vanishes".<sup>432</sup> Specification reveals itself as the middle and most reasoned way between the pure subsumption model on one hand and the intuitive balancing of each particular case on the other. But the problem of this approach lies in the in-principle possibility of never being able to specify all the exceptions and thus also the claim that we are merely amending the same norm seems hollow according to Celano: "Achieving a fully specified 'all things considered' norm, thereby ruling out the possibility of further, unspecified exceptions (apart from those already built into the norm itself) would require us to be in a position to draw a list of all potentially relevant properties of the kind mentioned. And this, we have seen, is misconceived".<sup>433</sup>

He instead proposes looking at the alternative approach to defeasibility which regards exceptions as already implicitly included or provided for by the norm. A specified norm is thus just a sort of shorthand for the more complex norm that lies in the background. But this approach fails for the same reasons since it understands exceptions not as real exceptions – not as real holes in the norm – but as some sort of *prima facie* exceptions that allow for the filling in of the

---

<sup>428</sup> J. Ferrer Beltrán and G. B. Ratti, Legal Defeasibility: An Introduction. In: J. Ferrer Beltrán and G. B. Ratti, eds. The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility, Oxford 2012, 1.

<sup>429</sup> L. G. Boonin, Concerning the Defeasibility of Legal Rules, Philosophy and Phenomenology Research, 1996, 3, 375; cf. P. Helm, Defeasibility and Open Texture, Analysis, 1968, 5, 173–175.

<sup>430</sup> B. Celano, True Exceptions: Defeasibility and Particularism. In: J. Ferrer Beltrán and G. B. Ratti, eds. The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility, Oxford 2012, 268.

<sup>431</sup> B. Celano, True Exceptions: Defeasibility and Particularism. In: J. Ferrer Beltrán and G. B. Ratti, eds. The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility, Oxford 2012, 268–287.

<sup>432</sup> Ibid., 270

<sup>433</sup> Ibid., 276



holes. Thus one must accept some sort of particularism in order to do proper justice to the (possibility of) genuine exceptions. This model of exceptions is complex and will not occupy our interest here further since the central issue is the notion of the defeasibility of norms. In short, Celano proposes an understanding of “norms as defeasible conditionals liable to true exceptions, i.e., conditionals such that the consequence follows, when the antecedent is satisfied, under normal circumstances only”.<sup>434</sup>

Similarly, Richard Tur<sup>435</sup> starts with the recognition that the open-textured nature of moral concepts and norms does not merely mean that those norms have exceptions but that defeasibility goes beyond that, e.g. claiming that the set of possible exceptions is open. He distinguishes between three different versions of the rule-like formulae. The first is the “canonical form of the Kelsenian norm”<sup>436</sup>: “If A, then B ought to be”, which is clearly not defeasible and allows for no exceptions. The second form seemingly allows for them since we can state it as: “If A, then B ought to be, unless x, y, z, ...” that is supposed to be complemented by a list of exceptional cases. But, in fact, this type of norm can easily be transformed into the first type since we can include all the exceptions in the antecedent.<sup>437</sup> This brings Tur to the third form of legal rules that are genuinely open-ended: “If A, then B ought to be, unless there is an overriding reason to the contrary”.<sup>438</sup> What could be the source of these reasons? Tur understands them as considerations that could defeat or override the norm and which arise out of basic evaluative reasons or grounds such as “mercy, justice, equity, purpose, or rights”.<sup>439</sup> What one can see here is that Tur is not so much building on the notion of the exception to the rule/norm, but on the case that moral rules are capable of being overridden. At the end, he specifies the general formula of a defeasible norm as follows:

If A (legally defined facts) is, then B (legally determined consequences) ought to be, unless there is EITHER (1) an operative exception, being (i) a known or established exception or (ii) an exception yet to be established; OR (2) an overriding consideration, including (iii) equity and/or justice, (iv) policy, (v) mercy, (vi) purpose, (vii) rights, or (viii) a residual category of ‘damn good reason’ or ‘compelling objection’.<sup>440</sup>

---

<sup>434</sup> Ibid., 285

<sup>435</sup> R. H. S. Tur, *Defeasibilism*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2001, 2, 355–368.

<sup>436</sup> Ibid., 357

<sup>437</sup> Ibid., p. 359

<sup>438</sup> E.g. “If a + b + c exists and neither x, y or z is present, then a contract ought to be recognized to exist, unless it would be unconscionable (or otherwise intolerably unjust) to do so”. Ibid., p. 362

<sup>439</sup> Ibid., p. 359

<sup>440</sup> Ibid., p. 368

The third model of the defeasibility of legal norms is that of Riccardo Guastini.<sup>441</sup> Guastini relates defeasibility with notions of axiological gaps and interpretation. The starting point is an understanding of a defeasible norm as a norm that is susceptible to implicit exceptions which cannot be explicitly stated in advance, which in turn means that it is impossible to delimit circumstances that would represent genuine sufficient conditions for its use. Next, Guastini understands defeasibility and axiological gaps as phenomena related to the level of interpretation and not of normative systems. When some norm as defeasible allows for an exception, this creates an axiological gap (that some state of affairs is excluded from the norm and not regulated by some other norm). “Axiological gaps and defeasibility often look like two faces of the same coin. By defeating a rule one excludes from its scope certain fact situations (which on the contrary, according to a different interpretation, would actually be regulated by that rule). Sometimes, such fact situations appear to be regulated by other rules in the legal system, but in other circumstances this is not the case – those fact situations are not regulated by any rule at all. In such a case, there is a gap in the system. Therefore, by defeating a rule, a gap has been produced”.<sup>442</sup>

What emerges is an axiological gap and not a genuine normative gap since we are not dealing with the absence of normative regulation of a given field, but with a gap that has appeared as a consequence of our interpretation of the norm. Most often a defeasibility and axiological gap appears due to the well-known phenomenon of the restrictive interpretation of a norm that is an argumentative technique for distinguishing between different subsets of different kinds of states of affairs supposedly governed by the same norm. For Guastini, defeasibility and axiological gaps are related to the axiological judgments of the interpreters of norms.

Defeasibility is not a special characteristic of legal principles; it is not an objective property of those norms that is already there before we start to interpret them. Axiological judgments employed within the interpretation are thus not the consequence of some objective defeasibility of the rule itself or a genuine, interpretation-independent normative gap, but the origin or a cause of interpretative defeasibility. For Guastini, a literal interpretation is still an interpretation so there cannot be any neutral or value-free interpretation. Not only principles, but also rules can be defeated and therefore we cannot understand the presence of principles in the legal system as an origin of defeasibility. “Defeasibility and axiological gaps simply depend on interpreters’ evaluations, and such evaluations often take the form of juristic ‘theories’ – ‘dogmatic’ theses framed by jurists in a moment logically previous to interpretation of any particular normative sentence and independently of interpretation. [...] Defeasibility does not pre-exist interpretation – on the contrary, it is one of its possible results. And interpreters’ evaluations

---

<sup>441</sup> R. Guastini, *Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation*. In: J. Ferrer Beltrán and G. B. Ratti, eds. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*, Oxford 2012, 182–192.

<sup>442</sup> *Ibid.*, 187

are precisely a cause, not an effect, of rules defeasibility, *we introduce exceptions to the rules when their 'strict' application would give rise to consequences that appear unjust* [this last italicised part appears only in the Italian original of Guastini's paper and in its Slovenian translation; n. VS]".<sup>443</sup> The open-texture or vagueness of concepts therefore cannot be seen as special sources of defeasibility; they are merely ineliminable characteristics of natural languages. "Rules [...] are inert, they do nothing: they let themselves be defeated, but do not defeat themselves. As beauty is in the eye of the beholder, in the very same way defeasibility is not in rules, but in the attitudes of interpreters".<sup>444</sup> Guastini concludes with an argument that, if we accept such a view of defeasibility, then it becomes clear that defeasibility cannot be used as an argument against legal positivism since the latter merely includes the thesis that law can be identified without an appeal to moral evaluation, and not that moral evaluation cannot figure in the interpretation of law and as such interpretation is not the identification of law but a part of the law itself. While Guastini is exceptionally clear in his arguments and examples, he seems to operate with a relatively narrow understanding of defeasibility at least from the aspect that the platitudes related to defeasibility point out that an 'exception' to the rule is somehow informed by the rule itself and that the rule fully 'survives' this point of meeting an exception. Within his picture nothing similar takes place; the interpretation is narrowed and the gap filled by a negative rule or condition.

### **Legal positivism and defeasibility**

Does accepting the defeasibility of legal norms also mean at the same time a rejection of (strict, exclusive) legal positivism, especially if we follow the latter two presented models of defeasibility, which both explicitly employ some sort of background moral reasons and axiological gaps? The answers and positions of authors differ on this issue. There are arguments that try to convince us that proper defeasibility of a legal norm is incompatible with legal positivism; others argue to the contrary, namely that both theses are unrelated and that the falsity of legal positivism in no way follows from defeasibility. And there are still others who argue that we can even use defeasibility to reconcile the divide between strong and weak positivism; that positivism can accommodate both epistemic and logical defeasibility, and that actually both strong and weak positivism have pointed out several facets of defeasibility that are important for legal practice and our understanding of law.

The answer, of course, depends on the way we understand both legal positivism and defeasibility. As we already highlighted above, two of the central characteristics of defeasible legal norms are that such a norm must allow for genuine exceptions and these norms remain

---

<sup>443</sup> Ibid., 189

<sup>444</sup> Ibid., 190

unchanged in the sense that when we run into an exception we cannot fully specify the norm in such a way to preclude any other possible exceptions that would be able to defease or defeat them.

Further, many defeasibility models suggest that defeasibility presupposes (or is a consequence) of a certain axiological background which consists of basic principles, values or basic reasons. It is this axiological background that enables us to identify the genuine exceptions to the norms in the first place and then go on to properly normatively define or solve such cases. This is one characteristic that models of moral and legal defeasibility have in common. If we understand such an axiological background as comprising basic moral reasons (e.g. justice, benevolence, non-maleficence, sincerity, fidelity etc.), then we can choose a middle ground between the generalist and particularist views in normativity. In this case, defeasible norms represent some sort of middle axioms at the middle level at which we formulate them – primarily due to practical concerns – but being fully aware that there are the mentioned basic moral reasons or morally relevant properties in their background.<sup>445</sup>

As stated previously, the relationship between defeasibility and legal positivism depends upon our understanding of both. In relation to defeasibility, it is crucial whether we understand it as internal to legal normativity or law itself or we see it only as a consequence of legal interpretation.

Several authors argue that issues of the defeasibility of legal norms and rejection of legal positivism are independent of each other. If on one hand we understand the defeasibility of norms not as a special property of norms, but as a result of interpretation and “interpreters’ evaluations”<sup>446</sup> and, on the other hand, legal positivism as a position which mainly concerns the question of whether you can recognise something as a law or legal norm without reference to morality (and thus not as the view that a moral evaluation cannot be part of the interpretation of legal rules and principles), then the two positions are indeed compatible since the interpretation of legal norms is strictly not part of the recognition or identification of law, but at most part of the law in the most general sense.

Legal positivism also allows for different interpretations. Usually we connect it closely with the thesis of the social origins of law in the sense that the existence and content of the law depend on social facts. What is law depends on what a particular community recognises as the law, as posited (commanded, decided, adopted) law, and all of this regardless of whether or not it satisfies (moral) ideals of justice, fairness, equity and the rule of law.<sup>447</sup> Based on of such

---

<sup>445</sup> V. Strahovnik, *Defeasibility of Moral and Legal Norms*, Dignitas, 2012, 53-54, 101–115.

<sup>446</sup> R. Guastini, *Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation*. In: J. Ferrer Beltrán and G. B. Ratti, eds. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*, Oxford 2012, 189.

<sup>447</sup> L. Green, *Legal Positivism*. In: E. N. Zalta, ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

considerations, we can deduce one of the central theses of positivism, i.e. that the determination or identification of law is independent of moral criteria and arguments.<sup>448</sup>

However, this thesis itself allows for many different interpretations. It can represent a starting point of so-called exclusive legal positivism in the case we understand it as the thesis that the determination of law (legal norms) cannot be dependent on morality (or that it is always independent of morality). Inclusive legal positivism understands it more loosely, namely as a thesis that it is not necessary for such determination of law to depend on morality. Further, we can understand legal positivism as a normative thesis that the determination of law should not depend on morality.<sup>449</sup>

We can delineate these three mentioned positions in the following way. From the social sources thesis of legal positivism we can more specifically define the following thesis:

Law identification thesis (LIT): The determination of what law is does not depend on moral criteria or arguments.

But this thesis can be read in at least three distinct ways:

LIT1: The determination of what law is *cannot* depend on moral criteria or arguments.

LIT2: The determination of what law is *need not* depend on moral criteria or arguments.

LIT3: The determination of what law is *should not* depend on moral criteria or arguments.<sup>450</sup>

In this way, we arrive at the previously mentioned version of positivism: exclusive, inclusive and normative.

We now return to the initial question and look at how these different understandings (especially the first two) of legal positivism fare in relation to defeasibility linked to background axiological considerations. It is important to emphasise that none of the conceptions of legal positivism completely excludes any role of morality in the sphere of law. Even exclusive legal positivism can allow for that fact, namely that not every legal reasoning or decision of a judge is strictly formalistic and employ moral considerations if these are relevant for the legal norm (therefore we can refer to morality within the domain of law, while at the same time not being the law itself). Morality is excluded from the determination of law and not in the use of law. Inclusive legal positivism goes even further; legal norms may include moral norms and, in this case, also the recognition of law must make reference to morality. As for normative legal

---

<sup>448</sup> J. J. Moreso, Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality. In: J. Ferrer Beltrán and G. B. Ratti, eds. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*, Oxford 2012, 226.

<sup>449</sup> *Ibid.*, 226–227

<sup>450</sup> *Ibid.*

positivism; it insists on the theses that the determination of law should not include appeals to morality, namely mostly because of the fact that moral disagreement, moral relativism and scepticism or our other cognitive limitations with regard to moral truths represent a threat to the respect of the autonomy of persons and the provision of a determinate and stable legal order which is predictable and unambiguous. These are the main reasons for normative legal positivism prohibiting moral considerations from entering the field of the determination of law – but that is another debate and I will not enter it here.

How can one now answer the question about the relationship between the defeasibility of legal norms and legal positivism? If defeasibility is understood as a genuine feature of these norms or a normative system which allows for exceptions on the basis of background moral reasons, then it is incompatible with both exclusive legal positivism and normative legal positivism. Similarly, Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero argue that the level of fundamental values and aims can defeat the surface level of legal rules.<sup>451</sup> However, such an understanding of the defeasibility of legal norms remains compatible with inclusive positivism (which probably dominates among advocates of positivism). If, on the other hand, we are inclined to understand the defeasibility of legal norms as a result of their interpretation, then such a view is also compatible with legal positivism although, on the other hand, even in this case one has to acknowledge that morality plays an ineliminable role in law.

### **Conclusion**

Basic values as an axiological background establish the framework for the functioning of individuals and societies alike, whether these frameworks are delineated by morality or by law. In more general terms, we can distinguish two fundamentally different views of the ‘codification’ of such a background; on one hand, there is generalism which combines the possibility of codification and a deductive model of normative thought and, on the other hand, particularism which rejects the possibility of the (complete) codification of the field of normativity. The approach which builds upon the notion of the defeasibility of norms sits between the two approaches mentioned above. The defeasibility of at least some moral and legal norms can be interpreted as a consequence of normative pluralism, the possibility of a conflict between the fundamental moral considerations and the richness of the axiological background. The defeasible nature of legal norms is thus not compatible with strict and exclusive legal positivism, which in turn means that it therefore presumes a close relationship between morality and law in such a way that it sees the former as the foundation of the latter.

---

<sup>451</sup> M. Atienza and J. R. Manero, Rules, Principles and Defeasibility. In: J. Ferrer Beltrán and G. B. Ratti, eds. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*, Oxford 2012, 242–243.

## REFERENCES

- Aristotle. *Nicomachean Ethics* (trans. W.D. Ross).
- Atienza, Manuel & Manero, Juan Ruiz. 2012. Rules, Principles and Defeasibility. In: J. Ferrer Beltrán & G. B. Ratti, eds. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, pp. 238–253.
- Bix, Brian H. 2012. Defeasibility and Open Texture. In: J. Ferrer Beltrán & G. B. Ratti, eds. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, pp. 193–201.
- Boonin, Leonard G. 1966. Concerning the Defeasibility of Legal Rules. *Philosophy and Phenomenology Research* 26(3): 371–378.
- Celano, Bruno. 2012. True Exceptions: Defeasibility and Particularism. In: J. Ferrer Beltrán & G. B. Ratti, eds. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, pp. 268–287.
- Chapman, Bruce. 1998. Law Games: Defeasible Rules and Revisable Rationality. *Law and Philosophy* 17(4), 443–480.
- Chiassoni, Pierluigi. 2012. Defeasibility and Legal Indeterminacy. In: J. Ferrer Beltrán & G. B. Ratti, eds. *Essays on Legal Defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, pp. 151–181.
- Dworkin, Ronald. 1977. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.
- Ferrer Beltrán, Jordi & Ratti, Giovanni Battista 2012. Legal Defeasibility: An Introduction. In: J. Ferrer Beltrán & G. B. Ratti, eds. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, pp. 1–7.
- Green, Leslie. 2009. Legal Positivism. In: Edward N. Zalta, ed. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/> (accessed 10. 12. 2012).
- Guastini, Riccardo. 2012. Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation. In: J. Ferrer Beltrán and G. B. Ratti, eds. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, pp. 182–192; Slovenian translation: Guastini, Riccardo. 2010. Uklonljivost, vrednostne praznine in razlaganje, *Revus* 14, 41–56.
- Hart, Herbert L. A. 1949. The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society* 49: 171–194.
- Hart, Herbert L. A. 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Helm, Paul. 1968. Defeasibility and Open Texture. *Analysis* 28(5): 173–175.
- Moreso, José Juan 2012. Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality. In: J. Ferrer Beltrán & G. B. Ratti, eds. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, pp. 225–237.
- Schauer, Frederick. 2011. Is Defeasibility an Essential Property of Law? In: J. Ferrer Beltrán & G. B. Ratti, eds. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, pp. 77–88.
- Strahovnik, Vojko. 2012. Defeasibility of Moral and Legal Norms. *Dignitas* 53/54: 101–115.
- Strahovnik, Vojko. 2013. O odnosu med etiko in pravom glede na vidik uklonljivosti pravnih norm. In: M. Špelič, ed. *Lex victrix in caritate: zbornik ob sedemdesetletnici p. Viktorja Papeža OFM*. Ljubljana: Brat Frančišek, pp. 24–36.
- Tur, Richard H. S. 2001. Defeasibilism. *Oxford Journal of Legal Studies* 21(2): 355–368.
- Waluchow, Wilfrid J. 2012. Defeasibility and Legal Positivism. In: J. Ferrer Beltrán & G. B. Ratti, eds. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Legal Defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, pp. 254–267.

# Matjaž Potrč<sup>452</sup> Rational Disagreement Targets

## ABSTRACT

There are two implicitly present views about the targets of rational disagreement. If one takes conciliation as a strategy concerning rational disagreement, then the target in the wide sense of the word is propositions. On the other hand, if one takes judgments to be targets of rational disagreement, then the accompanying strategy is that of non-conciliation. This last strategy is closer to the nature of rational disagreement in terms of its phenomenology and rationality.

*Key words:* rational disagreement, conciliation, non-conciliation, propositions, judgments

## Predmeti razumnega nestrinjanja

### POVZETEK

Glede predmetov razumnega nestrinjanja obstajata dve stališči. Če razumemo spravljivost kot strategijo pristopa k razumnemu nestrinjanju, so predmeti tega nestrinjanja – v najširšem pomenu te besede – propozicije. Če pa po drugi strani kot predmete razumnega nestrinjanja razumemo sodbe, je strategija, ki takšno nestrinjanje spremlja, odločnost. Zadnja strategija je bližje naravi razumnega nestrinjanja ter njegovi fenomenologiji in racionalnosti.

*Ključne besede:* razumno nestrinjanje, spravljivost, odločnost, propozicije, sodbe

## Rational disagreement

People often disagree. If arguments are involved, then the interesting ones are not emotionally heated squabbles, but an exchange of views that are rationally supported and involve the parties' respect for each other. When Putnam<sup>453</sup> mentions such a disagreement with his colleague, he says he holds him in great esteem as a human being and praises the qualities of his character. But he also states there are differences between them that cannot be bridged with respect to a certain issue. Before coming back to rational disagreements in philosophy, we will take a quick look at the area of jurisprudence. Rational disagreement seems to be the basis of procedure in legal practice. What are the cases in question like? A presumption is that your fellow lawyer in a dispute is rational, i.e. that both you and him follow objectively verifiable procedures. But the two of you disagree about the truth of  $p$ . The prosecutor in penal law argues for  $p$ , whereas the defence argues for  $\neg p$ . Both are rational, and they presume other parties to be rational as well.

---

<sup>452</sup> University of Ljubljana, [matjaz.potrc@guest.arnes.si](mailto:matjaz.potrc@guest.arnes.si)

<sup>453</sup> H. Putnam, *Reason, Truth and History*. Cambridge, 1981.



But once they have heard all the arguments of other parties, they still stick to their convictions. After having heard everything from the defence, the prosecutor continues to cling to their belief in *p*. Disagreement seems to be the basis of legal procedure. It also seems that non-conciliation – insisting on one's views or positions and not abandoning them in the face of a challenge from the opposite player – is the rational choice in that area. Whatever the move of the other party, it does not seem to be a suitable rational choice to abandon one's beliefs. On the contrary, a good lawyer has to stick to their guns and retain their beliefs, even though these may be shattered by the party that defends the opposite view in a procedural dispute. It also seems that legal procedure consists of assuming and playing roles so that deep down the judgment of the lawyer, if there is one, disciplines the situation where the opposing positions guide a given dialectics. That is how I see the situation with legal discourse, although my knowledge mostly comes from legal cases as portrayed in several TV series and in 'whodunnits'. I will now switch to the case of philosophy with which I am slightly better acquainted. But before embarking on this, I need to stress the procedural embracing of non-conciliation in legal practice, which seems to be a bird of a different feather than conciliation's take on rationality that is mostly proposed by philosophers. How does this attitude come about in philosophy? I will consider this and then argue that non-conciliation is and should be a strategy appropriated by philosophers as well. Matters about rationality and about the phenomenology of peer disagreement will occupy the centre of the exercise. Cases of respectful philosophical disagreement, though, in contradistinction to legal cases, are not procedural and instead feature a commitment to one's beliefs that are not necessarily needed for the legal procedure to be satisfied.

### **Philosophical disagreements**

In order to understand rational disagreement and given that I work in this area, I will concentrate on the case of philosophy. A characteristic of philosophical work is that people are in dispute about practically any specific topic you may choose. Let me mention just one example off the top of my head. Some people think that there are essences of things, while others dispute this. Those who subscribe to essences are again in disagreement about whether these are to be searched for in concrete entities, such as this cat and that other kitten. Their opponents dispute this and see essences in something such as the idea of a cat given that, as they say, each particular cat may perish and because a cat as an entity is vague. On the other hand, the idea of a cat persists all along and during conceptual and empirical changes. At each carving of the joints there will be disagreement about which route to take. This seems to be the basis of philosophical endeavour. In contradistinction to legal practice, disagreement in philosophical discussion involves a substantive commitment and is thus not merely procedural.

The difference between rational disagreement in the practice of law and in the practice of philosophy is that the practice of penal law opts for the irreducible difference of views to be maintained, whereas the now widely practiced and almost official procedure of philosophy also argues in defence of each particular view, but then mainly opts to give way to the peer with whom one is engaged in dispute so that the differences can be smoothed out. Philosophers tend to believe that this is required so that the demands of rationality are taken care of. I will argue that, as matters stand, the practice of rational disagreement in philosophy actually does not end up in

agreement but that the philosopher's real work is to fight for their view, following their own best take on the epistemic evidential basis available to them.<sup>454</sup> This is supported by the dialectics of the philosopher's judgment, which is rooted in benign incoherence. Judgment, and especially philosophical judgment, namely comes from a tension that arises between several forces producing it. Given that these forces are active from the background which is not transparent to the judger, and which is not explicitly there before their consciousness, there is some support for this judgment that is not completely accessible to the judger. This applies to both of the parties involved in a rational disagreement. So the rationality of philosophical argumentation rests upon an insight hidden in the background that forms the judgment of each of the parties. The insight that supports each party's judgment thus disciplines explicit argumentation which happens in a philosophical debate. Notice that philosophical disagreements are to some extent similar to moral disagreements where people feel they are involved in a procedure where quite a lot seems to be at stake.

### **Conciliation**

The main approach to the phenomenon of rational disagreement encountered today is that of *conciliation*. The presupposition is that, if parties to a dispute are rational, they have to realise that no party has an advantage with respect to the opposite party. Accordingly, they will be happy to abandon their original beliefs in order for objective rationality requirements to be satisfied so that one does not end up in the subjective arbitrariness of one's belief or again in an outright contradiction with respect to the other party. The example that is usually given<sup>455</sup> involves two of us having lunch together, trying to calculate the amount of cash we are due to pay the waiter. I appreciate you as being rational and fairly good in matters of practical maths. You have the same respect for me. Now, we engage in the calculation. My result is \$42, and your result is \$46. We are ready to reconcile our views in view of our former opinions. However, we do not conclude that the right result would lie in the middle, namely \$44. Instead, we abandon the initial results we arrived at and start calculating again. This is the form of *conciliation* that, as it seems, rationality requires from us. The idea is then that rationality further requires us to embrace the tactics of *conciliation* in other disputes as well, such as typical philosophical disputes such as the one mentioned about the essence of a cat. Rationality requires us, the reasoning goes, to abandon our beliefs and to reconcile. Here we see the surrounding symmetrical challenge: recognising you as a peer, I implicitly allow for my view not to be any better with respect to yours. And something similar goes for your view. Hence rationality requires us, as already stated, to reconcile by abandoning our original beliefs.

### **Non-conciliation**

---

<sup>454</sup> T. Horgan and M. Potrč, Nonconciliation in Peer Disagreement: Its Phenomenology and Its Rationality, (forthcoming).

<sup>455</sup> D. Christensen, Disagreement as Evidence: The Epistemology of Controversy, *Philosophy Compass*, 2009, 4/5, 756-75; D. Christensen and J. Lackey, *The Epistemology of Disagreement*, Oxford 2013.

However, from the practice of philosophical disputes we can see that people do not go for conciliation. They respect each other as able reasoners, that is true. But they do not move in the direction of conciliation. Instead, they go for non-conciliation, namely, they stick to their guns. In philosophy, you will very rarely see someone asserting that the essence is in specific cats then embracing the view that the essence of a cat resides in the idea of a cat. In most cases, people would prefer to stay with their former beliefs and try to provide further arguments in support of their views in the face of a challenge by a peer. Their beliefs in the thesis they started with may be weakened as they listen to counter arguments. Yet, after a while, they search for their own arguments in defence of their thesis and so the strength of their belief increases. It is also quite unusual and not in line with the bulk of philosophical practice to opt for a middle-of-the-road solution: just what could someone who believes the essence is in particulars and someone else who believes the essence is in ideas find as a basis for common ground? One may say that a non-conciliation strategy that guides philosophical cases of rational disagreement opts for a version of rationality that does not embrace exclusionary choices, and that it instead puts the stress on the ethics of belief<sup>456</sup> based on one's evidential take on the matters at hand. It is a rationality deeply rooted in epistemological sensibility, leaning upon evidential, first-person commitments as the basis of this sensibility. Note that a commitment to some basic beliefs in the case of rational disagreement occurs in philosophically respectful disputes which does not happen in either procedural disagreements such as those illustrated by legal practices, nor in the case of differing estimates concerning a restaurant bill. No deep commitment to the content which is argued for is present in these cases, and that is exactly what usually happens in philosophical disagreements.

### Phenomenology

What happens in a dispute involving rational disagreement? In order to consider the situation, one may have to take recourse to *phenomenology*, i.e. to the qualitative what-it's-like take upon the practice of rational disagreement. A fact is that one treats one's peer with whom one engages in a dispute as one's *global* peer, i.e. as someone rationally respectable in the wide area under dispute. The same applies to the other party: they treat you as their global peer as well. This is part of the phenomenology of rational disagreement. Another part is that, by treating one's adversary as a global peer, one does not treat them as one's *local* peer. Namely, one is in disagreement with the party in relation to this specific question, although one respects them concerning their rationality and their expertise in the wide area under dispute. Yet, in fact, one tends to treat the other party as one's local *inferior*, and with respect to them, one experiences the feeling of one's own local *superiority*. This is the *phenomenology* of peer disagreement, i.e. how one feels as one engages in rational disagreement in philosophy. I treat you as an able philosopher, and thus as my global peer. But because I accept that the essence of entities resides in concrete tokens, and realising that you see the essence inhabiting the abstract realm of ideas, I treat you as my *local inferior*. I have respect for you concerning the overall question of

---

<sup>456</sup> W.K. Clifford, *The Ethics of Belief* [1877]. In: T. Madigan, ed., *The Ethics of Belief and Other Essays*, Amherst 1999, 70–96; P. Van Inwagen, *It is Wrong, Everywhere, Always, and for Anyone, to Believe Something upon Insufficient Evidence*. In J. Jordan and D. Howard-Snyder, eds., *Faith, Freedom and Rationality*, Lanham, 1996, 137–153.

rationality. However, concerning this specific question, you appear to me to be locally skewed. Phenomenology, as it seems, supports the non-conciliation strategy in rational disagreement. Each of us continues to stick to our guns, although all the arguments have been made and mutually fully considered. This is different from how conciliation views this area. The phenomenology is then that of local peerhood: one is supposed to treat one's adversary in a philosophical dispute not simply as one's global peer, but also as a local peer. This then gives one a reason to abandon one's belief, and the same applies to one's adversary as well. Yet such a conciliatory strategy does not seem to be supported by one's phenomenology for the case of respectful philosophical disputes, contrary to differences in the restaurant bill maths case. In this last case, there is indeed no dispute that is committed to, the trait that enables conciliation and the abandoning of one's belief, inviting both parties to go back to the drawing board and newly start their practices.

### **The target of rational disagreement: propositions**

*The main target of rational disagreement* – does it centre on propositions or on judgments? The answer is that two deeply different approaches are involved here. In short, the usual approach, aiming to justify beliefs that are supposedly involved in a rational disagreement, centres on *propositions* as its target. You and I then disagree about the *proposition* in question. As already mentioned, you assert  $p$  and I assert  $-p$ . What are propositions? A range of interpretations is available. They may be whatever is common to sentences of a kind, or again they may be material, or ideal. Further, they may reside in the mind, or in some objective state outside the mind. Whatever they are though, propositions have the following properties: they do not involve phenomenology, the rationality in accordance with them subscribes to explicit tractable reasoning and considers a breach of this as a case of a hard, malign contradiction. The propositional perspective is objective, proceeding from the third-person point of view. The embraced strategy is then that of conciliation. The beliefs involved are measured according to a probabilistic quantitative approach, they are supposed to come in degrees and they are then given the name of credences. Epistemic justification is mainly that of beliefs with externalist reliabilism as a justificatory strategy. A justificatory environment is wide, local or global. The epistemic basis is explicit propositional content without any background involved. If principles are involved in the exercise, their mode and effectiveness are explicit.

### **Judgments**

The *judgmental* approach is contrary to the propositional approach to rational disagreement. It is strange that this approach has not recently been appreciated for it goes along with the separation between the objective, propositional and psychologically rooted judgmental ways to proceed. However, if you think about it for a while, judgment is really the stuff involved in the phenomenon of rational disagreement. The target of disagreement is then the judgment. A phenomenology is involved here, which as we have explained comes in local and global peerhood variants whereby the local variant is the feeling of one's superiority. The rationality involved accepts the implicit background effectiveness of principles/attitudes and their benign

constitutive incoherence. The perspective taken is the evidential, first-person kind. The strategy embraced is non-conciliation. The beliefs involved are measured according to their quality so that we talk about the strength of a belief, which comes down to one or zero beliefs, not to grades of beliefs. Epistemic justification goes along with judgments, and a justificatory strategy is evidentialism. The justificatory environment is narrow and transglobal. The epistemic basis is the implicit morphological content and background. The mode of the effectiveness of principles is indirect and implicit via chromatic illumination from the morphological background. Here is a summary of the differences between the propositional and judgmental approaches to rational disagreement:

the target of disagreement	<b>proposition</b>	<b>judgment</b>
phenomenology	none	global and local peerhood, with their combinations
rationality	explicit tractable reasoning or a hard, maligned contradiction	implicit background effectiveness of principles/ attitudes and benign incoherence
perspective taken	third-person objective	first-person subjective, evidential
strategy embraced	conciliation	non-conciliation

DIGNITAS ■ Rational Disagreement Targets

beliefs	quantitative probabilistic estimation of belief, credences	strength of belief; quality
epistemic justification of	beliefs	judgments
justification strategy	reliabilism	evidentialism
justificatory environment	wide: local, global	narrow: transglobal
explicit or implicit epistemic basis	propositional content, explicit, no background	morphological content, background
mode of effectiveness	principles are present explicitly, their mode of effectiveness is explicit	chromatic illumination by principles from the background, implicit

## Propositions or judgments

*The target of disagreement: propositions or judgments.* The main issue here concerns the target of disagreement: are these propositions or are we dealing with judgments? However they may be interpreted, *propositions* are independent of mind: they may be Platonic ideal entities or even symbols of language of thought. In any case, they differ from judgments in that they will not involve any psychological background implicit forces. We take it that rational disagreement deals with *judgments*: the parties involved differ in their judgments on which propositions are correct or true, not with respect to the propositions. The main reason that we regard the target of rational disagreement, especially in philosophy, to be judgments is that these not only involve beliefs but beliefs that one is committed to, in some deep sense of the word. The question is whether the beliefs that are central to the discussion here go together with the propositions. The answer is that beliefs may be well centred in propositions, yet this would succeed without any deep commitment, and this then puts the intrinsic relation of belief into question as well, allowing for conciliation and therewith the related abandoning of a belief. If a belief appears in a judgment, then the commitment to it and a non-conciliation strategy offers itself.

### **Phenomenology: none, or once again local and global peerhood with their combinations**

*A proposition-centred approach concerning rational disagreement will not really involve any phenomenology.* This may be easily understood given that propositions, as already noted, do not involve any psychological ingredients. There may indeed be an attitude to a proposition. But, if one takes this route, a dispute in a rational disagreement is not about the attitude and more about the proposition. Conversely, if *judgments* are the target of a rational disagreement then psychological ingredients are constitutively involved in whatever is under consideration. In this case, it is natural that phenomenology will be present. And phenomenology is indeed involved, one considers the opponent as a global peer (which applies to both conciliation and non-conciliation strategies), or as a local inferior (this applies to the non-conciliation strategy only).

### **Rationality: explicit tractable reasoning or a hard, malign contradiction on one side, and again the implicit background effectiveness of principles/attitudes and benign incoherence on the other**

If the target of rational disagreement is a *proposition*, then the rationality involved tends to be conceived in the manner of explicit tractable reasoning. Disputed propositions are an outcome of an inferential process. If the reasoning has some bumps in it, it is supposed that rationality is not really being pursued anymore so that one ends up with a hard, malign contradiction that tears the positions involved apart. Indeed, given that you argue for  $p$  and that your opponent argues for  $\neg p$ , this seems to be an outright contradiction. Accordingly, proposition-centred rationality is exclusivist: either you follow the rules or you end up in contradiction. However, if you decide *judgment* is the target of rational disagreement you will allow for a kind of incoherence given that the judgment is a result of several incompatible forces that end up being there in a unique

hopper. But then you can take this incoherence to be of a weak and benign nature, and for that one allows for the assertive nature of a judgment. Further, a judgment does not require the explicit following of rules since it rests upon the implicit background effectiveness of principles and rules that find themselves in the judgment-producing hopper. A judgment is actually rooted in weak benign incoherence because without the tension of several forces in the background it would be unable to enter the scene.

### **The perspective taken: third-person objective or first-person subjective, evidential**

If a *proposition* is the target of rational disagreement, then the perspective taken is objective and from the point of view of a third person, say, who is not directly involved in the dispute. If a *judgment* is the target of rational disagreement, the perspective involved will instead be a subjective, first-person view. A judgment namely involves you directly, it is not made from an objective distance. In fact, your judgment's evidential support follows normative justificatory perspective contextual parameters.<sup>457</sup> Moreover, on the other hand there are the normative justificatory perspective parameters of your peer. This pushes the situation in the direction of non-conciliation.

### **The strategy embraced: conciliation or non-conciliation**

If a *proposition* is the target of rational disagreement, you will embrace a strategy of conciliation since you will try to avoid a malign kind of contradiction. If a *judgment* is your target, you will instead lean towards the strategy of non-conciliation. It is finally your judgment and you will normally try to adhere to it. This is especially important in view of the epistemic justification of your judgment because once an epistemic justification comes from the evidential sensitivity it will be difficult for you to share this epistemic sensitivity with your peer.

### **Beliefs: quantitative probabilistic estimation of belief, credences, or the strength of belief with its quality**

*The propositional* approach views propositions as being assessed by beliefs. But these beliefs are assessed through probabilistic estimation procedures so that beliefs themselves appear as partial beliefs, with the name of credences. In contrast, the *judgmental* approach takes beliefs to be one or zero matters. It does not allow for grades of belief, and instead goes with the strength of a belief. The strength depends upon *evidence*. We all believe that Aristotle was the teacher of Alexander the Great, and that Bled is a town in Slovenia. Our belief in this latter assertion is stronger than that in the former assertion given that we have much more evidential support for the latter one. Strength of belief is a qualitative notion that cannot be reduced to quantitative degrees of belief.

### **Epistemic justification of beliefs or of judgments**

Epistemic justification may target beliefs if we take the *propositional* approach. Epistemic justification may also be that of *judgments*. There will be different strategies for each of these. If

---

<sup>457</sup> M. Potrč and V. Strahovnik, Justification in Context, *Acta Analytica*, 2005, 2, 91–104.

a proposition is the target of rational disagreement, then justification of the belief involved may be offered as coming in degrees. The belief will not be primarily evidentially committed to as happens in a judgment, and will instead come as a probability estimation of the matter involved. The justification of a belief in the case of a judgment will be more a matter of yes or no. One either judges  $p$  to be the case or one judges  $p$  not to be the case. Then one does not lean on estimated quantitative degrees of one's belief. The belief that happens in judgments, as we have claimed, is a matter of one's commitment.

### **Justification strategy: reliabilism or evidentialism**

The justification strategy that goes hand in hand with *propositions* will normally involve reliability, which is an externalist way to proceed. On the other hand, the justification strategy for a *judgment* will tend to embrace evidentialism.<sup>458</sup> Evidence is namely the justification you have for your judgment. If a belief targets a proposition, then it seems natural that the *relation* between that belief and proposition – that proposition being either an abstract entity or a concrete fact of the matter – will be externalist. This means that a belief will naturally target some external, causally or in some similar manner accessible reality. The justification will then follow that externalist route. If a belief is basically involved in a judgment, then the justification relation in question will be evidentialist for one's commitment will move into the centre of attention. Justification in the case of a judgment relies on evidence, on whatever seems reliable to the one who is judging.

### **The justificatory environment: wide local or global, or again narrow and transglobal**

The justificatory environment for *propositions* will be externalist and thus wide. It will happen in the local environment first. Given that there will be counterexample cases such as fake barns, the external environment will then be taken more broadly as the global environment. If *judgment* is our departure, then the environment involved will be narrow and transglobal. This all goes well with *evidence* as the justificatory departure. One may start with reliabilism as an externalist justification. Justification will then come through the direct relation to proposition as something objective – there will be an objective relation between the belief and proposition as a form of an objective entity or state. However, once reliability encounters counterexamples the environment involved needs to be extended to the global and, further, to the transglobal one.<sup>459</sup> We started with a wide externalist relation, and finished up with a narrow qualitative evidentialist relation.

### **Explicit or implicit epistemic basis: propositional content, explicit, with no background; or again morphological content with the background involved**

*Propositions* require an explicitly present epistemic basis where the content involved is the propositional content without any background playing a major role in supporting it. If *judgment*

---

<sup>458</sup> D. Henderson, T. Horgan and M. Potrč, Transglobal Evidentialism-Reliabilism, *Acta Analytica*, 2007, 22, 281–300.

<sup>459</sup> D. Henderson and T. Horgan, *The Epistemological Spectrum: At the Interface of Cognitive Science and Conceptual Analysis*, Oxford, 2011, M. Potrč, Justification Having and Morphological Content, *Acta Analytica*, 2000, 24, 151–173.



is our departure, then the epistemic basis will be implicit. It will involve background morphological content.<sup>460</sup> This is indeed what seems to go together with the nature of a judgment. Notice that a judgment, as we have claimed, proceeds from a tension and this is the tension between several principles that prompt its coming into existence. The conflict between these principles, of which there are several, so that pluralism is involved, does not succeed in a judgment in a direct, explicit manner. The plurality of principles involved is effective from the psychological and normative background that constitutes the judgment.

**Mode of effectiveness: principles are present explicitly, their mode of effectiveness is explicit; or again the chromatic illumination by principles from the background is implicit**

*Propositions* will be supported by principles that need to be explicitly present. If they are to be effective in embracing propositions, principles must be explicitly present. Belief then seems to centre on some independent reality in a direct manner, which then involves an estimation of degrees in which belief encounters this reality. If *judgment* is our departure, then principles will be involved in an implicit manner. They will be effective from the background so they will chromatically illuminate the holistic judgmental situation. We have claimed that a judgment is rooted in a tension between several principles that find themselves in a situation. These principles are effective from the background of the judger's cognitive ability and normative sensibility<sup>461</sup> (Foley 1993, Horgan and Potrč 2006), such that they provide the force in direction towards the judgment by illuminating it from that background. In fact, if beliefs are taken to be targeting propositions then it is hard to understand just what leads to the phenomenon of rational disagreement. We take it that this phenomenon is rooted in the background implicit knowledge of the judger, with his tendency to remain with his initial view and to refine it.

## REFERENCES

- William K. Clifford, *The Ethics of Belief* [1877]. In: T. Madigan, ed., *The Ethics of Belief and Other Essays*. Amherst: MA: Prometheus 1999, 70–96.
- David Christensen, Disagreement as Evidence: The Epistemology of Controversy, *Philosophy Compass*, 2009, 4/5, 756–757.
- David Christensen and Jennifer Lackey, *The Epistemology of Disagreement*, Oxford, OUP, 2013.
- Richard Foley, *Working Without a Net: A Study of Egocentric Epistemology*, Oxford, OUP, 1993.
- David Henderson and Terry Horgan, *The Epistemological Spectrum: At the Interface of Cognitive Science and Conceptual Analysis*, New York, OUP, 2011.
- David Henderson, Terry Horgan and Matjaž Potrč, Transglobal Evidentialism-Reliabilism, *Acta Analytica*, 2007, 22, 281–300.

---

<sup>460</sup> T. Horgan and M. Potrč, The Epistemic Relevance of Morphological Content, *Acta Analytica*, 2010, 25, 155–173; M. Potrč, Morphological Content, *Acta Analytica*, 1999, 22, 133–149; T. Horgan and J. Tienson, *Connectionism and the Philosophy of Psychology*, Cambridge, MA, 1996.

<sup>461</sup> R. Foley, *Working Without a Net: A Study of Egocentric Epistemology*, Oxford, 1993; T. Horgan and M. Potrč, Particularist Semantic Normativity, *Acta Analytica*, 2006, 21, 45–61.

- Terry Horgan and Matjaž Potrč, Particularist Semantic Normativity, *Acta Analytica*, 2006, 21, 45–61.
- Terry Horgan and Matjaž Potrč, The Epistemic Relevance of Morphological Content, *Acta Analytica*, 2010, 25, 155–173.
- Terry Horgan and Matjaž Potrč, Nonconciliation in Peer Disagreement: Its Phenomenology and Its Rationality, (forthcoming).
- Terry Horgan and John Tienson, *Connectionism and the Philosophy of Psychology*, Cambridge, MA, MIT Press, 1996.
- Matjaž Potrč, Morphological Content, *Acta Analytica*, 1999, 22, 133–149.
- Matjaž Potrč, Justification Having and Morphological Content, *Acta Analytica* 2000, 24, 151–173.
- Matjaž Potrč and Vojko Strahovnik, Justification in Context, *Acta Analytica*, 2005, 2, 91–104.
- Hilary Putnam, *Reason, Truth and History*. Cambridge, Cambridge UP, 1981.
- Peter Van Inwagen, It is Wrong, Everywhere, Always, and for Anyone, to Believe Something upon Insufficient Evidence. In: J. Jordan J and D. Howard-Snyder, eds. *Faith, Freedom and Rationality*, Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 1996, 137–153.

# María José Añón The Antidiscrimination Principle and the Determination of Disadvantage

## ABSTRACT

This paper examines some of the limits of antidiscrimination law in its present form, focusing on the major trends that underlie it from the perspective of legislation and case law. It reflects on the traditional principles of interpretation and the impediments to incorporating standards offering both justification and explanation in the test of equality; standards that might detect the patterns or social structures of discrimination and identify individuals with greater accuracy. To this end, it proposes to further develop the debate on indirect discrimination and material equality through additional interpretative criteria that originate in categories such as structural discrimination and the intersectionality of discrimination.

*Keywords:* disadvantage, equality test, indirect discrimination, structural discrimination, intersectionality

## Načelo nediskriminacije in določanje ranljivosti

### POVZETEK

Ta članek preučuje nekatere omejitve protidiskriminacijske ureditve v njeni sedanji obliki, s poudarkom na glavnih trendih, ki so njena osnova z vidika zakonodaje in sodne prakse. To kaže na tradicionalna načela razlage in ovire za vključitev standardov, ki ponujajo utemeljitev in obrazložitev na preizkusu enakosti, standardov, ki lahko natančneje zaznajo vzorce ali družbene strukture diskriminacije in identifikacijo posameznikov. V ta namen prispevek predlaga, da se še naprej razvije razprava o posredni diskriminaciji in materialni enakosti prek dodatnih razlagalnih meril, ki izvirajo iz kategorij, kot sta strukturna diskriminacija in intersekcionalna diskriminacija.

*Ključne besede:* ranljivost, test enakosti, posredne diskriminacije, strukturne diskriminacije, intersekcionalnost

## I. Unresolved issues in antidiscrimination law

Virtually from the outset, antidiscrimination law has had to deal with several issues, some of a dilemmatic nature,<sup>462</sup> at the different legislative, judicial or dogmatic levels in which it has been taking shape in both domestic and international legal systems.<sup>463</sup>

These issues may be broken down into, among others, three areas that constitute the context or background of this reflection on antidiscrimination law, and which I shall present as unresolved challenges, ordered from lowest to highest degree of abstraction.

First, legislative and judiciary developments are affected by a series of questions that, despite everything, require still more refined responses. Thus, the legal system has difficulties in correctly identifying the specific categories of those who are discriminated against. There are two central issues in this regard: the identification of individuals, classes and categories, and recognition that the origins of discrimination lie in the social structures of oppression, domination and subordination. Hence, as noted by Barrère and Morondo<sup>464</sup>, at present there are no clearly defined parameters in case law or legislation that justify the category of ‘disadvantaged group’.

The second category of issues to be considered is those of a conceptual and metatheoretical nature, which call into question how legal systems detect and address processes of discrimination. This entails distinguishing between the evolution of legislation and case law, national or international, and doctrinal developments, which are more critical yet make proposals intended to not stray too far from established law. We find ourselves in a domain in which a plural, substantive and critical theoretical development has always gone before legal responses. Moreover, legal systems have often been slow and lacklustre in taking on these theories. I intend to examine the concept of discrimination and the various forms of discriminatory processes as they are seen by legal systems, showing, in turn, the prevailing approaches to discrimination.

Third, a more general reflection on the link between discrimination and equality. Cases on equality and discrimination reviewed by the courts generally reflect how equality is understood in the context of each society. There is an ongoing debate as to whether antidiscrimination law implies a material conception of equality. The interpretation and application of equality clauses,

---

<sup>462</sup> \* Professor of Philosophy of Law, University of Valencia (Spain), [mariaj@uv.es](mailto:mariaj@uv.es). I would like to thank the professors of the ITAM Law Seminar for their careful reading, observations and comments on the original text of this article. I am also grateful to Emilia Bea and Paul Miravet for their suggestions and contributions.

\*\*This article was written within the framework of the PROMETEO/2010/099 research project of the Generalitat Valenciana (Valencia Regional Government) and the CONSOLIDER CSD2008-00007 project, *El tiempo de los derechos (The age of rights)*, of the Spanish Ministry of Education and Science.

For the dilemmas posed by antidiscrimination law, see S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford, Clarendon Press, 2011, 2nd ed., 109 et seq.

<sup>463</sup> In this regard, it is important to take note of the extent to which, in the evolution of international human rights law, changes in the international human rights legal order, in Europe and universally, have been marked by the development of legal categories in the framework of antidiscrimination law. N. Bamforth; M. Malik; C. O’Cinneide; G. Bindman, *Discrimination Law: Theory & Context, Text and Materials*, London, Sweet & Maxwell, 2008: 19-22, 95 et seq.

<sup>464</sup> M. A. Barrère and M. D. Morondo, “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* n° 45, 2011, p. 35.

as noted by O’Cinneide<sup>465</sup> (2008: 84), tends to be an uncertain and complex process which often provides only minimal protection for individuals and groups who suffer discriminatory treatment. Taking this as our starting point, it is important to also recognise that the perspective introduced by antidiscrimination law has led to changes in the interpretation of more formal equality clauses, and there seems to be no doubt that this area of law must not fail to provide protection to disadvantaged groups subjected to discriminatory treatment. Protection, however minimal, that must take into account the social reality behind these groups as well as the impact of regulations, and the effect of policies, on them; it needs to go beyond a formalist interpretation of equality that has long since been superseded in theoretical terms and, at least in part, in its practical application (Nussbaum, 2007). It is for this reason that the provisions made by courts in this area of regulation could make a major contribution to the protection of human rights if they succeed in conveying at least a clear idea of what constitute unacceptable forms of disadvantage, discrimination and inequality, as O’Cinneide emphasises<sup>466</sup>.

These starting points may be useful to reflect on two types of issues. On one hand, that rational analysis of the antidiscrimination clause gives rise to elements that offer compelling reasons for vitiating the dichotomous view on types of discrimination and understanding that the distinction between direct and indirect discrimination is too limited and insufficient to encapsulate social patterns of discrimination or structures of domination. On the other hand, that some parameters have to be introduced to the test of equality that require inclusion of information characteristic of material equality in the legal argument, such as: social context, social impact and the various consequences of legal norms, and structural assumptions in place as a result of regulations or stereotypes that are still being used to justify differential treatment. This means that the range of justificatory arguments needs to be broadened. The meaning and origin of these arguments are to be found in approaches that take into account systemic or structural discrimination and the perspective of intersectionality in discriminatory processes.

A final remark. In my examination of the arguments for the antidiscrimination clause, I will refer to some judgments of the European Court of Human Rights, although the analysis may also apply to the task of the legislature. I start from the premise that the key to making discrimination understandable and manageable in the eyes of the law is recognition of the social structures of oppression, subordination and domination. This has to be done through categories or approaches that are rooted in structural discrimination and the perspective of intersectionality. However, it is precisely the characteristics and indeterminacy of structural discrimination that compound the difficulty of the judicial process being an effective means of overcoming this type of discrimination or even of compensating injustice. The future of non-discrimination is also linked, as suggested by Guiraudon<sup>467</sup>, to the development of equality standards and to the actions of civil

---

<sup>465</sup> C. O’Cinneide “The Right to Equality: A Substantive Legal Norma or Vacuous Rhetoric?” *UCL Human Rights Review*, vol. 1, 2008, p. 84.

<sup>466</sup> C. O’Cinneide, “The Right to Equality: A Substantive Legal Norma or Vacuous Rhetoric?” *UCL Human Rights Review*, vol. 1, 2008, pp. 81-82, 97. Also M.C. Barranco, *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Madrid, Dykinson-Instituto Bartolomé de las Casas, 2011: 38 and 39.

<sup>467</sup> V. Guiraudon, “Equality in the making: implementing European non-discrimination law”, *Citizen Studies*, vol. 13, no. 5, October, 2009, p. 527.

society and social partners in keeping this issue on the political agenda. Indeed, along with the more technical difficulties of incorporating legal categories, principles of interpretation, and appropriate responses to these processes of systemic discrimination into the law, we should not underestimate the limitations of the law itself for eliminating deep-rooted inequalities.

## II. The category of disadvantaged group

The focus on disadvantaged or vulnerable groups rests on a number of theoretical and political premises that propose incorporating the idea of social justice, the analysis of social structure, and the institutional context that often helps determine distribution models. This is essentially because it is an approach that values the importance of the institutional, structural and relational environment for human life.

For its part, and as pointed out by Giménez Gluck<sup>468</sup>, the specific non-discrimination clause, which is present in international and constitutional legal texts, performs a dual function. On one hand, it is prohibited from being used to occasion harm to certain groups or collectives who, because of their history of denigration, subjugation and social neglect, have not, in fact, taken part in the process of drawing up regulations. Rey and Giménez describe these groups as “absent and marginalised ... by informal, but substantial, barriers.”<sup>469</sup> According to the democratic ideal, society is made up of individuals who recognise each other as moral agents of equal dignity, and public decision-making reflects the principle of equal capacity of people for self-government, the right of each and every individual to make their voice count on equal terms. There are, however, social groups that have historically been treated unfavourably, pushed away from positions of power, from the law-making process, and from the public sphere. The idea of ‘suspicious traits’ symbolises, or makes explicit, a history of discrimination that has engendered, and continues to engender, significant disadvantages and prejudices that are the core of social discrimination.

On the other hand, the clause protects these same groups through a demanding legal determination of equality. Giménez Gluck explains that under the Spanish constitutional model the Constitutional Court may adopt two levels of aggravated scrutiny and a minimum scrutiny<sup>470</sup>. The first two consist of a strict scrutiny of the regulations that are prejudicial to the aforementioned groups. In this case, protection takes the form of a presumption of unconstitutionality or of illegality with respect to the regulation, when the said persons have been unfavourably treated on the basis of these elements. There is also an intermediate scrutiny for regulations that benefit these groups. This ground, in turn, introduces the criterion of material equality (Article 9.2 of the Spanish Constitution) as an integral part of the constitutionally desirable aim of justifying unequal treatment. Finally, minimum scrutiny applies to cases in which equality does not take into account any of these criteria, either harmful or beneficial, and is characterised by a presumption of constitutionality in favour of the legislature.

---

<sup>468</sup> D. Giménez Gluck, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 171-173

<sup>469</sup> F. Rey and D. Giménez, *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectiva*, Madrid, Fundación Ideas, 2010, 23-24.

<sup>470</sup> D. Giménez Gluck, *op. cit.*, 2004, p. 173.

The fundamental issue in antidiscrimination law is, without doubt, identification of the category “disadvantaged group” or “particularly vulnerable group”. This is a central theme, although it has not yet been resolved. Taking into account both the basic features of the social group to which political philosophy refers,<sup>471</sup> and those that have been accepted by some courts of reference, we can highlight basically three: identification of the disadvantaged group, a history of discrimination and a situation, both past and present, of disadvantage.

(a) The social group is not only constituted by a number of individuals, but also by the fact that it contains relations of interdependence: “members of the group identify themselves – explain who they are – by reference to their membership in the group”<sup>472</sup>. The reason for this is that they share certain traits that identify them as a group. This characteristic does not have to be involuntary and immutable, but it does have to be defining, i.e. the trait that defines a regulation is the reason for which the group has suffered a history of discrimination and been excluded from political decision making, and for which there are a number of social prejudices against members of these groups<sup>473</sup>.

The notion of group, however, should not be interpreted as an essentialist or naturalistic entity, characterised by a specific set of common attributes. This means that there is not something akin to a common nature shared by those who are members of the same group<sup>474</sup>.

In the case of women, as has been repeatedly pointed out, the idea of a group is highly controversial. In this context, writes Ballestrero<sup>475</sup> what gives a gender community a value of a ‘group’ is the fact that, for certain situations – employment, high-level professional positions, positions of responsibility, passive suffrage etc. – women appear to be a ‘disadvantaged group’ in that they are systematically under-represented. They thus constitute a gender community to which it is permissible to attribute different meanings and implications but which, however, is not yet accepted. Nor is it appropriate, in this context, to resort to the legal category of minority as a concept analogous to that of group. Barrère and Morondo<sup>476</sup> also draw attention to the

---

<sup>471</sup> Kymlicka 1996 Kymlicka, Will, 1996: *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, Buenos Aires, México, traducción, Carme Castells, Fiss 1999, Young 2000, Villoro 2001, De Lucas 2004. Fiss, Owen, 1999: “Grupos y cláusula de igual protección”, *Derecho y grupos desaventajados*, R. Gargarella (comp.), Barcelona, Gedisa. Young, Iris Marion, 2000: *La justicia y la política de la diferencia*, Universidad de Valencia, traducción de S. Alvarez. **Justice and the Politics of Difference, Princeton University Press 1999. I. M. Young, Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice** *Journal of Political Philosophy*, no. 9, 1, 2001, pp. 1-18.

<sup>472</sup> Fiss has, since the 1970s, been a leading proponent of an influential school of thought advocating the need for the U.S. Supreme Court to adopt an interpretation of the equal protection clause from the “subordinate group”. O. Fiss “Grupos y cláusula de igual protección”, *Derecho y grupos desaventajados*, R. Gargarella (comp.), Barcelona, Gedisa. 1999: 138-142. Currently Fredman 2011 and Young have argued in a similar vein. Also see O’Cinneide 2008: 87-88.

<sup>473</sup> D. Giménez Gluck, *op. cit.*, 2004, p. 232.

<sup>474</sup> J. De Lucas, Javier, “Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos”, *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, I. Campoy (ed.), Madrid, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2006, pp. 59-129.

<sup>475</sup> M.V. Ballestrero “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Revista Doxa*, nº 19, 1996, pp. 91-107.

<sup>476</sup> M. A. Barrère María and D. Morondo, “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* nº 45, 2011, pp. 35-36.

limitations that arise from defining antidiscrimination law and discriminated groups in terms of minorities, in keeping with an ethnic or ethnocultural minority model. This concept creates a certain ambiguity in the identification of differences, inequalities and interrelationships and is particularly inadequate when applied to women<sup>477</sup>. Women are not a numerical minority nor do they share a particular identity; rather, they make up half of any majority or minority group. Moreover, the parameters of the conceptual model that defines the rights of ethnic minorities are inadequate when applied to situations of subordination and oppression to which other classes of individuals, including women, are subjected.

However, what is important with respect to this first requirement is an awareness that the process of discrimination has an indelible group or collective dimension. Discrimination as unfavourable or unjust differential treatment towards a person because of their sex, racial or ethnic origin, religion, beliefs, age, sexual orientation etc. is by definition a group or collective bias since it originates in, and is experienced from, characteristics that an individual shares with a group, despite the internal heterogeneity that occurs in all groups<sup>478</sup>. It is true that the thesis of a group dimension in discrimination has been obscured by the claim that the demands of disadvantaged groups can only be articulated through collective rights<sup>479</sup>. In this case, ours is a different position. It is about taking into consideration the fact that discrimination and structural inequality have a defining collective or group facet or dimension. Unequal and unjust treatment is experienced by individuals, but the reason for this treatment is that they share, or are attributed with, characteristics or prejudices associated with a group.

Recognition of the collective or group dimension of discrimination has taken root in a legal culture steeped in individual legal categories. Therefore, the concept of discrimination used in legislation and case law texts interprets discrimination as a conflict between specific individuals, and tends to turn the problem into an intersubjective matter<sup>480</sup>. Although there has been progress, the logic of equality developed by way of legal mechanisms, writes Squire<sup>481</sup>, is straitjacketed in a model of individual equality, poorly prepared to implement the concept of group-based equality

---

<sup>477</sup> A. Phillips “Defending Equality of Outcome”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 12, no. 1, 2004.

<sup>478</sup> M. A. Barrère, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Cívitas, 1997 and “Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación”, *Mujeres, derechos y ciudadanía*, R. Mestre (coord.), Prólogo de M.J. Añón, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 60-62.

<sup>479</sup> See Ansuátegui for discussions on this category. The debate on the category of collective rights opened up an excessively dichotomous divide between liberals and communitarians. The notion of collective rights may have different meanings: (i) rights that may be reconciled with individual rights inasmuch as their justifying motives are shared with individual rights; (ii) rights granted to non-individual subjects who have some kind of legal personality; (iii) individual rights that may only be exercised through a group or where the group is necessary for the right to be effective, as with the right to language or the right to strike; (iv) rights of which the holder may only be a collective that also has a collective interest, which cannot be protected as if it were an individual interest. Examples: the right to collective bargaining, the right of peoples to political self-determination. F. J. Ansuátegui, *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson-Instituto de derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2002.

<sup>480</sup> A. Rubio, “Las políticas de igualdad: de la igualdad formal al mainstreaming”, *Políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la Junta de Andalucía*, Sevilla, Junta de Andalucía, 2003.

<sup>481</sup> J. Squire, Judith, “Intersecting Inequalities”, *International Feminist Journal of Politics*, December, 2009, p. 507.



and to cope with more complex structural aspects of discrimination, as is the case of intersectional discrimination.

(b) Second, the group has to have a history of discrimination that is projected onto its current situation and that can be tested. As noted above, in these cases the courts proceed through an aggravated determination of equality, or strict scrutiny, which is justified by the suspicion that the legislature may have laid down certain regulations in a discriminatory manner, in keeping with two criteria: “Because a situation of historical neglect may be noted and secondly, social and/or political disadvantage persists”.<sup>482</sup>

In this context, the European Court of Human Rights, like other courts, proposes a set of parameters designed to identify whether there is a history of discrimination based on any of the prohibited criteria relating to a particular right affecting the case examined. It may thus be ascertained if the group has been excluded from access to, or the exercise of, one or more rights in the past, and if there is a correlation between the current regulation of a right or benefit, and the discriminatory policies and practices of the past. Such questions have been widely raised in cases such as those of gypsies in Romania or violence against women in Turkey. In the *Timishev* case, the European Court of Human Rights considered that “ethnicity and race are related and overlapping concepts. Whereas the notion of race is rooted in the idea of biological classification of human beings into subspecies according to morphological features such as skin colour or facial characteristics, ethnicity has its origin in the idea of societal groups marked by common nationality, tribal affiliation, religious faith, shared language, or cultural and traditional origins and backgrounds” (*Timishev v Russia*, 13 December 2005, paragraph 55). In the case of *Sejdić and Finci v Bosnia and Herzegovina*, 22 December 2009, after repeatedly explaining the relationship between race and ethnicity, it added that “discrimination on account of a person’s ethnic origin is a form of racial discrimination”. On the other hand, one case in which the Spanish Constitutional Court has recognised the category of a particularly protected group, even if not explicitly described as such in Article 14 of the Spanish Constitution, is that of people with disabilities.<sup>483</sup>

(c) The third condition requires proof that the group is in a situation of subordination. The social, economic and cultural position that its members occupy in the community, the persistence over time of this position, or the social prejudices that it is subject to, are evidence of subordinate status.

The condition of subordination is proven by demonstrating a social situation of material inequality, produced not only by a history of deracination, but also by the fact that the group or one or some of its characteristics are seen in a negative light by society, so that the conclusion may be reached that there is social prejudice against the group. Thus, the *Convention on the*

---

<sup>482</sup> D. Giménez Gluck *op. cit.*, 2004, p. 174.

<sup>483</sup> Spanish Constitutional Court Decision 269/1994, of 3 October, on the allocation of jobs for people with disabilities in the Canary Islands Administration. The Court considered that discrimination obstructs the adoption of treatments that, on the whole, hamper equal treatment and equal opportunities for certain groups of individuals, such treatment having its origin in the combination in these individuals of a number of differentiating factors that the legislature considers to be explicitly prohibited because they violate human dignity. But this range of factors is not a closed list. If the legislature uses the trait of disability to harm the group, the court considers that this should be subject to a strict equality test.

*Rights of Persons with Disabilities* defines disability as the situation of those “who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others”.

In the context of proof, or in the search for evidence, of a disadvantaged situation, increasing importance is being attached to data collection.<sup>484</sup> In this regard, various activities, such as the processing of statistical data, the work of antidiscrimination watchdogs,<sup>485</sup> the actions of equality bodies, research, the exposition of cases of discrimination practices and best practice models,<sup>486</sup> are essential means for revealing the presence of different forms of discrimination in society. Coincidentally, General Recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), *on the prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system*, highlights the importance of factual and legislative indicators in identifying cases of discrimination, especially in the case of indirect discrimination.<sup>487</sup>

### III. Determination of disadvantage and the test of equality

Identifying discrimination as a disadvantage has certain limitations. Discrimination is articulated through social processes that are difficult to eradicate, are deeply engrained in our systems of socialisation, and have a great ability to mutate and adapt to the medium that best enables it to stay invisible. In order to overcome such difficulties as far as possible, I will look at the factors, criteria and arguments that, developed in the context of the equality test, help to clarify the meaning of disadvantage or subordination.

The approach typical of some courts of reference, such as the European Court of Human Rights, in the test of equality mainly comprises three stages. The first is really a pre-stage that should determine the level of the scrutiny – strict, intermediate or minimum – as described above. The second stage is the rational basis review, whereby the court considers whether there is

---

<sup>484</sup> European Parliament Report, of 6 July 2007, on the application of Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, draws attention to data collection in this area. It stresses the importance of data that should be disaggregated in demonstrating indirect discrimination, as well as informing policy and developing positive action strategies; but that at the same time raises serious ethical and legal questions. In this respect, it prohibits the use of individual privacy (identities) as a basis for ethnic or racial profiling. Guiraudon “Equality in the making: implementing European non-discrimination law”, *Citizen Studies*, vol. 13, no. 5, October, 2009, p. 540. Also see J. García Añón, “Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: La identificación por perfil étnico”, en José García Añón y Mario Ruiz Sanz (eds.), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 281-316.

<sup>485</sup> By way of example we can mention, in the context of the United Nations, the *United Nations Statistics Division and the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*. In Europe, the *European Monitoring Centre for Racism and Xenophobia and the Eurobarometer*. Also worth mentioning is the *Eurostat Working Group* run by EU DG Employment for the measurement of discrimination.

<sup>486</sup> Since its inception in 2000, the RAXEN network has provided data and examples of best practice to the *European Union Agency for Fundamental Rights*, especially in the field of antidiscrimination measures in the labour market.

<sup>487</sup> Attention has also been drawn to the fact that the measurement of discrimination involves difficulties similar to those found in the measurement of poverty or welfare, which have been around for longer and may be used as a model (J. Wrench, John, “Diversity management and discrimination: experiments in diversity management in the European Union” 2008: 77; V. Guiraudon “Equality in the making...”, art. cit., 2009, pp. 538-539, 543.

sufficient cause for action, i.e. if there is a situation of unequal treatment that requires justification and, for this purpose, it examines the rationality of the regulation, its basis or reasons for existing. The third is the proportionality test. In this, the court proceeds on the basis of two questions: whether the differentiation pursues a legitimate aim and whether there is proportionality between the means employed and the aim that must be achieved. The thesis propounded here introduces the determination of disadvantage, and what this entails, in the second stage of the approach.

The aim of the rational basis review, as I have already noted, is to establish the rationality, the basis or reasons for existing of a regulation and the individuals that are subject to it. It entails identifying the disadvantage of the group, specifying social patterns of discrimination and determining, as proposed by Timmer<sup>488</sup>, specific social stereotypes and prejudices prior to entering into arguments on the justification of the regulation. It is at this moment that factors most associated with disadvantage should be examined: the historical context of the group, past and present effects of the regulation under scrutiny, and social prejudice or pattern of discrimination.<sup>489</sup>

(a) Examination of the historical context shows that the severity of the patterns of domination, prejudices or stereotypes depends largely on the social environment in which they occur. The European Court of Human Rights has shown signs of being aware of this. In the case *Andrle v The Czech Republic*, which analyses the pension system in the Czech Republic, the court found that such a system is clearly based on the stereotype of a man as a breadwinner and a woman as a housekeeper. In the case *D.H. and Others v The Czech Republic*, which ruled on the practice of segregating Roma children in primary schools, the state constitutional court answered allegations that the education of these children had not been adequately supervised and that they had little possibility of accessing schools with a standard or ordinary curriculum, by declaring that “it was not its role to assess the social context” and that the parents of the children had not proven that they had shown interest in their children progressing in formal education (paragraph 28).

(b) With regard to assessing the current impact of the regulation, the court may question what kind of damage it causes and to whom, and investigate its effects. The social impact of all kinds – psychological, economic, cultural – should be examined: an impact that can affect people’s material or social status. This is the area best suited to considering the intersectional approach to the effects of applying regulations.

---

<sup>488</sup> A. Timmer “Towards an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 2011, 11/4, 2011, p. 722.

<sup>489</sup> The decision that marks a significant change in the relatively formalistic case law of the European Court of Human Rights is *D.H. v The Czech Republic* (Application No. 57325/00), Judgment of 13 November 2007, in which the court holds that the educational policies of the Czech Republic led to an outcome which de facto segregated the Roma/Gypsy children in special schools, and that this is contrary to Article 14 of the European Convention on Human Rights. This is an interpretation that could potentially widen the scope of the convention. Dissenting opinions critically point to the fact that the court made an assessment of the social context in relation to the position of Roma in Czech society. In a similar vein, in *Andrle v The Czech Republic*, No. 6268/08, 17 February 2011, the dissenting opinions call into question the adoption of the perspective of the “disadvantaged group”, arguing that it is a deviation from the model represented by formal equality, which is at the heart of the rule of law in Europe. Also see the case *Alajos Kiss v Hungary* (No. 38832/06, 20 May 2010, paragraph. 42-44).

(c) Finally, the court proceeds to ‘unmask’ the stereotype, to identify the prejudice more precisely, to determine the pattern of structural discrimination, making clear its adverse consequences, as well as the international obligations of states, which may be used to combat this type of discrimination. This analysis aims to highlight the kinds of experiences that society considers ‘natural’, are fully internalised, and that are often part of the reasons that states invoke to justify discriminatory regulations.

These three steps enable a stereotype to be identified and determined to be wrong or unjust; in short, an injury or a social evil. Cook and Cusack<sup>490</sup> underline the need for such a diagnosis in order to establish guidelines for both dealing with and eliminating it. Assessing the context and the effects of the regulation, and identifying the pattern of discrimination, are necessary not only to detect stereotypes but, above all, as noted by Timmer<sup>491</sup>, to understand to what extent they are harmful.

The test of rationality is essentially legal pondering on the justification of a regulation. Identifying underlying patterns of discrimination or social prejudice, in accordance with the elements I have outlined, and reaching the conclusion that it is indeed a regulation whose rationale responds to these same patterns, could have significant consequences. It could also introduce certain interpretative guidelines, for which I would draw attention to two criteria:

On one hand, stipulating that negative social prejudices regarding vulnerable groups or identified patterns of structural discrimination may not be considered valid arguments for establishing a regulation and therefore may not be accepted as grounds for justifying differential treatment. States must provide reasons to justify their laws according to rational criteria or principles, not to social patterns that subscribe to the need to preserve cultural norms, traditions or the status quo. In the case *D.H. and Others v The Czech Republic*, which looked into the segregation of Roma children in primary schools, the court demonstrated the inadequacy of the reasoning of the state education authority, which denied the existence of discrimination and noted “a tendency on the part of the parents of Roma children to have a rather negative attitude to school work” (paragraph 26), as justification for the education policy under review. Nor did the European Court accept the arguments of the Russian constitutional court in the case *Konstantin Markin v Russia* (7 October 2010), that “as far as parental leave is concerned, the different treatment of male and female military personnel is justified by the special social role of mothers in the upbringing of children” (paragraph 48).

On the other hand, questioning an element usually required in the test of equality: the point of comparison. According to this parameter, discrimination occurs whenever different treatment is given to people in the same or a comparable situation without objective reasons and without reasonable justification. Recourse to this criterion has been exposed for various reasons. These include the fact that it is not applied in most cases of indirect discrimination, or to prove intersectional discrimination, or even that there are cases in which there is no point of

---

<sup>490</sup> R. Cook, Rebeca and S. Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania, 2010, p. 40.

<sup>491</sup> A. Timmer “Towards an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *art. cit.*, p. 718.

comparison.<sup>492</sup> On this point, some writers suggest replacing the comparability test with a “test of disadvantage”, such as Gerards<sup>493</sup>, stating that the disadvantage or damage caused does not depend on comparison with another group of people<sup>494</sup>, or that it makes use of substantive principles or criteria that are part of human rights law and that enable a theoretical standard to be employed in reviewing a case.

#### **IV. On justificatory arguments in cases of discriminatory treatment**

I shall now look at the arguments that should be included in the antidiscrimination clause and that must necessarily refer to types of discrimination which both transcend the dichotomy between direct and indirect discrimination and call for the antidiscrimination principle as a standard of material equality. I will focus on reasons that may be provided by looking at indirect discrimination and to what extent it should be based on assumptions that arise in the field of structural and intersectional discrimination, expanding the justificatory arguments in cases of discriminatory treatment. Thus, in view of the limits of antidiscrimination law, consideration may be given to other arguments derived from more complex approaches that address the social structures in which subordinate status arises.

##### **a) Direct discrimination**

We use the term direct discrimination to refer to differential and harmful legal treatment of a person by reason of any of the prohibited grounds of differentiation.<sup>495</sup> It is a situation in which, depending on the traits that have special protection, a person is or may be treated less favourably than another in an analogous or comparable situation.<sup>496</sup> In these cases, the prohibited ground is explicitly invoked as a motive for differentiation or exclusion – for example, when women are prohibited from pursuing a profession, or when racial distinctions are imposed for entitlement to a right, or when persons with disabilities are prohibited access to a public office or employment – and, conversely, in the case of failure to comply with a legally imposed obligation or affirmative action measure. For example, when a notice is displayed in a public place, such as a bar or restaurant, prohibiting the entry of persons of a particular race/ethnicity.

---

<sup>492</sup> Reasoning adduced in the case *Konstantin Markin v Russia* (Application No. 30078/06, 7 October 2010).

<sup>493</sup> J. Gerard *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Leiden and Boston, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 669-675.

<sup>494</sup> S. B. Goldberg, “Intersectionality in theory and practice”, in Grabham, E. Cooper, D. Krishnadas, J and Herman D. (eds.), *Intersectionality and Beyond: Law Power and the Politics of Location*, London Routledge, pp. 124-158.

<sup>495</sup> European Directive 2000/78/EC of 27 November 2000, *establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*. In the Spanish legal system, Article 28.1.b of Law 62/2003 (law transposing European equality directives) incompletely incorporated Article 2.2 of Directive 2000/43 concerning the situation in which a person is treated worse than another on the basis of protected characteristics, and when he/she has been treated worse in the past and he/she may be so in the future. Organic Law 3/2007, of 22 March, for effective equality between women and men, more adequately transposes, in Title I, the contents of the two European directives on discrimination.

<sup>496</sup> F. Rey and D. Giménez Gluck *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectiva*, Madrid, Fundación Ideas, 2010, p. 33

At the core of direct discrimination lies differential treatment of an individual. Therefore, the first element of direct discrimination is evidence of less favourable treatment, which can be relatively easy to identify. For example, refusal of entry to restaurants and shops, lower pensions or salaries, verbal abuse and violence, checkpoint refusal, exclusion from certain professions, denial of inheritance rights, exclusion from mainstream schools, deportation, denial or withdrawal of social security allowances. Proof of direct discrimination renders the regulation or practice in question invalid.

The essence of the grounds for this kind of discrimination lies, for courts, in comparative reference. As discrimination supposes less favourable treatment of another person or a class of individuals who are in a similar situation, a comparative reference is required: a person or a class of individuals who are in substantially similar circumstances and whose main difference from the other is a “protected ground”.<sup>497</sup> However, the requirement of a point of comparison in cases of direct discrimination owing to specially protected traits has changed. An example of this is pregnancy in the workplace. The long case law of the Court of Justice of the European Union, which began with the key case *Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, Case C-177 (1990) ECR I-3941, 8 November 1990, clearly states that if the damage suffered by a person is due to her pregnancy, the situation qualifies as direct discrimination without recourse to a comparative reference.

#### **b) Indirect discrimination**

Indirect discrimination arises from a regulation or practice based on a factor of differentiation considered ‘neutral’ and whose application results in an effect or result that excludes a group or collective without objective justification. Discrimination is a consequence of the social impact of the regulation on a specially protected group. Indirect discrimination is also referred to in terms of its impact, as opposed to treatment in the case of direct discrimination, because it ultimately entails an assessment of the different impact that legal difference in treatment (theoretically neutral, i.e. not characterised by suspect, specially protected traits) causes to protected group members as compared to the majority. To this end, in order to assess an unequal impact it is possible and convenient to use statistics.

Some of the pertinent factors or features of indirect discrimination can contribute to identifying disadvantage; they also have repercussions on the material dimension of equality. The fundamental grounds for this kind of discrimination would surely require – and this is worth noting at this juncture – an extension of the justificatory arguments in cases of differential treatment inasmuch as this leads, in varying degrees, to a material assessment of inequalities. Such an assessment is closely linked to the characterological traits of this type of inequality. Thus, (a) it consists of discriminatory treatment that assesses, or focuses on, the social impact of the regulations and prior acceptance that this impact may be both the intended and unintended outcome on the part of the individuals or authorities that adopt the regulation or recommendation. (b) It underlines the collective or group dimension of discriminatory processes, as indicated above. (c) It has been developed in conjunction with other principles of restitution. Categories

---

<sup>497</sup> ECHR case *Luczak v Poland*, No. 77782/01, 27 November 2007

have been developed within the framework of antidiscrimination law in relation to the recognition of principles regarding protection and reparation, which are of vital importance to the effectiveness of this set of rules. We may single out the more relevant of these principles: indemnity against complaints, claims or charges related to the principles of equal treatment and non-discrimination; the restitutionary principle of invalidating all acts that cause discrimination;<sup>498</sup> and the principle of legal guardianship, the right to demand the protection of the courts. (d) Due to its particular significance, separate mention should be made of the principle of sharing the burden of proof as this modifies evidentiary procedures and facilitates access to justice in such cases. Esteve<sup>499</sup> stresses the importance of properly applying the new “sharing of the burden of proof”. After a long process, the Court of Justice of the European Union has established case law on gender equality,<sup>500</sup> recognising a new balance of evidence which abandons the element of intent and bases its approach on the objective observation of difference in treatment. Except, of course, in criminal matters, the Court of Justice of the European Union has recognised that in all other areas of law the rules regarding evidence were depriving victims of the opportunity to assert their right of action.<sup>501</sup>

Indeed, as Esteve argues, the effectiveness of any antidiscrimination legislation depends on its evidentiary rules, but the challenge lies not only in establishing a new legal system but in successfully changing traditional court proceedings with respect to methodology and evidence. Article 8 of Directive 43/2000 does not impose a reversal of the burden of proof, but a redistribution of the burden between the plaintiff and the defendant;<sup>502</sup> in fact, it postulates that only when the defendant cannot justify the legitimacy and proportionality of the measure may discriminatory treatment be determined. The plaintiff must provide sufficient evidence of the existence of a discriminatory measure. Nevertheless, evidence of indirect discrimination is

---

<sup>498</sup> Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast). This restitutionary principle is complemented, on one hand, by the obligation to compensate for damage caused and, on the other, by a catalogue of sanctions against the person who discriminates, which must be effective and act as a deterrent, but which in no case should victimise those who suffer discrimination.

<sup>499</sup> F. Esteve “Las directivas europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad. análisis comparativo de su transposición en España y en Francia”, *Revista de Derecho europeo comparado*. Año 5, número 10, julio-diciembre, 2008, section 5.

<sup>500</sup> Court of Justice of the European Union, judgment of 27 March 1980, “Jenkins” Case 129/79

<sup>501</sup> European Court of Human Rights, *Shanaghan v United Kingdom* (Application no. 37715/97), 4 May 2001. The court recognised the practical difficulties of proving “racist motives”. The most emblematic case is *Nachova and others v Bulgaria* (No. 43577/98 and 43579/98), judgment of 6 July 2005, which states that in cases in which racial discrimination is invoked, the burden of proof rests with the respondent government which, on the basis of additional evidence or a plausible explanation of the facts, will have to satisfy the court that the reported events were not inspired by a prohibited discriminatory attitude.

<sup>502</sup> In Spanish law, the provision on the burden of proof is regulated by Articles 32 and 36 of Law 62/2003 amending the Labour Procedure Act (Art. 96). This regulation modifies the burden of proof in labour, civil and administrative jurisdictions in a proper implementation of EU legislation. It is not applicable in criminal proceedings where the prevailing principle is that of presumption of innocence. In the case law of the Spanish Constitutional Court the principle of sharing the burden of proof had previously been included in court proceedings. The Social Chamber of the French Court of Cassation, as indicated by F. Esteve, is where the community approach was first incorporated in the late 1990s, constructing a theory of access to proof in union discrimination.

extremely complex, difficult to expound, and has not always been applied consistently by the courts, which therefore do not realise the full potential that this legal institution might represent<sup>503</sup>.

Ultimately, the scope of application of indirect discrimination entails, as we have seen, a necessary widening of justificatory arguments in cases of discriminatory treatment.

### **c) Complementary interpretative criteria**

The thesis that I have been supporting affirms that the line of reasoning relating to the situation of disadvantage affecting individuals and groups in the assessment of discriminatory treatment calls for a determination of the pattern of structural discrimination to be incorporated in the test of equality; likewise, the identification of social prejudice or stereotypes that constitute the rationale or the basis of the regulation under scrutiny. In this process of identification, the arguments proffered by direct and indirect discrimination are insufficient: additional motives or interpretative criteria need to be found in the structural discrimination approach and in the intersectionality perspective.

Although I have, at different times, highlighted the inadequacy – in terms of being exhaustive – of the classification of types of direct and indirect discrimination, and maintain that these two types of discrimination have to be supported or complemented by arguments proceeding from other approaches to discrimination, I do not intend to argue that the concept of “structural discrimination” be recognised as an independent legal category and on the same level as the legal concept of indirect discrimination. In this sense, I consider it important to state that the approach deriving from structural discrimination may be understood to be an interpretative standard additional to indirect discrimination. The reason for this is that we find reasons of greater weight or that are more justified if we add or incorporate other supporting motives, found in the concept of structural and intersectional discrimination, to the explanation given by indirect discrimination.

### **1. The perspective of structural discrimination**

The concept of structural discrimination is a doctrinal proposal aimed at redefining the traditional legal concept of discrimination and including the notion of intergroup oppression in its definition<sup>504</sup>. This concept of antidiscrimination law requires or is based on the recognition of systems of oppression. The law, therefore, must address discrimination “as a qualified or signified action of these systems”<sup>505</sup>.

With this definition we can refer to situations of social inequality, subordination or domination

---

<sup>503</sup> N. Bamforth; G. Bindman, M. Malik, C. O’Cinneide, *Discrimination Law: Theory & Context, Text and Materials*, London, Sweet & Maxwell, 2008, p. 339.

<sup>504</sup> M. A. Barrère and D. Morondo, “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* n° 45, 2011, p. 17.

<sup>505</sup> M. A. Barrère and D. Morondo, “Subordinación...”, art. cit., p. 39 (Barrère and Morondo 2011: 39. N. Also see Torbisco “La institucionalización de la diferencia: algunas notas sobre desigualdad estructural y democracia”, *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Boullar Alfredo y otros, Editores del Puerto, 2003.



in which it is not possible to individualise specific behaviour or identify treatment to which the legal prohibition of discrimination is attributed. These are, therefore, situations that fall outside the legal concept of discrimination. It is a type of inequality based on status, the power to define identity and decision making. These are recurrent social dynamics that lead to the persistence of structures of subordination and systematically disadvantageous outcomes for certain groups, even in the absence of explicit discriminatory motives that are protected by the law. In this case, and similar to the case of indirect discrimination, proving the existence of discrimination means providing empirical or statistical evidence to demonstrate this ‘invisible’ bias in decision making.

The characteristic features of structural discrimination show that it entails diffuse, systemic – beyond the intent or will of the individuals in question – social processes reproduced institutionally inasmuch as they penetrate, or are projected on, all dimensions of existence, both in the public and social and in the private and domestic spheres, and they intersect, in turn, with the most relevant social variables; hence the depth of their impression and their effect on the decision-making capacity and the formation of preferences. Revealing the processes of structural discrimination and ascertaining with greater precision the determinants in decision making enables the notion of opportunity to be interpreted in terms of personal capacity, recognition or guarantee of autonomy and decision-making power; the very limits of the notion of opportunity may thereby be transcended by attributing to it a meaning more consistent with the requirement of the principle of equal dignity<sup>506</sup>.

On the other hand, failing to recognise, or concealing, patterns of structural discrimination may lead to the representation, as free choice, of something which in fact is nothing more than an adaptive preference or a choice marked by a state of necessity that invalidates the presumption of free and informed consent.<sup>507</sup> The European Court of Human Rights addressed this crucial aspect in the case *D.H. v The Czech Republic* (Application No. 57325/00), 13 November 2007.<sup>508</sup> The Court questioned the validity of the consent of parents of Roma/Gypsy children to enrol their children in a type of school designated by law as special, but which were used to segregate Roma children in schools.<sup>509</sup> The interesting thing about these proceedings is that in all of them the corresponding governments maintain that there is no discrimination since education in separate

---

<sup>506</sup> D. Morondo, “Parità” e “pari opportunità” nel pensiero femminile”, *Donne, politica e processi decisionali*, L. Calfano (ed.), Torino, Giappichelli, 2004, p. 140.

<sup>507</sup> M. A. Barrère and D. Morondo analysed, with regard to consent and decision making, an interesting judgment of the Court of Justice of the European Union. Case *G. Gruber v Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG.*, 14 September 1999. Case C-249/97. See “La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto Gruber del TJCE”, *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati-Dykinson, 2005. Also M.J. Añón 2010: “Autonomía de las mujeres: una utopía paradójica” en *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, M.A. Ramiro y P. Cuenca (eds), Madrid, Dykinson-Instituto Bartolomé de las Casas, 2010.

<sup>508</sup> Other concordant decisions: *Sampanis and Others v Greece*, 5/6/2008; *Orsus and Others v Croatia*, 16/3/2010; and *Horvath and Kiss v Hungary*, 2013.

<sup>509</sup> *D.H. v The Czech Republic* (Application No. 57325/00) Judgment of 13 November 2007. The court notes that the Czech state school administration placed the parents of Roma children in a dilemma which forced them to make decisions that would mean renouncing a right; decisions that, therefore, cannot be considered valid. See paragraph 204.

special schools is protected by the umbrella of parental consent.<sup>510</sup> This consent is the decisive factor in deciding where and how the child is schooled. The government's arguments rely on defending parental consent against the charge of discrimination, based on the premise that parents are autonomous individuals who have the right to choose the kind of education they want for their children, even if it means that their education differs from that offered to other children or limits their future prospects.

This case is indicative of a mass or structural disadvantage that can compromise the capacity of individuals to give meaningful and informed consent on the level and type of education for their children. It is a fact that there are asymmetries in education among Roma children and other children; they receive a poorer education in terms of its curriculum, with lesser prospects for the future. This asymmetry, proven to exist in education, is also present in the information made available and the capacity for decision making. What is noteworthy in these cases is that the European Court considers the capacity and agency of the parents, taking into account the context of discrimination and conditions of severe marginalisation in which they make decisions. In this context, as an interpretative criterion Kosko<sup>511</sup> proposes the idea of a threshold. In the judgments that have been looked at, the European Court of Human Rights rejected parental consent and did so because, on one hand, it considered that it is not clear that the parents, who are extremely marginalised, gave their consent free from coercion and in full awareness of the consequences. On the other hand, it accepted that certain rights, such as freedom from discrimination in education, are so important that they may fall outside the scope of parental consent. Parental consent is and should be important, says Kosko, but only beyond a threshold that would mark the line below which unacceptable harm may be done to the children. In this sense, it cannot represent a triumph for the children's right to an education, or a defence of the education offered, because it would ultimately mean relinquishing those rights. Where this threshold is located, however, is something that has to be established through extensive deliberation and public consultation in each specific case.

Structural inequality is an interpretative criterion which places the origins of the state of deprivation in which most marginalised groups find themselves in the social processes and cultural practices that define their status, conditioning their options in life. Structural inequality is somewhat different from the idea of transient and incidental disadvantages that could be the result of bad luck or have their roots in misjudged individual decisions. In this sense, the approach based on structural discrimination may be considered an interpretative criterion in support of indirect discrimination because to understand the meaning or to evaluate, in this case, parental consent, we find reasons of greater weight or that are more justified if the argument proffered by indirect discrimination is bolstered by other supporting reasons that are found in the concept of structural discrimination.

---

<sup>510</sup> General Comment No. 13, on the right to education, describes actions that constitute discrimination: "(b) The establishment or maintenance, for religious or linguistic reasons, of separate educational systems or institutions offering an education which is in keeping with the wishes of the pupil's parents or legal guardians, if participation in such systems or attendance at such institutions is optional and if the education provided conforms to such standards as may be laid down or approved by the competent authorities, in particular for education of the same level".

<sup>511</sup> S. J. Kosko, "Parental Consent and Children's Rights in Europe. A Balancing Act", *Journal of Human Development and Capabilities*, no. 3, 2010, pp. 425-448.

## 2. The intersectionality approach

Intersectional discrimination can strengthen the arguments that are used to identify patterns of discrimination in regulations that are considered discriminatory. This is mainly because it is a point of view that enables structures of discrimination to be detected in systems of oppression or subordination.

The perspective provided by intersecting or intersectional discrimination consists precisely in making us reflect on three important aspects: (a) challenging the dominant modes of understanding discrimination, considering that legal systems only partially recognise the structures of discrimination; (b) making clear how legal systems lay down their own antidiscrimination rules through unequal treatment types and paradigms, which are shown to be incapable of correctly identifying the specific categories of those who are discriminated against;<sup>512</sup> and (c) determining disadvantage as a form of identification of categories or classes of individuals.

The doctrinal development of the concept of intersectional discrimination tends to underline the thesis that we are faced with two or more sources of discrimination that, when combined, result in a situation of inequality qualitatively different from the sum of its parts or from the forms of discrimination considered separately<sup>513</sup>. Barrère and Morondo<sup>514</sup> refined the concept further in order to give it the greatest possible intension and to overcome or avoid the criticism that has been poured onto this category. The concept has to be accurate enough to not give rise to a “potentially infinite fragmentation of discriminated groups with grave consequences”, to avoid creating hierarchies or priorities of discrimination<sup>515</sup> and to preserve a possible inflation of antidiscrimination law. It is more a question of – as the two authors remark – “overcoming contextual or specific forms of discrimination in order to find links in the structures or categories (in the systems of oppression) which may explain its cultural, class, religious, and other manifestations”. “What matters are the subordination and discrimination practices with patterns (relating to gender, race, etc.) that uphold legal norms”<sup>516</sup>. Without ignoring the criticisms that are levelled at this concept, of diverse order and scope, there needs to be an evaluation of its importance in efforts to identify discriminated categories or classes of individuals by demonstrating the disadvantages of all members of that category.

## V. Concluding Remarks

---

<sup>512</sup> This issue was first addressed by Crenshaw (1989) who analysed discrimination against black women and talked, at that time, of “double discrimination” because the paradigm of gender discrimination is white women and the paradigm of racial discrimination is black men, so the doctrinal and judicial treatment of cases reflect theory.

<sup>513</sup> J. Squire, “Intersecting Inequalities”, *International Feminist Journal of Politics*, December, 2009, pp. 497. R. Serra “La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada”, *Multidiscriminación en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch.

<sup>514</sup> M. A. Barrère and D. Morondo, “Subordinación y discriminación interseccional...”, *art. cit.*, 2011, pp. 34-35.

<sup>515</sup> M. Verloo Verloo, “Multiple Inequality, Intersectionality and the European Union”, *European Journal of Women’s Studies*, 13/3, 2006, pp. 211-228

<sup>516</sup> M. A. Barrère and D. Morondo, “Subordinación y discriminación interseccional...”, *art. cit.*, 2011, p. 35.

A final assessment requires looking back to the relationship described at the beginning between discrimination and equality, particularly with respect to material equality. Given the ambiguity of basic concepts, such as equal opportunity or the notion of material equality, and recognising the fact that the interpretation and application of equality provisions is a complex and uncertain process, some conclusions may be drawn.

On the dimensions of equality and discrimination: The concept of discrimination that has been making headway in the international arena, as well as many of the techniques of antidiscrimination law, presuppose that equality of rights goes beyond formal equality, even in its broadest sense. Although this affirmation is not without resistance and difficulties on the part of both legislation and the decisions of the courts, making decisions in the framework of antidiscrimination law means recognising that the fight for equality has different dimensions<sup>517</sup>. On one side, equal treatment and the prohibition of all forms of discrimination. On the other, equal opportunities in the strict or broad sense – equality of outcome – that is, the mandate for public authorities to take measures to balance the position of social disadvantage of certain groups affected by deep-seated prejudices.<sup>518</sup> All of these areas have contact points, overlaps that in any case go beyond the sphere of formal equality.

On the implications of the direct and indirect discrimination dichotomy: In a somewhat ambiguous manner, international human rights texts often claim there is equal opportunity in the absence of direct or indirect discrimination.<sup>519</sup> This is an idea that conceptually may weaken interpretations closer to the material dimension of equality, but it also enables the development of a perspective from the notion of indirect discrimination which, as we have seen, entails the incorporation of material equality in legal systems or the material assessment of inequalities. The perspective of antidiscrimination law is related to the impact of law and policy on disadvantaged groups and is particularly focused on specific types of prejudice and discrimination, but it is also

---

<sup>517</sup> A. Ruiz Miguel, “La justicia como igualdad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 2, 1998, pp. 131-144. 1998, M.C. Barranco, *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Madrid, Dykinson-Instituto Bartolomé de las Casas, 2011, pp. 38-39.

<sup>518</sup> Articles 4 and 5 of CEDAW seem to embrace this thesis. Article 5 of CEDAW prescribes States to take appropriate measures “to modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women”. According to the *General Recommendation of the CEDAW Committee*, States Parties have various obligations to: (i) ensure that there is no direct or indirect discrimination against women in their laws in both the public and private spheres, and that their protection is guaranteed through authorities and courts; (ii) improve the de facto position of women through concrete and effective policies and programmes; and (iii) address prevailing gender relations and the persistence of gender-based stereotypes that affect women not only through individual acts by individuals but also in law, and legal and societal structures and institutions (*CEDAW temporary special measures*, para. 7).

<sup>519</sup> As an example of this, Article 1.1 of *Law 51/2003, of 2 December, on equal opportunities, non-discrimination and universal accessibility for people with disabilities* (LIONDAU) states that “equal opportunities is understood to mean no discrimination, direct or indirect, which results from a disability, and the adoption of positive action measures to avoid or offset the disadvantages facing people with disabilities which prevent them from participating fully in political, economic, cultural and social life”. The rules under the Convention and Spanish legislation on the rights of persons with disabilities provide the basis for arguing that the right to equal opportunities (Article 4 LIONDAU) means: (a) absence of direct and indirect discrimination, (b) absence of harassment, (c) compliance with accessibility requirements, (d) reasonable accommodation, and (e) compliance with positive action measures. See R. Jiménez Cano, “Hacia un marco conceptual adecuado de la normativa española sobre personas con discapacidad” (“Towards a conceptual framework of Spanish legislation on persons with disabilities”), 83 et seq.

aimed at preventing disadvantage and at transforming structures of inequality. In this sense, we can say that it operates in the material domain of equality.

On the scope of antidiscrimination law: As I have repeatedly asserted, from the moment that antidiscrimination law is oriented towards recognition of the structures of domination and subordination, a definition of the notion of intergroup oppression and an identification of disadvantage, and that it openly questions the dominant modes in which legal systems contemplate the processes of discrimination, it becomes possible to conclude that the antidiscrimination principle may be understood as a standard of material equality. Moreover, it has to be understood as a standard of material equality if it is necessary to introduce, into the legal process, all those arguments designed to demonstrate a pattern of discrimination, identify a situation of disadvantage amongst individuals and groups, and thus assess life chances in terms of capacity, autonomy and decision making.

## REFERENCES

- Ansuátegui, F. Javier (ed.), 2002: *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson-Instituto de derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Añón, María José, 2010: “Autonomía de las mujeres: una utopía paradójica” en *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, M.A. Ramiro y P. Cuenca (eds.), Madrid, Dykinson-Instituto Bartolomé de las Casas.
- Ballestrero, Maria Vittoria, 1996: “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Revista Doxa*, nº 19, pp. 91-111.
- Bamforth, Nicholas; Bindman, Geoffrey; Malik, Maleiha; O’Cinneide, Colm, 2008: *Discrimination Law: theory & Context, Text and materials*, London, Sweet & Maxwell.
- Barranco, M<sup>a</sup> Carmen, 2011: *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Madrid, Dykinson-Instituto Bartolomé de las Casas.
- Barrère María Ángeles y Morondo, Dolores, 2005: “La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto Gruber del TJCE”, *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati-Dykinson.
- Barrère María Ángeles y Morondo, Dolores, 2011: “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* nº 45, pp. 15-42.
- Barrère, M<sup>a</sup> Ángeles, 1997: *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Cívitas.
- Barrère, M<sup>a</sup> Ángeles, 2008: “Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación”, *Mujeres, derechos y ciudadanía*, R. Mestre (coord.), Prólogo de M.J. Añón, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Conaghan, Joanne, 2008: “Intersectionality and the Feminist Project in Law” in Grabham, E. Cooper, D. Krishnadas, J and Herman D. (eds.), *Intersectionality and Beyond: Law Power and the Politics of Location*, London Routledge, pp. 21-48.
- Cook, Rebeca y Cusack, Simone, 2010: *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania.
- Crenshaw, Kimberle, 1989: “Demarginalizing the intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum* (on line).
- De Lucas, Javier, 2004: *Globalización e identidades. claves políticas y jurídicas*. Barcelona, Icaria.
- De Lucas, Javier, 2006: “Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos”, *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, I. Campoy (ed.), Madrid, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, pp. 59-129.
- Esteve, Francina, 2008: “Las directivas europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad. análisis comparativo de su transposición en España y en Francia”, *Revista de Derecho europeo comparado*. Año 5, número 10, julio-diciembre.
- Fiss, Owen, 1999: “Grupos y cláusula de igual protección”, *Derecho y grupos desaventajados*, R. Gargarella (comp.), Barcelona, Gedisa. (“Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs*, 1976, 107)
- Fredman, Sandra, 2011: *Discrimination Law*, Oxford, Clarendon Press, 2nd ed.

- García Añón, José, 2013: “Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: La identificación por perfil étnico”, en José García Añón y Mario Ruiz Sanz (eds.), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 281-316.
- Gerards, J, 2005: *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Leiden and Boston, Martinus Nijhoff, pp. 669-675
- Gimenez Gluck, David, 2004: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch.
- Golberg, Suzanne B, “Intersectionality in theory and practice”, in Grabham, E. Cooper, D. Krishnadas, J and Herman D. (eds.), *Intersectionality and Beyond: Law Power and the Politics of Location*, London Routledge, pp. 124-158
- Golberg, Suzanne B, 2011: “Discrimination by comparison” *120 Yale Law Journal* pp. 728-812
- Guiraudon, Virgine, 2009: “Equality in the making: implementing European non-discrimination law”, *Citizen Studies*, vol. 13, no. 5, October, pp. 527-549
- Jímenez Cano, Roberto, 2010: “Hacia un marco conceptual adecuado de la normativa española sobre personas con discapacidad”, Cuenca, Patricia (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, pp. 65-102.
- Kosko, Stacy J., 2010: “Parental Consent and Children’s Rights in Europe. A Balancing Act”, *Journal of Human Development and Capabilities*, no. 3, pp. 425-448.
- Kymlicka, Will, 1996: *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, Buenos Aires, México, traducción, Carme Castells,
- Letsas George, 2006: “Two Concepts of the margin of appreciation” *Oxford Journal of Legal Studies*, no. 26/4, pp. 705-732
- Morondo, Dolores, 2004: “Parità” e “pari opportunità” nel pensiero femminile”, *Donne, politica e processi decisionali*, L. Calfano (ed.), Torino, Giappichelli, pp. 131-144
- Nussbaum, Martha, 2007: “Foreword: Constitutions and Capabilities: “Perception” Against Lofty Formalism” *121 Harvard Law Review* 4
- O’Cinneide, Colm, 2008: “The Right to Equality: A Substantive Legal Norm or Vacuous Rhetoric?” *UCL Human Rights Review*, vol. 1, pp. 78-101
- Phillips, Anne, 2004: “Defending Equality of Outcome”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 12, no. 1
- Rey, Fernando y Gimenez Gluck, David, 2010: *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectiva*, Madrid, Fundación Ideas.
- Rubio, Ana, 2003: “Las políticas de igualdad: de la igualdad formal al *mainstreaming*”, *Políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la Junta de Andalucía*, Sevilla, Junta de Andalucía.
- Ruiz Miguel, Alfonso, 1998: “La justicia como igualdad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 2, pp. 131-144.
- Serra, Rosario, 2013: “La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada”, *Multidiscriminación en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Squire, Judith, 2009: “Intersecting Inequalities”, *International Feminist Journal of Politics*, Diciembre, pp. 496-512
- Timmer, Alexandra, 2011: “Towards an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 2011, 11/4, pp. 707-738.
- Torbisco Neus, 2003: “La institucionalización de la diferencia: algunas notas sobre desigualdad estructural y democracia”, *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Boullar Alfredo y otros, Editores del Puerto.
- Verloo, Mieke, 2006: “Multiple Inequality, Intersectionality and the European Union”, *European Journal of Women’s Studies*, 13, 3, pp. 211-228
- Villoro, Luis, 2001 *De la libertad a la comunidad*, México, Ariel / ITESM
- Wrench, John, 2008: “Diversity management and discrimination: experiments in diversity management in the European Union”.
- Young, Iris Marion, (1999) *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press.
- Young, Iris Marion (2001) Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice: *Journal of Political Philosophy*, no. 9, 1, 2001, pp. 1-18.

## Razprave

# Maša Kovič Dine, Tanja Pucelj Vidović in Vasilka Sancin Pravne obveznosti glede varstva volkov kot zaščitene vrste v Sloveniji

### POVZETEK

Volk je na podlagi Bernske konvencije, Habitatne direktive in Uredbe o zavarovanih prosto živečih živalskih vrstah, sprejete na podlagi Zakona o ohranjanju narave, v Sloveniji zaščitena živalska vrsta. Izhodišče vseh omenjenih pravnih predpisov je ohranitev biodiverzitete ob zagotovitvi smiselnega sobivanja med zavarovano živalsko vrsto in človekom. Zato je vsem dokumentom skupno, da ne samo varujejo, ampak tudi določajo načine upravljanja z zavarovano vrsto. Prispevek tako prikazuje ureditev pravnega varstva volka v Sloveniji kot zaščitene vrste in opozarja na pomanjkljivosti, ki bi se jih dalo odpraviti z doslednejšo implementacijo relevantnih določb posameznih predpisov ali ustrezno spremembo le-teh. V Sloveniji je bil že leta 2008 sprejet Pravilnik o odvzemu osebkov vrst rjavega medveda (*Ursus arctos*) in volka (*Canis lupus*) iz narave, ki ob vsakoletni spremembi določa število osebkov vrste volk za odstrel. Prispevek razkriva razloge neustreznosti Pravilnika, predlagan pa je tudi delni umik pridržka Sloveniji k Bernski konvenciji, ki se tiče varstva volka v Sloveniji, ter razlogi zanj.

### **Legal obligations regarding the protection of the wolves as a protected species in Slovenia**

### ABSTRACT

Slovenia recognizes wolves as a protected animal species under the Bern Convention, Habitats Directive and Decree on the Protection of Threatened Species, adopted under the Nature Conservation Act. The foundation of the mentioned legal regulations lies in the intention to conserve biodiversity while ensuring a reasonable cohabitation between the protected animal species and people. Thus, these documents not only protect certain species but also define its management. This article presents the legal framework for the protection of wolves in Slovenia and draws attention to its shortcomings. These could be, as illustrated in the article, resolved by a more consistent implementation of the relevant measures or by minor amendments to these measures. In 2008 Slovenia adopted Rules on taking of certain specimens of the species of brown bear (*Ursus arctos*) and wolf (*Canis lupus*) from nature, which are amended on a yearly basis and determine the number of wolves that are deliberately killed each year. This article introduces the arguments behind the Rules' insufficient address of the issues related to the protection of wolves

and their deliberate killings and proposes a partial withdrawal of the reservation to the Bern convention regarding protection of wolfs adopted by Slovenia, explaining the reasons supporting such a proposal.

*Key words:* wolf, a protected animal species, the Bern Convention, the Habitats Directive, the Decree on the Protection of Threatened Species, Rules on taking of certain specimens of the species of brown bear (*Ursus arctos*) and wolf (*Canis lupus*) from nature

## 1. Uvod

V Sloveniji je veliko živalskih in rastlinskih vrst, ki jih ščitijo tako pravna določila slovenske zakonodaje ter pravnega reda Evropske unije (v nadaljevanju EU) kot tudi tista, ki izhajajo iz za Slovenijo zavezujočih pravil in načel mednarodnega prava.<sup>520</sup> Namen tega prispevka je prikazati pravno ureditev varstva volka v Sloveniji, ki ji bila tudi osrednja tema okoljske pravne klinike v študijskem letu 2012/2013, izvedene v sodelovanju med Katedro za mednarodno pravo Pravne fakultete v Ljubljani, Pravno-informacijskim centrom nevladnih organizacij – PIC in Inštitutom za javno upravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.<sup>521</sup>

Izhodišče za oblikovanje mednarodnopravnih pogodbenih določil na področju varstva biodiverzitete je bilo v teku celotnega razvoja tega pravnega področja v zavedanju pomena ohranjanja smiselnega ravnotežja med gospodarskim razvojem in zaščito živalskih in rastlinskih vrst ter njihovih habitatov. Temu cilju sledijo tudi pravni red EU in domače zakonodaje posameznih držav. Z namenom zagotavljanja biodiverzitete in simbioze med volkom in človekom so mednarodno pravo, pravo EU in slovensko pravo priznali volka kot zaščiteno vrsto ter tako postavili okvire upravljanja s to živalsko vrsto. Članek bo predstavil omejitve, ki jih mednarodno pravo in pravo EU postavljata glede odstrela volkov, ter relevantno slovensko zakonodajo in pomanjkljivosti pri implementaciji sprejetih pravnih obveznosti.

Volk (lat. *Canis lupus*) je živalska vrsta, ki sodi v red zveri in družino psov. Žival se prehranjuje s plenjenjem srnjadi in jelenjadi v naravi, s čimer uravnava njihovo številčnost in skrbi za ravnovesje v ekosistemu. Na območju Slovenije živi povprečno 32–43 volkov, ki se gibljejo v desetih hierarhično organiziranih tropih.<sup>522</sup> Ker volkovi nimajo naravnega sovražnika, ki bi nadzoroval njihovo številčnost, se je v teku evolucije razvil sistem samoregulacije. Ta preprečuje, da bi se volkovi tako namnožili, da bi si iztrebili lasten plen, saj bi se drugače tudi sami izstradali. Zato so tropi organizirani teritorialno, tako, da na enem teritoriju vedno lovi le en

---

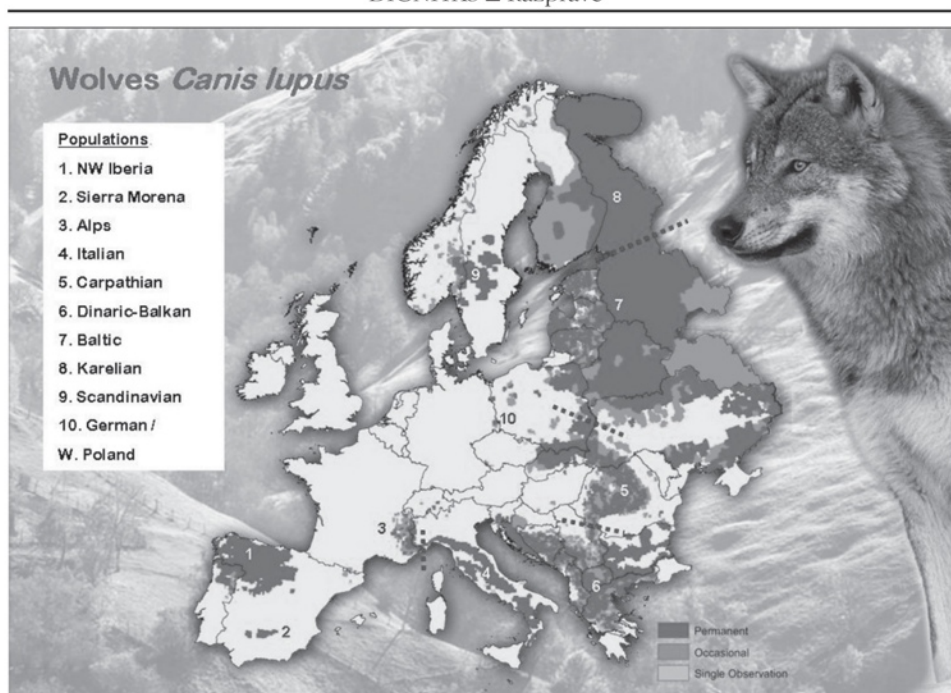
<sup>520</sup> O pravnem varstvu rjavega medveda v Sloveniji glej npr. J. Letnar Černič, Varstvo rjavega medveda v slovenskem ustavnem pravu, *Dignitas: revija za človekove pravice*, št. 53/54, 2012, str. 366–396.

<sup>521</sup> Pravno kliniko za varstvo okolja vodijo doc. dr. Vasilka Sancin, as. mag. Maša Kovič Dine, as. mag. Tanja Pucelj Vidović in Senka Vrbica. Več o delu te klinike je dostopno na <http://www.pf.uni-lj.si/ob-studiju/pravna-klinika-za-varstvo-okolja/>.

<sup>522</sup> Akcijski načrt za upravljanje populacije volka (*Canis lupus*) v Sloveniji za obdobje 2013–2017, sklep št. 00728-7/2013/4 z dne 6. 2. 2013, [http://www.mko.gov.si/fileadmin/mko.gov.si/pageuploads/podrocja/velike\\_zveri/akcijski\\_nacrt\\_upravljanja\\_volk\\_2013\\_2017.pdf](http://www.mko.gov.si/fileadmin/mko.gov.si/pageuploads/podrocja/velike_zveri/akcijski_nacrt_upravljanja_volk_2013_2017.pdf) (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).



trop in si s tem zagotovi trajnostno rabo svojega plena. Tudi znotraj tropa volkovi omejujejo svojo številčnost, saj morajo, ko njihovo število preseže določeno mejo, najstarejši mladiči trop zapustiti. Preživetje mladih volkov, ki zapustijo svoj rodni trop, je odvisno predvsem od tega, ali si uspejo najti prazen teritorij in samca/samico za oblikovanje novega tropa. Ker je večina teritorijev zapolnjenih, preživi le majhen delež mladih volkov, saj jih slej ko prej na svojem ozemlju zasači teritorialni trop in jih pri tem pogosto ubije. Zaradi te samoregulacije je odstrel, ki se letno izvaja v Sloveniji, nepotreben. Zaradi že omenjene hierarhije, ki je ni moč opaziti na prvi pogled, pa se z odstrelom alfa samca ali samice lahko povzroči celo razpad tropa. Volk človeka ogroža zgolj posredno, z napadom na njegovo drobnico,<sup>523</sup> in mu na ta način povzroča škodo. Predvsem zato se že od nekdaj na ozemlju Slovenije število volkov regulira z odstrelom.



*Poseljenost volkov po Evropi in Balkanu. Vir: Miha Krofel.*

## 2. Obveznosti Slovenije glede varstva volka po Habitatni direktivi

<sup>523</sup> Prav tam, str. 37–38.

Direktiva Sveta 92/43/EGS o ohranjanju naravnih habitatov ter prosto živečih živalskih in rastlinskih vrst (v nadaljevanju Habitatna direktiva)<sup>524</sup> je bila sprejeta s ciljem upravljanja in ohranjanja ugodnega stanja ohranjenosti za vrste in habitate na ozemlju držav članic EU, ki so v interesu celotne EU, z namenom prispevanja k ohranjanju biološke raznovrstnosti.<sup>525</sup> Tako v prvem odstavku 12. člena prepoveduje vse oblike namernega ujetja ali ubitja volkov v naravi; namernega vznemirjanja, zlasti med razmnoževanjem, vzrejo mladičev, zimskim spanjem in selitvijo, in namernega poškodovanja ali uničenja razmnoževališč ali počivališč volka v naravi kot zavarovane vrste iz Priloge IV k direktivi. Habitatna direktiva sicer izjemoma dopušča odstop od te prepovedi, vendar izključno pod tremi strogimi taksativno naštetimi pogoji iz prvega odstavka 16. člena, ki morajo biti kumulativno izpolnjeni.<sup>526</sup> Ti trije pogoji so:

- če odstrel »ne škoduje vzdrževanju ugodnega stanja ohranjenosti populacij zadevne vrste na njihovem naravnem območju razširjenosti« IN
- če je odstrel potreben »(a) zaradi varstva prosto živečih živalskih in rastlinskih vrst in ohranjanja naravnih habitatov; (b) da preprečijo resno škodo, zlasti na posevkih, živini, gozdovih, ribištvu in vodi ter drugih vrstah premoženja; (c) zaradi interesov zdravja ljudi in javne varnosti ali zaradi drugih razlogov prevladujočega javnega interesa, ki je lahko tudi socialne ali gospodarske narave, in zaradi koristnih posledic bistvenega pomena za okolje; (d) zaradi raziskovanja in izobraževanj, zaradi doseljevanja in ponovnega naseljevanja teh vrst ter za to potrebne vzreje, vključno z umetnim razmnoževanjem rastlin; (e) da pod strogo nadzorovanimi pogoji dovolijo selektiven in omejen odvzem ali zadrževanje nekaterih osebkov vrst, navedenih v Prilogi IV, v omejenem številu, ki ga določijo pristojni nacionalni organi« (v nadaljevanju habitatni razlogi), IN
- »če ni druge zadovoljive možnosti«, da bi se zagotovilo varstvo.

Habitatna direktiva je v slovenski pravni red prenesena z Uredbo o zavarovanih prosto živečih živalskih vrstah (v nadaljevanju Uredba),<sup>527</sup> ki v 7. členu določa izjeme od popolne prepovedi poškodovanja, zastrupljanja, usmrtnitve, odvzeta iz narave, lovljenja, ujetja ali vznemirjanja zavarovanih živalskih vrst iz 5. člena. Pri tem Uredba določa strožji kriterij varstva, saj poleg izjem, ki jih določa že Habitatna direktiva, dodaja strožji kriterij za izpolnitev izjeme po točki (e) prvega odstavka 16. člena Habitatne direktive. Šesta točka prvega odstavka 7. člena Uredbe dovoljuje odstrel, odvzem iz narave, ujetje, vznemirjanje, zastrupitev ali poškodovanje živalskih

---

<sup>524</sup> Direktiva Sveta 92/43/EGS z dne 21. maja 1992 o ohranjanju naravnih habitatov ter prosto živečih živalskih in rastlinskih vrst, Ur. l. EU L 206, 22/07/1992, str. 7–50.

<sup>525</sup> Prvi in drugi odstavek 2. člena in prvi odstavek 3. člena Habitatne direktive; Trouwborst, Arie, *Managing the Carnivore Comeback: International and EU Species Protection Law and the Return of Lynx, Wolf and Bear to Western Europe*, *Journal of Environmental Law*, Vol. 22, št. 3 (2010), str. 355.

<sup>526</sup> A. Pillai in D. Heptinstal, *Twenty Years of the Habitats Directive: A Case Study on Species Reintroduction, Protection and Management*, *Environmental Law Review*, št. 15, 2013, str. 30; S. Borgström, *Legitimacy Issues in Finish Wolf Conservation*, *Journal of Environmental Law*, izvod 24, št. 3, 2012, str. 456.

<sup>527</sup> Uredba o zavarovanih prosto živečih živalskih vrstah (Ur. l. RS, št. 46/2004 in nasl.).

vrst, zavarovanih po 5. členu Uredbe, zaradi »selektivnega in omejenega odvzema živali iz narave zaradi uravnavanja velikosti populacije z okoljem, pod strogo nadzorovanimi pogoji in v omejenem številu«. <sup>528</sup> Tako slovensko pravo dovoljuje selektiven in omejen odzem iz narave samo, kadar je to potrebno zaradi uravnavanja velikosti populacije. Takšne omejitve selektivnega in omejenega odvzema ali zadrževanja vrste v omejenem številu Habitatna direktiva ne postavlja.

Kljub temu, da slovenska pravna ureditev določa strožje pogoje za uporabo izjem od varstva zaščitene vrste, pa je sporna skladnost 7. a člena Uredbe s Habitatno direktivo. Ta člen Uredbe namreč ministrstvu, pristojnemu za okolje, omogoča, da določi odstrel volka na podlagi splošnega predpisa ministra. Habitatna direktiva sicer ne določa, na kakšen način naj pristojni nacionalni organ določi selektiven in omejen odzem ali zadrževanje nekaterih osebkov vrst, vendar je, upoštevajoč sam namen direktive, določitev tega odstrela s splošnim predpisom ministra neprimerna. Uredba s 7. a členom namreč omogoča ministrstvu, da za izjemo po šesti točki prvega odstavka 7. člena sprejme predpis o selektivnem in omejenem odvzemu živali iz narave, »ki se izvede z načrtovano usmrtitvijo (odstrelom)« na podlagi predhodnega strokovnega mnenja po 8. členu Uredbe. Strokovno mnenje v primeru volkov pripravi Zavod za gozdove, temu mnenju pa je treba predložiti še pisno stališče Zavoda za varstvo narave. <sup>529</sup> Pri tem je predvsem vprašljiva sama diktija 7. a člena, ki zahteva selektiven in omejen odzem iz narave na podlagi predpisa, ki ureja »obseg odvzema živali iz narave«. <sup>530</sup> Predpis, ki določa obseg odvzema, t. j. število volkov, ki jih je treba odvzeti iz narave, je težko selektiven. Selektivnost je treba v skladu z namenom Habitatne direktive in tudi same Uredbe razlagati strogo restriktivno, <sup>531</sup> kar bi pomenilo, da je treba za vsak posamezen primer odvzema volkov iz narave dokazati izpolnjevanje vseh treh zgoraj naštetih pogojev, ki dovoljujejo odzem.

Če je za zagotavljanje ugodnega stanja zavarovanih živalskih vrst sprejeta strategija, akcijski načrt ali drug programski akt, mora biti predpis ministra tudi v skladu s tem aktom. Vlada Republike Slovenije je leta 2009 sprejela Strategijo ohranjanja volka (*Canis lupus*) v Sloveniji in trajnostnega upravljanja z njim, ki vsebuje analizo ogroženosti in obstoječih ohranitvenih ukrepov ter cilje in smernice za ohranjanje in trajnostno upravljanje populacije volka v Sloveniji z namenom zagotavljanja ugodnega stanja ohranjenosti in sobivanja človeka z volkom. <sup>532</sup> Februarja 2013 pa je vlada sprejela tudi Akcijski načrt za upravljanje populacije volka (*Canis lupus*) v Sloveniji za obdobje 2013–2017, ki določa konkretne ukrepe upravljanja z volkom v Sloveniji. <sup>533</sup>

---

<sup>528</sup> Šesta točka prvega odstavka 7. člena Uredbe.

<sup>529</sup> 8. člen Uredbe.

<sup>530</sup> Prva točka drugega odstavka 7.a člena.

<sup>531</sup> Sodba Sodišča Evropske unije, Komisija vs. Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska, C-6/04, z dne 20. 10. 2005, ERC, str. 9017, odstavek 111–112.

<sup>532</sup> Strategija ohranjanja volka (*Canis lupus*) v Sloveniji in trajnostnega upravljanja z njim, sklep št. 35602-1/2009/4 z dne 24. 9. 2009, [http://www.mko.gov.si/fileadmin/mko.gov.si/pageuploads/podrocja/velike\\_zveri/strategija\\_ohranjanja\\_volka.pdf](http://www.mko.gov.si/fileadmin/mko.gov.si/pageuploads/podrocja/velike_zveri/strategija_ohranjanja_volka.pdf) (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).

<sup>533</sup> Akcijski načrt za upravljanje populacije volka (*Canis lupus*) v Sloveniji za obdobje 2013–2017 (op. pod črto št. 3).

Dodatno je treba tudi opozoriti, da točka (e) prvega odstavka 16. člena Habitatne direktive pod nadzorovanimi pogoji dovoljuje zgolj selektiven in omejen *odvzem ali zadrževanje* nekaterih osebkov zavarovane vrste in ne omenja usmrtilve ali odstrela, kot to določa 7. a člen Uredbe. Sodišče Evropske unije je v zadevi Evropska komisija vs. Luksemburg C-75/01 odločilo, da je treba direktivo prenesti v nacionalni red na način, ki ne pomeni spreminjanja njenih pogojev, selektivne uporabe določb direktive in ne dovoljuje dodajanja pomožnih pogojev ali izjem.<sup>534</sup> V tem primeru pomeni določitev odstrela kot načina odvzema iz narave dodajanje izjem od varstva volkov, ki ni dovoljeno.

Na podlagi 7. a člena Uredbe je ministrstvo, pristojno za okolje, leta 2012 sprejelo Pravilnik o spremembah in dopolnitvah Pravilnika o odvzemu osebkov vrst rjavega medveda (*Ursus arctos*) in volka (*Canis lupus*) (v nadaljevanju Pravilnik o odstrelu),<sup>535</sup> ki je za leto 2012/2013 (do oktobra 2013) določil odstrel 8 volkov. Ne Pravilnik o odstrelu ne Priloga 2 k Pravilniku o odstrelu: Načrtovani odstrel osebkov volka ne vsebujeta utemeljitev izpolnjevanja izjem od prepovedi odstrela, ki jih določa prvi odstavek 16. člena Habitatne direktive.

V času pisanja tega prispevka (do 4. 11. 2013) je v javni razpravi predlog novega pravilnika za leto 2013/2014,<sup>536</sup> tako da o skladnosti letošnjega pravilnika s Habitatno direktivo še ni mogoče dokončno razpravljati. Zato se bo članek na tem mestu posvetil nekaterim neskladnostim lanskoletnega pravilnika.

Ob tem je vredno poudariti, da sta tako lanskoletni kot letošnji pravilnik sprejeta na podlagi 7. a člena Uredbe in se zaradi tega lahko sklicujeta le na izjemo po šesti točki prvega odstavka 7. člena Uredbe oz. izjemo po točki (e) prvega odstavka Habitatne direktive. Republika Slovenija je svoj odstrel v Obrazložitvi Pravilnika o spremembah Pravilnika o odvzemu osebkov vrste rjavega medved (*Ursus arctos*) in volka (*Canis lupus*) iz narave (v nadaljevanju Obrazložitev Pravilnika) v letu 2012 utemeljila kot nujnega tako za aktivno varstvo vrste kot tudi za preprečevanje škode. Tako je odstrel uspešen ukrep, ki pripomore k večji strpnosti in sprejemljivosti ljudi do te ogrožene vrste ter pripomore tudi k ohranjanju te vrste v razmeroma gosto poseljeni pokrajini in posledično zmanjšuje krivolov.<sup>537</sup> V svoji utemeljitvi se Slovenija ni izrecno sklicevala na nobenega od habitatnih razlogov. Ob natančnem pregledu vseh habitatnih razlogov od točke (a) to točke (e) prvega odstavka 16. člena Habitatne direktive lahko ugotovimo, da bi bilo mogoče nekatere od teh razlogov, ki jih navaja Slovenija, subsumirati pod

---

<sup>534</sup> Sodba Sodišča Evropske unije, Komisija vs. Luksemburg, C-75/01, z dne 13. 2. 2003, ECR, str. 1585, odstavek 28.

<sup>535</sup> Pravilnik o spremembah in dopolnitvah Pravilnika o odvzemu osebkov vrst rjavega medveda (*Ursus arctos*) in volka (*Canis lupus*), Ur. l. RS, št. 73/2012.

<sup>536</sup> Obrazložitev Pravilnika o spremembah Pravilnika o odvzemu osebkov vrst rjavega medveda (*Ursus arctos*) in volka (*Canis lupus*) iz narave (v nadaljevanju Obrazložitev Pravilnika 2013), številka zadeve: 007- 423/2013, 30. 9. 2013, [http://www.mko.gov.si/si/medijsko\\_sredisce/novica/article/12455/6781/969232422ca30e24c78280563d54979e/](http://www.mko.gov.si/si/medijsko_sredisce/novica/article/12455/6781/969232422ca30e24c78280563d54979e/) (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).

<sup>537</sup> Obrazložitev Pravilnika o spremembah Pravilnika o odvzemu osebkov vrste rjavega medved (*Ursus arctos*) in volka (*Canis Lupus*) iz narave (v nadaljevanju Obrazložitev Pravilnika 2012), št. 007-409/2012, z dne 13. 9. 2012, [http://www.mko.gov.si/fileadmin/mko.gov.si/pageuploads/osnutki/odvzem\\_medveda\\_volka\\_s3.doc](http://www.mko.gov.si/fileadmin/mko.gov.si/pageuploads/osnutki/odvzem_medveda_volka_s3.doc) (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).

razloge iz točk (a) do (d) in ne pod razlog iz točke (e). Tako lahko zaključimo, da torej manjka utemeljitev odstrela volkov, kot to zahteva Habitatna direktiva.

## **2.1. Izjeme, ki po Habitatni direktivi dovoljujejo odstrel volkov**

Z namenom poenotenja izvajanja 12. člena Habitatne direktive je Evropska komisija sprejela Smernice Evropske komisije o strogem varstvu živali v interesu skupnosti na podlagi Habitatne direktive (v nadaljevanju Smernice),<sup>538</sup> ki določajo podrobna navodila in usmeritve za izvajanje 12. in 16. člena Habitatne direktive. Pri tem je predvsem pomembno, da izvedene izjeme od strogega varstva nimajo posledic, ki bi bile v nasprotju s cilji 12. člena in cilji celotne Habitatne direktive.<sup>539</sup> Iz Smernic izhaja, da je pristojni organ v državi članici, preden izda dovoljenje za poseganje v populacijo zavarovane vrste, dolžan opraviti tri teste. Najprej je treba izkazati, da habitatni razlogi iz 16. člena v konkretnem primeru v resnici obstajajo. V drugem koraku je treba izkazati, da res ni nobene druge zadovoljive možnosti za izpolnitev habitatnih razlogov kot poseg v populacijo zavarovane vrste. Nazadnje pa je treba izkazati še, da poseg v populacijo zavarovane vrste ne bo škodljivo vplival na njeno stanje ohranjenosti. Prav tako pa sta Evropska komisija in Generalni direktorat za okolje z namenom poenotenja uporabe Habitatne direktive za vrste volk, ris, medved in rosomah financirala pripravo Smernic za načrte upravljanja nivojev populacij velikih zveri (v nadaljevanju Smernice za velike zveri).<sup>540</sup> Te smernice sicer niso pravno zavezujoče, vendar predstavljajo dobro prakso učinkovitega upravljanja z velikimi zvermi v Evropi.<sup>541</sup>

## **2.2. Prvi test: Izpolnjevanje habitatnih razlogov**

Vsaka država, ki se želi sklicevati na izjeme, mora najprej dokazati, da je izpolnjen vsaj eden izmed petih habitatnih razlogov iz prvega odstavka 16. člena Habitatne direktive in prvega odstavka 7. člena Uredbe.

---

<sup>538</sup> Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC. Final version 2007, Priloga 2.2. (v nadaljevanju Smernice), [http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance_en.pdf) (zadnjič obiskano 26. 10. 2013), str. 51–66.

<sup>539</sup> Prav tam, str. 53.

<sup>540</sup> J. Linnell, V. Salvatori in L. Boitani, Guidelines for Population Level Management Plans for Large Carnivores, Large Carnivore Initiative Report for Europe report, za Evropsko komisijo, julij 2008 (pogodba 070501/2005/424162/MAR/B2) (v nadaljevanju Smernice za velike zveri), [http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/carnivores/docs/guidelines\\_final2008.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/carnivores/docs/guidelines_final2008.pdf) (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).

<sup>541</sup> Note to the Guidelines for Population Level Management Plans for Large Carnivores, European Commission, Directorate-General for Environment, ENV.B.2 D/14591, Bruselj, 1. julij 2008, [http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/carnivores/docs/note\\_guidelines.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/carnivores/docs/note_guidelines.pdf) (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).

### **2.2.1. Varstvo prosto živečih živali**

Prvi razlog, ki dovoljuje odstop od prepovedi namernega odvzema iz narave ali odstrela, je varstvo prosto živečih živalskih in rastlinskih vrst in ohranjanje rastlinskih habitatov. Ta določba dovoljuje odzem iz narave in odstrel, če je to potrebno za zavarovanje ranljivih, redkih, ogroženih ali endemičnih vrst in habitatov. Pri tem je treba upoštevati pozitivno vlogo, ki jo imajo volkovi na celotni ekosistem in regulacijo števila divjadi.<sup>542</sup> To ne pomeni, da je odstrel volkov dovoljen zaradi njihovega vpliva na število divjadi ali zaradi lovskih interesov.<sup>543</sup> Prav tako pa po tem habitatnem razlogu odstrel volka v imenu strpnosti ljudi in večje družbene sprejemljivosti ne more biti način »varstva« te ogrožene in zavarovane živalske vrste. Utemeljitev Slovenije za odstrel zaradi tega ne moremo vključiti pod ta habitatni razlog. »Varstva« po habitatnem razlogu pa tudi ni mogoče upoštevati za utemeljitev zmanjšanja nezakonitega lova, kot to dodatno še navaja Slovenija. Bistvo tega habitatnega razloga je varstvo in ohranitev ene živalske vrste, ki je bolj ogrožena, na račun druge živalske vrste, ki je primerjalno gledano manj ogrožena.

### **2.2.2. Preprečitev resne škode na posevkih, živini, gozdovih, ribištvu in vodi ter drugih vrstah premoženja**

Drugi razlog je preprečitev resne škode na posevkih, živini, gozdovih, ribištvu in vodi ter drugih vrstah premoženja. Tu je pomembno, da se prepreči resna škoda ekonomskega značaja.<sup>544</sup> Sodišče Evropske unije je v zadevi Komisija Evropskih skupnosti vs. Finska potrdilo, da je treba to zahtevo razlagati restriktivno in je odstrel mogoč samo, kadar je z raziskavami dokazano, da bo odstrel res preprečil bodočo resno škodo.<sup>545</sup> Republika Slovenija navaja, da se zaradi zmanjšanja škode in s tem povezanih konfliktov na območjih sobivanja z volkom uporablja omejen in nadzorovan odstrel.<sup>546</sup> Zmanjševanje škode rejcem na drobnici bi lahko utemeljili kot drugi habitatni razlog. Raziskovalci Biotehniške fakultete Univerze v Ljubljani in Zavoda za gozdove Slovenije so analizirali, ali je zakoniti odstrel 51 volkov v zadnjih 10 letih vplival na število povzročenih škod, in ugotovili, da odstrel volkov ne vpliva na število škodnih primerov.<sup>547</sup> Še več, po največjem odstrelu volkov leta 2006 se škode niso zmanjšale, ampak celo

---

<sup>542</sup> Trouwborst, (op. pod črto št. 6), str. 363.

<sup>543</sup> Smernice za velike zveri (op. pod črto št. 21), str. 54.

<sup>544</sup> Smernice (op. pod črto št. 19), str. 55.

<sup>545</sup> Sodba Sodišča Evropske Unije, Komisija Evropskih skupnosti vs. Finska, C-342/05, z dne 14. 6. 2007, ERC, str. 4713, odstavek 47; Borgstöm (op. pod črto št. 7), str. 457.

<sup>546</sup> Obrazložitev Pravilnika 2012 (op. pod črto št. 18).

<sup>547</sup> Miha Krofel, Rok Černe in Klemen Jerina, Učinkovitost odstrela volkov (*Canis lupus*) kot ukrepa za zmanjševanje škode na domačih živalih, Zbornik gozdarstva in lesarstva, št. 95, 2011, str. 13–14.

narasle, medtem ko so se škode po letu 2008, ko odstrela volkov ni bilo, nekoliko zmanjšale.<sup>548</sup> Razlog za to raziskovalci vidijo v zakonitostih socialnega sistema volkov, ki sami uravnavajo svojo številčnost.<sup>549</sup> Do podobnih ugotovitev so prišli tudi tuji raziskovalci, ki so potrdili, da odstrel volkov ne vpliva na število škodnih primerov.<sup>550</sup> Odstrel iz razloga preprečevanja škode, ki ga priznava tudi Habitatna direktiva v drugi točki prvega odstavka 16. člena, je torej zaradi specifičnosti delovanja vrste kot že povedano neučinkovit in neustrezen.

	Prebivalci		Lovci	Ovčerejci
	Brez volkov	Osrednje območje		
Naklonjeni	61,6	55,4	79,8	35,0
Neopredeljeni	26,6	26,6	8,7	10,0
Odklonilni	11,9	18,0	11,5	55,0

*Odnos ljudi do volkov. Vir: Miha Krofel, Korenjak 2000.*

### 2.2.3. Interes zdravja ljudi in javne varnosti

Tretji razlog je interes zdravja ljudi in javne varnosti ali drugi razlogi prevladujočega javnega interesa, ki so lahko tudi socialne ali gospodarske narave, in koristne posledice bistvenega pomena za okolje. Smernice ta razlog utemeljujejo, da edino prevladujoč javni interes, ki ga zastopajo javna ali zasebna telesa, dovoljuje odstop od strogega varstva. Interesi družb in posameznikov ne dovoljujejo takega odstopa, prav tako kot ne kratkoročni interesi socialne in ekonomske narave.<sup>551</sup> Vprašanje javne varnosti, ki se večkrat pojavlja v povezavi z volkom, je predvsem psihološke narave na podlagi pravljice o Rdeči kapici. Vendar številne raziskave kažejo, da so volkovi lahko nevarni za ljudi le, če so oboleli za steklino, ki pa pri evropskih volkovih že dolgo ni več zaznana bolezen.<sup>552</sup> Tudi Akcijski načrt upravljanja populacije volka v

<sup>548</sup> Akcijski načrt za upravljanje populacije volka (*Canis lupus*) v Sloveniji za obdobje 2013–2017 (op. pod črto št. 3), str. 38.

<sup>549</sup> »V primeru odstrela dominantnega osebka trop pogosto razpade in mlajši člani tropa oziroma drugi volkovi nadomestijo odstreljene živali. Ti volkovi so pri lovu običajno manj izkušeni in zato pogosteje plenijo lažje ulovljive, slabo oziroma nezaščitene domače živali. Zato se, v nasprotju s pričakovanjem, škode po odstrelu včasih še povečajo,« Krofel in ostali (op. pod črto št. 28), str. 16.

<sup>550</sup> Marco Musiani, Tyler Muhly, C. Cormack Gates, Carolyn Callaghan, Martin E. Smith in Elisabetta Tosoni, Seasonality and reoccurrence of depredation and wolf control in western North America, *Wildlife Society Bulletin*, št. 33, 2005, str. 881–883.

<sup>551</sup> Smernice (op. pod črto št. 19), str. 56.

<sup>552</sup> Trouwborst (op. pod črto št. 6), str. 361–362; John D. Linnell in ostali: The Fear of Wolves: A Review of Wolf Attacks on Humans, Norwegian Institute for Nature Research, Trondheim, 2002, str. 6; Borgstöm (op. pod črto št. 7), str. 463.

Sloveniji za obdobje 2013–2017 potrjuje, da obstaja izredno majhna verjetnost neposredne nevarnosti volka za človeka ter da zaradi tega odstrel zdravih volkov ni primeren.<sup>553</sup>

#### **2.2.4. Raziskovanje, izobraževanje, doseljevanje in ponovno naseljevanje vrste**

Četrti razlog, ki dovoljuje odstop od odvzema iz narave in odstrela, je raziskovanje in izobraževanje, doseljevanje in ponovno naseljevanje te vrste, če je to potrebno za vzrejo. Ta razlog ni povezan z utemeljitvami odstrela, ki jih navaja Slovenija.

#### **2.2.5. Drugi razlogi za odvzem iz narave pod pogojem, da je ta odvzem selektiven in omejen ter izpeljan pod strogo nadzorovanimi pogoji**

Peti razlog predstavlja generalno klavzulo, ki dovoljuje selektiven in omejen odvzem iz narave ali zadrževanje nekaterih osebkov vrste v omejenem številu pod strogo nadzorovanimi pogoji, ki ga določijo pristojni nacionalni organi iz določenega razloga. Ta zadnji razlog določa, da mora biti število živali, ki se jih odvzame iz narave, omejeno glede na velikost populacije vrste. Vendar pa kljub temu odvzem ni dovoljen, če obstaja nevarnost, da bo odvzem imel pomembne kvantitativne ali kvalitativne negativne učinke na populacijo.<sup>554</sup> Prav tako je odvzem mogoč samo pod strogo nadzorovanimi pogoji ob dodatnem pogoju, da je odvzem selektiven in v omejenem obsegu. Ta pogoj dovoljuje odvzem le ob dovoljenju nacionalnih organov, ki izrecno navaja za vsak primer odvzema razloge, ki ta odvzem dovoljujejo. Treba je poudariti, da ta peti habitatni razlog uporablja izključno izraza »odvzem in zadrževanje nekaterih osebkov vrste« in ne omenja odstrela, kar pomeni, da odstrel po tem razlogu ni mogoč. To izhaja tudi iz Smernic, ki predlagajo, da izvrševanje te izjeme pomeni uvedbo programa upravljanja/ohranjanja vrste.<sup>555</sup> Tako se je mogoče sklicevati na ta habitatni razlog le, kadar je stanje populacije volka ugodno in je lov na volkove del uveljavljenega programa upravljanja s populacijo volka.<sup>556</sup>

### **2.3. Drugi test: Odstrel kot edina možnost izpolnitve habitatnih razlogov**

Če državi uspe dokazati, da je izpolnjen kateri izmed habitatnih razlogov, je odstrel ali odvzem iz narave mogoč le, če država ob tem dokaže tudi, da ni nobene druge zadovoljive možnosti, ki dosega isti učinek kot odstrel. Smernice zahtevajo, da mora država oceniti vse možne alternative in jih tudi primerjati s habitatnimi razlogi, ki jih navaja v utemeljitev odstrela. Slovenija je v Obrazložitvi spremembe Pravilnika v letu 2012 navedla zgolj, da ni druge zadovoljive možnosti<sup>557</sup> za zagotovitev večje strpnosti ljudi, preprečevanje škode, večje sprejemljivosti volka

---

<sup>553</sup> Akcijski načrt upravljanja populacije volka v Sloveniji za obdobje 2013–2017 (op. pod črto št. 3), str. 41.

<sup>554</sup> Smernice (op. pod črto št. 19), str. 56.

<sup>555</sup> Prav tam, str. 57.

<sup>556</sup> Trouwborst (op. pod črto št. 6), str. 364.

<sup>557</sup> Obrazložitev Pravilnika 2012 (op. pod črto št. 18).



v slovenski družbi in preprečitev krivolova ter tako posredno zavarovanje vrste. Tako ne samo, da se Slovenija ni sklicevala na ustrezen habitatni razlog (točka (e) prvega odstavka 16. člena oz. peti razlog), ampak tudi ni dokazala, da ne obstajajo alternative odstrelu, ki bi dosegle isti rezultat po tem habitatnem razlogu. Tako za preprečevanje škode, večanje strpnosti med ljudmi kot tudi za preprečevanje krivolova je na voljo vrsto alternativnih metod. Temu so pritrdili tudi raziskovalci z Biotehniške fakultete Univerze v Ljubljani, ki kot alternativne predloge predlagajo npr. boljše varovanje drobnice, prehod na manj konfliktno rabo prostora in primerno upravljanje populacij plenskih vrst, zlasti jelenjadi in srnjadi, ki bo zagotavljala dobre prehranske razmere za volka.<sup>558</sup> Za preprečevanje krivolova pa je prav tako na voljo vrsta ukrepov, kot so nadzor med samimi lovskimi organizacijami in znotraj njih ter učinkovitejše delovanje inšpekcijskih služb, policijskega in sodnega nadzora, ki bi najdene krivce ustrezno preganjali in obsodili, kar bi bilo pomembno in bistveno sporočilo za vse nadaljnje kršitelje storilce kaznivega dejanja nezakonitega lova.

Sodišče Evropske unije je v sodbi *Ligue Royale Belge pour la Protection des Oiseaux ASBL in Société d'Études Ornithologiques AVES ASBL vs. Région Wallonne C-10/96* potrdilo, da mora ocena o tem, da ni nobenih drugih zadovoljivih možnosti, vsebovati tri dele: ugotovitev težave, ki zahteva omejevanje števila vrste, navedbo načinov za odpravo te težave in izvedba ocene, če bi bila težava odpravljena za vsakega od teh alternativnih načinov.<sup>559</sup> Vsi ti trije deli morajo biti jasno navedeni v dokumentu, ki opredeljuje odstrel. Te analize v *Obrazložitvi Pravilnika* ne najdemo.

#### **2.4. Tretji test: Ugodno stanje populacije**

Zadnji test, ki ga mora država opraviti, preden dovoli odstrel po 16. členu Habitatne direktive in 7. členu Uredbe, je, da ta odstrel ali odvzem iz narave ne škoduje vzdrževanju ugodnega stanja ohranjenosti populacij zadevne vrste na njihovem naravnem območju razširjenosti. To pomeni, da je odstop od prepovedi iz 12. člena Habitatne direktive in 5. člena Uredbe možen zgolj kot zadnje sredstvo za zagotovitev varstva živalskih vrst in oseb, določenih v 16. členu Habitatne direktive in 7. členu Uredbe. Ugodno stanje ohranjenosti je stanje, v katerem gre vrsti dovolj dobro tako po kvaliteti kot kvantiteti in ima dobre perspektive za ohranjanje takega stanja tudi v prihodnosti.<sup>560</sup> Definicija ugodnega stanja vrste iz točke (i) 1. člena Habitatne direktive vsebuje bistvene parametre (populacijska dinamika, območje razširjenosti, dovolj velik habitat, dolgoročna viabilnost) za določitev in ocenitev trenutnega in ciljnega stanja ohranjenosti. Ugodno stanje je tako tisto stanje, ko podatki o populacijski dinamiki te vrste kažejo, da »se

---

<sup>558</sup> Za pregled možnih ukrepov glej Rok Černe, Klemen Jerina, Marko Jonozovič, Irena Kavčič, Matija Stergar, Miha Krofelj, Miha Maranče in Hubert Potočnik, *Škode od volkov v Sloveniji, Analiza v okviru projekta Life+ SloWolf, Zavod za gozdove Slovenije in Univerza v Ljubljani, Ljubljana, 2010, str. 51; Pillai in Heptinstal (op. pod črto št. 7), str. 32.*

<sup>559</sup> Sodba Sodišča Evropske unije, *Ligue Royale Belge pour la Protection des Oiseaux ASBL in Société d'Études Ornithologiques AVES ASBL vs. Région Wallonne, C-10/96, z dne 12. 12. 1996, ECR, str. 6775, odstavek 26–27.*

<sup>560</sup> Smernice (op. pod črto št. 19), str. 61.

sama dolgoročno ohranja kot preživetja sposobna sestavina svojih naravnih habitatov, se naravno območje razširjenosti vrste niti ne zmanjšuje niti se v predvidljivi prihodnosti verjetno ne bo zmanjšalo in obstaja in bo verjetno še naprej obstajal dovolj velik habitat za dolgoročno ohranitev njenih populacij«. <sup>561</sup> Pomembno je opozoriti, da ocenitev stanja ohranjenosti ne vsebuje le elementa diagnoze v trenutnih okoliščinah, temveč tudi pomemben element prognoze, temelječe na vplivih. <sup>562</sup> Upoštevajoč zgornje navedbe, se ugodno stanje torej ne more dokazovati zgolj s številom volkov, temveč tudi s strukturo tropov in njihovo sposobnostjo preživetja. Prav tako pa je poročilo, pripravljeno za Svet Evrope o spremembi Priloge II h Konvenciji o varstvu prosto živečega evropskega rastlinstva in živalstva ter njenih naravnih življenjskih prostorov (t. i. Bernska konvencija), <sup>563</sup> potrdilo, da se vprašanje obstoja ugodnega stanja ugotavlja na nacionalni ravni in ne na ravni celotne populacije. Tako velja, da četudi je populacija na območju več držav ugodna, država ne more uveljavljati te izjeme, kadar je populacija na ozemlju te države neugodna. <sup>564</sup>

Volkovi v Sloveniji predstavljajo rob dinarsko-balkanske populacije volka. <sup>565</sup> Iz analize stanja populacij volka v Evropi in Sloveniji izhaja, da je kot živalska vrsta še zmeraj ogrožen. <sup>566</sup> Tako je ne glede na kakovost razpoložljivih podatkov o njegovi številčnosti težko potrditi, da velikost populacije volka v Sloveniji dosega velikost, ki bi zagotavljala viabilnost populacije. Populacija je potencialno dolgoročno viabilna le skupaj z ostalimi deli populacije v dinarsko-balkanski verigi. <sup>567</sup> Kljub temu, da volk ni migracijska vrsta in se zadržuje na ozemlju svojega tropa, vseeno prihaja do migracije individualnih volkov iz držav južno od Slovenije. Prirastek populacije volka se v Sloveniji v zadnjih letih niža, <sup>568</sup> ob upoštevanju odstrela in zaznanih izgub volkov pa lahko ugotovimo, da je slovenski del dinarsko-balkanske populacije močno odvisen od priseljevanja volkov iz sosednjih območij. <sup>569</sup> Ob tem je treba upoštevati še, da imajo štirje tropi volkov v Sloveniji (od desetih) svoj teritorij tudi na Hrvaškem. <sup>570</sup> Za ohranitev teh tropov in celotne populacije volkov v Sloveniji je tako bistveno zagotavljanje stikov osebkov s preostalimi

---

<sup>561</sup> 1. člen Habitatne direktive.

<sup>562</sup> Smernice (op. pod črto št. 19), str. 61.

<sup>563</sup> Claire Shine, Legal report on the possible need to amend Appendix II of the Convention for the wolf, Sanding Committee, 25<sup>th</sup> Meeting, Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats, T-PVS/Inf (2005) 18, Strassbourg (2005).

<sup>564</sup> Prav tam, str. 11.

<sup>565</sup> Obrazložitev Pravilnika 2012 (op. pod črto št. 18); Smernice za velike zveri (op. pod črto št. 21), str. 48.

<sup>566</sup> Strategija ohranjanja volka (*Canis lupus*) v Sloveniji in trajnostnega upravljanja z njim, 2009 (op. pod črto št. 13), str. 18.

<sup>567</sup> Prav tam, str. 18.

<sup>568</sup> Prirast populacije je bil v letu 2010 največ 4 osebke, v letu 2011 največ 5 osebkov, v letu 2012 pa največ 3 osebke. Obrazložitev Pravilnika 2013 (op. pod črto št. 17).

<sup>569</sup> Isto.

<sup>570</sup> Isto.

deli dinarsko-balkanske populacije.<sup>571</sup> Akcijski načrt za upravljanje populacije volka (*Canis lupus*) v Sloveniji za obdobje 2013–2017 tudi ugotavlja, da se je velikost tropov vsaj na nekaterih območjih v Sloveniji v zadnjih letih zmanjšala.<sup>572</sup> Smernice za velike zveri celo priporočajo, da v primeru vrst, katerih populacija zavzema območje več držav, države nimajo obveznosti zagotoviti ugodnega stanja populacije le na nacionalni ravni, vendar se morajo v zvezi z ohranjanjem te populacije z vsemi državami, na ozemlju katerih se nahaja ta populacija, skupaj dogovoriti za ohranjanje ugodnega stanja populacije v regiji.<sup>573</sup> To pomeni, da odločanje o odstrelu volkov na ozemlju Slovenije ni mogoče brez predhodnega načrta držav v regiji o upravljanju z volkovi na podlagi ugotovitve, da je stanje populacije v regiji ugodno.

Sodišče Evropske unije je v že omenjeni sodbi zoper Finsko zatrdilo, da je število 50 posameznih živali, ki so se sposobne razmnoževati, meja, pod katero obstaja kritična nevarnost izumrtja populacije.<sup>574</sup> V relevantnem času, ki ga obravnava sodba, je bila populacija volkov na Finskem ocenjena na 200 živali. Podatkov o številu volkov, sposobnih razmnoževanja, ki predstavljajo kritično mejo nevarnosti izumrtja, za Slovenijo nimamo. Vendar ker je sama populacija volkov v Sloveniji manjša od 50 (ocenjena na 32–43 volkov<sup>575</sup>), lahko sklepamo, da je število volkov v Sloveniji že blizu te kritične meje. To potrjuje tudi zgoraj omenjeno dejstvo, da je sam obstoj volka v Sloveniji povezan z migracijo volkov iz sosednjih držav. V tej sodbi je sodišče tudi potrdilo, da je v izjemnih primerih mogoče dovoliti poseg, če ta ne bo negativno vplival na sicer neugodno stanje populacije, če sta izpolnjena ostala dva pogoja, t. j. kateri od habitatnih razlogov in neobstoj drugih ustreznih načinov varstva. To pomeni, da so »odstopanja izjemoma mogoča, če se ustrezno ugotovi, da ne bi poslabšala neugodnega stanja ohranjenosti ali preprečevala obnovitev ugodnega stanja ohranjenosti omenjenih populacij«. <sup>576</sup> Vendar je ta odstop mogoč samo, kadar je končni cilj in upravljanje ugodnega stanja populacije določeno z jasnimi in dobro razvitimi okvirji ohranjanja vrste, ki vsebujejo ustrezna, učinkovita in preverljiva merila.<sup>577</sup> Pri tem je temelj odločanja obstoj utemeljenih akcijskih načrtov za

---

<sup>571</sup> Strategija ohranjanja volka (*Canis lupus*) v Sloveniji in trajnostnega upravljanja z njim, 2009 (op. pod črto št. 13), str. 21.

<sup>572</sup> Akcijski načrt za upravljanje populacije volka (*Canis lupus*) v Sloveniji za obdobje 2013–2017 (op. pod črto št. 3), str. 34.

<sup>573</sup> Smernice za velike zveri (op. pod črto št. 21), str. 26; Evropska komisija, Generalni direktorat za okolje, Note to the Guidelines for Population Level Management Plans for Large Carnivores (op. pod črto št. 22), str. 1.

<sup>574</sup> Sodba Sodišča Evropske unije, Komisija Evropskih skupnosti vs. Finska, C-342/05 (op. pod črto št. 25), odstavek 26.

<sup>575</sup> A. Majič Skrbinšek, *Wolfs – Slovenia*, v: Petra Kaczensky, Guillaume Chapron, Manuela von Arx, Djuro Huber, Henrik Andrén in John Linnell (ur.), *Status, management and distribution of large carnivores – bear, lynx, wolf & wolverine – in Europe*, poročilo za Evropsko komisijo, marec 2013 (pogodba N°070307/2012/629085/SER/B3); *Obrazložitev Pravilnika 2013* (op. pod črto št. 17).

<sup>576</sup> Sodba Sodišča Evropske unije, Komisija Evropskih skupnosti vs. Finska, C-342/05 (op. pod črto št. 25), odstavek 29.

<sup>577</sup> Smernice (op. pod črto št. 19), str. 62.

upravljanje z vrsto.<sup>578</sup> Enako mnenje izkazujejo tudi Smernice za velike zveri, ki omogočajo odstop od zahteve po ugodnem stanju populacije le v primeru obstoja podrobnega načrta za ohranjanje in upravljanje, ki bistveno ne vpliva na ugodni status populacije na čezmejni ravni.<sup>579</sup> Vendar pa je treba poudariti, da niti Sodišče Evropske unije niti Smernice za velike zveri ne opredeljujejo, ali mora biti v takem primeru cilj akcijskega programa ugodno stanje na ravni celotne populacije (čezmejne populacije) ali ugodno stanje na nacionalni ravni.<sup>580</sup> Ob natančni preučitvi sodbe sodišča, Smernic za velike zveri in namena Habitatne direktive je smiselno, da se ta izjema uporablja v primerih, ko je stanje volkov na nacionalni ravni neugodno, vendar je na ravni celotne čezmejne populacije stanje ugodno in so na regionalni ravni sprejeti načrti, ki določajo upravljanje z volkovi. Slovenija z državami južno od nje, kjer se nahaja dinarsko-balkanska populacija volka, nima sklenjenega nobenega akcijskega načrta za upravljanje s populacijo volka,<sup>581</sup> zato se ne more sklicevati na to izjemo od izjeme. Tudi Mednarodna zveza za ohranjanje narave in naravnih virov (International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources – IUCN) priznava, da je, čeprav lahko populacijo volka v dinarsko-balkanski regiji štejemo za manj ogroženo,<sup>582</sup> populacija volka na območju Slovenije podrejena pretiranim človeškim pritiskom in bi bilo treba pripraviti *ad hoc* načrte upravljanja za njeno ohranitev.<sup>583</sup> Tako lahko zaključimo, da volk v Sloveniji ni v ugodnem stanju, saj se brez priseljevanja volkov iz sosednjih držav sam ne more dolgoročno ohranjati. Prav tako pa se Slovenija tudi ne more sklicevati na izjemo, ki dovoljuje odstrel v primeru neugodnega stanja, saj nima sprejetih dogovorov z državami dinarsko-balkanske regije o upravljanju z volkovi na regionalni ravni.

### 3. Normativna ureditev varstva volka v slovenskem pravnem redu

Že predstavljeni Pravilnik o odstrelu je bil sprejet na podlagi spremembe Uredbe iz leta 2008. In sicer potem ko je zelo podobno uredbeno določilo in pravilnik iz leta 2005<sup>584</sup> Ustavno sodišče

---

<sup>578</sup> Trouwborst (op. pod črto št. 6), str. 360.

<sup>579</sup> Smernice za velike zveri (op. pod črto št. 21), str. 31.

<sup>580</sup> Trouwborst (op. pod črto 6), str. 361; Pillai in Heptinstal (op. pod črto št. 7), str. 32.

<sup>581</sup> Akcijski načrt za upravljanje populacije volka (*Canis lupus*) v Sloveniji za obdobje 2013–2017 (op. pod črto št. 3), str. 51.

<sup>582</sup> Po ocenah IUCN je populacija v dinarsko-balkanski regiji v ugodnem stanju in šteje okoli 5.000 živali ter ima IUCN oznako LC – »Least Concern«, kar se smatra za najnižjo stopnjo nevarnosti za potencialno izumrtje živalske vrste.

<sup>583</sup> The IUCN Red List of Threatened Species, *Canis lupus*, Regional Assessment, International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources, <http://www.iucnredlist.org/details/3746/1> (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).

<sup>584</sup> Uredba o zavarovanih prosto živečih živalskih vrstah (Ur. l. RS, št. 84/2005).

z odločbo št. U-I-386/06 z dne 13. 3. 2008 razveljavilo zaradi njunega sprejetja na podlagi neustavnega zakona, ki ni urejal sodelovanja javnosti v postopku priprave podzakonskih aktov.

7. a člen Uredbe, ki ureja »selektiven in omejen odvzem živali iz narave zaradi uravnavanje velikosti populacije z okoljem, pod strogo nadzorovanimi pogoji in v omejenem številu«, se v prvem odstavku glasi: »Odvzem živali, razen ptic iz narave iz šeste alineje prvega odstavka prejšnjega člena, se lahko izvede tudi na podlagi predpisa ministra, s katerim se določi obseg selektivnega in omejenega odvzema živali iz narave, ki se izvede z načrtovano usmrtnitvijo (odstrelom) na podlagi strokovnega mnenja iz 8. člena te uredbe. Če je za zagotavljanje ugodnega stanja živalskih vrst sprejeta strategija, akcijski načrt ali drug programski akt, mora biti predpis v skladu s tem aktom«.

Ta člen je tako pravna podlaga Pravilniku za odstrel, po katerem se od leta 2009 odstrel volkov, ki se je prej vršil na podlagi individualnih odločb, izvaja zgolj na podlagi tega pravilnika. Ker se vsako leto ob njegovi spremembi na novo določa letna kvota odstrela in razporeditev odstrela po lovsko upravljavskih območjih (LUO), Pravilnik o odstrelu že vse od svoje uveljavitve razburja zainteresirano javnost (predvsem naravovarstvenike oziroma nevladne organizacije, ki želijo tovrsten odstrel preprečiti ali vsaj omejiti).<sup>585</sup>

Od leta 2009 do danes je bil s Pravilnikom predviden naslednji obseg odstrela volka:

Regija/število za odstrel	2012	2011	2010	2009
Kočevsko- belokranjsko LUO in Novomeško LUO skupaj	2	4	5	3
Notranjsko LUO	2	4	*	3
Zahodno visoko kraško LUO	1	1	7*	1
Primorsko LUO	3	3	*	3
Skupno število volkov	8	12	12	10

\* Odstrel 7 volkov je bil predviden v vseh treh lovsko upravljavskih območjih (LUO) skupaj.

Konec septembra 2013 je pristojno ministrstvo kot vsako leto doslej objavilo predlog sprememb pravilnika.<sup>586</sup> Objavljeni osnutek, ki je v javni razpravi do 4. novembra, letos prvič po letu 2009 ne predvideva odstrela volkov.

<sup>585</sup> Pri tem ni odveč poudariti, da sama Uredba v 7.a členu predvideva, da se odvzem »lahko izvede na podlagi predpisa ministra«, ter določa, da se s predpisom med drugim določita »način določitve obsega odvzema živali iz narave in podrobnejši način odvzema živali iz narave« (poudarki avtorice), kar nakazuje, da Uredba ni imela v mislih določitve dovoljene kvote odstrela na abstraktni ravni.

<sup>586</sup>Obrazložitev Pravilnika 2013 (op. pod črto št. 17).

Vendar pa je Zavod za gozdove, ki je pristojni organ za izdajo strokovnega mnenja, predlagal odstrel šestih volkov.<sup>587</sup> Zavod za varstvo narave je v svojem pisnem stališču<sup>588</sup> odstrelu sicer nasprotoval, a je svoje nasprotovanje utemeljil zlasti na presoji, da stanje vrste *Canis lupus* v Sloveniji ni ugodno. Obema zavodoma pa je skupno stališče, da razlog »večje družbene sprejemljivosti« med posameznimi interesnimi skupinami omogoča odstrel volka na podlagi pravilnika.

### **3.1. O zakonski podlagi za odstrel na podlagi pravilnika**

Navedli smo že, da Habitatna direktiva državam ob izpolnjevanju strogo določenih pogojev omogoča, da uveljavijo izjemo od strogega varstva prednostne vrste. Slovenija je to možnost implementirala v svojem notranjem pravu in zato mora poleg prava EU vsekakor spoštovati tudi zahteve domačega pravnega reda. Podzakonski akti, ki urejajo odstrel, morajo biti torej skladni z relevantnimi ustavnopravnimi in zakonskimi izhodišči.

#### **3.1.1. Zakonska podlaga**

Zakon o ohranjanju narave (v nadaljevanju ZON)<sup>589</sup> za namene varstva vseh prosto živečih živalskih vrst predpisuje splošni režim pravnega varstva.<sup>590</sup> Za ogrožene živalske vrste oziroma osebkke ogroženih živalskih vrst pa zakon poleg ali namesto splošnega režima vzpostavlja še dodaten oziroma poseben režim varstva.<sup>591</sup>

Zakon določa, da so živali pod posebnim varstvom države. Že iz splošnega varstva živali prosto živečih vrst izhaja načelna prepoved, da bi se prosto živeča žival namerno, brez opravičljivega razloga ubila, poškodovala, odvzela iz narave ali vznemirjala.<sup>592</sup> Poseg v prosto živečo žival, kakor s skupno besedo v nadaljevanju označujemo ubitje, poškodovanje, odvzem iz narave ali vznemirjanje prosto živeče živali, je po zakonu torej praviloma prepovedan. Zakon sicer pozna določene izjeme od prepovedi poseganja, vendar pa se, ker gre za izjeme, pri presoji, ali so zakonski pogoji za odstop od splošnega pravila izpolnjeni, zahteva restriktivna razlaga. Ob dvomu, ali so zakonski pogoji za uveljavitev izjeme izpolnjeni ali ne, je zato treba šteti, da ti pogoji niso izpolnjeni.

---

<sup>587</sup> Strokovno mnenje ZGS za odstrel velikih zveri za obdobje od 1. 10. 2013 do 30. 9. 2014, [http://www.mko.gov.si/fileadmin/mko.gov.si/pageuploads/podrocja/velike\\_zveri/odstrel\\_velikih\\_zveri\\_mnenje\\_zg\\_okt13\\_sep14.pdf](http://www.mko.gov.si/fileadmin/mko.gov.si/pageuploads/podrocja/velike_zveri/odstrel_velikih_zveri_mnenje_zg_okt13_sep14.pdf) (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).

<sup>588</sup> Pisno stališče o posegu v populacijo rjavega medveda (*Ursus arctos*), volka (*Canis lupus*) in risa (*Lynx lynx*), ZRSVN, 13. 9. 2013.

<sup>589</sup> Zakon o ohranjanju narave (ZON, Ur. l. RS, št. 96/2004-UPB2 in nasl.).

<sup>590</sup> Glej člene od 12 do 28 ZON.

<sup>591</sup> Glej točko 3.5., člani od 80 do 83 ZON.

<sup>592</sup> Tako tretji odstavek 14. člena ZON.

Da je poseg v prosto živečo žival opravičljiv, morata biti po ZON hkrati izpolnjena dva pogoja, in sicer da »ima dejanje koristno posledico in je družbeno sprejemljivo«.<sup>593</sup> Ne glede na omenjeno določbo pa je »poseg v prosto živečo žival« dovoljen v primerih:

1. lova lovnih vrst v skladu s predpisi, ki urejajo lov (enako velja za ribolov), ali
2. »posegov«, do katerih pride pri opravljanju kmetijske in gozdarske dejavnosti v skladu s predpisi, ki urejajo kmetijstvo in gozdarstvo (beri nenamerne poškodbe, vznemirjanja ali ubitja živali pri izvajanju omenjene dejavnosti), ali
3. odvzemov za namene, dovoljene z zakonom.

Prva izjema (dopustnost lova) za volka ne pride v poštev, saj se volk po Zakonu o divjadi in lovstvu (ZDLov-1)<sup>594</sup> v povezavi z Uredbo o določitvi divjadi in lovnih dob ne umešča med divjad – vrsto, ki bi jo bilo dopustno loviti.<sup>595</sup> Še več, lov na volka kot osebka ogrožene in zavarovane vrste je po izrecni zakonski določbi tretjega odstavka 81. člena ZON prepovedan.<sup>596</sup> Pravni režim zavarovanih vrst tako ravno v izrecni prepovedi lova že na zakonski ravni jasno odstopa od splošnega pravnega režima varstva prosto živeče živalske vrste. Obenem pa ZON v 81. členu od Vlade zahteva, da poleg oziroma namesto ukrepov splošnega varstva za ogrožene živalske vrste sprejme tudi »akt o njihovem zavarovanju, določi ukrepe varstva njihovih habitatov, predpiše pravila ravnanja in poseben varstveni režim«. V zvezi z varstvenim režimom, ki ga je vlada dolžna oziroma upravičena sprejeti, zakon pravi, da se z njim določijo zlasti: »pravila varstva za mrtve in žive živali v vseh razvojnih oblikah živali (jajca, ličinke, bube, mladiči in odrasle živali), za dele mrtvih živali ali izdelke iz živali«. Ta pravila se nanašajo »zlasti na omejitve in prepovedi ubijanja, lova ali vznemirjanja živali, zlasti v tistih obdobjih življenja, ki so pomembna za preživetje, omejitve in prepovedi trgovine z živalmi in njihovimi deli ter izdelki iz njih in prepovedane načine prevoza«.

### **3.1.2. Argumenti o pomanjkanju zahtevane zakonske podlage in o neizpolnjevanju zakonskih pogojev za odstrel na podlagi Pravilnika o odstrelu**

Razlaga zgoraj opisanih na prvi pogled enostavnih in jasnih zakonskih določil odpira kar nekaj dilem, pomembnih pri obravnavi vprašanja obstoja ustrezne zakonske podlage in izpolnjevanja zakonskih pogojev za odstrel volkov. Zaradi lažjega razumevanja argumentov, s katerimi utemeljujemo pomanjkanje zakonske podlage za odstrel, ki se vrši zgolj na podlagi Pravilnika (brez individualne odločbe), le-te najprej naštevamo, obrazložili pa jih bomo v nadaljevanju. Argumenti so torej naslednji:

- Odvzem z odstrelom po zakonu že pojmovno ni mogoč.
- Zakon Vlado RS pooblašča, da s predpisom uredi varstveni režim zavarovanih vrst, pri čemer zakonska določila omejujejo namen in obseg tega pooblastila.

<sup>593</sup> Glej šesti odstavek 14. člena ZON.

<sup>594</sup> Zakon o divjadi in lovstvu (ZDLov-1, Ur. l. RS, št. 16/2004 in nasl.).

<sup>595</sup> Glej prvi odstavek 2. člena ter 38. člen ZDLov-1 in samo Uredbo.

<sup>596</sup> Ta določa, da se živali zavarovanih vrst »ne lovijo ne glede na uvrstitev vrst med lovne ali ribolovne v skladu z zakonom«.

- Če upoštevamo zakonska izhodišča in zakonski temelj uredbe, odstrela, ki se vrši zgolj na podlagi Pravilnika, ni mogoče utemeljiti kot ukrepa varstva zavarovane vrste.
- Razlikovanja med lovom in »odvzemom z odstrelom« ni mogoče utemeljiti le na formalni ravni oziroma zgolj z drugače opredeljenim namenom, opisanim v pravnem aktu.
- Vprašljivo je, ali je res izkazan zakonski pogoj družbene sprejemljivosti, ki mora biti podan za opravičljivost odstrela.
- Odstrel na podlagi Pravilnika, kot se vrši v praksi, ne ustreza kriteriju selektivnosti odvzema pod strogo nadzorovanimi pogoji.
  - Ker je poseganje v prosto živeče živali le izjemoma dopustno, se zahteva ozka razlaga razlogov, ki poseg opravičujejo, zaradi česar posega v primeru dvoma o njegovi dopustnosti (dvoma o izpolnjevanju zakonskih pogojev) ne smemo dovoliti.

Podrobnejša obrazložitev po posameznih razlogih:

Odvzem z odstrelom po zakonu že pojmovno ni mogoč

Iz tretjega odstavka 14. člena ZON izhaja, da zakon razlikuje štiri vrste dejanj, s katerimi se posega v prosto živečo žival: ubitje živali, poškodovanje živali, odvzem iz narave in vznemirjanje živali. Od omenjenih pojmov ZON opredeljuje le odvzem iz narave, in sicer kot »odvzem žive ali mrtve živali iz habitata« (torej iz življenjskega prostora). Iz pojmov, ki jih zakon uporablja, tako izhaja, da zakon razlikuje med ubitjem živali (z odstrelom ali na drug način) in odvzemom mrtve (že ubite) ali žive živali iz narave. Odvzem z odstrelom torej po zakonu že pojmovno ni mogoč, kajti odstrel predstavlja ubitje živali, ubita žival pa se lahko v nadaljevanju iz narave bodisi odvzame bodisi pusti v naravi. Navedenemu med opredelitvami pojmov sledi celo sam Pravilnik o odstreli, ki odstrel opredeljuje kot »usmrnitev v skladu s predpisi s področja divjadi in lovstva«, medtem ko za odvzem izrecno pravi, da »sledi odstreli, ujetju, povozu ali drugi izgubi osebka«.<sup>597</sup>

Pooblastilo za ureditev varstvenega režima zavarovanih vrst ima po zakonu Vlada RS, ki mora upoštevati, da zakonske določbe omejujejo njeno diskrecijo (upoštevati mora namen in obseg podeljenega pooblastila)

V petem odstavku 14. člena ZON določa posege v živali, ki so vedno dopustni. V primeru zakonitega lova ali ribolova, opravljanja kmetijske in gozdarske dejavnosti in odvzemov iz narave za namene, ki so po zakonu izrecno dopustni, je presojo opravičljivosti posega v žival na abstraktni ravni torej opravil že zakonodajalec. V ostalih primerih je poseg po zakonu dopusten le ob obstoju opravičljivega razloga; zakon pa kot okvir, ki ga je treba upoštevati pri ocenjevanju opravičljivosti posega, določa, da mora imeti dejanje posega koristno posledico, hkrati mora biti to dejanje tudi družbeno sprejemljivo.<sup>598</sup> Po splošnem režimu varstva živali je njen odstrel v primeru družbene sprejemljivosti in (vsaj ene) koristne posledice torej dopusten.

<sup>597</sup> Tako 3. člen Pravilnika.

<sup>598</sup> Tako 6. odstavek 14. člena ZON.



Kljub načelni dopustnosti, ki izhaja iz splošnega varstva prosto živečih živali, mora podzakonsko urejanje odstrela zavarovanih vrst slediti zakonskim okvirjem, ki opredeljujejo namen in obseg diskrecijskega pooblastila za urejanje varstvenega režima zavarovanih vrst, obenem pa je treba imeti pred očmi tudi dejstvo, da je lov zavarovanih vrst z zakonom izrecno prepovedan (več v nadaljevanju).

V nadaljevanju najprej odgovarjamo na vprašanje, ali je (upoštevajoč zakonski okvir) presojo opravičljivosti odstrela dopustno opraviti zgolj na abstraktni ravni – torej v postopku sprejemanja pravilnika kot podzakonskega akta.

Minister lahko pravilnik, potreben za izvrševanje zakona, sprejme le ob upoštevanju načela legalitete, kadar oceni, da je izdaja pravilnika potrebna za izvrševanje namena zakona. To pomeni, da mora iz vsebine, obsega in namena zakonske določbe dovolj jasno izhajati, da je pravilnik za izvrševanje zakonske določbe potreben, sprejet pa mora biti v zakonsko dopustnih okvirih. Zato v zakonu seveda tudi ne sme biti ovir, kot je npr. pooblastilo drugemu organu ali organizaciji, ki bi ministru preprečevalo, da uredi določeno vprašanje. ZON<sup>599</sup> kot organ, pristojen za sprejetje predpisa o varstvenih ukrepih, določa Vlado RS. Vlada RS je torej tista, ki je po zakonu hkrati upravičena in dolžna s predpisom urediti vsa vprašanja varstvenega režima zavarovane vrste na splošni in abstraktni ravni. Vlada te svoje zakonske dolžnosti ne sme prenesti na ministrstvo.

#### Odstrel na podlagi pravilnika kot ukrep varstva zavarovane vrste?

Vlada je po 26. in 81. členu ZON upravičena sprejeti varstvene ukrepe – torej ukrepe, ki so namenjeni varstvu posamezne vrste. Pri opredeljevanju teh ukrepov Vlada nima popolne diskrecije, temveč je vezana na zakonska izhodišča.

Če izhajamo iz zakonskih določb, ki uokvirjajo diskrecijo Vlade pri predpisovanju ukrepov varstva, je odvzem z odstrelom težko, če ne nemogoče, utemeljiti kot varstveni ukrep. Ukrepi varstva vrste se po zakonu namreč nanašajo zlasti na »omejitve in prepovedi ubijanja«. Poleg navedenega – izrecno opredeljenega zakonskega okvira, ki omejuje podzakonsko diskrecijo pri določanju varstvenih ukrepov, pa tudi iz systemske razlage zakonskih določb izhaja, da je smisel in namen ukrepov zavarovanja živalske vrste v tem, da se za ubitje posamezne živali zavarovanih vrst določijo strožji pogoji kot veljajo sicer – po režimu splošnega varstva. Splošno dovoljevanje odstrela določene kvote živali, ki sicer velja za nelovno vrsto, pa je prav nasprotno, ukrep, ki pomeni olajševanja ubitja določenega števila nelovnih živali, ki ga sicer, razen v primeru konkretno opravičljivih okoliščin posameznega primera, ne bi bilo dopustno izvesti.

#### Res obstaja razlika med lovom in odstrelom na podlagi pravilnika?

Za razlago zakonskih izhodišč je ključno tudi dejstvo, da je lov na zavarovane vrste po zakonu izrecno prepovedan.<sup>600</sup> Glede na jasno zakonsko prepoved – zgolj z drugačnim poimenovanjem nekega ravnanja – s podzakonskim aktom ni dovoljeno prikrito dovoliti nekaj, kar je po zakonu sicer izrecno prepovedano. Razlikovanje med lovom in odstrelom ne sme biti zgolj formalno in umetno ustvarjeno zato, da se zaobide zakonska prepoved, temveč mora med lovom in odstrelom obstajati tudi neko vsebinsko relevantno razlikovanje. Razlikovanje med lovom in odstrelom na

---

<sup>599</sup> Glej 26. in 81. člen ZON.

<sup>600</sup> Tako tretji odstavek 81. člena ZON.

podlagi pravilnika torej ne sme biti zgolj v drugačni formalni opredelitvi namena posega v žival v pravilniku, temveč mora izhajati iz dejanskih, pravno relevantnih okoliščin.

Kot rečeno, razlagi, da odvzem z odstrelom po zakonu pojmovno ni mogoč, uvodoma sledi celo sam Pravilnik. Ne glede na navedeno pa Pravilnik v nadaljevanju govori o »odvzemu osebkov iz narave zaradi uravnavanja velikosti populacije, ki se izvede z načrtovanim odstrelom«. Pri tem pa odstrel opredeljuje kot »usmrtitev v skladu s predpisi s področja divjadi in lovstva« in jasno določa, da odvzem živali iz narave z odstrelom »izvajajo upravljavci lovišč na način lova«. <sup>601</sup> Pri odvzemu z odstrelom gre po Pravilniku torej za iste subjekte in za enak način izvajanja usmrtitve kot pri lovu. Zato je očitno, da je treba razlikovanje med lovom in odstrelom kot varstvenim ukrepom utemeljiti še z drugimi pravno relevantnimi elementi in ne zgolj z drugače opredeljenim (zapisanim) namenom ravnanj, ki so sicer po vseh svojih bistvenih značilnostih enaka lovu.

Iz utemeljevanja dopustnih razlogov odstrela v strokovnih mnenjih obeh zavodov je razvidno, da se odstrel na podlagi Pravilnika utemeljuje z argumentacijo, da se zaradi odstrela povečuje družbena sprejemljivost volčje populacije znotraj posameznih interesnih skupin. Odstrel, ki se izvaja na podlagi Pravilnika, torej ni potreben iz razlogov varovanja naravnega ravnovesja med volčjo populacijo in drugimi živalskimi vrstami ali volčjo populacijo in rastlinskimi vrstami ali iz razloga ohranjanja ravnovesja znotraj same volčje populacije. Strokovno mnenje Zavoda za gozdove govori o povečanju tolerance »znotraj nekaterih interesnih skupin«, pri čemer teh skupin ne opredeljuje, temveč se sklicuje na akcijski načrt. <sup>602</sup> Zavod za varstvo narave se strinja, da je »pri nosilni kapaciteti okolja potrebno spoštovati tudi družbeni vidik, ki določa toleranco ljudi do volka. Družbena nosilna kapaciteta okolja je lahko bistveno nižja od biološke.« Navaja, da ima večina prebivalcev, tako tistih, ki živijo na območju stalne prisotnosti volka, kot tistih izven tega območja, »pozitiven odnos do volka in so enotnega mnenja, da je vrsto potrebno ohraniti tudi za naslednje generacije«. V nadaljevanju pa mnenje Zavoda za varstvo narave poudarja le še odnos lovcev (torej zgolj ene interesne skupine), ko navaja, da »bi popolna zaščita in varovanje osebkov v populaciji lahko negativno vplivala na varstvo volka zaradi povečanja krivolova. Tozadavne raziskave pri volku kažejo, da je za zmanjšanje krivolova odločilna možnost legalnega odstrela. Sama višina odstrela na krivolov nima vpliva. Smiselno je, da se dovoljuje nek minimalen odvzem iz narave z odstrelom.« Pri taki argumentaciji o zmanjšanju krivolova, torej večji družbeni sprejemljivosti volka znotraj interesne skupine lovcev v primerih, ko lovcem dopustimo določeno raven odstrela, se ni mogoče znebiti občutka, da se pod krinko odstrela oziroma »odvzema z odstrelom« iz narave skriva lov, torej dejanje, ki je z zakonom izrecno prepovedano in je v 342. členu <sup>603</sup> Kazenskega zakonika (KZ-1) celo opredeljeno kot kaznivo dejanje. <sup>604</sup> Način ureditve in utemeljitve izjeme s predlagano spremembo Pravilnika o odstrelu pa lahko v luči zakonske prepovedi lova razumemo kot nezakonito podzakonsko dovoljevanje

---

<sup>601</sup> Drugi odstavek 10. člena Pravilnika.

<sup>602</sup> Strokovno mnenje za odstrel velikih zveri za obdobje 1. 10. 2013–30. 9. 2014, ZGS (op. pod črto št. 68), str. 33.

<sup>603</sup> Lov v nasprotju s predpisi o divjadi in lovstvu (torej tudi lov nelovnih vrst) je kaznivo dejanje.

<sup>604</sup> 342. člen KZ-1: »Kdor brez dovoljenja ali sicer neupravičeno lovi in ubije ali rani divjjo žival ali jo ujame živo, se kaznuje z denarno kaznijo ali zaporom do šestih mesecev.« Kazenski zakonik (KZ-1, Ur. l. RS, št. 55/2008 in nasl).

številčno omejenega lova na volka.<sup>605</sup> Ne nazadnje pa so pri presojanju razlikovanja med »odvzemom z odstrelom« in lovom pomembni tudi zgodovinski razlogi – dejstvo, da se je volk po Zakonu o varstvu, gojitvi in lovu divjadi ter o upravljanju lovišč (ZVGLD), ki je veljal, preden je Slovenija postala polnopravna članica EU, v 10. členu izrecno umeščal med divjad – torej prosto živeče živali, ki so lahko predmet lova.

Če stroka (oba zavoda) torej meni, da obstaja potreba po tolerantnosti oziroma družbeni sprejemljivosti volka, pri čemer se interesna skupina lovcev očitno presoja kot ključna interesna skupina, pri kateri je treba doseči družbeno sprejemljivost te živalske vrste, je treba ustrezno spremeniti pravno podlago.<sup>606</sup>

#### Zakonski pogoj družbene sprejemljivosti kot obvezne sestavine opravičljivosti odstrela

Tudi če odmislimo zakonsko prepoved lova oziroma vprašanje dovoljevanja odstrela s splošnim pravnim aktom, se v zvezi z utemeljevanjem razlogov za odstrel poraja dvom o izpolnjenosti enega izmed dveh kumulativno določenih zakonskih pogojev za opravičljivost posega. Če sledimo stališču strokovnjakov, da se obseg nezakonitega lova zmanjša ob uvedbi zakonitega lova,<sup>607</sup> lahko presodimo, da je zakonski pogoj koristnosti odstrela izpolnjen. Vendar pa mora biti hkrati izpolnjen tudi pogoj družbene sprejemljivosti odstrela.

Družbena sprejemljivost, čeprav nedoločen pravni pojem, praviloma ne pomeni sprejemljivosti znotraj vseh interesnih skupin. Obenem pa je stopnjo splošne družbene sprejemljivosti težko utemeljiti zgolj na podlagi sprejemljivosti za eno ali dve specifični interesni skupini ljudi (lovce in rejce drobnice). Pri tem pa je treba upoštevati tudi, da »postaja za širšo javnost ubijanje karizmatičnih živali, kot so velike zveri, vse manj sprejemljivo«.<sup>608</sup>

#### Odstrel na podlagi pravilnika kot strogo nadzorovan selektiven odstrel z namenom uravnavanja populacije?

Strinjamo se lahko, da je odstrel na podlagi pravilnika omejen, saj ta jasno določa dopustno kvoto odstrela. Vendar tako po Habitatni direktivi kot po sami Uredbi ne zadošča zgolj številčna omejenost odvzema, temveč mora biti odzvem tudi selektiven in izveden pod strogo nadzorovanimi pogoji.

Pri odstrelu volka na način, da se volk odstrelji, ko oziroma če pride pred puško lovca ob siceršnjem lovu na druge živali, težko govorimo o strogo nadzorovanem odvzemu. Takšen odstrel se glede živali, ki se odstrelji, ne vrši na podlagi nikakršnega izbirnega<sup>609</sup> (odbiralnega)

---

<sup>605</sup> Akcijski načrt na strani 37 (točka 3.1.1.2.1.) celo izrecno govori o lovskih trofejah: »Ker je volk med lovci pogosto tudi zaželena trofeja, je verjetno, da se z zakonitim omejenim poseganjem v populacijo v ožjih delih javnosti tej vrsti pripiše dodatna vrednost.« Akcijski načrt za upravljanje populacije volka (*Canis lupus*) v Sloveniji za obdobje 2013–2017 (op. pod črto št. 3).

<sup>606</sup> Uredba predvideva, da se s pravilnikom uredi le razlog (izjema) selektivnega in omejenega odvzema, ne pa torej tudi drugih dopustnih razlogov za odzvem iz 7. člena Uredbe ali Habitatne direktive.

<sup>607</sup> Akcijski načrt za upravljanje populacije volka (*Canis lupus*) v Sloveniji za obdobje 2013–2017 (op. pod črto št. 3), str. 37.

<sup>608</sup> Isto.

<sup>609</sup> IZ SSKJ: selektiven -vna -o prid. (i) izbiren, odbiralen: selektivni kriteriji; selektivno gojenje rastlin, živali / selektivni postopek selekcijski / publ. selektivna razvojna politika; ta šola je zelo selektivna ♦ gozd. selektivno redčenje redčenje, sekanje dreves, ki ovirajo rast določenih dreves selektivno prisl.: selektivno redčiti gozd.

kriterija niti pod nadzorovanimi pogoji, temveč se vrši naključno. Ker se volka ne zasleduje ali vabi in se trop, ki mu pripada posamezen osebek, predhodno ne opazuje v izogib odstrela alfa samca ali samice in ker je tudi časovni moment, ko mora do odstrela priti, prekratek za oceno osebkna na mestu odstrela, so lahko posledice tovrstnega odstrela neselektivne in pogosto slabo vplivajo na funkcioniranje tropa ali povzročijo razpad tropa na določenem območju.<sup>610</sup>

#### V primeru dvoma v korist zavarovane vrste

Ob navedenem ni mogoče mimo dejstva, da gre pri kakršnem koli odvzemu živali iz narave za izjemo od splošnega pravila, ki posege v zavarovane živali prepoveduje. Upoštevati je treba tudi, da je namen varstvenih ukrepov zavarovanih vrst ravno v tem, da se za zavarovane živali zagotovi režim varstva, ki je glede posegov v posamezne živali strožji od splošnega režima varstva, pri čemer je lov na te živali z zakonom izrecno prepovedan.

Zaradi navedenih razlogov, ki zahtevajo ozko razlago pravne dopustnosti odstrela, za zahtevo po opustitvi odstrela na podlagi pravilnika zadošča dvom, da takšen način odstrela izpolnjuje zakonske zahteve poseganja v žival zavarovane vrste. V dvomu, ali je tovrsten odstrel dopusten, je torej treba šteti, da ni dopusten. To velja toliko bolj, če upoštevamo, da je skladno z zahtevami Habitatne direktive in z direktivo skladne razlage nacionalnega prava država članica tista, ki je dolžna izkazati utemeljenost odstopanja od strogega varstva zavarovane vrste, zaradi česar mora Slovenija v postopku sprejemanja in s samo vsebino pravilnika izkazati, da izpolnjuje pogoje omejenega in nadzorovanega odvzema iz narave – da so izpolnjeni pogoji za izjemo, na katero se država pri sprejemanju pravilnika sklicuje.

## **4. Mednarodnopravno varstvo volka**

### **4.1. Bernska konvencija**

V okviru Sveta Evrope, katerega članica je od leta 1993 tudi Slovenija, je bila že leta 1979 v Bernu sprejeta Konvencija o varstvu prosto živečega evropskega rastlinstva in živalstva ter njihovih naravnih življenjskih prostorov (v nadaljevanju Bernska konvencija).<sup>611</sup> Veljati je začela leta 1982,<sup>612</sup> njen poglavitni cilj pa je:

»ohranitev prosto živečega rastlinstva in živalstva ter njihovih življenjskih prostorov, še posebej tistih vrst in življenjskih prostorov, katerih ohranitev zahteva sodelovanje med državami ter spodbuja tako sodelovanje«.<sup>613</sup>

---

<sup>610</sup> Glej Akcijski načrt za upravljanje populacije volka (*Canis lupus*) v Sloveniji za obdobje 2013–2017 (op. pod črto št. 3), str. 38.

<sup>611</sup> Konvencija o varstvu prosto živečega evropskega rastlinstva in živalstva ter njihovih naravnih življenjskih prostorov (v nadaljevanju Bernska konvencija) (Ur. l. RS – Mednarodne pogodbe, št. 17/99).

<sup>612</sup> Trenutno ima 51 pogodbenic, med katerimi je od leta 1982 tudi Evropska unija.

<sup>613</sup> Prvi odstavek 1. člena Bernske konvencije.

Med preambularnimi maksimami Bernske konvencije je zapisano tudi, da države članice Sveta Evrope:

- priznavajo, da prosto živeče rastlinstvo in živalstvo pomenita naravno dediščino estetske, znanstvene, kulturne, rekreativne, gospodarske in izvirne vrednosti in jo je treba ohraniti in predati naslednjim generacijam;
- priznavajo bistveno vlogo prosto živečega rastlinstva in živalstva pri vzdrževanju biološkega ravnovesja;
- ugotavljajo, da se številčnost mnogih prosto živečih rastlinskih in živalskih vrst resno zmanjšuje in da nekaterim od njih grozi izumrtje;
- se zavedajo, da je ohranjanje naravnih življenjskih prostorov bistveno za varstvo in ohranitev prosto živečega rastlinstva in živalstva;
- priznavajo, da bi vlade v svojih nalogah in programih morale upoštevati varstvo prosto živečega rastlinstva in živalstva ter da bi bilo treba vzpostaviti mednarodno sodelovanje še posebej za varstvo selivskih vrst.

V 3. členu je nadalje določeno, da vsaka pogodbenica v skladu z določbami Bernske konvencije spodbuja državno politiko za ohranitev prosto živečega rastlinstva, živalstva in naravnih življenjskih prostorov s posebno pozornostjo do ogroženih in občutljivih vrst, posebej endemičnih, kakor tudi ogroženih življenjskih prostorov.

Bernska konvencija ima štiri dodatke, kamor so poimensko uvrščene strogo zavarovane rastlinske vrste (dodatek I), strogo zavarovane živalske vrste (dodatek II), zavarovane živalske vrste (dodatek III) ter prepovedana sredstva in načini ubijanja, zajetja in drugih načinov izkoriščanja (dodatek IV). Volk, ki kot karizmatična in avtohtona populacija predstavlja pomembno prednost Slovenije pred drugimi evropskimi državami,<sup>614</sup> je uvrščen v Dodatek II Bernske konvencije, ki določa strogo zavarovane živalske vrste.

Za vrste, vključene v Dodatek II, 6. člen Bernske konvencije določa, da mora vsaka pogodbenica z ustreznimi in potrebnimi zakonskimi in upravnimi ukrepi zagotoviti njihovo posebno varstvo, pri čemer so še posebej prepovedani:

- a) vse oblike namernega lovljenja in zadrževanja ter namernega ubijanja;
- b) namerno poškodovanje ali uničenje krajev za razmnoževanje ali počivanje;
- c) namerno vznemirjanje vrst prosto živečega živalstva, zlasti med razmnoževanjem, vzrejo mladičev in prezimovanjem, v taki meri, da bi vznemirjanje lahko postalo moteče glede na cilje te konvencije;
- d) namerno uničevanje ali prisvajanje jajc iz narave oziroma zadrževanje teh jajc, čeprav so prazna;
- e) prisvajanje teh živali, živih ali mrtvih, vključno z nagačenimi in katerim koli z lahkoto prepoznavnim delom ali izdelkom iz teh, ali domače trgovanje z njimi, če bi to prispevalo k učinkovitosti določb tega člena.

---

<sup>614</sup> Akcijski načrt za upravljanje populacije volka (*Canis lupus*) v Sloveniji za obdobje 2013–2017 (op. pod črto št. 3), str. 52, točka 6.

Poseben doprinos Bernske konvencije<sup>615</sup> pomeni ustanovitev Stalnega odbora (*Standing Committee*),<sup>616</sup> sestavljenega iz predstavnikov držav pogodbenic, ki je odgovoren za spremljanje uporabe te konvencije in lahko predlaga ukrepe ter predloge za izboljšanje učinkovitosti konvencije. Stalni odbor mora o svojih ugotovitvah poročati Odboru ministrov Sveta Evrope.

## 4.2. Kratek ekskurz v pridrške

Poseben problem na področju varovanja okolja predstavljajo pridrški k nekaterim multilateralnim mednarodnim pogodbam, ki se jih v praksi poslužuje tudi Slovenija, kar je posebej relevantno glede varstva volka kot zaščitene vrste.

Dunajska konvencija o pravu mednarodnih pogodb iz leta 1969, ki zavezuje tudi Slovenijo<sup>617</sup> v točki d prvega odstavka 2. člena, opredeljuje pridršek kot »enostransko, kakor koli sestavljeno ali imenovano izjavo, ki jo država da pri podpisu, ratifikaciji, sprejetju ali odobritvi pogodbe ali pri pristopu k njej in s katero želi izključiti ali spremeniti pravni učinek posameznih določb pogodbe pri njihovi uporabi nanjo«. <sup>618</sup>

Slovenski Zakon o zunanjih zadevah (v nadaljevanju ZZZ)<sup>619</sup> pridrškom posebej namenja 74. člen, ki določa:

»(1) O pridršku k mednarodni pogodbi in umiku pridrška odloči organ, pristojen za njeno ratifikacijo, pri tem pa se smiselno uporabljajo določbe 70. in 75. člena tega zakona.

(2) K mednarodnim pogodbam o človekovih pravicah, ki ne vsebujejo določb o pridrških, ti niso dopustni.

(3) Za postopek vložitve ugovora k pridršku in umik ugovora k pridršku se smiselno uporabljajo določbe 70. člena tega zakona.«

Po slovenski pravni ureditvi je torej za umik (kot tudi delni umik) pridrška pristojen organ, ki je mednarodno pogodbo ratificiral. Mednarodne pogodbe v Sloveniji z zakonom ratificira državni zbor (to velja tudi za Bernsko konvencijo), razen tistih, ki jih v skladu s petim odstavkom 75. člena ZZZ ratificira vlada z uredbo.

Večina modernih mednarodnih okoljskih pogodb izrecno prepoveduje pridrške (npr. Dunajska konvencija o varstvu ozonskega plašča (1985), Montrealski protokol (1987), Baselska konvencija (1989), Konvencija o biodiverziteti (1992), Konvencija o podnebnih spremembah (1992)), nekaj

---

<sup>615</sup> O pomenu Bernske konvencije glej tudi Philippe Sands, Jacqueline Peel with Adriana Fabra, Ruth MacKenzie, *Principles of International Environmental Law*, 3. izdaja, Cambridge University Press, 2012, str. 487–489.

<sup>616</sup> Poslovnik Stalnega odbora je dostopen na: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2287978&SecMode=1&DocId=2001400&Usage=2> (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).

<sup>617</sup> Dunajska konvencija o pravu mednarodnih pogodb (Ur. l. RS – Mednarodne pogodbe, št. 13/2011).

<sup>618</sup> Več o pridrških ter postopkih v zvezi z njimi glej Vasilka Sancin, *Pridrški k mednarodnim pogodbam*, v: Zbornik znanstvenih razprav ob 60. letnici delovanja Komisije ZN za mednarodno pravo, Ministrstvo za zunanje zadeve Republike Slovenije, 2008, str. 147–164.

<sup>619</sup> Zakon o zunanjih zadevah (v nadaljevanju ZZZ) (Ur. l. RS, št. 45/01, 78/03, 113/03 – UPB1, 76/08 in 108/09, 80/10 – ZUTD).

jih o možnosti podajanja pridrzkov molči (npr. Espoo konvencija (1991) in Konvencija o vodotokih (1992)), le nekatere pa pridrške dovoljujejo ob strogem spoštovanju določenih pogodbenih določil (npr. UNCLOS konvencija (1982), Konvencija o civilni odgovornosti za škodo (1993)).<sup>620</sup>

Namen pridrzkov je zagotoviti čim večjo prilagodljivost mednarodnih pogodb čim večjemu številu morebitnih pogodbenic. Pogosto se lahko država ali mednarodna organizacija strinja z večino določb mednarodne pogodbe, ne ustreza pa ji neka posamezna določba oziroma skupina določb. Možnost, da v takem primeru da pridrsek in s tem izvzame ali spremeni učinkovanje teh določb zanjo, ji omogoči, da kljub temu lahko postane pogodbenica te mednarodne pogodbe. Slabost te rešitve pa je v tem, da sta ob velikem številu pridrzkov lahko ogroženi celovitost in avtoriteta mednarodne pogodbe.<sup>621</sup>

Glavni razlog za prepoved oziroma omejitev pridrzkov je tako izogibanje širjenju množice težko preglednih bilateralnih pravnih odnosov. Za področje varstva okolja je to še posebej pomembno iz dveh razlogov. Prvič, mnogi okoljski sporazumi so okvirni sporazumi, ki predvidevajo zgolj splošno strukturo in določajo smernice, ne pa konkretnih obveznosti z učinki na določene aktivnosti v praksi. Drugič, kadar mednarodna pogodba naslavlja posebej občutljivo ali kontroverzno vprašanje, še posebej kadar so vpleteni pomembni gospodarski interesi, dogovorjeno pogodbeno besedilo pogosto odraža vrsto krhkih kompromisov, ki bi se lahko kaj hitro porušili, če bi bilo nekaterim državam dovoljeno, da izvzamejo učinke nekaterih določb mednarodne pogodbe iz uporabe zanje. Prilagodljivost je namreč v takih primerih vgrajena že v samo besedilo pogodbe.<sup>622</sup>

### 4.3. Pridrški k Bernski konvenciji

Bernska konvencija je med tistimi redkimi mednarodnimi okoljskimi sporazumi (sklenjena je bila že leta 1979), ki omogoča omejeno dajanje pridrzkov pod natančno določenimi pogoji. Njen 22. člen tako določa:

»1. Vsaka država lahko ob podpisu ali ko deponira svojo listino o ratifikaciji, sprejetju, odobritvi ali pristopu, izrazi enega ali več pridrzkov v zvezi z določenimi vrstami, navedenimi v Dodatkih I do III, in/ali vrstami, navedenimi v pridršku ali pridrških o določenih sredstvih ali načinih ubijanja, lovljenja in drugega načina izkoriščanja, ki ga navaja seznam v Dodatku IV. Splošni pridrški niso dopustni.

2. Vsaka pogodbenica, ki razširja uporabo konvencije na ozemlje, omenjeno v izjavi po drugem odstavku 21. člena, lahko v zvezi s tem ozemljem izrazi enega ali več pridrzkov v skladu z določbami prejšnjega odstavka.

3. Nobeni drugi pridrški niso dopustni.

---

<sup>620</sup> Glej Philippe Sands, Jacqueline Peel with Adriana Fabra, Ruth MacKenzie, *Principles of International Environmental Law*, 3. izdaja, Cambridge University Press, 2012, str. 103.

<sup>621</sup> Vasilka Sancin (op. pod črto št. 99), str. 147.

<sup>622</sup> Sands in Peel (op. pod črto št. 101), str. 104.

4. Vsaka pogodbenica, ki je izrazila pridržek v skladu s prvim in drugim odstavkom tega člena, lahko ta pridržek v celoti ali delno umakne z uradnim obvestilom generalnemu sekretarju Sveta Evrope. Tak umik začne veljati na dan, ko generalni sekretar prejme uradno obvestilo.«

Slovenija je pogodbenica Bernske konvencije od leta 1999 in je v zvezi s 6. členom ob ratifikaciji podala zelo splošen pridržek k Dodatku II za vrsto volk in rjavi medved, kar pomeni, da zgoraj predstavljeni 6. člen v zvezi z varovanjem volka in rjavega medveda za Republiko Slovenijo ne velja.<sup>623</sup>

Prav 6. člen pa v svojem bistvu potrjuje sam namen in cilj Bernske konvencije. Glede na to, da njen 22. člen ne dopušča splošnih pridržkov, se lahko zastavi tudi vprašanje, ali pridržek Slovenije, ki se nanaša kar na celotni 6. člen, izpolnjuje zahtevane pogoje za njegovo dopustnost.<sup>624</sup> Vsaka pogodbenica ima možnost ugovarjati pridržku, vendar iz evidence Sveta Evrope glede Bernske konvencije ugovori k pridržku Slovenije niso razvidni.

Glede možnosti popolnega ali delnega umika pridržkov k Bernski konvenciji je torej skladno s četrtrim odstavkom 22. člena določeno, da je treba, potem ko so glede tega izpeljani ustrezni notranjepropravni postopki v državi pogodbenici, o tem uradno obvestiti generalnega sekretarja Sveta Evrope, umik pa začne veljati na dan, ko generalni sekretar prejme uradno obvestilo.

Leta 1999, ko je Slovenija postala pogodbenica Bernske konvencije in podala svoj pridržek, še ni bila zavezana s pravnim redom EU. Od leta 2004 dalje (torej od slovenskega članstva v EU dalje) pa Slovenijo v okviru obveznosti po pravnem redu EU zavezuje tudi Habitatna direktiva. Tako ima Slovenija pravno obveznost prenosa njene vsebine v slovenski pravni red. Habitatna direktiva predvideva strogo določeno zaščito za volkove kot prednostno vrsto, ki jo je treba strogo varovati. Iz tega je mogoče zaključiti, da Slovenija nima več maneverskega prostora, ki ji je leta 1999 morda še omogočal samostojno in neodvisno določanje pogojev in ukrepov zaščite volka in je bilo tako posledično pridržek morda še mogoče utemeljevati. Glede na pravno obveznost Slovenije, da celovito implementira Habitatno direktivo, upoštevajoč tudi slovensko zakonodajo, kot je bilo predstavljeno zgoraj, pa je tudi možnost navajanja drugačnih rešitev glede varstva volka odpadla. Iz vseh navedenih razlogov je tudi delni umik pridržka k 6. členu Bernske konvencije, v kolikor se nanaša na volka, smiseln in bi za Slovenijo pomenil jasen dokaz zavezanosti k varovanju volka kot zavarovane ogrožene živalske vrste.

Mimogrede velja omeniti, da Hrvaška z mnogo številčnejšo populacijo volka na svojem ozemlju, pri čemer gre pri slovenskih in hrvaških volkovih za del iste dinarsko-balkanske

---

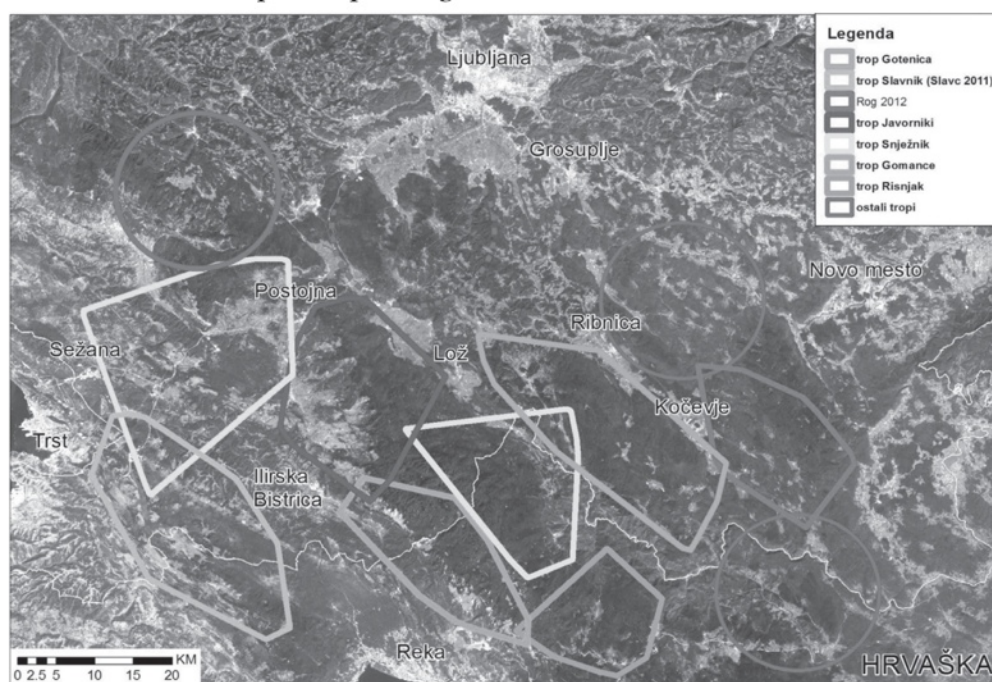
<sup>623</sup> Zakon o ratifikaciji Bernske konvencije v 3. členu določa: »V skladu z določbo prvega odstavka 22. člena in v zvezi s 6. členom konvencije daje Republika Slovenija pridržek k Dodatku II za vrsti volk (*Canis lupus*) in rjavi medved (*Ursus arctos*).«

<sup>624</sup> O tem tudi Mojca Borštnar, Katarina Ferlin, Lara Jalovec, Urša Kranjc, Nataša Levstek, Ajda Mikuš, Maja Novak, Veronika Rojs, Anže Singer, Natalija Vek, Pravno varstvo volkov v Sloveniji, Pravna praksa, leto 32, št. 19, 2013, str. 11–13.



populacije in je meja med Slovenijo in Hrvaško za volkove popolnoma prehodna,<sup>625</sup> pridrška glede volka k Bernski konvenciji ni podala.<sup>626</sup>

Glede notranjepravnega postopka v Sloveniji je v 4. členu Zakona o ratifikaciji Bernske konvencije za izvajanje te mednarodne pogodbe pristojno Ministrstvo za kmetijstvo in okolje, ki ima tako skladno s 70. členom ZZZ tudi pobudo za umik ali delni umik pridrška. O umiku pa na podlagi 74. člena ZZZ odloča Državni zbor.



*Lokacije tropov dinarsko-balkanske populacije volkov v Sloveniji. Vir: Miha Krofel.*

#### 4.4. Nadzorni mehanizem Sveta Evrope

Na tem mestu velja omeniti še poseben nadzorni mehanizem Sveta Evrope, t. i. case-files system, ki je v 25 letih svojega obstoja izjemno doprinesel k zasledovanju ciljev Bernske konvencije.<sup>627</sup> Sam namen mehanizma je v iskanju zadovoljivih rešitev problemov, ki nastajajo

<sup>625</sup> Akcijski načrt za upravljanje populacije volka (*Canis lupus*) v Sloveniji za obdobje 2013–2017 (op. pod črto št. 3), str. 18.

<sup>626</sup> Podatek dostopen na: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=104&CM=8&DF=17/10/2013&CL=ENG&VL=1> (zadnjič obiskano 17. 10. 2013).

<sup>627</sup> Za pomoč pri iskanju informacij glede delovanja tega mehanizma se zahvaljujemo Anžetu Singerju.

pri implementaciji Bernske konvencije kot tudi pri monitoringu sredstev, ki so bili izbrani za odpravo težav.

Sistem je osnovan na podlagi pritožb v primeru možnih kršitev Bernske konvencije (npr. v primeru potencialne kršitve 6. člena Bernske konvencije, ker se je odstrel izvedel v nasprotju s predpisi same konvencije, še posebej v povezavi z 9. členom).

Na spletni strani Sveta Evrope je mogoče najti obrazec za pritožbo (on-line complaint form),<sup>628</sup> na katerem je predpisano, kakšni podatki se zahtevajo za meritorno obravnavo morebitnih kršitev Bernske konvencije.

Sekretariat Sveta Evrope preučuje vsa pisma, poslana Stalnemu odboru Bernske konvencije, največja razsežnost tega sistema pa je prav v tem, da lahko pritožbo vložijo tako države pogodbenice, nevladne organizacije, skupina oseb kot tudi sam posameznik.

Sekretariat vzame v svojo presojo kot relevantne tudi vse druge postopke, ki vzporedno tečejo pred pristojnimi organi na državni ali mednarodni ravni. S tem presodi, ali je zadeva, ki se navaja v pritožbi, dovolj resna za preiskovanje na mednarodni ravni. Če se odloči za to, se pritožba pošlje državi pogodbenici ali državi, ki jo to zadeva, z namenom pridobitve njihovega mnenja, ki ga morajo podati v roku štirih mesecev.

Na podlagi odziva države se Sekretariat odloči, ali obstajajo podlage za uvrstitev pritožbe na naslednje zasedanje Stalnega odbora. Na zasedanju Stalnega odbora lahko Sekretariat (ali opazovalec, udeležen v tej zadevi) razloži pritožbo in predlaga, naj se podajo dodatne informacije, sprejmejo specialna (posebna) priporočila ali pa izvršijo poizvedovanja na kraju samem.

Če je to primerno, se Stalni odbor odloči za odprtje pritožbe (t. i. opening of files) s konsenzom, v odsotnosti konsenza pa z dvotretjinsko večino (enako glede sprejetja specialnega priporočila, ali če je to potrebno, za poizvedovanje na kraju samem). Kadar Stalni odbor meni, da je bila zadeva – po opravljeni poizvedbi ali poročilu države pogodbenice, ki sledi specialnemu priporočilu – ustrezno rešena, zapre oziroma zaključi zadevo (t. i. closing of files).

Stalni odbor ima poleg specialnega (posebnega) priporočila točno določeni državi ali glede točno določenega predmeta obravnave na voljo tudi generalno (splošno) pooblastilo, ki je usmerjeno na vse države pogodbenice ali se tiče predmeta širše obravnave.

Tudi mednarodne nevladne organizacije lahko aktivno sodelujejo v postopku s podpiranjem pritožb lokalnih nevladnih organizacij in prispevanjem k njihovem trudu za obravnavo problema. V zvezi s tem velja omeniti, da je Konferenca mednarodnih nevladnih organizacij priznana kot institucija znotraj Sveta Evrope in s svojim sodelovalnim statusom predstavlja 400 različnih organizacij, ki delujejo kot pomemben povezovalni člen med politiki in javnostjo ter s tem prinašajo glas civilne družbe Svetu Evrope.

Delni umik pridržka glede volka bi tako za Slovenijo pomenil tudi možnost uporabe vseh instrumentov, ki jih za zaščito volka ponuja Bernska konvencija in preko mednarodnega sodelovanja omogočajo učinkovito izpolnjevanje ciljev Bernske konvencije.

---

<sup>628</sup>Obrazec dostopen na [http://www.coe.int/t/dg4/cultureheritage/Nature/Bern/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg4/cultureheritage/Nature/Bern/default_en.asp) (zadnjič obiskano 17. 10. 2013).

## 5. Zaključek

Namen tega prispevka je bil osvetlitev nekaterih pravnih dilem glede pravilne uporabe in razlage pravnih določil, namenjenih varstvu volka kot zaščitene vrste v Sloveniji. Pri tem lahko ugotovimo, da v veljavni pravni ureditvi, ki je bila predmet te analize, obstajajo pomanjkljivosti, ki bi se jih dalo odpraviti z ustrežno spremembo relevantnih predpisov. Pravilna razlaga določb nacionalnega prava v praksi ne bi smela voditi v ravnanja, neskladna s Habitatno direktivo, ki zavezuje tudi Slovenijo. Selektiven in omejen poseg v volkove kot zaščiteno vrsto je glede na naravo izjeme, na katero se Slovenija sklicuje, dopustno izvajati le na podlagi ustreznih pravnih aktov, ki so v tem primeru lahko samo konkretne posamične odločbe, ne pa splošni pravni akt v obliki analiziranega Pravilnika. V tem prispevku zaradi prostorskih omejitev nismo obravnavali s to tematiko povezanih vprašanj pravne ureditve odškodnin za škodo, ki jo volk lahko povzroči na drobnici, oziroma predvsem implementacije teh določil v praksi, kot tudi ne vprašanja možnosti pravnega varstva zoper odločitve o odstrelu. Posebej pa smo želeli opozoriti, da je, čeprav je morda kdaj obstajal, s članstvom Slovenije v EU odpadel temelj za tisti del pridržka k Bernski konvenciji, ki se nanaša na volkove. Tako tudi predlagamo, da Slovenija razmisli o delnem umiku tega pridržka. S tem bi Slovenija lahko postavila zgled nekaterim drugim članicam EU, ki imajo podoben pridržek k Bernski konvenciji, da ravnajo enako, saj so vse zavezane z enakimi obveznostmi iz Habitatne direktive.

## BIBLIOGRAFIJA

### *Monografije*

Philippe Sands, Jacqueline Peel with Adriana Fabra, Ruth MacKenzie, Principles of International Environmental Law, 3. izdaja, Cambridge University Press, 2012, str. 487–489.

### *Članki in revije*

Suvi Borgström, Legitimacy Issues in Finish Wolf Conservation, Journal of Environmental Law, izvod 24, št. 3, 2012, str. 451–476.

Mojca Borštnar, Katarina Ferlin, Lara Jalovec, Urša Kranjc, Nataša Levstek, Ajda Mikuš, Maja Novak, Veronika Rojs, Anže Singer, Natalija Vek, Pravno varstvo volkov v Sloveniji, Pravna praksa, leto 32, št. 19, 2013, str. 11–13.

Rok Černe, Klemen Jerina, Marko Jonozovič, Irena Kavčič, Matija Stergar, Miha Krofelj, Miha Maranče in Hubert Potočnik, Škode od volkov v Sloveniji, Analiza v okviru projekta Life+ SloWolf, Zavod za gozdove Slovenije in Univerza v Ljubljani, Ljubljana, 2010.

Miha Krofel, Rok Černe in Klemen Jerina, Učinkovitost odstrela volkov (*Canis lupus*) kot ukrepa za zmanjševanje škode na domačih živalih, Zbornik gozdarstva in lesarstva, št. 95, 2011, str. 11–22.

Jernej Letnar Černič, Varstvo rjavega medveda v slovenskem ustavnem pravu, Dignitas: revija za človekove pravice, št. 53/54, 2012, str. 366–396.

Marco Musiani, Tyler Muhly, C. Cormack Gates, Carolyn Callaghan, Martin E. Smith in Elisabetta Tosoni, Seasonality and reoccurrence of depredation and wolf control in western North America, Wildlife Society Bulletin, št. 33, 2005, str. 876–887.

Aylwin Pillai in Daniel Heptinstal, Twenty Years of the Habitats Directive: A Case Study on Species Reintroduction, Protection and Management, Environmental Law Review, št. 15, 2013, str. 27–46.

Vasilka Sancin, Pridržki k mednarodnim pogodbam, v: Zbornik znanstvenih razprav ob 60. letnici delovanja Komisije ZN za mednarodno pravo, Ministrstvo za zunanje zadeve Republike Slovenije, 2008, str. 147–164.

Adrian Treves, Lisa Naughton-Treves in Victoria Shelley, Longitudinal Analysis of Attitudes Towards Wolves, Conservation Biology, izvod 28, št. 2, 2013, str. 320–321.

Arie Trouwborst, Managing the Carnivore Comeback: International and EU Species Protection Law and the Return of Lynx, Wolf and Bear to Western Europe, Journal of Environmental Law, Vol. 22, št. 3 (2010), str. 347–372.

## Zakonodaja

- Direktiva Sveta 92/43/EGS z dne 21. maja 1992 o ohranjanju naravnih habitatov ter prosto živečih živalskih in rastlinskih vrst (Ur. l. L 206, 22/07/1992, str. 7–50).
- Kazenski zakonik (KZ-1, Ur. l. RS, št. 55/2008 in nasl).
- Pravilnik o odvzemu osebkov vrst rjavega medveda (*Ursus arctos*) in volka (*Canis lupus*) iz narave (Ur. l. RS, št. 28/2009 in nasl.).
- Pravilnik o spremembah in dopolnitvah Pravilnika o odvzemu osebkov vrst rjavega medveda (*Ursus arctos*) in volka (*Canis lupus*) iz narave (Ur. l. RS, št. 73/2012).
- Uredba o določitvi divjadi in lovnih dob (Ur. l. RS, št. 101/2004).
- Uredba o zavarovanih prosto živečih živalskih vrstah (Ur. l. RS, št. 46/2004 in nasl.).
- Obrazložitev predloga Pravilnika o spremembah Pravilnika o odvzemu osebkov vrst rjavega medveda (*Ursus arctos*) in volka (*Canis lupus*) iz narave, številka zadeve: 007- 423/2013, 30. 9. 2013, [http://www.mko.gov.si/si/medijsko\\_sredisce/novica/article/12455/6781/969232422ca30e24c78280563d54979e/](http://www.mko.gov.si/si/medijsko_sredisce/novica/article/12455/6781/969232422ca30e24c78280563d54979e/) (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).
- Zakon o divjadi in lovstvu (ZDLov-1, Ur. l. RS, št. 16/2004 in nasl.).
- Zakon o ohranjanju narave (ZON, Ur. l. RS, št. 96/2004-UPB2 in nasl.).
- Zakonu o varstvu, gojitvi in lovu divjadi ter o upravljanju lovišč (ZVGLD, Ur. l. SRS, št. 25/1976 in št. 29/1986 ter Ur. l. RS, št. 29/1995-ZPDF in 89/1999).

## Sodne odločbe

- Sodba Sodišča Evropske unije, Komisija vs. Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska, C-6/04, z dne 20. 10. 2005, ERC, str. 9017.
- Sodba Sodišča Evropske unije, Komisija vs. Luksemburg, C-75/01, z dne 13. 2. 2003, ECR, str. 1585.
- Sodba Sodišča Evropske Unije, Komisija Evropske skupnosti vs. Finska, C-342/05, z dne 14. 6. 2007, ERC, str. 4713.
- Sodba Sodišča Evropske unije, Ligue Royale Belge pour la Protection des Oiseaux ASBL in Société d'Études Ornithologiques AVES ASBL vs. Région Wallonne, C-10/96, z dne 12. 12. 1996, ECR, str. 6775.
- Odločba Ustavnega sodišča, U-I-386/06 z dne 13. 3. 2008 (Ur. l. RS, št. 32/2008 in OdlUS XVII, 11).

## Ostalo

- Akcijski načrt za upravljanje populacije volka (*Canis lupus*) v Sloveniji za obdobje 2013–2017, sklep št. 00728-7/2013/4 z dne 6. 2. 2013, [http://www.mko.gov.si/fileadmin/mko.gov.si/pageuploads/podrocja/velike\\_zveri/akcijski\\_nacrt\\_upravljanja\\_volk\\_2013\\_2017.pdf](http://www.mko.gov.si/fileadmin/mko.gov.si/pageuploads/podrocja/velike_zveri/akcijski_nacrt_upravljanja_volk_2013_2017.pdf) (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).
- Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC. Final version 2007, Priloga 2.2., [http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance_en.pdf) (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).
- John Linnell, Reidar Andersen, Zanete Andersone, Linas Balciuskas, Juan Carlos Blanco, Luigi Boitani, Scott Bainerd, Urs Breitenmoser, Ilpo Kojola, Olof Liberg, Jonny Loe, Henryk Okarma, Hans C. Pedersen, Christoph Promberg, Hakan Sand, Erling J. Solberg, Harri Valdmann in Petter Vabakken, The Fear of Wolves: A Review of Wolf Attacks on Humans, Norwegian Institute for Nature Research, Trondheim, 2002.
- John Linnell, Valeria Salvatori in Luigi Boitani, Guidelines for Population Level Management Plans for Large Carnivores, Large Carnivore Initiative Report for Europe report, za Evropsko komisijo, julij 2008 (pogodba 070501/2005/424162/MAR/B2), [http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/carnivores/docs/guidelines\\_final2008.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/carnivores/docs/guidelines_final2008.pdf) (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).
- Note to the Guidelines for Population Level Management Plans for Large Carnivores, European Commission, Directorate-General for Environment, ENV.B.2 D/14591, Bruselj, 1. julij 2008, [http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/carnivores/docs/note\\_guidelines.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/carnivores/docs/note_guidelines.pdf) (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).
- Aleksandra Majič Skrbinšek, Wolves – Slovenia, v: Petra Kaczensky, Guillaume Chapron, Manuela von Arx, Djuro Huber, Henrik Andrén in John Linnell (ur.), Status, management and distribution of large carnivores – bear, lynx, wolf & wolverine – in Europe, poročilo za Evropsko komisijo, marec 2013 (pogodba N°070307/2012/629085/SER/B3).
- Odgovor ZGS k pisnemu stališču ZRSVN o strokovnem mnenju o odstrelu velikih zveri za leto 2013/14, Zavod za gozdove, 16. 9. 2016.
- Pisno stališče o posegu v populacijo rjavega medveda (*Ursus arctos*), volka (*Canis lupus*) in risa (*Lynx lynx*), ZRSVN, 13. 9. 2013,

Strategija ohranjanja volka (*Canis lupus*) v Sloveniji in trajnostnega upravljanja z njim, sklep št. 35602-1/2009/4 z dne 24. 9. 2009, [http://www.mko.gov.si/fileadmin/mko.gov.si/pageuploads/podrocja/velike\\_zveri/strategija\\_ohranjanja\\_volka.pdf](http://www.mko.gov.si/fileadmin/mko.gov.si/pageuploads/podrocja/velike_zveri/strategija_ohranjanja_volka.pdf) (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).

Strokovno mnenje za odstrel velikih zveri za obdobje od 1. 10. 2013 do 30. 9. 2014, Zavod za gozdove, [http://www.mko.gov.si/fileadmin/mko.gov.si/pageuploads/podrocja/velike\\_zveri/odstrel\\_velikih\\_zveri\\_mnenje\\_zg\\_okt13\\_sep14.pdf](http://www.mko.gov.si/fileadmin/mko.gov.si/pageuploads/podrocja/velike_zveri/odstrel_velikih_zveri_mnenje_zg_okt13_sep14.pdf) (zadnjič obiskano 26. 10. 2013).

## Arne Marjan Mavčič<sup>629</sup> The Slovenian Wine Law

### ABSTRACT

Regarding the then Slovenian territory, a vineyard as a legal term was first mentioned in Code No. 238 of 861 in the second half of the 9th century, at the time of Prince Kocelj's principality at Balaton Lake. Moreover, the Slovenian wine law tradition goes back to the "Gorsko pravo" (Vineyard Law) which regulated the relations between owners and those renting vineyards. The Carniolan Privilegium, dated 1338, allowed the subsidiary force of Styrian law; accordingly, the Styrian Vineyard Books were also used in Carniola (as the Bergrecht).

The first official document associated with wine was issued in 1570 in the Slovenian language as a letter order following an order by Archduke Charles requiring a wine tax to be imposed on farmers in order to collect more money for the fight against the Turks.

At the time of the Austro-Hungarian Empire the first appropriate law was adopted which was also applicable to Slovenian territory. The history of wine law continues with the Wine Act of the Kingdom of Yugoslavia. After World War II, the Wine Act was adopted in 1957 and provided for the protection of wine and cider. Later on, in times of the former Yugoslav Federation, the Wine Act was adopted and subsequently amended several times. Further, with a view to detailed regulation the Wine Labelling Act was also passed by the then Slovenian republican parliament. The republican Slovenian wine regulation was completed in 1974. Later on, the Slovenian Wine and Other Products of Wine Act was adopted and then amended in 1986. This Act continued to remain in force after the independence of the Republic of Slovenia (1991), i.e. up until 1997 when a new Wine and Other Grape and Wine Products Act was adopted and implemented, including its subsequent amendments and supplements.

---

<sup>629</sup> Arne Mavčič, LL.D., completed his Bachelor of Law degree at the University of Ljubljana Law School which, after completing his post-graduate studies at the law schools of the universities of Zagreb and Ljubljana, awarded him a Doctorate of Law. As head of the Information Department and the Analysis and International Cooperation Department of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia from 1976 to 2009, a Senior Expert Counsellor to the University of Ljubljana Law School from 1981, and Professor of Human Rights Law, Constitutional Law and Comparative Constitutional Law at the School of Government and European Studies, Brdo, Slovenia, from 2001 (<http://www.fds.si/sl/fakulteta/fakulteta-akademski-zbor/721-izr-prof-dr-arne-marjan-mavcic>, (accessed 23 October 2013)) and at the European Law School, Nova Gorica, Slovenia, from 2003 (<http://www.evro-pf.si/>, (accessed 23 October 2013)), he specialises in legal information systems, (comparative) constitutional law and human rights law ([www.concourts.net](http://www.concourts.net) (accessed 23 October 2013)). Dr Mavčič was the liaison officer for Slovenia to the Commission for Democracy through Law (the Venice Commission) under the Council of Europe from 1991 to 2009 ([http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N\\_Search\\_ef.asp?L=E&Text=mavcic&S=0&C=0&Search=Title+Search](http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Search_ef.asp?L=E&Text=mavcic&S=0&C=0&Search=Title+Search), (accessed 23 October 2013)), the national correspondent for Slovenia to ACCPUF Paris from 1998 to 2009. He was a member for Slovenia in the EU Network of Experts for Human Rights in 2002 – 2006, and he was a member for Slovenia of the EU FRALEX from 2006 to 2010. He was a Fulbright Scholar in 2001/2002 and an editor of the Collected Slovenian Constitutional Case-Law series from 1992 to 2009. He has been a national author for Slovenia of Kluwer's Encyclopedia of Constitutional Law since 1998 (<http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?area=&mode=bypub&level=6&values=Looseleafs~IEL+Constitutional+Law~National+Monographs~Slovenia>, (accessed 23 October 2013)). As the editor and author of several other publications in the field of constitutional law as well as the author of over 270 papers and reports of a national and international character (<http://izumbib.izum.si/bibliografije/Y20120309222357-19597.html>, (accessed 23 October 2013)), Dr Mavčič has largely been engaged in practical and promotional activities in the fields of comparative constitutional review and human rights law.

The last mentioned Act already took the European legislation into consideration. Later on, the European Union adopted various new additional regulations and agreements. This was certainly one reason for the adoption and enforcement of the current new Slovenian Wine Act.

*Key words* : Slovenian wine law, history of wine law, Wine Act

## **Slovensko vinsko pravo**

### **POVZETEK**

Na tedanjem slovenskem ozemlju je bil vinograd kot pravni pojem prvič omenjen v Kodeksu št. 238 iz leta 861, v času vladavine kneza Koclja na območju Blatnega jezera. Razen tega tradicija slovenskega vinskega prava sega v obdobje t. i. gorskega prava (gorskih bukev), ki je urejalo odnose med lastniki in viničarji. Kranjski privilegij iz leta 1338 je omogočil subsidiarno uporabo štajerskega gorskega prava; zato so se štajerske gorske bukve tudi na ozemlju tedanje dežele Kranjske uporabljale kot veljavno gorsko pravo (Bergrecht).

Prvi slovenski uradni pravni dokument, povezan z vinom, je bil izdan leta 1570 kot zapovedni list Nadvojvode Karla o uvedbi kmečkega vinskega davka z namenom zbrati čim več denarja za bojevanje proti turškim vpadam.

V času avstro-ogrske vladavine je bil sprejet prvi cesarski zakon o vinu, veljaven tudi za tedanje slovensko ozemlje. Zgodovina vinskega prava se nadaljuje z Vinskim zakonom Kraljevine Jugoslavije. Leta 1957 je bil sprejet Vinski zakon o zaščiti vina in mošta. Bivša jugoslovanska federacija je pozneje sprejela Zakon o vinu z večkratnimi spremembami in dopolnitvami. Podrobnejšo ureditev je pomenil Zakon o označevanju vina, ki ga je sprejel tedanji slovenski parlament. Sicer je bila slovenska vinska zakonodaja v celoti zaključena leta 1974. Sledil je leta 1986 sprejeti slovenski Zakon o vinu in drugih proizvodih iz vina s poznejšimi spremembami. Ta zakon je ostal v veljavi tudi po slovenski osamosvojitvi (1991), in sicer do leta 1997, ko je bil sprejet in uveljavljen novi slovenski Zakon o vinu in drugih proizvodih iz grozdja in vina s poznejšimi spremembami in dopolnitvami.

Navedeni zakon je že upošteval evropsko zakonodajo, ki pa je bila pozneje spremenjena in dopolnjena. To je bil tudi poglobitveni razlog za sprejetje in uveljavitev veljavnega slovenskega Zakona o vinu.

*Ključne besede*: slovensko vinsko pravo, zgodovina vinskega prava, zakon o vinu

### **1. General**

The history of Slovenian viticulture dates back some 2,400 years. Archaeological findings show that wine was known to the Celtic and Illyrian tribes<sup>630</sup> before the Romans arrived in what are today Slovenian wine-growing regions<sup>631</sup>. The Celts probably made their own wine, after having learned the methods from the Greeks<sup>632</sup>.

Later on, wine growing in the territory of what is now Slovenia was extended by the Romans<sup>633</sup>. However, their viticulture methods and traditions were lost along with the decline of the Roman Empire.

In the 6th century A.D., wine growing almost stopped when the first Slavs immigrated into the area, and also later when Hungarian tribes threatened some parts of the territory between the 9th and 11th centuries.

Wine growing returned with the Christianisation of the Slavs. It was reintroduced mostly by Christian monks<sup>634</sup> around the 11th century<sup>635</sup>. The vineyards were mainly owned by the Catholic Church, the land aristocracy and, from the 15th century onward, by the emerging bourgeoisie.

In 2004, the “*Žametovka*” or “*Modra Kavčina*” old vine that grows in Slovenia, Maribor Lent<sup>636</sup> was entered into the Guinness Book of Records. It is officially recognised as the oldest grape-bearing vine in the world, estimated to be some 440 years old and planted around 1570<sup>637</sup>.

Wine growing in Carniola in the 17th century was described by J. V. Valvasor in his *Glory of the Duchy of Carniola*, reporting about the quality of the wines and the wine trade<sup>638</sup>.

---

<sup>630</sup> 4th and 3rd centuries B.C.

<sup>631</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Slovenian\\_wine](http://en.wikipedia.org/wiki/Slovenian_wine) (accessed 23 October 2013).

<sup>632</sup>“Vaska situla”, a 6th century B.C. Celtic vessel discovered in Vace, depicts festivities which include wine (<http://slovenian-wines.com/history.html>) (accessed 23 October 2013).

<sup>633</sup> After 181 B.C.

<sup>634</sup> Christianity also had a major influence on the development of viticulture because wine is an integral part of its ceremonies.

<sup>635</sup> E.g. monasteries in Krško or Pleterje.

<sup>636</sup> [http://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Guinness\\_World\\_Records](http://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Guinness_World_Records) (accessed 7 August 2013).

<sup>637</sup> <http://www.drustvo-vinogradnikov.si/> (accessed 23 October 2013).

<sup>638</sup> Janez Vajkard Valvasor, from 1687 a member of the British Royal Society, published a monumental book containing the topography of Koroška (Carinthia) and Kranjska (Carniola) as well as a comprehensive historical, geographical and ethnological description of the then Slovenian lands, entitled in German: *Die Ehre des Hertzogthums Crain* (in Slovenian: *Slava Vojvodine Kranjske*, in English *Glory of the Duchy of Carniola*), one of the most significant sources for researching the history of Slovenian territory and its people. The *Glory of the Duchy of Carniola* is the lifework of the polymath Valvasor, first issued in 1689 (<http://www.slava-vojvodine-kranjske.si/>). (accessed 23 October 2013).



During the rule of the Austro-Hungarian Empire, some privately owned wineries existed in the region of today's Slovenia but, due to *Phylloxera* and an economic crisis, they gradually declined after the fall of the Empire and at the beginning of the former Kingdom of Yugoslavia<sup>639</sup>.

After World War II<sup>640</sup>, socialist co-operatives in the former Yugoslav Federation controlled nearly all of the region's wine production. The wine quality was low as the emphasis was laid on bulk wine production. An exception was some small private wineries in the Slovenian Drava Valley region that were able to continue operations. The then Slovenian republican government introduced testing practices for quality assurance and issued seals of approval for wines that met the organisation's standards<sup>641</sup>.

Since Slovenia gained its independence<sup>642</sup>, the Slovenian wine industry has been the most advanced and well-developed of the former Yugoslav republics and is starting to penetrate global wine markets<sup>643</sup>. The Slovenian Wine Growers and Producers Association imposes and enforces strict rules governing everything from the types of grapes that may be grown in specific regions to the methods of wine production and labelling.

Slovenia has three main wine regions: the Littoral, Lower Sava Valley, and Drava Valley<sup>644</sup>. The Littoral is Slovenia's best known region internationally and, although predominately a white wine producer, the region is known for being the source of most of Slovenia's red wine<sup>645</sup>.

---

<sup>639</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Slovenian\\_wine](http://en.wikipedia.org/wiki/Slovenian_wine); also see <http://www.matkurja.com/projects/wine/viticulture/> (accessed 23 October 2013).

<sup>640</sup> At the end of the war, vineyards were once again almost entirely destroyed, <http://www.drustvo-vinogradnikov.si/> (accessed 23 October 2013).

<sup>641</sup> The roots of the first wine competition of Ljubljana date back to 1811 when the first "Wine Tasting of Illyria" took place. The trade fair in Ljubljana organised the first exhibition and tasting of Slovenian wines in 1926. The first modern international wine competition was held in 1955 when the Ljubljana competition received the patronage of the International Organisation of Vine and Wine (OIV), which has since been retained. Since 1980 it has also had the patronage of the International Federation of Oenologists (UIE). When in 1994 the elite World Federation of Major Wine Competitions (VinoFed) was established, the Ljubljana competition took on the presidency of that organisation for three years and permanent membership of that organisation. Step by step, the Ljubljana International Wine Competition has become a reference competition of all three international organisations responsible for the sensory analysis of wine – OIV, UIE and VinoFed. Further, the Ljubljana International Wine Competition was officially declared by the EU's Official Journal No. C 289 of 17 November 1990; Ljubljana was thereby given the opportunity to advertise and market medals in the EU ([www.gr2007.arhiv.klaro.si/.../o-ocenjevanju/reference](http://www.gr2007.arhiv.klaro.si/.../o-ocenjevanju/reference)). (accessed 23 October 2013).

<sup>642</sup> 1991: <http://www.slovenia.si/en/slovenia/history/the-independent-state/>; [http://www.servat.unibe.ch/icl/si\\_indx.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/si_indx.html) (accessed 23 October 2013)

<sup>643</sup> Johnson, H. & Robinson, J. *The World Atlas of Wine*, 253 pages, Mitchell Beazley Publishing 2005 ISBN 1-84000-332-4

<sup>644</sup> [http://dvs-lendava.si/?page\\_id=55&lang=en](http://dvs-lendava.si/?page_id=55&lang=en) (accessed 23 October 2013).

<sup>645</sup> <http://www.slovenianwine.si/> (accessed 23 October 2013)

The current Slovenian Wine Law fully integrates the European wine-related legislation while maintaining some Slovenian particularities<sup>646</sup>. The origins and marketing of Slovenian wines are subordinated to strict origin and quality control according to EU standards.

Generally speaking, Slovenian wines are divided into the following groups<sup>647</sup>:

Table Wine (*namizno vino*) which includes table wines and table wines with a geographical indication – IGT wine (*deželno vino*) PGO<sup>648</sup> (similar to *vin de pays*, *Landwein*) and

Quality Wine (*kakovostno vino*) ZGP<sup>649</sup> – produced in a specified region, also including Premium Quality Wine (*vrhunsko vino*) ZGP that constitutes the top of the quality pyramid.

Wines with a recognised traditional denomination – vino PTP<sup>650</sup> – also belong to the group of quality wines:

- *Cviček PTP*, which is the name for the light reddish wine produced from white and red varieties (*Žametovka*, *Kraljevina*, *Modra Frankinja*, *Laški Rizling*). This wine can only be found in the district of Dolenjska;
- *Teran PTP*, a strong, dark ruby (almost black) coloured wine, produced from the red variety of *Refošk* from the *Kras* (Karst) district<sup>651</sup>;
- *Metliška Črnina PTP* is a red blend made of *Modra Frankinja*, *Šentlovrenka*, *Modra Portugalka* and *Gamay*. This wine is produced in Bela krajina; and
- *Belokranjec PTP* is a white blend of *Kraljevina* and *Laški Rizling* and at times of *Sauvignon*, *Chardonnay*, *Zeleni Silvanec*, *Sivi Pinot* and *Beli Pinot*. It is also produced in Bela krajina.

Sweet wines produced from completely ripe grapes – so-called ‘predicate’ wines; only premium wines accompanied by additional traditional expressions: “*pozna trgatév*” (late vintage), “*izbor*” (selection), “*jagodni izbor*” (berry selection), “*suhi jagodni izbor*” (dry berry selection), “*ledeno vino*” (ice wine), and “*vino iz sušenega grozdja*” (wine made of dried grapes) qualify for this category.

---

<sup>646</sup> Ministrstvo za kmetijstvo, gozdarstvo in prehrano. *Opis stanja v panogi*. (accessed 10 March 2011).

<sup>647</sup> <http://www.fama.eu/vina/Zakonodaja/zakonodaja1.htm> (accessed 23 October 2013).

<sup>648</sup> *Vino s priznano geografsko označbo* (PGO) (Wine with a recognised geographical indication).

<sup>649</sup> *Vino z zaščitenim geografskim poreklom* (ZGP) (Wine with a protected geographical origin).

<sup>650</sup> *Vino priznanega tradicionalnega poimenovanja* (PTP) (Wine with a recognised traditional denomination).

<sup>651</sup> Strongly influenced by the soil, it grows in – the red Karstic soil – the so-called ‘*terra rossa*’ or ‘*jerina*’; there are also influences of the Mediterranean, Continental and Pre-Alpine climates. The cultivation of Refosko wine probably goes back to the beginnings of our era. The Roman historian Pliny wrote that the extreme old age of Emperor Augustus’ consort is to be entirely attributed to the drinking of the wine “*vino puniccum*” (particularly valued by the ancient Greeks who called it “*praetorian wine*”; <http://www.vinskacestakras.si/en/wine/index.html>) (accessed 23 October 2013). This wine was produced on rocky hills not far from the source of the Timava River. Pliny himself also points out that no other wine is more beneficial (<http://vodnik.kras-carso.com/?id=234&oblika=ZNACILNO&isci=>).

In wine labelling, wines are also categorised as those with and without a protected geographical origin. To deserve a protected geographical origin, a wine has to pass obligatory organoleptic evaluations and physicochemical analyses. With the exception of the IGT PGO wine (*deželno vino*<sup>652</sup> PGO), no table wines without a geographical origin are produced in Slovenia.

Young or new wine (*mlado or novo vino*) is a special designation for wines of the current vintage and may be marketed until 31 January of the year following the vintage.

Archive wine (*arhivsko vino*) is a designation reserved for wines that are usually more than three years old, even though the age is not legally determined.

All Slovenian wine-growing districts have organised wine roads (*vinska cesta*) where you can taste excellent Slovenian wines<sup>653</sup>.

## 2. Legal Regulation

### 2.1 History

Regarding the then Slovenian territory, a vineyard as a legal term was first mentioned in Code No. 238 of 861<sup>654</sup> in the second half of the 9th century, at the time of Prince Kocelj's principality at Balaton Lake.

Moreover, the Slovenian wine law tradition goes back to the "*Gorsko pravo*" (Vineyard Law) which regulated the relations between owners and those renting vineyards<sup>655</sup>. In the Slovenian language, the words "*gorica*" and "*gorca*" – originally denoting a small wooded hill – became synonymous with "*vinograd*" (vineyard)<sup>656</sup>. The first codes written in German – »*Gorske bukve*« (Vineyard Books, *Bergrecht*), constituting some »Codex Generalis«<sup>657</sup> – were enforced by the local provincial prince for the territory of the then Slovenian Styria (*Štajersko*). They were written in 1543 and translated into the ancient Slovenian language<sup>658</sup> in 1582. The translated

---

<sup>652</sup> Indicazione Geografica Tipica (IGT wine), *deželno vino*, Landwein, wine from Typical Geographical Area, *vin de pays*.

<sup>653</sup> [http://www.slovenia.info/en/Wine-roads.htm?vinska\\_cesta=0&lng=2](http://www.slovenia.info/en/Wine-roads.htm?vinska_cesta=0&lng=2) (accessed 23 October 2013).

<sup>654</sup> [www.knjiznica-celje.si/raziskovalne/7020000236.pdf](http://www.knjiznica-celje.si/raziskovalne/7020000236.pdf) (accessed 23 October 2013)

<sup>655</sup> M Kambič,, *Recepција rimskega dednega prava na Slovenskem s posebnim ozirom na dedni red Karla VI.*, Založba ZRC, 2007, pp. 114-118

<sup>656</sup> F. Goršič, "Organizacija gore in Gorske bukve." *Kronika* (Ljubljana) Vol. 8. No. 1 (1960) pp. 36-40. <<http://www.dlib.si/?URN=URN:NBN:SI:DOC-6CD7VLJ8>> Narodna in univerzitetna knjižnica (Digitalizirano v okviru projekta Digitalna knjižnica Slovenije - dLib.si (EEA SI0014)) (accessed 23 October 2013)

<sup>657</sup> [www.knjiznica-celje.si/raziskovalne/7020000236.pdf](http://www.knjiznica-celje.si/raziskovalne/7020000236.pdf) (accessed 23 October 2013).

<sup>658</sup> Towards the end of the 16th century, in the Slovenian village of Raka (the Krško commune) lived and worked vicar Anton Recelj who is known as the author of the Slovenian translation of the German-written Vineyard Books; his translation is considered to be the first comprehensive legal wording in the Slovenian language.

Styrian Vineyard Books<sup>659</sup> contained many regulations on: the proper cultivation of vineyards; vineyard protection with fences in order to avoid damage by livestock or wildlife along roads and waterways; cleaning the headland between the vineyards before early harvest, which should begin only with the permission of the vineyard lord or upon a decision of experts from the ranks of vineyard co-cultivators. This was intended to prevent hyper acidity of wines due to an early harvest or to avoid a small yield due to a late harvest<sup>660</sup>. However, the translated Vineyard Books have remained in a manuscript even though they are an important Slovenian historical legal document. Their importance lies in the rich legal terminology they contain<sup>661</sup>.

The Carniolan Privilegium<sup>662</sup>, dated 1338, allowed the subsidiary force of Styrian law<sup>663</sup>; accordingly, the Styrian Vineyard Books were also used in Carniola (as the *Bergrecht*). However, although the German draft of the Carniolan Vineyard Books was prepared for Carniola, it was never enacted. Recelj's Vineyard Books are not the only Slovenian translation and adaptation of the original, but they are the most loyal to the original<sup>664</sup>.

The first official document associated with wine was issued in 1570 in the Slovenian language as a letter order following an order by Archduke Charles requiring a wine tax to be imposed on farmers in order to collect more money for the fight against the Turks<sup>665</sup>.

---

<sup>659</sup> *Gornih Buqui od Krailove Suetlosti Offen innu poterien general inu Privilegium.*

<sup>660</sup> The translated Vineyard Books remained in manuscript, but are an important Slovenian legal monument. Their importance lies in the rich legal terminology they contain. They include 27 handwritten sheets, with all 52 Articles and with a citation (*allegat*) of the final text of the original Vineyard Books. They are preserved in the Archives of the Republic of Slovenia.

<sup>661</sup> They include 27 handwritten sheets with all 52 Articles and with a citation (*allegat*) of the final part of the original Vineyard Books. They are preserved in the Archives of the Republic of Slovenia.

<sup>662</sup> Privilege (in Slovenian ročin, in German Handfest, in Latin manifestum) is the title of the document issued by the provincial prince (ruler) at his address confirming the privileged rights (privileges) of the particular province, usually in return for their financial and military assistance. ([http://sl.wikipedia.org/wiki/De%C5%BEelni\\_ro%C4%8Din](http://sl.wikipedia.org/wiki/De%C5%BEelni_ro%C4%8Din)). (accessed 23 October 2013).

<sup>663</sup> Starting in 1335, the Habsburgs took over the direct rule of Carniola. Thus, in 1338 Albrecht II awarded the Carniolan population a privilege that was a basic document of the Carniolan Constitution.

<sup>664</sup> [http://www.jurisprudentia.net/index.php?option=com\\_content&task=view&id=458&Itemid=42](http://www.jurisprudentia.net/index.php?option=com_content&task=view&id=458&Itemid=42) (accessed 23 October 2013).

<sup>665</sup> <http://www.drustvo-vinogradnikov.si/> (accessed 23 October 2013) In 1570 the Carniolan provincial states agreed to increase the annual provincial contribution to consolidate the military frontier against the Turks. In return, their provincial prince allowed them to collect customs duty on things being unloaded from the province. For farmers engaged in a lot of trade in wine the newly introduced "wine tax" became a more serious burden. This triggered a rebel movement in Lower Carniola, the Karst and the Pazin County in Istria. The Carniolan provincial states wanted to make farmers sure that this tax was necessary and therefore the respective letter order associated with wine was translated into Slovenian and it was ordered that it be read out in public places. The mentioned proclamation of the wine tax was written in the Slovenian language by the Carniolan provincial administrator Jan Khisl from Fužine Castle in Ljubljana. It is the first official legal document issued in Slovenian.

At the time of the Austro-Hungarian Empire the first appropriate law was adopted<sup>666</sup> which was also applicable to Slovenian territory.

The history of wine law continues with the Wine Act of the Kingdom of Yugoslavia that prohibited the sweetening of cider; foreign wines could only be imported and launched in the market following a professional analysis; it was forbidden to manufacture or sell counterfeit wine extracts; the contents of a bottle should be in accordance with the marking on the label. In addition, the law also allowed the protection of individual districts; production and marketing control through wine-making control services.<sup>667</sup>

After World War II, the Wine Act was adopted<sup>668</sup> in 1957 and provided for the protection of wine and cider. Article 28 of the Act stipulated that the protection of renowned wines originates from a specific conservation code where a renowned brand of wine is characterised by high quality, is distinguished by its special taste and smell, and can only be obtained in a specific area, only at a particular location, only from grape varieties or blends of grape varieties, yet in accordance with a long-standing practice<sup>669</sup>. In addition, based on the Wine Act of 1957 Rules on traffic in wine, cider and *petiot*<sup>670</sup> were passed. They concerned the protection of renowned wines of origin and the rights of employees performing inspections<sup>671</sup>.

Later on, in times of the former Yugoslav Federation, the Wine Act<sup>672</sup> was adopted and subsequently amended several times<sup>673</sup>. Further, with a view to detailed regulation the Wine Labelling Act<sup>674</sup> was also passed by the then Slovenian republican parliament. The republican Slovenian wine regulation was completed in 1974<sup>675</sup>. The then enforced constitutional

---

<sup>666</sup> *Weingesetz of 12 April 1907- samt Durchführungsverordnung vom 27. November 1907 und Ministerialverlass vom 22. November 1907*. Ein erstes österreichisches Weingesetz tritt in Kraft, das unter anderem die zulässigen Weinbehandlungsmaßnahmen auflistet und die Herstellung von Kunstwein verbietet (The first Austrian wine law comes into effect which, among other things, enumerates the permissible wine treatments and prohibits the production of synthetic wine): <http://www.oesterreichwein.at/unser-wein/kostbare-kultur-besonderer-genuss/geschichte/> (accessed 23 October 2013).

<sup>667</sup> Official Gazette of the Kingdom of Yugoslavia No. CXXIV 297 of 1929

<sup>668</sup> Official Gazette FLRJ, No. 31/57.

<sup>669</sup> A. Kristančič, Predlog zaščite geografskega porekla Goriška brda v okviru Evropske unije, Univerza v Novi Gorici, Visoka šola za vinogradništvo in vrtnarstvo, diplomsko delo, Ajdovščina, 2011, [www.ung.si/~library/diplome/VINARSTVO/6Kristancic.pdf](http://www.ung.si/~library/diplome/VINARSTVO/6Kristancic.pdf) (accessed 23 October 2013).

<sup>670</sup> *petiot*, *pikola*, East Styrian wine made from pomace, sugar and water.

<sup>671</sup> Official Gazette FLRJ, No. 35/58.

<sup>672</sup> Official Gazette of the SFRY, No. 27/65.

<sup>673</sup> The latest consolidated text was published in the Official Gazette of the SFRY, No. 31/1987.

<sup>674</sup> The Official Gazette SRS, No. 21/70.

<sup>675</sup> D Černic, Pomen blagovne znamke na trgu vina – primer blagovna znamka Quercus, Univerza v Ljubljani, Fakulteta za družbene vede, diplomsko delo, Ljubljana, 2002, [dk.fdv.uni-lj.si/dela/Cernic-Dajana.PDF](http://dk.fdv.uni-lj.si/dela/Cernic-Dajana.PDF).

arrangements<sup>676</sup> allowed republican legislation in this area. Accordingly, since then every former Yugoslav republic including Slovenia has adopted its own wine law. Hence, the Slovenian Wine and Other Products of Wine Act <sup>677</sup> was adopted and then amended in 1986<sup>678</sup>.

This Act, together with the newly accepted (already existing) Federal Rules on the Quality of Wines (adopted in line with the then Federal Standardisation Act<sup>679</sup>), continued to remain in force after the independence of the Republic of Slovenia (1991<sup>680</sup>), i.e. up until 1997 when a new Wine and Other Grape and Wine Products Act<sup>681</sup> was adopted and implemented, including its subsequent amendments and supplements<sup>682</sup>.

The last mentioned Act already took the European legislation into consideration, but could not take account of the results of the negotiations of the Republic of Slovenia with the European Union. In addition, in the meantime the European regulation was amended<sup>683</sup>; however, the last mentioned EU Regulation (as a supporting basis) was later replaced by a new EU regulation<sup>684</sup>. Later on, the European Union adopted various new additional regulations and agreements. This was certainly one reason for the adoption and enforcement of the current new Slovenian Wine Act that regulates grapes, cider, wine and other products made from grapes and wines.

In addition to the formal changes in EU law, the Slovenian wine law was also amended to reflect the changed conditions in the production and marketing of wine which were influenced by the single European market on one hand, and by the opening of the European market to third countries in line with the WTO's requirements on the other.

## **2.2 Objectives, principles and main solutions of the current Wine Act (2006)<sup>685</sup>**

The main grounds for the Act presently in force<sup>686</sup> may be summarised as follows:

- the new challenges and new situation in the industry (open market, competition, production exceeding consumption in the domestic market, price drop);
- consequently, producers' requirements for change; and

---

<sup>676</sup> Constitution of SFRY (Official Gazette SFRY, No. 9/1974); Constitution of SR Slovenia (Official Gazette SRS, No. 6/1974).

<sup>677</sup> Official Gazette SRS No. 16/74.

<sup>678</sup> Official Gazette SRS, No. 29/86.

<sup>679</sup> Official Gazette of the SFRY, Nos. 17/81 and 14/89.

<sup>680</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Statehood\\_Day\\_\(Slovenia\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Statehood_Day_(Slovenia)) (accessed 23 October 2013).

<sup>681</sup> Official Gazette RS, No. 70/1997.

<sup>682</sup> Official Gazette RS, No. 16/01.

<sup>683</sup> Regulation No. 822 of 16.03.1987.

<sup>684</sup> Regulation No. 1493 of 17.05.1999.

<sup>685</sup> National Assembly, Parliamentary materials, Prva obravnava, 22.06.2006, EVA: 2006-2311-0090, Predlog Zakona o vinu.

<sup>686</sup> The Wine Act, Official Gazette RS, Nos. 105/2006 and 72/2011.

- harmonisation with the EU acquis, in particular as a result of the Slovenian accession negotiations<sup>687</sup>.

Key innovations in the Act include the parallel introduction of the Roman type of wine care and protection. Until then, in Slovenia the Germanic protection system had been in force, although the Roman type of protection requires producers to cooperate more and be better organised.

The Act regulates the geographical origin of grapes, cider, wine and other products made from grape, cider and wine, the production of grapes, cider, wine and other products, the labelling and evaluation of wine, cider and other products, the marketing of grapes, cider, wine and other products as well as the appointment of authorised organisations to provide analytical, technical and administrative tasks (Article 1 of the Act).

The new Act's largest contribution to the Slovenian wine industry involved the merger of districts in the Drava wine-growing region.

According to the current Act, the geographical origin of wines and other products shall be designated by the geographical area where the grapes were harvested and with reference to certain special features acquired as a result of natural or human factors, grapes, wine and other products. The law distinguishes several types of wine denominations of origin, as follows:

- a protected geographical origin (ZGP), which may only indicate wines from a wine class of quality wines, which grapes and wine are produced in a given area, which is equal to or less than the wine-growing region;
- a recognised geographical indication (PGO), which may indicate IGT (deželna) wines for which all the grapes grown in a particular country or a region in a smaller area of a wine country;

---

<sup>687</sup> The Act in force listed the following EU regulations which were considered before adopting the Act: Council Regulation (EEC). 357/1979 of 5 February 1979 on statistical surveys of areas under vines (OJ L No. 54. of 5.03.1979, p. 124, as amended) and regulations governing its implementation in detail, Council Regulation (EEC). 2392/86 of 24 July 1986 establishing a Community vineyard register (OJ L no. 208 of 31.07.1986, p. 1, as amended) and regulations governing its implementation in detail, Council Regulation (EEC). 1601/91 of 10.06.1991 laying down general rules on the definition, description and presentation of aromatised wines, aromatised wine-based drinks and aromatised wine-product cocktails (OJ No L. 149, of 14.06.1991, p. 1, as amended) and regulations governing its implementation in detail, Council Regulation (EC). 1493/1999 of 17 May 1999 on the common organisation of the market (OJ L no. 179 of 14.07.1999, p. 1, as amended, hereinafter referred to as Regulation 1493/1999/ES) and regulations governing its implementation in detail, Commission Regulation (EC). No 884/2001 of 24 April 2001 laying down detailed rules of application concerning the documents accompanying the carriage of wine, and the records to be kept in the wine sector (OJ L no. 128 of 10.05.2001, p. 32, as amended, hereinafter referred to as Regulation 884/2001/ES), and regulations governing its implementation in detail, international treaties of the European Union with third countries governing the protection of wine names and the mutual recognition of oenological practices and resources, and the Treaty between the Kingdom of Belgium, Denmark, Federal Republic of Germany, Hellenic Republic, the Kingdom of Spain, French Republic, Ireland, the Italian Republic, the Grand Duchy of Luxembourg, the Kingdom of the Netherlands, Austria, Portugal, Finland, the Kingdom of Sweden, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (Member States of the European Union) and the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, Lithuania, Hungary, Malta, Poland, Slovenia and the Slovak Republic concerning the accession of the Czech Republic, Estonia, Cyprus, Republic of Latvia, Lithuania, Hungary, Malta, Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic to the European Union (Official Gazette - International Treaties, no. 3/04, 8/04 and 20/04, hereinafter referred to as the accession contract).

- a recognised traditional denomination (PTP), which may indicate wines for whose labelling a previously made expert special report defines the geographical area and characteristics of the wine and justifies the use of the traditional name. The Act provides that the PTP tag indicates the wines Teran<sup>688</sup> and Cviček, with the Teran wine being produced and bottled in

---

<sup>688</sup> Judgment and Ruling No. U 401/2005 of 6 November 2008, Administrative Department (Upravni oddelek): The documents indisputably show that the Teran wine, from which the Teran desert liqueur drink was made (which the administrative authority of first instance banned the sale of) made by the producer (applicant), registered in the register of producers of grapes and wine, and that the wine from which the drink was made, corresponds to the *Wine and Other Grape and Wine Products Act*, and to the *Rule of wine bearing the recognised traditional denomination – Teran*. Therefore, the applicant, in accordance with Article 28 of the *Wine and Other Grape and Wine Products Act*, which states that other products can be identified by geographical origin only if the grapes or wine from which they are processed originates entirely from the marked area, and there is evidence required, the Teran desert liqueur drink, R. (another product from wine) is rightly named with the prefix "Teran" ([www.sodisce.si/ustrs/odlocitve/64485](http://www.sodisce.si/ustrs/odlocitve/64485), Administrative Court Case-Law Database, (accessed 23 October 2013)).



the original packaging within the Karst (Kras) plateau wine sub-region, and the Cviček

wine within the Dolenjska region<sup>689</sup>.

The objective of the Act is to allow for the further development of viticulture and oenology.

---

<sup>61</sup> Decision No. U-I-228/00 of 8 November 2001, Official Gazette RS, No. 101/00, Official Gazette RS, No. 96/01 and OdlUS X, 182

Act on Amendments and Modifications of the Wine and Other Grape and Wine Products Act (Official Gazette RS, No. 16/01) (ZVDP), Art. 1 Rules on Wine with an Indication of the Recognised Traditional Name – Cviček (Official Gazette RS, No. 3/00), the second sentence of Art. 2.1, Art. 21

Art. 1 of the Act on Amendments and Modifications of the Wine and Other Grape and Wine Products Act (Official Gazette RS, No. 16/01) is not inconsistent with the Constitution. The second sentence of Article 2.1 and Art. 21 of the Rules on Wine with an Indication of the Recognised Traditional Name – Cviček (Official Gazette RS, No. 3/00) is not inconsistent with the Constitution and the statute.

The Constitutional Court had to answer the question of whether the determination of wine only in a certain wine-growing region as a condition for obtaining the right to use the mark of origin PTP is unconstitutional and undermines the principle of free enterprise (first and second paragraphs of Article 74 of the Constitution). Further, it had to answer whether the procedure for determining the PTP designation was inconsistent with the TRIPS Agreement (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994) and whether the National Assembly had acted arbitrarily in this (violation of the rule of law under Article 2 of the Constitution), and contrary to the principle of equality before the law (Art. 14.2 of the Constitution).

The challenged regulation does not interfere with the principle of free economic initiative as determined in Art. 74.1 of the Constitution. By adopting the Wine and Other Grape and Wine Products Act (ZVDP), the legislature wanted to assure and enable the further development of wine growing and wine making, especially by directing wine growing and wine making towards the quality production of grapes and wine. Therefore, the statutory regulation of the protection of the designation of origin proceeds from the principle of consumer protection and from the protection of the producer of grapes and wine. The protection of the producers and consumers of wine is provided by ZVDP, particularly by the strict protection of the designation of origin of wine and its indicating, as well as by the protection of the quality of wine and its indicating. The goals pursued by the legislature are in the public interest since the consistent and proper use of indications of the designation of origin is in the interest of the protection of a producer as well as a consumer of wine.

The challenged regulation is also not inconsistent with Art. 14.2 of the Constitution. The conditions determined by the legislature for acquiring the right to use an indication of the designation of origin are valid within the area to which a certain indication of the designation of origin applies. These conditions apply equally to everyone within the state. The conditions for use of an indication of the designation of origin apply equally to everyone since the Act does not determine different conditions for acquiring the right to use indications of the designation of origin according to the producers of grapes and wine, but according to the special characteristics of the produce (grapes and wine), which is the result of natural resources (soil, climate, water, flora, fauna) or caused by the traditional methods of manufacturing.

The challenged regulation was not adopted arbitrarily. In accordance with Art. 4.5 of ZVDP, a special expert detailed report was made. It precisely defines the geographical area in which Cviček wine is produced, its characteristics and the established use of the traditional name. ZVDP-A and the Rules determined in the challenged provisions the wine-growing district for the production of Cviček PTP wine on the basis of the aforementioned report.

The challenged regulation is not inconsistent with the principle of trust in the law (Art. 2 of the Constitution). The Constitutional Court adopted a position in line with the existing judicial practice that in cases where applied operating conditions are changing, a reasonable time limit for the adjustment to the new conditions has to be provided. The Constitutional Court found the time needed for the adjustment to the new conditions to be reasonable. It thereby has to be emphasised that ZVDP-A does not prevent a petitioner from producing wine from grapes from which Cviček is usually produced, but only prevents them from indicating such a wine with the Cviček PTP indication.

The challenged regulation is not inconsistent with the International Agreement on the Trade Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), which only determines the basic principles for regulation of the commercial aspects of intellectual property rights and the basic principles for the exercise of those rights. The specific regulation is left to national legislatures. It follows from ZVDP that anyone who fulfils the prescribed conditions for use of an indication of the designation of the origin of wine may use it. The right to use is acquired with a decision on the evaluation of wine (Art. 26.1 of ZVDP). The legal protection of rights is

The Act stresses the importance of quality production in viticulture and oenology, and opens up new approaches to the marketing of wine. This is particularly important in facilitating the transition to the Roman type of care and protection of the origin according to which only a wine from an area with a certain distinctive character of wine<sup>690</sup> will be a PTP wine.

It is important to use traditional terms that are understandable by non-Slovenian-speaking consumers in order to enable Slovenia to increase its wine exports and to obtain new wine marketing opportunities<sup>691</sup>. On one hand, the reduction in the number of districts must also lead to improved recognition of the wine and better marketing while, on the other hand, it has to lead to a reduction of administrative borders for producers.

The main principle of the Act is to protect wine consumers and wine producers.

In accordance with the provisions of the European legislation, the Act introduced two concepts – a traditional term and an additional traditional expression that had hitherto in the current Slovenian legislation made up part of a geographical indication. The Act is conceptually in line with European regulations in this area.

The Act introduced two new traditional expressions (eminent wine and renowned wine) that can be used as follows: the first instead of or together with the traditional term "high quality wine ZGP", and the others instead of or together with the traditional term for "wine PTP", in order to be comprehensible to non-Slovenian-speaking customers.

As a result of the negotiations between Slovenia and the European Union, the minimum natural alcoholic strengths are also different. These shall be inspected in wine-making, following the example of most wine-growing countries. The creation of a separate wine-making inspection is necessary because the law requires certain additional conditions for a wine-inspector (cited in the wine cellar, a test of sensory knowledge).

### **2.3 Some particularities of the current legal regulation**

**Wine brands and other products:** Wine brands are: still wine, sparkling wine, superb sparkling wine, liquor or special wine (para. 1 of Article 2 of the Act). Other products are: concentrated grape cider, rectified concentrated grape cider and the remaining products made from grapes, cider and wine if used in the production of cider and wine (para. 2 of Article 2 of the Act). If products made from grapes, cider and wine, not listed above, contain cider, wine, concentrated grape cider or rectified concentrated grape cider, they shall satisfy the conditions prescribed by the Act (para. 3 of Article 2 of the Act).

**Geographical origin of grapes, cider, wine and other products:** Grapes, cider, wine and other products with a designation of origin in the Republic of Slovenia shall be marked with the geographical indication of the production areas, with the traditional name and also with an

---

<sup>690</sup> National Assembly, Parliamentary materials, prva obravnava, 22.06.2006, EVA: 2006-2311-0090, Predlog Zakona o vinu.

<sup>691</sup> <http://en.ljubljanskavinskapot.si/radost/winegastronomy/about-wine/wine-growing-slovenia/> (accessed 23 October 2013).

additional traditional name if they have acquired certain special features due to natural or human factors (Article 3 of the Act).

**Protection and control of geographical origin:** To protect and control the geographical origin of grapes, cider, wine and other products, traditional terms, other traditional terms, and geographical indications are determined by the Act, by the regulations issued thereunder and by rules of the European Union (para. 1 of Article 4 of the Act). Geographical indications, traditional names and additional traditional names are a collective right that may be used by the producers of grapes, cider, wine and other products that are entered into the Register of grape and wine if grapes, cider, wine and other products are produced in a given geographical area and fulfil other prescribed conditions, in particular regarding oenological practices and resources, constraints on crop/hectare, vine selection (production of registered and permitted vine sorts and bases), chemical compounds found in grapes, cider, wine and other products, where the vineyard is planted in the appropriate area of vines and wine, cider and other products are also adequately assessed and marked (para. 2 of Article 4 of the Act).

**Ban on the labelling of other products:** Geographical indications, traditional expressions or additional traditional terms, as well as their parts or derivatives of the word should not be used:

- for other beverages containing alcohol; or
- for any other products from grapes, cider and wine that are not used in the production of cider and wine (para. 1 of Article 5 of the Act).

**Traditional names and additional traditional names:** Traditional names and additional traditional names may only be used for wine and cider, but can also be used for other products provided they are not intended for the end-consumer (para. 1 of Article 6 of the Act). Traditional names shall be used in conjunction with the geographical indications provided for in the Act, in the regulations issued thereunder and in regulations of the European Union (para. 2 of Article 6 of the Act). For wines that are not still, the type of wine shall be added to the traditional name (para. 2 of Article 6 of the Act).

**PTP Wine:** Labelled PTP wines may be wines that meet certain conditions for use of an additional traditional term "Teran" or "Cviček", as determined by the Act and by the regulations issued thereunder (para. 1 of Article 7 of the Act). The terms »Teran« and »Cviček« can be used as a constituent part of a geographical indication (para. 2 of Article 7 of the Act). PTP wine can be connected to other traditional terms if so specified in the study and in the regulation governing the detailed conditions for the production and labelling of wine (para. 3 of Article 7 of the Act). Other wines from the PDPO wine quality class<sup>692</sup>, other than "Cviček PTP Dolenjska wine" and "Teran PTP Kras wine", may have a PTP wine indication if a preliminary expert report is also made for such wine which provides the name of PTP wine that is a derivative of a word from the list of geographical indications under this Act which sets out the conditions of production,

---

<sup>692</sup> " Areas planted with wine grape varieties suitable for the production of quality wines produced in specified regions (pdpo) in accordance with the provisions of Regulation (EC) No. 1493/1999 and its implementing provisions of this regulation, as well as with the national provisions adopted pursuant to that Regulation" (Commission Regulation (EC) No. 1402/2003 of 1 August 2003 setting out the schedule of tables and laying down the definitions relating to basic statistical surveys of areas under vines).

including a definition of the geographical area of production not smaller than the narrow district that provides the technology and the production of wine (para. 4 of Article 7 of the Act).

**Geographical indications of production areas:** The origin of wines and other products shall be labelled according to the geographical area in which the grapes were harvested (para. 1 of Article 8 of the Act). According to the ecological conditions (relief, climate, soil and agro-biological factors), vine sciences, main organoleptic characteristics of cider, wine and other traditional and historical aspects of the production, the wine-growing area of the Republic of Slovenia shall be divided into the following regions: wine-growing regions, wine-growing districts and wine-growing sub-districts, narrow wine-growing districts, wine-growing places and wine-growing areas (para. 2 of Article 8 of the Act). The wine-growing region is quite a wide geographical area with similar climatic and soil conditions which (together with agro-biological main factors) affects the organoleptic properties of wine, cider and other products produced in the area. Wine regions are: "Primorska"(Littoral), "Drava" and "Posavje" (para. 3 of Article 8 of the Act). A wine-growing district is a geographically defined area with similar climatic and soil conditions, a similar selection of sorts and other similar agro-biological factors that enable the production of grapes, cider, wine and other products for a specific wine district offering similar organoleptic properties. Wine-growing districts are: "Štajerska Slovenija" (Styrian Slovenia), "Prekmurje", "Dolenjska", "Bela Krajina", "Bizeljsko Sremič", "Kras" (Karst), "Slovenian Istria", "Vipava Valley" or "Vipava" and "Brda" or "Goriška Brda« (para. 4 of Article 8 of the Act)<sup>693</sup>.

**Determination of the production areas:** The Minister shall determine the boundaries of the production areas and place them on the list of geographical indications on the basis of a study of the regions prepared by an authorised organisation (para. 1 of Article 9).

**Vine selection:** The growing area of the Republic of Slovenia shall be planted by those varieties of *Vitis vinifera* that are determined by vine selection. This issue shall be determined by the minister on the basis of a study of the production areas. In the above mentioned study, the authorised organisation specifies the appropriateness of each vine sort for the particular production region according to the ampelographic characteristics of the sort, the character of the wine produced from the respective sort and the advantages of the sort for the market.

**Cultivation of grapes, cider, wine and other products:** The production of grapes covers all work in the vineyard, including the harvesting of grapes (para. 1 of Article 12 of the Act). The production of cider, wine and other products includes: transport and acceptance of grapes; processing of grapes: removal of stems and crushing of grapes; tasks of a cellarman: pressing of grapes, treatment of cider; conducting the alcoholic fermentation of cider; clarifying, maintenance and storage of cider, wine and other products; and the preparation of wine for consumption: bottling of wine in the prescribed original packaging and storage of wine prior to dispatch (para. 2 of Article 12 of the Act).

**Producers of grapes, cider, wine and other products:** Grapes, cider, wine and other products can be produced by independent individual proprietors and by legal entities that meet all the conditions required for the respective activity: professional qualification, appropriate facilities and equipment as well as due registration (para. 1 of Article 13 of the Act). The

---

<sup>693</sup> <http://www.wine-searcher.com/regions-slovenia> (accessed 23 October 2013).

producer of grapes is a natural person or a legal entity that grows grapes for cider or wine and other products and:

- cultivates at least 0.05 hectare of vineyards; or
- cultivates less than 0.05 hectare of vineyards, provided that he/it places grapes, cider, wine or other products on the market (para. 3 of Article 13 of the Act).

**Liability for registration:** Producers shall be entered in the register of farmers who grow grapes, produce cider, wine or other products and satisfy the prescribed conditions (para. 1 of Article 14 of the Act). Producers shall be registered in the administrative unit where such a register is kept (para. 3 of Article 14 of the Act).

**Vineyards in absolute positions:** Appropriate cider areas for the production of PDPO wines and IGT PGO wines shall be identified according to specific criteria – the absolute position of vineyards. A vineyard in an absolute position is a vineyard where the vines can provide the best quality output (para. 1 of Article 17 of the Act).

**Grapes:** The grapes suitable for the production of cider, wine and other products can only be produced on the surfaces of growing areas and from the recommended and authorised varieties of *Vitis vinifera*, as determined in the vine selection (para. 1 of Article 19 of the Act). The grapes for making wine belonging to PDPO wines and IGT PGO wines, IGT PGO cider and other products can only be produced in absolute vineyard sites (para. 2 of Article 19 of the Act). The grapes for the production of cider, wine and other products shall be produced according to the appropriate viticultural technology, with reference to the envisaged wine quality and in accordance with the accession treaty, primarily in consideration of the hectare yield limits and of the corresponding content of natural alcohol (para. 3 of Article 19 of the Act).

**Harvesting:** The harvesting of grapes for cider, wine and other products is not permitted before the grapes are technologically mature. Technological maturity shall be noted by the producer himself/itself, taking account of the results of monitoring the ripening of grapes carried out by an authorised organisation (para. 1 of Article 21 of the Act).

**Grapes for high quality ZGP wine:** If a producer wants to produce wines bearing the designation of high quality ZGP wine, he/it shall obtain the opinion of an authorised organisation about the quantity and quality of grapes for the high quality ZGP wine, in particular regarding the level of the natural strength and health of the grapes (para. 1 of Article 22 of the Act).

**Care of grapes, cider, wine and other products:** Grapes, cider, wine and other products shall be handled in a way that preserves and develops all of their natural quality characteristics (para. 1 of Article 23 of the Act). Only prescribed oenological practices and oenological products are permitted in the production of grapes, cider, wine and other products. The use of certain oenological practices and resources and the time and place of their use shall be pre-notified to the inspector in charge of wine (para. 2 of Article 23 of the Act). It is prohibited to add any substance to grapes, cider, wine and other products, unless specifically permitted by the Act, by the regulations issued pursuant thereto or by the European Union (para. 3 of Article 23 of the Act).

**Content material:** Cider, wine and other products shall contain the required content of the substance (para. 1 of Article 14 of the Act). If the value of the content of each substance is not determined by any regulation of the European Union or by the minister, the values shall be used

as recommended by the International Organisation of Vine and Wine (*Organisation Internationale de la Vigne et du Vin*)<sup>694</sup> and included in its publications (para. 2 of Article 24 of the Act).

**Isotopic analysis:** To establish a data bank of the European Union, the Republic of Slovenia shall submit the results of an isotopic analysis carried out by an institution regulated by the European Union (Article 25 of the Act).

**Alcohol-free wine and low-alcohol wine:** An alcohol-free wine is a drink made from wine with the alcohol content subsequently reduced to a maximum of 0.5 vol. % without the addition of any new substances so as to minimise the impact on the character of the wine (para. 1 of Article 26 of the Act). A low-alcohol wine is a drink made from wine whose alcohol content is subsequently, without the addition of any new substances, reduced from 0.5 vol. % to 5.0 vol. % so as to minimise the impact on the character of the wine (para. 2 of Article 26 of the Act).

**Experimental wine:** Experimental wine is a wine made using oenological practices and resources that are not prescribed, and may only be offered to the market if the producer has already obtained the respective permission (Article 27 of the Act).

**Mixing of grapes, cider, wine and other products:** The mixing of grapes, cider, wine and other products for each grade, geographical origin, vintage and different grape colours shall only be allowed to the prescribed extent and in the prescribed manner (Article 28 of the Act).

**Oenological resources:** The producer of cider, wine and other products may only use originally packaged oenological products containing only permitted active substances, such as those laid down by the rules of the European Union that govern oenological products (Article 29 of the Act).

**Evaluation of cider, wine and other products:** The evaluation of cider, wine and other products serves to determine the respective suitability for the market, the labels appropriate for cider, wine and other products on the market and to check the compliance of cider, wine and other products with the respective accompanying documents (para. 1 of Article 30 of the Act).

**Mandatory evaluation of cider, wine and other products prior to marketing** (para. 1 of Article 31 of the Act): Wine from the PDPO class of wines, the IGT PGO wine, the IGT PGO cider and other products shall be evaluated in the prescribed manner prior to their marketing to the end-consumer. After the evaluation, the cider, wine and other products cannot be changed.

**Parameters taken into account in the evaluation** (para. 1 of Article 32): In evaluating the PDPO class of wines, IGT PGO wines, cider and other products produced in the Republic of Slovenia, the following shall be considered when determining the respective geographical origin:

- the production area of grapes, cider, wine and other products;
- yields;
- results of laboratory analyses;
- oenological practices and processes;
- tasting (except for other products); and
- a producer's request.

---

<sup>694</sup> <http://www.oiv.int/oiv/cms/index?lang=en> (accessed 23 October 2013).

**Tasters** for the organoleptic evaluation of cider, wine and other products shall be appointed by the minister, provided that they meet the prescribed conditions (para. 1 of Article 34 of the Act).

**Commission for the organoleptic evaluation of cider and wine:** The organoleptic evaluation of cider and wine is carried out by an authorised commission of tasters consisting of representatives of producers, consumers and professionals in viticulture and oenology (para. 1 of Article 35 of the Act).

**Labelling of cider, wine and other products:** The labelling of cider, wine and other products (labels, packaging, documents and advertising material for supply to the end-consumer) only prescribes markings and packaging. These two things should not mislead the consumer as to the geographical origin, quality, ingredients, varieties of grapes, any decorations, producers, special production methods, and other properties of cider, wine and other products (para. 1 of Article 36 of the Act).

**Labelling of the geographical origin of ciders, wines and other products:** The labelling of ciders, wines and other products is subject to the marking and traditional terms prescribed in the Act, provided it has been established by a decision that the evaluation of wines complies with the statutory conditions (para. 1 of Article 37 of the Act). The labelling of ciders, wines and other products can also use other traditional terms prescribed by the Act (para. 2 of Article 37 of the Act).

**Identification of the types of wine** (para. 1 of Article 38 of the Act):

The labelling of the types of wine produced in the Republic of Slovenia that meet the prescribed conditions may include the type of wine or the following traditional terms:

- Still wines: "high quality wine ZGP", "quality wine ZGP", "wine PTP", "IGT PGO Wine" or "table wine".
- Sparkling wines: "superb sparkling wine ZGP", "quality sparkling wine ZGP", "sparkling wine PTP", "quality sparkling wine" or "sparkling wine".
- Semi-sparkling wine: "quality semi-sparkling wine ZGP", "IGT PGO semi-sparkling wine", "semi-sparkling wine PTP" or "semi-sparkling wine".
- Liqueur wine: "quality liqueur wine ZGP", "liqueur wine PTP", "IGT PGO liquor wine" or "liqueur wine".

The above mentioned wines that are carbonated or flavoured shall bear an additional indication: "flavoured" or "carbonated" (para. 2 of Article 38 of the Act).

Cider for direct human consumption produced in the Republic of Slovenia that meets the prescribed conditions shall be labelled with the traditional term "Land cider PGO" (para. 3 of Article 38 of the Act).

**Labelling with geographical indications according to the traditional term:**

(1) A geographical indication of the wine region is used for country and IGT PGO wines and cider PGO (para. 1 of Article 39 of the Act). A geographical indication of the wine region is used for quality PDPO wines (para. 2 of Article 39 of the Act). A geographical indication of any narrower wine-growing district may be used as an additional geographical designation for quality PDPO wines (para. 3 of Article 39 of the Act). A geographical indication of the wine-growing



location or place may only be used as a collateral geographical indication for ZGP quality wines and for PTP wine (para. 4 of Article 39 of the Act).

(5) Geographical indications may only be used in the form provided with a list of geographical indications (para. 5 of Article 39 of the Act).

**Rules on the labelling of origin:** A geographical indication shall be clearly visible on the packaging (para. 1 of Article 40 of the Act).

**Prohibition of labelling:** The labelling of cider, wine and other products is prohibited (para. 1 of Article 41 of the Act) if it is any way misleading, especially as regards the geographical origin of wine. The translation of geographical indications as well as traditional and additional traditional terms is also prohibited. Any indication of effects or properties that do not exist is also prohibited. It is prohibited to provide any specific characters if comparable products have identical or very similar properties.

**Marketing:** The marketing of grapes, cider, wine and other products under the Act includes all procedures subsequent to the cultivation of grapes, cider, wine and other products, such as those resulting from storage other than storage for the grower's own consumption, the transport, distribution and sale of grapes, cider, wine and other products (para. 1 of Article 42 of the Act). In accordance with the Act, marketing shall also be deemed to include the offering of wine in bars, wine shops, on farms, along wine routes as well as in other forms of direct offers of cider and wine to the end-consumer (para. 2 of Article 42 of the Act).

**Prohibition of marketing:** The marketing of certain cider, wine and other products is prohibited (para. 1 of Article 43 of the Act): Prohibited is the marketing of cider, wine and other products: produced from grapes of the vine *Vitis vinifera*, other than hybrids of *Vitis vinifera* and other species of the genus *Vitis*; and produced from grapes of interspecific hybrids of *Vitis vinifera* provided they were produced in the Republic of Slovenia etc.

**Offer of cider and wine, depending on the bottling:** Wine can only be marketed to the end-consumer as originally bottled. An originally bottled wine is one that is filled in the prescribed packaging and labelled in the prescribed manner (para. 1 of Article 44 of the Act).

**Conditions of marketing:** Grapes, cider, wine and other products on the market should be treated so as to retain all of their organoleptic as well as physical and chemical properties (para. 1 of Article 45 of the Act).

#### **Place of production of cider and wine:**

Wine of the PDPO class shall only be produced (other than the preparation of wine for consumption) in the wine district in which the grapes were harvested (para. 1 of Article 47).

#### **Administration and monitoring:**

Analytical, technical and administrative tasks of viticulture and oenology such as those provided by the Act and its implementing regulations are to be carried out by authorised organisations (para. 1 of Article 48).

Implementation of the Act, the regulations issued pursuant thereto and regulations of the European Union in the field of grapes, cider, wine and other wine-making is subject to an

inspection service that operates within the inspectorate responsible for agriculture; monitoring the implementation of some provisions is also provided by the agricultural inspection service; monitoring of the implementation of certain provisions is also provided by the inspection service responsible for the quality control of agricultural products and foodstuffs (para 1 of Article 50 of the Act).

In carrying out inspections pursuant to the Act, the transport of grapes, cider, wine and other products, the police (in line with its powers) provides assistance to the wine or agricultural inspector as well (para. 1 of Article 54).

## REFERENCES:

Constitutional Court of the Republic of Slovenia: Decision No. U-I-228/00 of 8 November 2001, Official Gazette RS, No. 101/00, Official Gazette RS, No. 96/01 and OdlUS X, 182

Černic, Dajana, Pomen blagovne znamke na trgu vina – primer blagovna znamka Quercus, Univerza v Ljubljani, Fakulteta za družbene vede, diplomsko delo, Ljubljana, 2002, [dk.fdv.uni-lj.si/dela/Cernic-Dajana.PDF](http://dk.fdv.uni-lj.si/dela/Cernic-Dajana.PDF)

Goršič, France, "Organizacija gore in Gorske bukve." Kronika (Ljubljana) Volume 8. No. 1 (1960), pp. 36-40.

<<http://www.dlib.si/?URN=URN:NBN:SI:DOC-6CD7VLJ8>> Narodna in univerzitetna knjižnica (Digitalizirano v okviru projekta Digitalna knjižnica Slovenije - dLib.si (EEA SI0014))

<http://www.us-rs.si>, Constitutional Case-Law Database

<http://www.sodisce.si/urs/odlocitve/64485>, Administrative Court Case-Law Database

[http://en.wikipedia.org/wiki/Slovenian\\_wine](http://en.wikipedia.org/wiki/Slovenian_wine)

<http://www.fama.eu/vina/Zakonodaja/zakonodaja1.htm>

<http://en.ljubljanskavinskapot.si/radost/winegastronomy/about-wine/wine-growing-slovenia/>

[http://dvs-lendava.si/?page\\_id=55&lang=en](http://dvs-lendava.si/?page_id=55&lang=en)

<http://www.slovenianwine.si/>

<http://www.slovenia.si/en/slovenia/history/the-independent-state/>

[http://www.servat.unibe.ch/icl/si\\_\\_indx.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/si__indx.html)

<http://www.vinskacestakras.si/en/wine/index.html>

<http://vodnik.kras-carso.com/?id=234&oblika=ZNACILNO&isci=>

<http://www.oiv.int/oiv/cms/index?lang=en>

<http://www.wine-searcher.com/regions-slovenia>

<http://www.oesterreichwein.at/unser-wein/kostbare-kultur-besonderer-genuss/geschichte/>

<http://www.drustvo-vinogradnikov.si/>

<http://www.knjiznica-celje.si/raziskovalne/7020000236.pdf>

[http://en.wikipedia.org/wiki/Statehood\\_Day\\_\(Slovenia\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Statehood_Day_(Slovenia))

[http://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Guinness\\_World\\_Records](http://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Guinness_World_Records)

<http://www.slava-vojvodine-kranjske.si/>

<https://www.ip-rs.si/.../odlocbe-in-mnenja-varstvo-osebni-p>, Information Commissioner Case-Law Database

Johnson, H. & Robinson, J. *The World Atlas of Wine*, p. 253 pages, Mitchell Beazley Publishing 2005 ISBN 1-84000-332-4.

Kristančič, Alan, Predlog zaščite geografskega porekla Goriška brda v okviru Evropske unije, Univerza v Novi Gorici, Visoka šola za vinogradništvo in vrtnarstvo, diplomsko delo, Ajdovščina, 2011, [www.ung.si/~library/diplome/VINARSTVO/6Kristancic.pdf](http://www.ung.si/~library/diplome/VINARSTVO/6Kristancic.pdf)

University Press 2006 ISBN 0-19-860990-6

Ministrstvo za kmetijstvo, gozdarstvo in prehrano. *Opis stanja v panogi*. Retrieved 10 March, 2011.

National Assembly, Parliamentary materials, prva obravnava, 22.06.2006, EVA: 2006-2311-0090, Predlog Zakona o vinu

Robinson, J. (ed.) *"The Oxford Companion to Wine"* Third Edition, pp 632-633 Oxford University Press 2006 ISBN 0-19-860990-6

Zakon o vinu (Wine Act), Official Gazette RS, Nos. 105/2006 and 72/2011; [http://zakonodaja.gov.si/rpsi/r06/predpis\\_ZAKO4816.html](http://zakonodaja.gov.si/rpsi/r06/predpis_ZAKO4816.html)

# Eneja Drobež Male glasbene pravice

## POVZETEK

Prve kolektivne organizacije za upravljanje avtorskih pravic so nastale z namenom učinkovitejšega uveljavljanja malih glasbenih pravic. Tudi v današnjem času je vloga kolektivnih organizacij pri upravljanju malih glasbenih pravic ključnega pomena. Tako so male glasbene pravice v državah, kjer je vpliv kolektivnih organizacij manjši, tudi pravno manj varovane kot na primer pravice do reproduciranja del. Male glasbene pravice so v 147. členu ZASP opredeljene kot »pravice do priobčitve javnosti neodrskih glasbenih del«. Po uveljavitvi Direktive 2001/29/ES o avtorski pravici v informacijski družbi je treba pojem »priobčitev javnosti« kot pojem evropskega prava enotno razlagati v vseh državah članicah, razen če je javnost prisotna na kraju izvora priobčitve. Sodišče EU je kot organ, pristojen za obvezujočo razlago evropskega prava, v zadevi C-135/10 ta pojem opredelilo ožje in deloma drugače, kot ga določata ZASP in dosedanja slovenska sodna praksa. V najnovejših odločitvah pa se Sodišče EU ukvarja predvsem z vprašanjem, kdaj in na kakšen način pride do priobčitve javnosti po svetovnem spletu. Na tem področju tudi v državah članicah ni ustaljene sodne prakse. Tako Sodišče EU postavlja enotne evropske standarde, ki določajo, v katerih primerih so kolektivne organizacije upravičene zahtevati plačilo iz naslova izključnih pravic.

*Ključne besede: avtorsko pravo, male glasbene pravice, priobčitev javnosti, evropsko avtorsko pravo, kolektivne organizacije*

## Small music rights

## ABSTRACTS

Initially collective management organizations were established to enhance the efficient management of small musical rights. Their role of collectively managing small musical rights remains pivotal to this day. In countries where collective management organizations lack monopoly in handling small musical rights, these receive lesser legal protection than e.g. reproduction rights. In Slovenian law covering copyright and related rights, small musical rights are defined in Art. 147 as »communication to the public of non-theatrical musical works«. Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society defines the term "communication to the public" at EU level, which requires consistent interpretation in all EU member states, except when the public is present at the place where the communication originates. Therein the Court of Justice of the European Union plays an important role in defining "communication to the public". In case C-135/10 it defined the term in a way which contradicts the perception of Slovenian legislator and the courts.

In its subsequent decisions the Court of Justice of the European Union continues to handle the question of communication to the public on the World Wide Web and hence covers the lack of established jurisprudence in EU member states. In both cases it develops common EU legal standards, which define the cases in which collective management organizations are entitled to payments originating from exclusive rights.

*Keywords: copyright law, small musical rights, communication to the public, european copyright law, collective societies*

## 1. Uvod

Male glasbene pravice so v 147. členu Zakona o avtorskih in sorodnih pravicah (ZASP)<sup>695</sup> opredeljene kot »pravice do priobčitve javnosti neodrskih glasbenih del«. V preteklosti, v nekaterih državah pa tudi sedaj, so bile pravice do priobčitve javnosti manj varovane kot druge vrste avtorskih pravic, na primer pravica do reproduciranja. Pomembnejšo vlogo so male glasbene pravice pridobile šele z ustanovitvijo kolektivnih organizacij, ki so si prizadevale za zakonsko priznanje malih glasbenih pravic ter za njihovo učinkovito uveljavljanje.

Nadaljnji razvoj varovanja malih glasbenih pravic v Evropi je odvisen predvsem od evropskega prava. Po uveljavitvi Direktive 2001/29/ES o avtorski pravici v informacijski družbi se namreč zahteva enotna razlaga pojma »priobčitev javnosti« v vseh državah članicah, razen če je javnost prisotna na kraju izvora priobčitve. Tako se postavljajo enotni evropski standardi, ki določajo, v katerih primerih so kolektivne organizacije upravičene zahtevati plačilo iz naslova malih glasbenih pravic. Sodišče EU je ta pojem opredelilo ožje in deloma drugače, kot ga določata ZASP in dosedanja slovenska sodna praksa. V najnovejših odločitvah pa se Sodišče EU ukvarja predvsem z vprašanjem, kdaj in na kakšen način pride do priobčitve javnosti po svetovnem spletu.

## 2. Zgodovinski razvoj pravice do priobčitve glasbenih del javnosti

### 2.1. Odnos do pravice do priobčitve javnosti v starem Rimu, v Evropi po izumu tiska ter v Angliji po Statute of Anne

Že v starem Rimu je veljalo, da govor, potem ko je bil podan javnosti, postane javna stvar (lat: *res publica*) oziroma prosto dostopna stvar (lat: *res libera*). Za avtorja je tako obstajala le možnost, da svoje delo zadrži kot skrivnost.<sup>696</sup> V nekaterih mestnih državah, kot na primer v

---

<sup>695</sup> Ur. l. RS, št. 21/95 in nasl.

<sup>696</sup> E. Höffner, *Geschichte und Wesen des Urheberrechts*, München 2010, str. 12.

Benetkah na podlagi edikta iz leta 1545, je imel avtor v takem primeru določeno pravno varstvo proti neavtorizirani prvi priobčitvi. Ko pa je bilo delo z dovoljenjem avtorja predstavljeno javnosti ter s tem objavljeno, se je lahko prosto uporabljalo.<sup>697</sup>

Razvoj avtorske pravice je neposredno povezan z razvojem tehničnih možnosti za razširjanje idej, torej z razvojem papirja in tiska. Dokler so se namreč ideje v Evropi prenašale le s prepisovanjem in ustnim izročilom, potreba po pravnem urejanju tega področja še ni bila tako velika.<sup>698</sup> Potem ko je Gutenberg okoli leta 1450 dovršil prvi celostni mehanizem za tiskanje knjig s pomočjo premikajočih črk, so se možnosti reproduciranja idej bliskovito povečale, saj se je »lahko v enem dnevu več natiskalo, kot se je prej v enem letu napisalo«.<sup>699</sup> Vendar je bila v času po dovrstitvi sistema tiska do 19. stoletja s privilegiji pravno varovana le pravica do reproduciranja besedil, ne pa tudi pravica do priobčitve del javnosti.<sup>700</sup>

Prvi zakon, ki pravice do reproduciranja s pomočjo tiska ni pogojeval s pridobitvijo vladarjevega privilegija, temveč je avtorsko pravico urejal kot objektivno izključno pravico, je bil *Statute of Anne* iz leta 1710. S tem zakonom je bila avtorju še neobjavljenega rokopisa oziroma njegovemu pravnemu nasledniku podeljena izključna pravica, da dovoli oziroma prepove tisk rokopisa.<sup>701</sup> Sodišče kanclerja (ang.: *Court of Chancery*) je v zadevi *Bach vs. Longman* (1777) odločilo, da so s *Statute of Anne* varovane tudi note, zaradi česar mora tiskar za njihovo tiskanje pridobiti dovoljenje avtorja. Vendar je bilo varstvo omejeno samo na tiskanje. Za javno uprizoritev notnih del privolitve avtorja v skladu z odločitvami *Court of Chancery* v zadevah *Coleman vs. Wathen* (1793) ter *Murray vs. Elliston* (1822) ni bila potrebna.<sup>702</sup>

## 2.2. Razvoj malih glasbenih pravic in njihovega kolektivnega upravljanja v Franciji

Francija je bila prva država, v kateri je prišlo do gibanja za plačilo avtorskih honorarjev za priobčitev glasbenih del javnosti. Pravna podlaga, ki je to omogočila, je bil avtorskopravni zakon z dne 13. januarja 1791, ki je dotedanji sistem privilegijev nadomestil s priznanjem intelektualne lastnine (fran. *propriété littéraire et artistique*). Z uveljavitvijo tega zakona se je za javno predvajanje dramskih in glasbenih del prvič zahtevalo dovoljenje avtorja.<sup>703</sup>

Povod za začetek gibanja leta 1847 je bil znani sodni spor med tekstopiscem Bourgetom, skladateljema Henrionom in Parizotom ter lastnikom pariške restavracije »Ambassadeurs«. Skladatelja in pisec besedil so se branili plačila večerje, ker se je med večerjo predvajala njihova glasba, za kar oni niso dobili plačila. Lastnik restavracije je sodni spor izgubil, avtorji pa so

---

<sup>697</sup> Prav tam, str. 36.

<sup>698</sup> C. Hesse, *The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.–A.D. 2000: An Idea in the Balance*, *Daedalus, Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, poletje 2002, str. 27.

<sup>699</sup> Citirano po: Polydorus Vergillius, *De inventoribus rerum*, Benetke, 1499, v: Höffner (op. pod črto št. 2), str. 20.

<sup>700</sup> Prav tam, str. 33.

<sup>701</sup> M. Rose, *Authors and Owners*, Cambridge 1993, str. 154–158.

<sup>702</sup> E. Höffner (op. pod črto št. 2), str. 115.

<sup>703</sup> R. Schwab, *Recht und Praxis der Urheberverwertungsgesellschaften in Frankreich*, München 1989, str. 8.

pridobili tako civilno kot tudi kazenskopravno varstvo glasbenih del. *Dillenz* pri tem pripominja, da lahko le redke branže izkažejo tako neresne začetke, kot je gostilniški spor o plačilu.<sup>704</sup>

18. marca 1850 je bila z namenom skupnega upravljanja pravic javnega predvajanja glasbenih del ustanovljena Centralna agencija za varovanje pravic avtorjev glasbe in skladateljev (Agence centrale pour la perception des Droits des Auteurs et Compositeurs de Musique). Pri njeni ustanovitvi so sodelovali tudi založniki, na katere so avtorji prenesli pravice do priobčitve javnosti. Potem ko se je model skupnega upravljanja izkazal za učinkovitega, je bila 28. februarja 1851 ustanovljena prva kolektivna organizacija, ki se je imenovala Združenje avtorjev, skladateljev in glasbenih založnikov SACEM (Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique). Njeno delovanje je bilo omejeno na upravljanje s pravicami priobčitve javnosti neodrske glasbe, medtem ko so skladatelji oper z izvajalci svojih del sklepali neposredne pogodbe. Z vodenjem reprezentativnih sodnih procesov je SACEM uspelo spremeniti dotedanji običaj, da so skladatelji instrumentalne glasbe svoja dela prodali založniku za enkratni honorar, ne da bi bili nadalje udeleženi pri prihodkih založnika iz naslova priobčitve glasbe javnosti.<sup>705</sup>

### **2.3. Priznanje malih glasbenih pravic in njihovo kolektivno upravljanje v Avstriji**

Za Francijo so tudi druge evropske države sprejele avtorske zakone, s katerimi so priznale izključne pravice avtorjev ter med njimi tudi pravice do javnega predvajanja glasbenih del. Kmalu po uveljavitvi zakonov o avtorskih pravicah so bile ustanovljene tudi kolektivne organizacije z namenom njihovega učinkovitejšega upravljanja. V Avstriji je bila 5. decembra 1897 ustanovljena avstrijska organizacija Družba avtorjev, skladateljev in glasbenih založnikov AKM (Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger), potem ko je bila z Zakonom o avtorski pravici (UrhG),<sup>706</sup> ki je stopil v veljavo 31. 12. 1895, priznana izključna pravica do javnega predvajanja glasbenih del.<sup>707</sup> AKM je bila ustanovljena po vzoru SACEM, vendar ne na pobudo skladateljev, temveč založnika Josefa Weinbergerja. Interesi skladateljev so bili tako pri ustanovitvi kot tudi pri organizaciji AKM nezadostno upoštevani.<sup>708</sup>

Za avstrijski sistem kolektivnega uveljavljanja glasbenih pravic je značilno, da je bila ustanovljena nova kolektivna organizacija vsakič, ko je bila avtorjem zakonsko priznana nova vrsta pravice do priobčitve avtorskih del javnosti. Tako sta bili kolektivni organizaciji Austro-Mehana in LVG (Literarische Verwertungsgesellschaft) ustanovljeni leta 1936, potem ko je v

---

<sup>704</sup> W. Dillenz, v: M.-M. Walter (ur.): *Europäisches Urheberrecht*, Dunaj 2001, str. 70.

<sup>705</sup> R. Schwab (op. pod črto št. 9), str. 9–15.

<sup>706</sup> Originalno ime se glasi: *Das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur, Kunst und Photographie*.

<sup>707</sup> A. Popp, *Verwertungsgesellschaften*, Dunaj 2001, str. 5.

<sup>708</sup> M. M. Schmidt, *Die Anfänge der musikalischen Tantiemenbewegung in Deutschland*, Berlin 2005, str. 86.

veljavo stopila novela Zakona o avtorski pravici, ki je uveljavila pravico do radiodifuznega oddajanja in razširila pravico do javnega recitiranja tudi na literarna dela.<sup>709</sup>

## **2.4. Razvoj priobčitve glasbenih del javnosti v nemških deželah**

### **2.4.1. Ureditev v zakonu z dne 11. junija 1870**

Pravica do priobčitve javnosti je bila v nemških deželah prvič urejena v § 50 Zveznega zakona o avtorski pravici z dne 11. junija 1870 (UrhG).<sup>710</sup> Vendar je ta zakon predvideval nepogojno pravico do priobčitve javnosti le dramskih in dramsko-glasbenih del, ne pa tudi glasbenih del. Zakon je določal, da se lahko glasbena dela, ki so bila že javno objavljena, javno predvajajo brez dovoljenja avtorja, razen če si je avtor to pravico pridržal na naslovni strani ali na začetku tiskane izdaje dela.<sup>711</sup> Zakonodajalec je s to ureditvijo želel skladateljem dati možnost, da dovolijo brezplačno javno predvajanje glasbenih del, saj naj skladatelji ne bi imeli na voljo sredstev, s katerimi bi lahko učinkovito nadzorovali javno predvajanje.<sup>712</sup>

Pridržek pravice javnega predvajanja je v času veljave zakona vsebovalo le 1.000 od 250.000 objavljenih glasbenih del. Avtorjem je le redko uspelo, da je založnik objavil pridržek na natisnjem notnem črtovju, saj so se založniki utemeljeno bali, da se note zaradi pridržka ne bodo dobro prodajale. Hkrati pa so založniki skladatelje prepričevali, da je javno predvajanje glasbenih del v njihovem interesu, saj naj bi tako imeli večje možnosti, da postanejo slavni. Založniki so tudi menili, da skladatelji, ki bi zahtevali avtorske honorarje za javno predvajanje, teh ne bi dobili, saj bi orkestri raje predvajali glasbena dela starih mojstrov, ki so bila že v prosti uporabi.<sup>713</sup>

Čeprav so založniki od skladatelja pogodbeno pridobili vse pravice na skladbi, jim je bil poglobitni interes uveljavljanje pravice do reproduciranja. Njihove glavne aktivnosti so potekale v smeri onemogočanja piratskega tiskanja in priljubljenega prepisovanja not. Založniki so skrbeli za utrjevanje splošnega prepričanja, da sme tisti, ki je kupil originalne note, skladbe poljubno javno izvajati brez plačila dodatnega avtorskega honorarja.<sup>714</sup>

---

<sup>709</sup> A. Popp (op. pod črto št. 13), str. 6–7.

<sup>710</sup> Originalno ime se glasi: »Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und Dramatischen Werken«.

<sup>711</sup> 2. stavek drugega odstavka § 50 UrhG: »Musikalische Werke, welche durch Druck veröffentlicht worden sind, können ohne Genehmigung des Urhebers öffentlich aufgeführt werden, falls nicht der Urheber auf dem Titelblatt oder an der Spitzendes Werkes sich da Recht der öffentlichen Aufführung vorbehalten hat« (tekst objavljen v E. Schulze, *Geschätzte und geschützte Noten*, Weinheim 1995, str. 21).

<sup>712</sup> M. M. Schmidt (op. pod črto št. 14), str. 62.

<sup>713</sup> Prav tam, str. 62–63.

<sup>714</sup> Prav tam, str. 72.



### **2.4.2. Ureditev v zakonu z dne 19. junija 1901 in ustanovitev prve nemške kolektivne organizacije**

Šele z Zakonom o avtorski pravici na literarnih in glasbenih delih z dne 19. junija 1901 je avtor glasbenega dela pridobil nepogojno pravico do priobčitve del javnosti (LUG).<sup>715</sup> Pri uveljavljanju pravic skladateljev v okviru te reforme avtorskega prava je igrala pomembno vlogo Zadruga nemških skladateljev (Genossenschaft Deutscher Komponisten), ki je bila ustanovljena 30. septembra 1898 pod vodstvom Straussa, Sommerja in Roescha. 14. januarja 1903 je bila ustanovljena prva nemška kolektivna organizacija GDT (Genossenschaft deutscher Tonsetzer), ki je upravljala s pravicami javnega predvajanja glasbe prek 1. julija 1903 ustanovljenega Zavoda za pravico do predvajanja glasbe (Anstalt für Musikalisches Aufführungsrecht – AFMA).<sup>716</sup>

Za nemški sistem kolektivnega upravljanja do leta 1930 je značilno rivalstvo med več kolektivnimi organizacijami: med GDT, leta 1915 ustanovljeno konkurenčno kolektivno organizacijo GEMA (Genossenschaft zur Verwertung musikalischer Auffuehrungsrechte)<sup>717</sup> ter avstrijsko kolektivno organizacijo AKM. Ta je sprva imela z GDT sklenjeno pogodbo o vzajemnem zastopanju, vendar jo je leta 1911 odpovedala ter nato sama prek podružnice upravljala svoje pravice v Nemčiji.<sup>718</sup>

Tekmovanje med tremi kolektivnimi organizacijami za upravljanje malih glasbenih pravic je povzročalo praktične probleme.<sup>719</sup> Uporabniki so bili prisiljeni pridobiti licence od vseh treh organizacij, če so želeli predvajati celoten repertoar. Ker je morala vsaka kolektivna organizacija vzpostaviti lastno strukturo pobiranja in razdeljevanja tantiem, so bili stroški upravljanja malih glasbenih pravic visoki. Kolektivna organizacija je morala v sodnem procesu dokazovati, da uporabniki uporabljajo glasbo iz njenega repertoarja, kar je vodilo v povečanje stroškov nadzora uporabljanja uporabnikov.<sup>720</sup> Rivalstvo med kolektivnimi organizacijami se je končalo z njihovo združitvijo 22. julija 1930 v pravnoorganizacijsko obliko družbe civilnega prava. S tem so kolektivne organizacije dosegle dejanski monopol nad upravljanjem malih glasbenih pravic.<sup>721</sup>

### **3. Položaj kolektivnih organizacij in pravno varstvo malih glasbenih pravic v Evropi in ZDA**

---

<sup>715</sup> Originalno ime se glasi: Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst.

<sup>716</sup> M. M. Schmidt, v: R. Kreile / J. Becker / K. Riesenhuber (ur.): Recht und Praxis der Gema, Berlin 2008, str. 12–13.

<sup>717</sup> Kljub enakemu imenu slednja ni bila predhodnica sedanje organizacije GEMA.

<sup>718</sup> K. Riesenhuber, v: R. Kreile / J. Becker / K. Riesenhuber (ur.): Recht und Praxis der Gema, Berlin 2008, str. 14.

<sup>719</sup> To obdobje je na slikovit način opisal Richard Bars: »Na začetku je bil »konflikt«. Med berlinskimi avtorskimi organizacijami je vladalo vojno stanje, slišali so se bojni kriki – tu Wilhelmstrasse! Tu Krausenstrasse!« (citat po E. Schulze (op. pod črto št. 17), str. 137).

<sup>720</sup> K. Riesenhuber (op. pod črto št. 24), str. 16.

<sup>721</sup> Prav tam, str. 17.

### 3.1. Kolektivne organizacije v Evropi in Ameriki

V svetovnem merilu so v Evropi, kjer se je kolektivno upravljanje razvilo, največje kolektivne organizacije za upravljanje avtorskih pravic, ki poberejo tudi največ avtorskih honorarjev in nadomestil. Večina prihodkov kolektivnih organizacij prihaja iz naslova priobčitve avtorskih del javnosti. Raziskava, objavljena na spletni strani organizacije CISAC, ki združuje 231 kolektivnih organizacij iz 121 držav, je pokazala, da so imele leta 2009 članice CISAC 7,152 milijarde EUR prihodkov. 86 % prihodkov (6,14 milijarde EUR) je bilo prejetih na podlagi uporabe glasbenega repertoarja, 72 % prihodkov (5,13 milijarde EUR) pa je izviralo iz priobčitve javnosti. Pri tem je bilo 62,7 % honorarjev in nadomestil zbranih v Evropi.<sup>722</sup>

V ZDA s pravicami do priobčitve glasbenih del javnosti upravljajo tri kolektivne organizacije, ASCAP, BMI in SESAC, vendar pri uveljavljanju pravic avtorjev niso tako učinkovite kot evropske kolektivne organizacije.<sup>723</sup> Leta 2009 je bilo v ZDA in Kanadi skupaj zbranih le 19,2 % od vseh prihodkov članic CISAC.<sup>724</sup> Slabši položaj kolektivnih organizacij v ZDA je tudi posledica dejstva, da se pri oblikovanju zakonodaje na področju avtorskega prava bolj ščitijo interesi uporabnikov glasbe, ki so boljše organizirani in imajo posledično večji vpliv na zakonodajni postopek.<sup>725</sup>

### 3.2. Male glasbene pravice v ZDA z uveljavitvijo Fairness in Music Licensing Act

Kot primer, v katerem ameriška zakonodaja bolj ščiti uporabnike kot avtorje, lahko navedemo Zakon o pravičnosti licenciranja glasbe iz oktobra 1998 (Fairness in Music Licensing Act - FMLA).<sup>726</sup> Navedeni zakon določa, da so bari, restavracije in trgovine, ki imajo kvadraturu manjšo od določene površine (trgovine manj kot 2000 kvadratnih čevljev (angl. square feet), bari in restavracije pa manj kot 375 kvadratnih čevljev (angl. square feet)), prosti plačila avtorjem za javno predvajanje glasbe, če glasba izvira iz televizije ali radia. Ta novela avtorskega prava je bila sprejeta kot protiutež Zakona o podaljšanju avtorske pravice 1998 (Copyright Term Extension Act), ki je trajanje varstva avtorske pravice podaljšal na 70 let po avtorjevi smrti.<sup>727</sup> Sprejeta je bila na podlagi intenzivnega lobiranja združenj trgovcev na drobno (angl. National Retail Federation) ter imetnikov restavracij (angl. National Restaurants Association) in barov (angl. National Licensed Beverages Association). Svoja prizadevanja so združenja argumentirala predvsem s tem, da so za glasbo, ki se predvaja v gostinskih in trgovinskih prostorih, kolektivne

---

<sup>722</sup> CISAC, Authors' royalties in 2009, return to growth: global economic survey of the royalties collected by the CISAC member authors' societies in 2009, str. 3, <http://www.cisac.org/CisacPortal/initConsultDoc.do?idDoc=20585> (zadnjič obiskano dne 22. 3. 2012).

<sup>723</sup> B. Goldmann, Der »Fairness in Music Licensing Act« in den USA-Sperrstunde für das »Kneipenrecht«? GRUR Int 1999, str. 506.

<sup>724</sup> CISAC (op. pod črto št. 28), str. 14.

<sup>725</sup> B. Goldmann (op. pod črto št. 29), str. 505.

<sup>726</sup> [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/1234da.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/1234da.pdf) (zadnjič obiskano dne 12. 2. 2013).

<sup>727</sup> B. Goldmann (op. pod črto št. 29), str. 504.

organizacije že zaračunale plačilo licenčnine RTV organizacijam.<sup>728</sup> EU (tedaj se je imenovala še Evropska Skupnost) je zato sprožila postopek pred Svetovno organizacijo za intelektualno lastnino, saj je trdila, da je navedeni zakon v nasprotju s členi 11. in 11.bis Bernske konvencije za varstvo književnih in umetniških del.<sup>729</sup> Kljub prizadevanjem EU za odpravo je zakon še zmeraj v veljavi.<sup>730</sup>

FMLA je t. i. izjemo domačega stila (ang.: *homestyle exemption*), ki je v ameriškem pravu veljala od odločitve Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *Twentieth Century Music Corp. vs. Aiken*,<sup>731</sup> razširil tudi na večje trgovske verige in verige restavracij, če njihove posamezne poslovalnice niso presegle zahtevane kvadrature. V tej odločitvi je Vrhovno sodišče ZDA zavzelo stališče, da imetnik manjše restavracije s hitro hrano, ki ima v prostorih restavracije radijski sprejemnik in zvočnike, s tem ko ima v restavraciji prižgan radio, ne izvaja glasbe v smislu priobčevanja glasbe ter posledično ne more biti odgovoren za kršitve avtorskih pravic. Menilo je, da bi uveljavitev nasprotnega stališča vodila k temu, da bi postal režim avtorskega prava zelo nepravilčen in neučinkovit. Poudarilo je, da v Ameriki obstaja nešteto podobnih restavracij, trgovinic, lepotnih salonov in zobozdravstvenih ordinacij, v katerih se posluša glasba prek radia in televizije. Kot prvo bi imetniki teh prostorov težko pridobili veljavne licence za priobčitev glasbe, ker ne obstaja centralna organizacija, ki bi podeljevala licence za vso avtorskopravno varovano glasbo. Poleg tega bi stališče, da so vsi imetniki takih prostorov dolžni plačati za poslušanje radijske glasbe, omogočilo prodajo številnih licenc za eno samo javno izvedbo avtorskopravno varovanega dela. To bi bilo v nasprotju z razlogi, iz katerih je bilo avtorskopravno varstvo razširjeno na glasbena dela, in sicer da se skladateljem omogoči pridobiti primeren dohodek za uporabo del (angl. *an adequate return*) in se hkrati prepreči ustanavljanje zatiralnih monopolov.<sup>732</sup>

Z odločitvijo v zadevi *Aiken* je Vrhovno sodišče ZDA spremenilo svoje stališče iz sodbe *Buck et al. vs. Jewell LaSalle Realty Company*, da zakon ne preprečuje, da avtorji pridobijo večkratni honorar za eno samo javno izvedbo dela (hkrati od imetnika radijske postaje in od lastnika hotela, ki radijske valove posreduje gostom).<sup>733</sup> Iz odločitve Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *Aiken* je razvidno, da je to storilo tudi zaradi nasprotovanja uvedbi evropskega načina kolektivnega upravljanja malih glasbenih pravic na ozemlju ZDA.

---

<sup>728</sup> L. R. Helfer, *World Music on a U.S. Stage: A Berne/Trips and Economic Analysis of the Fairness in Music Licensing Act*, Boston University Law Review, izdaja 80, str. 93, 2000.

<sup>729</sup> Ur. L. SFRJ MP 14/75, 4/86; RS 24/92, RS MP 3/07.

<sup>730</sup> WTO, Dispute Settlement, Dispute DS160, [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds160\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm) (zadnjič obiskano dne 20. 11. 2012).

<sup>731</sup> 422 U.S. 151 (1975), št. 74-452, [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=10905849099130505892&q=422+U.S.+151&hl=en&as\\_sdt=2002](http://scholar.google.com/scholar_case?case=10905849099130505892&q=422+U.S.+151&hl=en&as_sdt=2002) (zadnjič obiskano dne 25. 4. 2013).

<sup>732</sup> Prav tam, točki 163 in 164.

<sup>733</sup> 283 U.S. 191 (1931), [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=5524534086090068065&q=422+U.S.+151&hl=en&as\\_sdt=2,5](http://scholar.google.com/scholar_case?case=5524534086090068065&q=422+U.S.+151&hl=en&as_sdt=2,5) (zadnjič obiskano dne 24. 4. 2013).

## 4. Male glasbene pravice v evropskem in slovenskem pravu

### 4.1. Pravna podlaga za uveljavljanje malih glasbenih pravic

#### 4.1.1. Relevantne določbe ZASP

147. člen ZASP male glasbene pravice opredeli kot »priobčitev že objavljenih neodrskih glasbenih del javnosti«. *Trampuž* v zvezi s tem navaja štiri pogoje, ki morajo biti izpolnjeni: 1. da gre za glasbena dela; 2. da so dela že objavljena; 3. javna priobčitev kot netelesna uporaba dela ter 4. priobčitev je »neodrsko«, kar pomeni, da nima dramaturške zgradbe.<sup>734</sup>

Pravilnik o zaščiti avtorske pravice SAZAS male glasbene pravice deli na: 1. pravico do javnega izvajanja neodrskih glasbenih del ter 2. pravico do javnega oddajanja neodrskih glasbenih del.<sup>735</sup> Ob upoštevanju 22. člena ZASP in naslednjih pa lahko male glasbene pravice razdelimo na osem kategorij:<sup>736</sup>

1. pravica javnega izvajanja neodrskih glasbenih del, kar pomeni, da se neodrsko glasbeno delo priobči javnosti z živo izvedbo (2. točka 26. člena ZASP);
2. pravica javnega prenašanja neodrskih glasbenih del (27. člen ZASP). To pomeni, da se živa izvedba neodrskega glasbenega dela hkrati prenaša po zvočniku, prek zaslonov ali podobnih naprav ter se s tem priobčuje novemu krogu občinstva zunaj prvotnega prostora ali kraja. Kot primer lahko navedemo razprodani koncert, kjer lahko obiskovalci, ki jim ni uspelo dobiti vstopnice, dogajanje spremljajo prek zaslona pred vrati dvorane;<sup>737</sup>
3. pravica javnega predvajanja neodrskih glasbenih del s fonogrami in videogrami, kar pomeni, da se izvedba glasbenega dela, ki je posneto na fonogramu ali videogramu, priobčuje javnosti (28. člen ZASP);
4. pravica do javnega prikazovanja avdiovizualnih del, ki običajno vsebujejo tudi neodrska glasbena dela (29. člen ZASP);
5. pravica radiodifuznega oddajanja neodrskih glasbenih del, ki obsega priobčitev neodrskih glasbenih del javnosti s pomočjo radijskih ali televizijskih programskih signalov, namenjenih javnosti, in sicer brezžično, vključno s satelitom, ali po žici, vključno s kablom ali mikrovalovnim sistemom (30. člen ZASP);
6. pravica radiodifuzne retransmisije neodrskih glasbenih del (31. člen ZASP);
7. pravica sekundarnega radiodifuznega oddajanja neodrskih glasbenih del, kar pomeni, da se radiodifuzno oddajajo glasbeno delo javnosti priobči po zvočniku, zaslonu ali podobni napravi (32. člen ZASP);

---

<sup>734</sup> M. Trampuž, *Kolektivno upravljanje avtorske in sorodnih pravic*, 2007, str. 58.

<sup>735</sup> 21. člen Pravilnika o zaščiti avtorske pravice in delitvi avtorskih honorarjev, <http://www.sazas.org> (zadnjič obiskano dne 28. 2. 2013).

<sup>736</sup> Na to v zvezi z obveznim kolektivnim upravljanjem opozarja tudi M. Lubarda, *Ali obvezno kolektivno upravljanje omejuje avtorje*, PP, št. 26, 2. 7. 2009.

<sup>737</sup> M. Trampuž / B. Oman / A. Zupančič, *Zakon o avtorski in sorodnih pravicah: s komentarjem*, 1997, str. 102–103.

8. pravica do dajanja neodrskih glasbenih del na voljo javnosti.

#### 4.1.2. Relevantne določbe evropskega sekundarnega prava

Pojem »priobčitev javnosti« je prisoten v več direktivah s področja avtorskega prava. Najpomembnejši je 3. člen Direktive 2001/29/ES o avtorski pravici v informacijski družbi,<sup>738</sup> ki določa izključno pravico priobčitve del javnosti in pravico do dajanja avtorskih del na voljo javnosti. Vendar direktiva ureja samo priobčitev javnosti, kadar javnost ni prisotna na kraju izvora priobčitve.<sup>739</sup> To pomeni, da se direktiva nanaša na vse pravice do priobčitve javnosti iz 22. člena ZASP, razen na pravico javnega glasbenega izvajanja. 8. člen Direktive 2006/115/ES<sup>740</sup> nadalje določa pravico izvajalcev do priobčitve javnosti. 2. člen Direktive 93/83/EGS o satelitu in kablu<sup>741</sup> pa določa izključno pravico avtorjev do priobčitve del javnosti prek satelita.

Opredeleitev pojma »priobčitev javnosti« ter razmejitvev med javnim in zasebnim je za uveljavljanje malih glasbenih pravic bistvenega pomena. Avtor ima pravico do honorarja iz naslova malih glasbenih pravic le, če se njegova dela priobčujajo (predvajajo oziroma izvajajo) v javnosti, ne v zasebnem krogu. Ker gre pri pojmu »priobčitev javnosti« za pojem evropskega prava ter se mora kot tak v skladu z zahtevami po enotni uporabi prava Unije in načela enakosti v celotni Uniji razlagati neodvisno in enotno,<sup>742</sup> je vloga Sodišča EU za določanje obsega uveljavljanja malih glasbenih pravic izredno pomembna.<sup>743</sup>

## 4.2. Temeljni elementi malih glasbenih pravic

### 4.2.1. Glasbeno delo

---

<sup>738</sup> Direktiva št. 2001/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2001 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi, UL L 167, 22. junij 2001.

<sup>739</sup> 23. uvodna izjava Direktive 2001/29/ES.

<sup>740</sup> Direktiva Sveta št. 2006/115/ES z dne 12. decembra 2006 o pravici dajanja v najem in pravici posojanja ter določenih pravicah, sorodnih avtorski, na področju intelektualne lastnine, UL L 376, 27. december 2006.

<sup>741</sup> Direktiva Sveta št. 93/83/EGS z dne 27. septembra 1993 o uskladitvi določenih pravil o avtorski in sorodnih pravicah v zvezi s satelitskim radiodifuznim oddajanjem in kabelsko retransmisijo, UL L 248, 6. oktober 1993.

<sup>742</sup> Sodba Sodišča EU z dne 9. novembra 2000, zadeva C-357/98 (Yiadom), ZOdl. str. I-9265, točka 26; sodba z dne 6. februarja 2003, zadeva C-245/00 (SENA), ZOdl., str. I-1251, točka 23.

<sup>743</sup> Najpomembnejše odločitve Sodišča EU v zvezi z opredelitvijo pojma »priobčitev javnosti« so: sodba z dne 15. marca 2012, zadeva C-162/10 (*Phonographic Performance (Ireland) vs. Irska*), še neobjavljena v ZOdl.; sodba z dne 4. oktobra 2011 v združenih zadevah C-403/08 in C-429/08 (*FAPL in drugi vs. Murphy in drugi*), še neobjavljena v ZOdl.; sodba z dne 15. marca 2012, zadeva C-135/10 (*SCF vs. Marco Del Corso*), še neobjavljena v ZOdl.; sodba z dne 2. junija 2005, zadeva C-89/04 (*Mediakabel*), ZOdl. str. I-4891; sodba z dne 14. julija 2005, zadeva C-192/04 (*Lagardère Active Broadcast*), ZOdl. str. I-7199; sodba z dne 7. decembra 2006 v zadevi C-306/05 (*SGAE vs. Rafael Hoteles SA*), ZOdl. str. I-11519; sodba z dne 24. novembra 2011, zadeva C-283/10 (*Circul Globus București*), še neobjavljena v ZOdl.

Drugi odstavek 5. člena ZASP, 3. točka, kot avtorska dela opredeljuje glasbena dela z besedilom ali brez besedila. Splošne predpostavke avtorskega dela, ki jih mora izpolnjevati tudi glasbeno delo, so: 1. da gre za stvaritev – rezultat človekovega ravnanja; 2. da pripada kategorijam znanosti, književnosti in umetnosti; 3. da gre za delo človekovega duha; 4. da je delo individualno; 5. da je delo izraženo na kakršenkoli način.<sup>744</sup> Med varovana glasbena dela spadajo vse vrste ustvarjalnih kombinacij zvokov, z besedilom ali brez njega.<sup>745</sup>

Direktiva 2001/29/ES ne določa, kakšno mora biti delo, da je avtorsko varovano. Člen 1(3) Direktive 2009/24/ES o pravnem varstvu računalniških programov,<sup>746</sup> člen 3(1) Direktive 96/9/ES o pravnem varstvu baz podatkov<sup>747</sup> ter člen 6 Direktive 2006/116/ES o trajanju varstva avtorske pravice in določenih sorodnih pravic<sup>748</sup> za dela, kakršna so računalniški programi, baze podatkov ali fotografije, določajo, da so z avtorsko pravico zaščitena le, če so *izvirna* v smislu, da so *avtorjeve lastne intelektualne stvaritve*. Ta pravni standard, ki je zelo odprt, je Sodišče EU v zadevi C-5/08 (*Infopaq I*) razširilo na vse vrste del, ki jih varuje Direktiva 2001/29/ES. Pri tem je upoštevalo okoliščino, da Direktiva 2001/29/ES temelji na enakih načelih in pravilih, kot izhajajo iz direktiv, ki so bile veljavne ob njenem sprejetju.<sup>749</sup> Za to, da je glasbeno delo varovano, torej zadostuje, da je izvorno. Poleg samega glasbenega dela pa se po analogiji z odločitvijo Sodišča EU v zadevi Infopaq I varujejo tudi glasbeni odlomki, če je iz njih mogoče razbrati, za katero delo gre.<sup>750</sup>

#### 4.2.2. Že objavljena dela

Avtor ima v skladu s 17. členom ZASP izključno pravico odločiti, kdaj, kje in kako bo njegovo delo prvič objavljeno. To je njegova moralna pravica. Vrhovno sodišče Slovenije je v sodbi z dne 17. 4. 2007 odločilo, da prva objava pomeni, da je delo postalo dostopno javnosti, kar pomeni, da ga zazna večje število oseb. To se lahko zgodi z distribucijo ali reproduciranjem glasbenega dela, lahko pa tudi s prvo živo izvedbo. Zato kolektivne organizacije niso upravičene

---

<sup>744</sup> M. Trampuž / B. Oman / A. Zupančič (op. pod črto št. 43), str. 30–32.

<sup>745</sup> Prav tam, str. 36.

<sup>746</sup> Direktiva 2009/24/ES z dne 23. aprila 2009 o pravnem varstvu računalniških programov (kodificirana različica) UL L 111, 5.5.2009, str. 16–22.

<sup>747</sup> Direktiva 96/9/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. marca 1996 o pravnem varstvu baz podatkov, UL L 77, 27. 3. 1996, str. 20–28.

<sup>748</sup> Direktiva 2006/116/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o trajanju varstva avtorske pravice in določenih sorodnih pravic (kodificirana različica), UL L 372, 27. 12. 2006, str. 12–18.

<sup>749</sup> Sodba Sodišča (četrti senat) z dne 16. julija 2009, zadeva C-5/08 (*Infopaq I*), 2009, str. I-06569, točke 32, 35 in 36.

<sup>750</sup> Prav tam, točke 38 in 39. Komentarji sodbe v J. Griffiths, *Infopaq, BSA and the 'Europeanisation' of United Kingdom Copyright Law* (March 4, 2011). *Media & Arts Law Review*, Vol. 16, 2011. Dostop na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1777027> (zadnjič obiskano dne 5. 5. 2013); C. A. Heinze, *Software als Schutzgegenstand des Europäischen Urheberrechts* (Software as the Object of Protection in European Copyright Law) (October 1, 2011), *JIPITEC*, Vol. 2, No. 2, 97–113, July 2011; Max Planck Private Law Research Paper No. 12/9. Dostop na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2078362> (zadnjič obiskano dne 5. 5. 2013).

zahtevati plačila za izvajanje glasbe na tekmovalnem festivalu, na katerem glasbeniki izvajajo samo nova, še neobjavljena glasbena dela.<sup>751</sup>

### **4.2.3 Neodrška izvedba**

Ta pojem ni zakonsko opredeljen niti v našem niti v primerjalnem pravu. Mejo med malimi in velikimi pravicami podrobneje določajo dogovori kolektivnih organizacij, sklenjeni s posameznimi večjimi uporabniki, kot so RTV organizacije. Pri tem velja, da so male pravice tiste, za upravljanje s katerimi avtor pooblasti kolektivno organizacijo, velike pravice pa tiste, s katerimi kolektivne organizacije ne upravljajo, temveč jih uveljavljajo avtorji oziroma imetniki avtorskih pravic individualno. Mednje spadajo predvsem pravice do javnega uprizarjanja odrskih del, kot so opere, operete, mjuzikli in druga dramsko-glasbena dela.<sup>752</sup>

### **4.2.4. Priobčitev javnosti**

#### **4.2.4.1. Opredelitev pojma »priobčitev«**

Drugi odstavek 22. člena ZASP pojem priobčitev opredeljuje kot »uporabo dela v netelesni obliki«. Pri tovrstnem izkoriščanju dela ne nastanejo kopije ali telesni primerki avtorskega dela, temveč so reprodukcije avtorskega dela neotipljive in minljive, zazna pa jih človeško uho in/ali oko.<sup>753</sup> Ker zakon govori o »uporabi«, se za dejanje priobčitve zahteva namerno ravnanje priobčevalca. Tako je Višje sodišče v Ljubljani štelo, da imetnik poslovnih prostorov znotraj trgovinskega centra ne stori priobčitve javnosti, če se v njegove poslovne prostore sliši glasba iz hodnika trgovskega centra, na predvajanje katere imetnik poslovnih prostorov ne more vplivati.<sup>754</sup>

Tudi Sodišče EU priobčitev opredeljuje kot namerno dejanje osebe, ki drugim omogoči poslušanje glasbe prek predvajanja fonogramov in se pri tem popolnoma zaveda posledic svojega ravnanja.<sup>755</sup> Sama namestitvev naprav, ki omogočajo sprejemanje televizijskih ali radijskih signalov javnosti, še ne pomeni dejanja priobčitve. Dejanje priobčitve predstavlja distribucija signala, ker se s tem omogoči dostop do avtorskopravno varovanih del, in sicer ne glede na to, ali

---

<sup>751</sup> Sodba Vrhovnega sodišča RS z dne 17. 4. 2007, II Ips 879/2006, [www.sodnapraksa.si](http://www.sodnapraksa.si) (zadnjič obiskano dne 1. 10. 2013).

<sup>752</sup> G. Schulze, Nutzungsrechte – Vorbemerkung, v: T. Dreier / G. Schulze (ur.), Urheberrechtsgesetz, München, 3. izdaja 2008, obr. št. 120.

<sup>753</sup> M. Trampuž / B. Oman / A. Zupančič (op. pod črto št. 43), str. 90.

<sup>754</sup> Sodba Višjega sodišča v Ljubljani z dne 19. 6. 2012, I Cp 4191/2011, [www.sodisce.si](http://www.sodisce.si).

<sup>755</sup> Sodba z dne 15. marca 2012, zadeva C-135/10 (*SCF vs. Marco Del Corso*), še neobjavljena v ZOdl., točka 94.

klienti priobčevalca radijski sprejemnik vključijo ali ne.<sup>756</sup> Brez posredovanja namreč klienti oddajane dela ne bi mogli spremljati.<sup>757</sup>

#### 4.2.4.2. Opredelitev pojma »javnost«

##### 4.2.4.2.1. Število in način povezanosti oseb, ki morajo biti navzoče za javnost

2. člen ZASP javnost opredeljuje kot »večje število oseb, ki so izven običajnega kroga družine ali kroga osebnih znancev«. V slovenski pravni literaturi se kot spodnja meja večjega števila oseb navaja od pet do osem poslušalcev. Kot običajni krog družine se razume širše sorodstvo, zbrano na primer pri poročnem obredu ali sedmini. Krog osebnih znancev je opredeljen ozko ter izključuje poklicne, stanovske, društvene ali druge vrste znancev. Ne zahteva se, da bi morala biti javnost navzoča hkrati ali v istem prostoru.<sup>758</sup>

Sodišče EU je v zadevah C-89/04 in C-192/04 odločilo, da »javnost« v smislu člena 3(1) Direktive 2001/29/ES zajema nedoločeno število morebitnih naslovnikov, pri tem pa mora biti število oseb dovolj veliko.<sup>759</sup> V zadevi C-135/10 je Sodišče EU javnost nadalje opredelilo kot osebe na splošno, kadar ne gre za premajhno ali številčno zanemarljivo skupino zadevnih oseb. Pri tem Sodišče EU, enako kot slovenska pravna literatura, upošteva t. i. kumulativne učinke dajanja dela na voljo potencialnim naslovnikom – pri tem upošteva, koliko izmed teh oseb je imelo dostop do tega dela sočasno in zaporedoma.<sup>760</sup> Vendar Sodišče EU pojem javnosti opredeljuje ožje, kot ga določa 2. člen ZASP. Med zasebne skupine, ki ne predstavljajo javnosti,<sup>761</sup> ne šteje zgolj osebnih znancev in širše družine, temveč tudi skupine oseb, ki se med seboj ne poznajo, kot so stalne stranke v zasebni zobozdravstveni ambulanti, če je njihovo število majhno.<sup>762</sup>

ZASP tako v 2. členu določa širši pojem javnosti, kot ga v prvem odstavku 3. člena določa Direktiva 2001/29/ES. V zvezi s tem se postavi vprašanje, ali lahko država članica zagotavlja

---

<sup>756</sup> Sodba z dne 7. decembra 2006, zadeva C-306/05 (*SGAE vs. Rafael Hoteles SA*), ZOdl., str. I-11519, točke 44–47.

<sup>757</sup> Sodba z dne 15. marca 2012, zadeva C-162/10 (*Phonographic Performance (Ireland) vs. Irska*), še neobjavljena v ZOdl, točka 31.

<sup>758</sup> M. Trampuš / B. Oman / A. Zupančič (op. pod črto št. 43), str. 20.

<sup>759</sup> Sodba z dne 2. junija 2005, zadeva C-89/04 (*Mediakabel vs. Commissariaat voor de Media*), ZOdl., str. I-4891, točka 30; sodba z dne 14. julija 2005, zadeva C-192/04 (*Lagardère Active Broadcast vs. SPRE in GVL*), ZOdl., str. I-7199, točka 31.

<sup>760</sup> Sodba z dne 15. marca 2012, zadeva C-135/10 (*SCF vs. Marco Del Corso*), še neobjavljena v ZOdl., točke 85–86.

<sup>761</sup> Sodišče EU se je pri opredelitvi pojma »javnost« oprlo tudi na glosar WIPO, po katerem gre za priobčitev javnosti (*ang. communication to the public*), kadar priobčitev sprejmejo osebe na splošno, ki niso omejene na posameznike, ki pripadajo zasebni skupini; glej WIPO, Glossary of the Terms of the Law of Copyright and Neighbouring Rights, WIPO, Ženeva 1980.

<sup>762</sup> Sodba z dne 15. marca 2012, zadeva C-135/10 (*SCF vs. Marco Del Corso*), še neobjavljena v ZOdl., točke 90–102.



širše varstvo avtorjevih izključnih pravic, s tem da v pojem priobčitve javnosti zajame več dejanj, kot jih določa evropsko pravo.<sup>763</sup>

Sodišče EU je v svojih odločitvah večkrat poudarilo, da je glavni cilj Direktive 2001/29/ES vzpostavitev visoke stopnje varstva avtorjev in omogočanje ustreznega plačila za uporabo njihovih del.<sup>764</sup> Iz tega bi lahko sklepali, da Direktiva 2001/29/ES določa le minimalno varstvo, ki ga lahko država članica v korist avtorjev poljubno razširi, tudi s širšo razlago pojmov, ki jih vsebuje direktiva.

Do drugačnega sklepa pridemo z upoštevanjem nekaterih uvodnih izjav Direktive 2001/29/ES. 23. uvodna izjava, ki govori o uskladitvi avtorjeve pravice do priobčitve javnosti, izrecno določa: »Ta pravica naj zajema vsako tovrstno oddajanje ali retransmisijo dela v javnost po žici ali na brezžični način, vključno z radiodifuznim oddajanjem. *Ta pravica naj ne zajema nobenih drugih dejanj.*« Menim, da je iz zadnjega stavka 23. uvodne izjave jasno razvidno, da se z direktivo zahteva poenotenje pravice do priobčitve javnosti, zato države članice tega pojma ne morejo poljubno razširjati in s tem v priobčitev vključevati novih dejanj.

S tem ko ZASP pojem javnosti opredeljuje širše kot Direktiva 2001/29/ES, se kolektivnim organizacijam omogoča, da plačilo avtorskih honorarjev zahtevajo tudi tam, kjer do tega niso upravičene. Še posebej je vprašljiva zahteva za plačilo avtorskega honorarja za predvajanje glasbe na zabavah društev, ki so rezervirane za njihove člane, kot na primer na zabavi društva upokojencev ali na srečanju stanovskih kolegov. Menim, da se toga zakonska definicija ne more učinkovito prilagajati niti novim evropskim smernicam na področju avtorskega prava niti tehnološkemu razvoju, zaradi česar bi bilo 2. člen ZASP smiselno črtati.

#### **4.2.4.2.2. Vpliv pripravljenosti poslušalcev za poslušanje**

Po sodni praksi Sodišča EU »priobčitev javnosti« ni zgolj enostranska storitev uporabnika, temveč komunikacija med uporabniki in tistimi, ki naj bi glasbena dela sprejeli s čutnim zaznavanjem.<sup>765</sup> Krog poslušalcev mora biti zato, da se razume kot javnost, dovzeten za glasbo. Če krog poslušalcev ni pripravljen poslušati glasbe, temveč sprejme glasbo zgolj po naključju, ne gre za priobčitev javnosti.<sup>766</sup>

#### **4.2.4.2.3. Opredelitev »nove javnosti«**

Če se delo priobčuje radiodifuzno ali prek televizijskega zaslona, so radijske in televizijske postaje načeloma že pridobile dovoljenje imetnikov pravic za predvajanje glasbenih del. Vendar Vodnik k Bernski konvenciji določa, da avtor z dovolitvijo radiodifuznega oddajanja svojega dela

---

<sup>763</sup> Z enakim vprašanjem se bo Sodišče EU ukvarjalo v zadevi C-466/12 (*Svensson in drugi vs. Retriever Sverige AB*), UL C 379, 8. 12. 2012, str. 19.

<sup>764</sup> Glej sodbo z dne 4. oktobra 2011, združeni zadevi C-403/08 in C-429/08 (*FAPL in drugi vs. Karen Murphy in drugi*), še neobjavljena v ZOdl., točka 186, s tam navedeno nadaljnjo sodno prakso.

<sup>765</sup> J. v. Ungern-Sternberg, *Urheberrechtliche Verwertungsrechte im Lichte des Unionrechts*, GRUR 2012, str. 1200.

<sup>766</sup> Sodba z dne 15. marca 2012, zadeva C-135/10 (*SCF vs. Marco Del Corso*), še neobjavljena v ZOdl., točka 91.

upoštevajo le neposredne uporabnike s sprejemniki, ki posamezno ali v zasebnem ali družinskem krogu zajamejo oddajanje. Kadar pa se sprejemanje opravlja za širši krog in včasih s pridobitnim namenom, priobčitev oddajanja po zvočniku ali podobni napravi ni več zgolj sprejemanje oddajanja, ampak samostojno dejanje, s katerim je oddajano delo priobčeno novi javnosti. Za tako javno sprejemanje je potrebno dovoljenje avtorja, ki ima za to izključno pravico.<sup>767</sup> Sodišče EU ob upoštevanju Vodnika k Bernski konvenciji novo javnost opredeljuje kot »javnost, ki je imetniki varovanih del niso upoštevali, ko so dovolili njihovo uporabo za priobčitev začetni javnosti«. <sup>768</sup>

Okoliščina, da ne gre za novo javnost, pa v skladu z odločitvijo Sodišča EU v zadevi C-607/11 (*ITV Broadcasting in drugi vs. TVCatchup Ltd*) ni upoštevna v primeru, kadar se varovano delo priobčuje istemu krogu oseb, vendar prek drugih, posebnih tehničnih sredstev, ki so drugačna od sredstva prvotne priobčitve.<sup>769</sup> Tako se za omogočanje hkratnega spremljanja (retransmisije) vsebin javne televizije prek svetovnega spleta zahteva dovoljenje imetnikov pravic, čeprav so končni uporabniki doma upravičeni do sprejemanja prvotnega radiodifuznega signala z uporabo lastnih televizijskih sprejemnikov in prenosnih računalnikov prek druge, uradne spletne strani televizije.<sup>770</sup>

Negotovo pa je, kako bo Sodišče EU odločilo v tekoči zadevi C-466/12 (*Svensson in drugi vs. Retriever Sverige AB*) v zvezi z vprašanjem, ali gre za priobčitev javnosti, če kdo na svoji spletni strani ponuja povezavo, na katero je mogoče klikniti (t. i. hiperpovezava).<sup>771</sup> Člani European Copyright Society (ECS), ki so profesorji avtorskega prava na več evropskih univerzah, zastopajo stališče, da se prek hiperpovezave ne zgodi priobčitev javnosti. Hiperpovezava naj bi bila zgolj oblika citata, pravica do citiranja pa spada v okvir temeljne človekove pravice do svobodnega izražanja.<sup>772</sup> Poleg tega naj pri hiperpovezavi ne bi šlo za priobčitev novi javnosti, saj imajo uporabniki spleta tudi sami neposredni dostop do spletne strani, na katero navezuje hiperpovezava.<sup>773</sup> Z navedenim stališčem se strinjam. Upošteva odločitev Sodišča EU v zadevi C-607/11 (*ITV Broadcasting in drugi vs. TVCatchup Ltd*) menim, da je okoliščina, da ne gre za

---

<sup>767</sup> WIPO, Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris act, 1971), 1978, str. 71.

<sup>768</sup> Sodba z dne 4. oktobra 2011 v združenih zadevah FAPL in drugi, C-403/08 in C-429/08, še neobjavljena v ZOdl., točka 200.

<sup>769</sup> Sodba z dne 7. marca 2013 v zadevi C-607/11 (*ITV Broadcasting in drugi vs. TVCatchup Ltd*), točke 24–26.

<sup>770</sup> Prav tam, točki 39 in 40.

<sup>771</sup> UL C 379, 8. 12. 2012, str. 19.

<sup>772</sup> L. Bently in drugi, The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson (February 15, 2013). University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 6/2013, točke 4 in 5. Dostopno na: <http://ssrn.com/abstract=2220326> (zadnjič obiskano dne 1. 7. 2013).

<sup>773</sup> Prav tam, točki 48 in 49.

priobčitev novi javnosti, tudi relevantna. Hiperpovezava je namreč zgolj referenca za to, da jo ustvarimo, posebna tehnična sredstva niso potrebna.<sup>774</sup>

#### 4.2.4.3. Vpliv namena priobčitve avtorskega dela na ugotavljanje priobčitve javnosti

Sodišče EU pri ugotavljanju priobčitve javnosti tudi upošteva, ali so se v konkretnem primeru varovane vsebine predvajale s pridobitnim ali nepridobitnim namenom. Tako je Sodišče EU v primerih, kjer je predvajanje glasbenih vsebin ali športnih dogodkov vplivalo na obiskanost prostorov ter s tem na prihodek ponudnika storitve, odločilo, da je podana priobčitev javnosti. Za priobčitev javnosti gre pri poslušanju radia in gledanju televizije v hotelskih sobah, saj s tem hotelirji povečajo privlačnost svojih ponudb.<sup>775</sup> Enako velja za predvajanje nogometnih tekem v baru ali gostišču.<sup>776</sup> Nasprotno pa je Sodišče EU v zadevi C-135/10 (*SCF vs. Marco Del Corso*) odločilo, da predvajanje glasbe v zasebni zobozdravstveni čakalnici ne vpliva na obiskanost zobozdravniške ambulante, niti zobozdravnik zaradi tega ne more povišati cen svojih storitev, zato pri tem ne gre za priobčitev javnosti.<sup>777</sup>

Sodišče EU je sicer v zadevi C-607/11 odločilo, da pridobitnost namena priobčevanja ni nujni pogoj za obstoj priobčitve javnosti.<sup>778</sup> Vendar je iz sodne prakse razvidno, da gre za okoliščino, ki prevlada v primerih, kjer upravičenost plačila kolektivnim organizacijam ni nedvoumna – na primer za predvajanje glasbe v prostorih, kjer se opravljajo storitve, v okviru katerih se vzpostavi posebno razmerje zaupanja med stranko in ponudnikom storitve (zdravstvena oziroma zobozdravstvena ambulanta, mogoče celo frizer?).<sup>779</sup>

Ideja, da bi se plačilo avtorjem iz naslova priobčitve javnosti pogojevalo s pridobitnostjo uporabe avtorskega dela, je vsekakor zelo privlačna. Vendar je vprašljivo, ali Direktiva 2001/29/ES dejansko zahteva povezavo med nameni priobčitve javnosti in samim dejanjem priobčitve. Generalna pravobranilka Trstenjakova je v sklepnih predlogih k zadevi C-135/10 zastopala stališče, da pridobitnost priobčitve pri opredelitvi pojma javnosti ne igra nobene vloge. Menila je,

---

<sup>774</sup> Kriterij, da je okoliščina, da se delo ne priobčuje novi javnosti, relevantna samo v primeru, ko ne gre za priobčitev s posebnimi tehničnimi sredstvi, je postavilo Sodišče EU v zadevi C-607/11 (op. pod črto št. 64), točke 24–26. Pri tem je upoštevalo, da je toženec dela priobčeval z uporabo štirih skupin strežnikov: sprejemnih, kodirnih, izvornih in robnih. Vstopne signale je toženec sprejel prek antene, signali so bili nato posredovani sprejemnim strežnikom, ki so iz sprejetega signala izvlekli posamezne videotokove. Kodirni strežniki so ta tok pretvorili tako, da je ustrežal drugačnemu kompresijskemu standardu. Izvorni strežniki so nato videotok pripravili za pošiljanje po spletu v različnih zapisih. Robni strežniki pa so sprejemali uporabnikovo zahtevo za kanal ter ustvarili ločen tok za vsakega uporabnika, ki prek tega strežnika zahteva kanal.

<sup>775</sup> Sodba z dne 7. decembra 2006 v zadevi C-306/05 (*SGAE vs. Rafael Hoteles*), ZOdl., str. I-11519, točka 44; Glej komentar sodbe J. N. Ulrich, Die »öffentliche Wiedergabe« von Rundfunksendungen in Hotels nach dem Urteil »SGAE« des EuGH (Rs. C-306/05), ZUM 2008, str. 112–122.

<sup>776</sup> Sodba z dne 4. oktobra 2011, združeni zadevi C-403/08 in C-429/08, (*FAPL in drugi proti Karen Murphy in drugi*), še neobjavljena v ZOdl., točka 205.

<sup>777</sup> Sodba z dne 15. marca 2012, zadeva C-135/10 (*SCF vs. Marco Del Corso*), še neobjavljena v ZOdl., točke 90–102.

<sup>778</sup> Sodba z dne 7. marca 2013 v zadevi C-607/11 (*ITV Broadcasting in drugi vs. TVCatchup Ltd*), točka 42.

<sup>779</sup> C. Handig, Reform und Neuordnung der öffentlichen Wiedergabe, ZUM 213, str. 278.

da to izhaja iz besedila členov 5(3), točke (a), (b) in (j) Direktive 2001/29/ES ob upoštevanju razlogovanja *a contrario*. To določa, da lahko države članice predvidijo izjeme od pravice priobčitve javnosti in njene omejitve, če gre za določene privilegirane uporabe in se ne sledi komercialnemu namenu oziroma komercialnemu namenu, ki bi presegel privilegirano dejavnost. V primeru, da bi se kot priobčitve javnosti razumele samo priobčitve v pridobitne namene, bi bilo besedilo 5(3) Direktive 2001/29/ES odveč.<sup>780</sup>

Menim, da če bi obstajala politična volja, da se kot avtorskoppravno relevantne upoštevajo samo priobčitve javnosti v pridobitne namene, bi morala to izrecno določati zakon oziroma direktiva. Pri tem bi bila pridobitnost dodaten pogoj, neodvisen od same priobčitve javnosti, kot je bilo na primer določeno v členu 1 (e) ameriškega Zakona o avtorski pravici iz leta 1909 (Copyright Act).<sup>781</sup> Vendar bi uvedba pogoja pridobitnosti lahko zavirala smiselni razvoj avtorskega prava predvsem na področju uporabe avtorskih pravic na spletu, saj bi se s tem materialne koristi vsake uporabe avtorskega dela prenesle na imetnike pravic.<sup>782</sup> To bi lahko vodilo k neupravičenim omejitvam prostega pretoka informacij in s tem k nazadovanju informacijske družbe.

## 5. Zaključek

Temeljna značilnost malih glasbenih pravic je priobčitev javnosti. Pravni mehanizmi, ki so ščitili pravico avtorjev do priobčitve glasbenih del javnosti, so se vzpostavili razmeroma pozno. Prvotni pravni mehanizmi na področju varstva intelektualne lastnine, kot so bili privilegiji in mestni redovi, so ščitili le pravico avtorja do tiskanja (reproduciranja) notnega črtovja, ne pa tudi pravico do javnega izvajanja glasbenih del. Enako je veljalo za zakonsko ureditev v *Statute of Anne*. Po drugi strani se je štelo, da je uporabnik glasbe s tem, ko je kupil drage note, pridobil tudi pravico do javnega izvajanja zapisane skladbe. Šele v drugi polovici 19. stoletja so se v evropskih državah oblikovala gibanja skladateljev za priznanje pravice do priobčitve javnosti glasbenih del kot samostojne in izključne avtorske pravice.

Male glasbene pravice se tradicionalno uveljavljajo preko kolektivnih organizacij, slednje pa delujejo na principih monopola. Če zakon oziroma sodna praksa opredelita male glasbene pravice širše, se s tem poveča število primerov, v katerih so kolektivne organizacije upravičene zahtevati plačilo avtorskega honorarja. Da bi preprečilo vzpostavitev monopolov, se je ameriško Vrhovno sodišče odločilo za ozko opredelitev pojma priobčitve javnosti.

Po drugi strani se je v Evropi, kjer so največje kolektivne organizacije, uveljavilo široko pojmovanje priobčitve javnosti, tudi v evropskem pravu. Vendar pri primerjanju nacionalnih in

---

<sup>780</sup> Sklepni predlogi z dne 29. julija 2011, točke 131–137, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CC0135:SL:HTML> (zadnjič obiskano dne 7. 3. 2013).

<sup>781</sup> Copyright Act of 1909, 35 Stat. 1075, (1927) 17 U. S. C. Člen 1 se glasi: »Any person entitled thereto, upon complying with the provisions of this title, shall have the exclusive right: . . . (e) To perform the copyrighted work publicly for profit if it be a musical composition and for the purpose of public performance for profit.« Člen je citiran v: C. C. Loosli, Copyright; Radio; Public performance for profit, California Law Review, zvezek 20, št. 1 (November 1931), str. 77.

<sup>782</sup> G. Westkamp, Öffentliche versus private Wiedergabe im europäischen Urheberrecht, EuZW 2012, str. 701.

evropskih zakonskih določb ter sodne prakse ugotovimo, da ZASP v 2. členu določa še širši pojem javnosti, kot ga določa Direktiva 2001/29/ES v prvem odstavku 3. člena. S tem se omogoča kolektivnim organizacijam, da zahtevajo plačilo avtorskih honorarjev tudi takrat, ko njihove sestrške organizacije v drugih državah EU do tega niso upravičene. To je v nasprotju z Direktivo 2001/29/ES. Iz poslednjega stavka 23. uvodne izjave te direktive je namreč jasno razvidno, da države članice ne smejo razširjati opredelitve javnosti preko meja, postavljenih s strani evropskega prava. Ker se toga zakonska definicija ne more učinkovito prilagajati niti novim evropskim smernicam na področju avtorskega prava niti tehnološkemu razvoju, bi bilo 2. člen ZASP smiselno črtati.

## LITERATURA IN VIRI

- Bently, Lionel / Derclaye, Estelle in ostali: The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson (February 15, 2013). University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 6/2013. dostopno na: <http://ssrn.com/abstract=2220326> (zadnjič obiskano dne 1. 7. 2013).
- Dillenz, Walter: Urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften, v: Walter, Michel M. (urednik): Europäisches Urheberrecht, Springer, Dunaj 2001, str. 66–110.
- Goldmann, Bettina C.: Der »Fairness in Music Licensing Act« in den USA-Sperrstunde für das »Kneipenrecht«? Zum WTO-Konflikt zwischen Europa und den USA über die Ausweitung der »homestyle exemption« im US-Copyright Act, GRUR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht) Int 1999, str. 504.
- Griffiths, Jonathan: Infopaq, BSA and the 'Europeanisation' of United Kingdom Copyright Law (March 4, 2011). Media & Arts Law Review, Vol. 16, 2011. Dostopno na: <http://ssrn.com/abstract=1777027> (zadnjič obiskano dne 5. 5. 2013).
- Handig, Christian: Reform und Neuordnung der »öffentlichen Wiedergabe«, ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht) 273–279.
- Heinze, Christian A.: Software als Schutzgegenstand des Europäischen Urheberrechts (Software as the Object of Protection in European Copyright Law) (October 1, 2011). JIPITEC (Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law), Vol. 2, No. 2, 97–113, July 2011; Max Planck Private Law Research Paper No. 12/9. Dostop na: <http://ssrn.com/abstract=2078362> (zadnjič obiskano dne 5. 5. 2013).
- Helfer, Laurence R.: World Music on a U.S. Stage: A Berne/Trips and Economic Analysis of the Fairness in Music Licensing Act, Boston University Law Review, izdaja 80, str. 93, 2000.
- Hesse, Carla: The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.–A.D. 2000: An Idea in the Balance, Daedalus – Journal of the American Academy of Arts & Sciences, poletje 2002, str. 26–45.
- Höffner, Eckhard: Geschichte und Wesen des Urheberrechts, Verl. Europ. Wirtschaft, München 2010.
- Loosli, Charles C.: Copyright; Radio; Public performance for profit, California Law Review, zvezek 20, št. 1 (November 1931), str. 77–84.
- M. Lubarda, Ali obvezno kolektivno upravljanje omejuje avtorje, PP, št. 26, 2. 7. 2009.
- Popp, Alexander: Verwertungsgesellschaften: ihre Stellung im Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kartellrecht, Dunaj, Manz 2001.
- Riesenhuber, Karl: Geschichte der musikalischen Verwertungsgesellschaften in Deutschland – Wahrnehmungsrecht und Verwertungsgesellschaften von 1903–1933, v: Kreile, Reinhold / Becker, Jürgen / Riesenhuber, Karl (uredniki): Recht und Praxis der Gema, de Gruyter Berlin, 2. izdaja 2008.
- Rose, Mark: Authors and Owners. The Invention of Copyright, Harvard University Press, Cambridge 1993.
- Schmidt, Manuela Maria: Die Anfänge der musikalischen Tantiemenbewegung in Deutschland: eine Studie über den langen Weg bis zur Errichtung der Genossenschaft Deutscher Tonsetzer (GDT) im Jahre 1903 und zum Wirken des Komponisten Richard Strauss (1864–1949) für Verbesserungen des Urheberrechts, Duncker und Humblot, Berlin 2005.
- Schmidt, Manuela Maria: Geschichte der musikalischen Verwertungsgesellschaften in Deutschland – von der Leipziger Anstalt zur Genossenschaft deutscher Tonsetzer, v: Kreile, Reinhold / Becker, Jürgen / Riesenhuber, Karl (uredniki): Recht und Praxis der Gema, de Gruyter Berlin, 2. izdaja 2008.
- Schulze, Erich: Geschätzte und geschützte Noten. Zur Geschichte der Verwertungsgesellschaften, VCH- Verlag, Weinheim 1995.
- Schulze, Gernot: Nutzungsrechte – Vorbemerkung, v: Dreier, Thomas / Schulze, Gernot (ur.): Urheberrechtsgesetz, 3. izdaja, Beck, München 2008.
- Schwab, Ronald: Recht und Praxis der Urheberverwertungsgesellschaften in Frankreich, VVF München 1989.
- Trampuž, Miha: Kolektivno upravljanje avtorske in sorodnih pravic, Gospodarski vestnik, Ljubljana 2007.
- Trampuž, Miha / Oman, Branko / Zupančič, Andrej: Zakon o avtorski in sorodnih pravicah: s komentarjem, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1997.
- Ungern-Sternberg, Joachim von: Urheberrechtliche Verwertungsrechte im Lichte des Unionrechts, GRUR 2012, str. 1198–1206.

Urlich, Jan Nikolaus: Die »oeffentliche Wiedergabe« von Rundfunksendungen in Hotels nach dem Urteil »SGAE« des EuGH (Rs. C-306/05), ZUM 2008, str. 112–122.

Westkamp, Guido: Öffentliche versus private Wiedergabe im europäischen Urheberrecht, EuZW (Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht) 2012, str. 698–701.

WIPO, Glossary of the Terms of the Law of Copyright and Neighbouring Rights, WIPO, Geneva 1980.

WIPO, Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris act, 1971), WIPO, Geneva 1978.

CISAC, Authors' royalties in 2009, return to growth: global economic survey of the royalties collected by the CISAC member authors' societies in 2009, str. 3, objavljeno na <http://www.cisac.org/CisacPortal/initConsultDoc.do?idDoc=20585> (stanje dne 22. 3. 2012).

WTO, Dispute Settlement, Dispute DS160, [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds160\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm) (zadnjič obiskano dne 20. 11. 2012).

Fairness in Music Licensing Act – FMLA, 112 Stat. 2827 (1998).

Copyright Term Extension Act 1998, 112 Stat. 2827 (1998).

Copyright Act of 1909, 35 Stat. 1075, (1927).

Zakon o avtorski in sorodnih pravicah - ZASP, Ur. l. RS, št. 21/95 in nasl.

Direktiva št. 2001/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2001 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi, UL L 167, 22. junij 2001.

Direktiva Sveta št. 2006/115/ES z dne 12. decembra 2006 o pravici dajanja v najem in pravici posojanja ter določenih pravicah, sorodnih avtorski, na področju intelektualne lastnine, UL L 376, 27. december 2006.

Direktiva Sveta št. 93/83/EGS z dne 27. septembra 1993 o uskladitvi določenih pravil o avtorski in sorodnih pravicah v zvezi s satelitskim radiodifuznim oddajanjem in kabelsko retransmisijo, UL L 248, 6. oktober 1993.

Direktiva 2009/24/ES z dne 23. aprila 2009 o pravnem varstvu računalniških programov (kodificirana različica) UL L 111, 5.5.2009, str. 16–22.

Direktiva 96/9/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. marca 1996 o pravnem varstvu baz podatkov, UL L 77, 27. 3. 1996, str. 20–28.

Direktiva 2006/116/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o trajanju varstva avtorske pravice in določenih sorodnih pravic (kodificirana različica), UL L 372, 27. 12. 2006, str. 12–18.

Twentieth Century Music Corp. vs. Aiken, 422 U.S. 151 (1975), št. 74-452, [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=10905849099130505892&q=422+U.S.+151&hl=en&as\\_sdt=2002](http://scholar.google.com/scholar_case?case=10905849099130505892&q=422+U.S.+151&hl=en&as_sdt=2002) (zadnjič obiskano dne 25. 4. 2013).

Buck et al. vs. Jewell LaSalle Realty Company, 283 U.S. 191 (51 S.Ct. 410, 75 L.Ed. 971), <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/283/191> (zadnjič obiskano dne 1. 11. 2013).

Sodba Sodišča EU z dne 16. julija 2009, zadeva C-5/08 (Infopaq I), ZOdl. 2009, str. I-06569.

Sodba Sodišča EU z dne 9. novembra 2000, zadeva C-357/98 (Yiandom), ZOdl. 2000, str. I-9265.

Sodba Sodišča EU z dne 6. februarja 2003, zadeva C-245/00 (SENA), ZOdl. 2003, str. I-1251.

Sodba Sodišča EU z dne 15. marca 2012, zadeva C-162/10 (Phonographic Performance Ireland vs. Irsko), še neobjavljena v ZOdl.

Sodba Sodišča EU z dne 4. oktobra 2011 v združenih zadevah C-403/08 in C-429/08 (FAPL in drugi vs. Murphy in drugi), še neobjavljena v ZOdl.

Sodba Sodišča EU z dne 15. marca 2012, zadeva C-135/10 (SCF vs. Marco Del Corso), še neobjavljena v ZOdl.

Sodba Sodišča EU z dne 2. junija 2005, zadeva C-89/04 (Mediakabel vs. Commissariaat voor de Media), ZOdl. 2005, str. I-4891.

Sodba Sodišča EU z dne 14. julija 2005, zadeva C-192/04 (Lagardère Active Broadcast vs. SPRE in GVL), ZOdl., str. I-7199.

Sodba Sodišča EU z dne 7. decembra 2006, zadeva C-306/05 (SGAE vs. Rafael Hoteles SA), ZOdl. str. I-11519.

Sodba Sodišča EU z dne 24. novembra 2011, zadeva C-283/10 (Circul Globus București), še neobjavljena v ZOdl.



# **Gregor Garb Človekova pravica do varnosti skozi prizmo razvoja teorij varnostnih sistemov**

## **POVZETEK**

Človekove pravice zavzemajo v sodobnem političnem in pravnem mednarodnem prostoru pomembno mesto. Iz sprva omejenih zgolj na nacionalni prostor so se v zadnjih treh desetletjih v pomenskem smislu razširile in danes obsegajo regionalne in tudi mednarodne razsežnosti. Prav ta splošna dojemljivost in mednarodno pravna veljavnost sta omogočili, da človekove pravice utemeljujemo kot univerzalni civilizacijski standard, ki varuje posameznika pred samovoljnimi posegi države. Prav tako se je razširila tudi vsebina pravic, ki je iz prvotnih političnih in civilizacijskih dobila tudi ekonomske, socialne in kulturne razsežnosti.

Skozi prizmo teorij varnostnih sistemov lahko zasledimo dvojni odmik od državocentrične perspektive varnosti, na eni strani se soočamo z naddržavno varnostjo, medtem ko se na drugi pojavlja vedno večja težnja k zagotavljanju individualne (človekove) pravice do varnosti oziroma odmik h konceptom zagotavljanja varnosti posameznika. Varnost tako postaja temeljna državljanska pravica, ki zahteva od države sintezo širokega nabora državnih in družbenih politik, s tem pa je temeljna naloga sistema nacionalne varnosti v smislu zaščite pred zunanjimi in notranjimi grožnjami presežena.

*Ključne besede:* človekove pravice, svoboščine, pravno varstvo, varnost, teorije varnostnih sistemov

## **Human right to security through the prism of development theories of security systems**

### **ABSTRACT**

In contemporary political and legal international community human rights occupy very important site. At the beginning they were limited only to the national space, and were semantic expanded in the last three decades, but now include also regional and international dimensions. This general perception and international legal validity made it possible that we understand human rights as a universal standard of civilization, which protects the individual against arbitrary government intervention. The content of the rights were also expanded from the former political and civilizational into the economic, social and cultural dimensions.

Through the prism of security systems theories we can observe a double deviation from state-centric perspective of security. On the one side, we are confronted with transnational security, while on the other hand we have an increasing tendency to ensure individual (human) rights to security, and therefore a deviation to the concept of ensuring security of an individual. Security is becoming a fundamental civil right which requires from the State the synthesis of a wide range of national and social policies. This means, that the fundamental task of national security in terms of protecting individual against external and internal threats is exceeded.

*Key words:* human rights, freedom, legal protection, security, security systems theory

## 1. Uvod

Zgodovinski moment začetka pojmovanja in razumevanja posameznih človekovih pravic je težko določljiv.<sup>783</sup> V 18. stoletju je dozorelo prepričanje, da se človek rodi svoboden in da je država oziroma skupnost tista, ki človeka sili k določenemu obnašanju in vedenju ter mu svobodo omejuje. V tem obdobju so namreč revolucionarji po vodstvom Locka in Rousseauja trdili, da so človekove pravice naravne, prirojene, neodtujljive in nezastarljive, dolžnost države pa je, da jih svečano razglasi in ustrezno zavaruje. Naravno stanje je stanje popolne svobode ljudi, da urejajo svoje ravnanje in razpolagajo s svojim premoženjem in svojo osebnostjo, kot se jim zdi primerno, upoštevajoč meje naravnih zakonitosti, ne da bi pri tem morali pridobiti dovoljenje oziroma bili odvisni od koga drugega.<sup>784</sup>

Do formalnega zapisa človekovih pravic v obliki deklaracij in pravic (kodifikacija) je naprej prišlo v Angliji, Franciji in Združenih državah Amerike. Odločilno vlogo je v procesu kodifikacije imela Virginijska deklaracija o pravicah,<sup>785</sup> ki predstavlja vzorec za vse nadaljnje ameriške deklaracije in tudi za znamenito francosko deklaracijo. Omenjena Deklaracija o pravicah človeka in državljana je leta 1789 postala del francoske ustave in predstavlja izrazit primer pravne uresničitve idej o človekovih pravicah na evropskih tleh. Pomembna pa je tudi zaradi ločitve pravic, in sicer med pravicami človeka<sup>786</sup> in pravicami državljana.<sup>787</sup>

Človekove pravice so bile v zgodnji fazi tolmačene zgolj kot politične in civilne/osebne pravice, ki so varovale posameznika pred samovoljo države in mu omogočale zgolj udeležbo v političnih zadevah. Z razvojem sveta in svetovljanske miselnosti pa se je dopolnjeval tudi

---

<sup>783</sup> Magna Charta oziroma Velika listina o svoboščinah iz leta 1215 sodi med prve, ki je priznavala določene pravice samo »svobodnjakom«, ki pa jih nikakor ne moremo primerjati z univerzalno veljavnimi človekovimi pravicami.

<sup>784</sup> B. Kurež, J. Mekinc, A. Anžič, Človekove pravice v luči novih groženj varnosti, Teorija in praksa, let. 46, 5/2009, str. 702.

<sup>785</sup> Deklaracija, sprejeta leta 1776, predstavlja prvo opredelitev človekovih pravic v postavljenem ustavnem pravu.

<sup>786</sup> To so pravice, ki jih ima človek kot človek, torej gre za pravice človeka kot osebe.

<sup>787</sup> To so pravice, ki pripadajo človeku kot državljanu, ki jih z izgubo državljanstva tudi izgubi.

seznam človekovih pravic. Pod vplivom socialistične ideologije v začetku 20. stoletja, ki se je zavzemala za socialno in ekonomsko enakost, so se postopoma konceptualizirale in kasneje tudi kodificirale ekonomske, socialne in kulturne pravice.

Človekove pravice so se vse bolj širile tudi na marginalizirane kategorije ljudi, kot so družine in otroci, ter narode in manjšine, vključno s koloniziranimi. Sprejete so bile številne deklaracije z omenjeno problematiko, vendar so veljale samo na območju države, ki je sprejela listino, poleg tega pa so bile sprejete človekove pravice pogosto grobo kršene oziroma so bili posamezniki brez ustrezne pravne zaščite. To je še posebej veljalo v totalitarnih in avtoritarnih političnih sistemih, kjer so bile ideje o človekovi enakopravnosti in osebni svobodi pogosto ignorirane oziroma so veljale zgolj za izbrane v političnem vrhu.

Prelomnica v pojmovanju in razumevanju človekovih pravic je predstavljala druga svetovna vojna. Do takrat je bilo namreč njihovo spoštovanje in razumevanje stvar posamezne države, po njej pa človekove pravice pridobijo mednarodne razsežnosti in postanejo del mednarodnega pravnega reda.

Kot pravi De Baets,<sup>788</sup> je proces preoblikovanja človekovih pravic iz nacionalnega v mednarodni pravni red potekal skozi tri medsebojno povezljive faze:

- kodifikacija;
- ratifikacija oziroma sprejem pravic v pozitivno zakonodajo mednarodne skupnosti in držav članic;
- implementacija oziroma vzpostavitev mehanizmov za uresničevanje pravic v praksi in nadzor nad morebitnimi kršitvami že uzakonjenih pravic.

## **2. Sodobno razumevanje človekove pravice do varnosti**

Prvi dokument, ki predstavlja pričetek kodifikacije človekovih pravic v mednarodnem pravnem redu, je Ustanovna listina Organizacije združenih narodov, kjer je v preambuli listine navedena odločenost v »ponovno utrditev vere v temeljne človekove pravice, v dostojanstvo in vrednost človeške osebnosti«. V nadaljevanju so v prvem členu listine navedeni cilji, kjer so poleg ostalih omenjeni tudi »mednarodno sodelovanje in v okviru tega tudi razvoj in spodbujanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin za vse ljudi«. Podrobneje so obveznosti za doseganje omenjenega cilja določene v 55. in 56. členu, ki med drugim obsega zavzemanje za splošno in dejansko spoštovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin za vse ljudi ne glede na raso, spol, jezik ali vero in zavezo vseh članov OZN za uresničevanje teh ciljev.

Glede na splošno veljavno načelo mednarodnega prava, po katerem država omeji svojo suverenost na način, da prenese del suverenosti na mednarodno organizacijo, v tem primeru OZN, lahko trdimo, da se države članice s podpisom Ustanovne listine obvezujejo, da so človekove pravice in temeljne svoboščine predmet mednarodnega pravnega reda, mednarodnopravne presoje in ne več v izključni pristojnosti nacionalne države.

---

<sup>788</sup> A. De Baets, Human rights and history, v: N. J. Smelser, B. P. Baltes (ur.): International encyclopedia of the social & behavioral sciences, Elsevier-Pergamon, Oxford, 2001, str. 7014.

Ključna in hkrati tudi najpomembnejša politična in pravna listina, ki je odločilno vplivala na vzpostavitev nadnacionalnega varstva človekovih pravic, pa je Splošna deklaracija o človekovih pravicah.<sup>789</sup> V svoji preambuli naznanja, da »priznanje prirojenega človeškega dostojanstva vseh članov človeške družbe in njihovih enakih in neodtujljivih pravic predstavlja temelj svobode, pravičnosti in miru na svetu«, kar napotuje na razumevanje, da so univerzalne človekove pravice temelj mednarodnega miru. V nadaljevanju preambule je navedeno, da je »nujno potrebno, da se človekove pravice zavarujejo s pomočjo prava, da se človek ne bi bil v skrajni sili prisiljen zatekati k uporabi zoper tiranijo in nasilje«. Iz tega lahko zaključimo, da so človekove pravice del pravnega reda vsake države in hkrati tudi podlaga za mir v njej.<sup>790</sup>

Deklaracija tako predstavlja tudi merilo, po katerem se presoja uresničevanje človekovih pravic v različnih državah sveta. Hkrati predstavlja tudi izhodišče za sprejemanje univerzalnih in regionalnih aktov o človekovih pravicah.<sup>791</sup>

Naslednja dva dokumenta, ki sta pomembno vplivala na razvoj in razumevanje človekovih pravic, sta Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah<sup>792</sup> ter Mednarodni pakt o ekonomskih, socialnih in kulturnih pravicah.<sup>793</sup> Pakta sta pomenila mejnik, ki je predstavljal najvišjo točko v procesu kodifikacije človekovih pravic v mednarodnem merilu.

V OZN so v okviru mednarodnega prava sprejeli oziroma vzpostavili tudi vrsto subjektov in mehanizmov, ki so prvenstveno odgovorni za nadzor implementacije človekovih pravic. Med njih uvrščamo Svet za človekove pravice, Urad visokega komisarja za človekove pravice, Meddržavno sodišče ..., pa tudi »subjekte, ki so ustanovljeni na podlagi pogodb«, med katere uvrščamo Odbor za človekove pravice, Odbor za ekonomske, socialne in kulturne pravice, Odbor za otrokove pravice, Odbor za odpravo rasne diskriminacije, razne komiteje in poročevalce na področju človekovih pravic ipd.

Primerljivo je urejeno področje človekovih pravic tudi v Evropski uniji (EU), katere članica je od leta 2004 tudi Republika Slovenija. Tudi tukaj lahko govorimo o dvojnem varovanju. To pomeni, da so na nacionalni ravni človekove pravice varovane na način, kot ga predpisuje pravni red vsake države članice posamezno, na ravni EU pa varovanje določa pravni red Unije.

---

<sup>789</sup> Sprejela jo je Generalna skupščina OZN leta 1948. V njej so očitane osnovne človekove pravice. Deklaracija ni pravno zavezujoč dokument, kljub temu pa je osnova za vse mednarodnopravno zavezujoče instrumente o človekovih pravicah.

<sup>790</sup> D. P. Forsythe, *Human rights and peace, international and national dimensions*, University of Nebraska Press, Lincoln and London, 1993, str. 1.

<sup>791</sup> I. Kaučič, F. Grad, *Ustavna ureditev Slovenije*, GV založba, Ljubljana, 2003, str. 97.

<sup>792</sup> Pakt je sprejela Generalna skupščina OZN leta 1966. Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah varuje temeljno pravico človeka do življenja in določa, da nihče ne sme biti žrtev mučenja, zasužnjenja, samovoljnih priporov, prisilnega dela ali da so mu odvzete temeljne svoboščine, kot so gibanje, izražanje in združevanje.

<sup>793</sup> Generalna skupščina OZN je Mednarodni pakt o ekonomskih, socialnih in kulturnih pravicah sprejela leta 1996, v veljavo pa je stopil leta 1976. Podobno kot Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah izhaja iz Univerzalne deklaracije o človekovih pravicah in njeno vsebino prevaja v pravno zavezujoče določbe. Pakt zavezuje države pogodbenice k zagotavljanju ekonomskih, socialnih in kulturnih pravic, ki predstavljajo t. i. drugo generacijo človekovih pravic.

Temeljna dokumenta sta Listina Evropske unije o temeljnih pravicah<sup>794</sup> in Konvencija o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah,<sup>795</sup> ki temelji na Splošni deklaraciji o človekovih pravicah. Na podlagi te konvencije je bilo s protokolom ustanovljeno Evropsko sodišče za človekove pravice. Za spoštovanje človekovih pravic pa je v okviru EU odgovoren evropski varuh človekovih pravic.

Listina Evropske unije o temeljnih pravicah v svojem 6. členu drugega poglavja določa, da ima vsakdo pravico do svobode in varnosti. Prav tako listina v svojem 53. členu določa raven varstva na način, da se nobena določba te listine ne sme razlagati kot omejevanje ali zoževanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki jih na njihovem področju uporabe priznavajo pravo Unije, mednarodno pravo in mednarodni sporazumi, katerih pogodbenica je Unija ali vse države članice, predvsem Evropska konvencija o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah ter ustave držav članic.

Ko danes govorimo o človekovih pravicah, imamo pred očmi tiste pravice, ki posamezniku pripadajo glede na njegov družbeni položaj tako rekoč vedno in povsod. »Človekove pravice lahko v splošnem definiramo kot tiste pravice, ki so prirojene naši naravi in brez katerih ne moremo živeti kot človeška bitja. Človekove pravice in temeljne svoboščine nam dovoljujejo, da v popolnosti razvijemo in uporabljamo naše človeške kvalitete, našo inteligenco, talente in vest ter da zadovoljimo naše duhovne in druge potrebe. Temeljijo na vse glasnejših zahtevah človeštva po življenju, v katerem se prirojenemu dostojanstvu in veljavi vsakega človeškega bitja podeli spoštovanje in zaščita.«<sup>796</sup>

Iz tega izhaja, da je funkcija temeljnih človekovih pravic<sup>797</sup> razvoj, vzdrževanje in zagotavljanje vrednot družbene skupnosti in obramba pred samovoljnimi posegi države v avtonomno sfero posameznika.

Temeljne človekove pravice in svoboščine so v sodobnih demokratičnih državah določene že z osnovnim konstitutivnim državnim aktom – ustavo, ki vsebuje tudi določila o njihovem pravnem varstvu. Razvoj človekovih pravic je pripomogel k večjemu zavedanju družbe o pomenu pravic ne samo za posameznika, pač pa za celotno družbo ter njeno politično strukturo, odvisno od njene pravne in institucionalne ureditve tega področja. Stopnja zagotavljanja, spoštovanja in

---

<sup>794</sup> Listina je bila podpisana leta 2000, z začetkom veljavnosti Lizbonske pogodbe (podpisana leta 2007) pa bo listina postala pravno zavezujoča. Poleg listine so za področje človekovih pravic relevantne še Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, Evropska socialna listina, Evropska konvencija o preprečevanju mučenja in nečloveškega ali ponižujočega ravnanja ali kaznovanja, Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (s protokoli), Okvirna konvencija za varstvo narodnih manjšin in Evropska listina o regionalnih ali manjšinskih jezikih.

<sup>795</sup> Sprejeta leta 1950 s strani Sveta Evrope.

<sup>796</sup> Človekove pravice in varstvo človekovih pravic v Sloveniji, Mladi za napredek Maribora 2009, 26. srečanje, <http://www.ukm.uni-mb.si/UserFiles/658/File/lovekove%20pravice%20in%20varsvo%20lovekovih%20pravic%20v%20Sloveniji.pdf> (zadnjič obiskano: 16. 11. 2012).

<sup>797</sup> V širšem pomenu med temeljne človekove pravice uvrščamo tudi temeljne svoboščine. Oba pojma se uporabljata v vseh temeljnih listinah o človekovih pravicah, pa vendar pravice izhajajo iz pojmovanja človeka kot subjekta upravljanja javnih zadev, medtem ko so se svoboščine razvile in uveljavile v procesu omejevanja samovolje države. Temeljne svoboščine hkrati pojmujejo tudi kot pravni status med državljanom in veljavnim pravnim redom, ki ga ustava priznava zoper posege države v njegove temeljne vrednote.

varovanja posameznih pravic posameznika vedno bolj vpliva na legitimnost političnega sistema države in hkrati posredno opredeljuje sistem družbenih vrednosti.<sup>798</sup>

Temeljne človekove pravice in svoboščine v ustavnopravni teoriji imenujemo tiste pravice, ki so urejene z ustavo in predstavljajo temelj pravne ureditve družbe in države. V današnjem času so človekove pravice temeljni sestavni del sleherne ustavne ureditve<sup>799</sup> države, ki uveljavlja koncept sodobne demokracije. Kljub različnosti demokratičnih institucij, postopkov in procesov v sodobnih demokratičnih državah pa t. i. »klasične« človekove pravice predstavljajo temelj, ki je skupen in enotno razumljen v vseh demokracijah, ki jih kot takšne sodobni svet priznava in razume. Temeljne pravice človeka kot posameznika/individuuma so individualne pravice, ki so kot osebne pravice neodtujljive in neprenosljive, v smislu pravne/ustavne ureditve in pravnega varstva pa jih uvrščamo med javnopravne pravice. Varstvo temeljnih družbenih vrednot, kot so nedotakljivost življenja, osebna svoboda in varnost, dostojanstvo, zasebnost in druge, predstavljajo predmet osebnostnih pravic, ki jih deklariramo za najstarejše in najpomembnejše.

Kot že omenjeno, so v sodobnih demokratičnih državah človekove pravice in svoboščine prebivalcem zagotovljene z najvišjim in najpomembnejšim pravnim aktom države, to je z ustavo. Tako je urejeno tudi v Republiki Sloveniji. Ustava Republike Slovenije človekovim pravicam in temeljnim svoboščinam namenja pomembno vlogo in jih uvršča v drugo in tretje poglavje.<sup>800</sup> Za pravico do varnosti je ključnega pomena 34. člen ustave, ki določa, da ima vsakdo pravico do osebne dostojanstva in varnosti.

### 3. Varnost skozi teorije varnosti sistemov

Raznovrstnost procesov v sodobnem mednarodnem okolju in spremljajočih se učinkov, tudi varnostnih tveganj, ki jih prinašajo nagle spremembe v družbi, po drugi strani pa tudi nove priložnosti in izzivi so v znamenju nove, sodobne varnostne paradigme sprožili številne neustavljive procese znotraj obstoječih sistemov nacionalne varnosti, ki spreminjajo vlogo države pri zagotavljanju varnosti njenih državljanov oziroma prebivalcev. Posledično je današnje pojmovanje varnosti treba razumeti in preučevati večplastno in celovito, pri čemer se pomen in

---

<sup>798</sup> M. Cerar, O naravi človekovih pravic in dolžnosti, v: M. Pavčnik, A. Polajnar Pavčnik, D. Wedam Lukič (ur.): Temeljne pravice, Ljubljana, 1997, str. 57.

<sup>799</sup> To ne velja za vse države. Človekove pravice, ki jih določa ustava, niso vse temeljne, nekatere pa tudi niso vse urejene z ustavo. Ponekod so pravice urejene z drugimi ustavnimi akti.

<sup>800</sup> Človekove pravice in temeljne svoboščine so v Ustavi Republike Slovenije opredeljene od 14. do 65. člena. V 15. členu je izrecno določeno, da se le-te uresničujejo neposredno na podlagi ustave. Zakon lahko predpiše načine uresničevanja pravic in svoboščin, vendar le, kadar tako določa ustava ali pa je to potrebno zaradi same narave pravice ali svoboščine. V istem členu je tudi določeno, da so pravice omejene le s pravicami drugih; sicer pa jih je dovoljeno omejevati samo, če to določa ustava. V okviru omejevanja pravic je pomemben tudi 16. člen ustave, ki dovoljuje začasno razveljavitev in omejitev pravic. Tako je nekatere pravice možno omejiti ali začasno razveljaviti, in sicer v vojni ali izrednem stanju, pri čemer omejitev oziroma razveljavitev velja le v obdobju trajanja razloga. Posebej je poudarjeno, da omejevalni ukrepi ne smejo biti takšni, da bi povzročili neenakopravnost na podlagi rase, narodne pripadnosti, spola, jezika, vere, rojstva, izobrazbe ali pri kateri koli drugi osebni okoliščini. V ustavi so določene tudi pravice, ki jih v nobenem primeru ni možno razveljaviti ali omejiti, kot so: nedotakljivost človekovega življenja, prepoved mučenja, varstvo človekove osebnosti in dostojanstva, domneva nedolžnosti, načelo zakonitosti, pravna jamstva v kazenskem postopku in svoboda vesti.

aktualnost posameznih segmentov varnosti skozi različna zgodovinska obdobja spreminja. Sodobna varnost vključuje različne vidike človekovega obstoja in delovanja v družbenem okolju kakor tudi vse ravni njegovega povezovanja ter oblike družbenega organiziranja znotraj in zunaj države. Sistemski pristop k celovitemu razumevanju varnosti se nanaša na posameznika kot individuuma, na družbo oziroma državo ter tudi na mednarodno okolje. Zagotavljanje varnosti enega nivoja je hkrati nujen pogoj za varnost drugega nivoja.

Poleg tega pa je treba obravnavo in razumevanje pojma varnosti razširiti tudi v smislu povezovanja, kot je nacionalno, regionalno, mednarodno in svetovno. O omenjenih oblikah družbene organiziranosti varnosti je govoril tudi Anžič.<sup>801</sup>

Preučevanje in razumevanje sodobne varnostne paradigme<sup>802</sup> je največkrat v znanstveni literaturi zastavljeno tako, da obravnava varnost na treh temeljnih konceptualnih ravneh, ki so med seboj tesno povezane: individualna varnost, nacionalna varnost in mednarodna varnost. Po Grizoldu<sup>803</sup> imajo koncepti individualne in nacionalne varnosti izhodišče v virih ogrožanja na eni in v ogroženem subjektu na drugi strani, medtem ko grožnje mednarodni varnosti prihajajo od članic mednarodne skupnosti.

Varnost v svoji družbeni bistvenosti temelji samo na odnosu med posamezniki in njihovi percepciji ogroženosti oziroma predstavlja posledico in odgovor na konkreten vir ogroženosti. Viri ogrožanja posameznika ne izhajajo samo iz naravnega okolja, grožnje prihajajo tudi iz družbenega okolja in se lahko manifestirajo kot posamezniki, posamezni družbeni segmenti, organizacije ipd. in kot takšni vplivajo na človekovo duhovno in fizično dostojanstvo, ogrožajo pa lahko tudi sredstva, s katerimi posameznik posredno ali neposredno zadovoljuje svoje fiziološke in druge potrebe. Črnčec<sup>804</sup> je poudaril, da varnost posega na vsa področja človekovega delovanja, pojavlja se v vseh njegovih dejavnostih in bi jo kakršno koli uvrščanje v javni ali zasebni sektor po nepotrebnem omejevalo.

Varnost je torej objektivni temelj, na podlagi katerega je možen celostni in trajni razvoj posameznika in njegovih vrednot, družbene skupnosti, države in ne nazadnje globalnega sveta. Zadovoljevanje potrebe po varnosti zagotavlja in omogoča posameznikov kakovostni razvoj in navsezadnje tudi obstoj. Glede na znano dejstvo, da absolutne varnosti<sup>805</sup> ni, lahko trdim, da je tudi individualna varnost vedno relativna prav zaradi svoje odvisnosti od potreb in pričakovanj drugih posameznikov, članov sodobne družbene skupnosti, ki lahko prispevajo ali pa ogrožajo varnost ostalih v sobivanju.

---

<sup>801</sup> A. Anžič, Varnostni sistem Republike Slovenije, Uradni list RS, Ljubljana, 1997, str. 35.

<sup>802</sup> Vzorec, primer (SSKJ).

<sup>803</sup> A. Grizold, Varnostna paradigma v mednarodnih odnosih: uvodna študija, v: E. Luard (ur.): Človek, država in vojna, FDV, Ljubljana, 2001, str. 83–84.

<sup>804</sup> D. Črnčec, Obveščevalna dejavnost v informacijski dobi, Defensor, Ljubljana, 2009, str. 25.

<sup>805</sup> Teoretično je varnost lahko absolutna, kar bi v realnem življenju pomenilo popolno svobodo pred vsemi viri ogrožanja oziroma popolno varnost.

Na področju preučevanja varnosti<sup>806</sup> je imela disciplina mednarodnih odnosov v raziskovalnem smislu dolgo časa monopol, zato se je tudi uporaba pojma varnost nanašala predvsem na državo oziroma njeno delovanje in odnose v mednarodni skupnosti.<sup>807</sup> Spremembe v pojmovanju varnosti so posledica spremenjenih (novih, sodobnih) virov ogrožanja kakor tudi novih akterjev v zagotavljanju varnosti, na spremembe pa je v enaki meri vplivala tudi percepcija dejanskih virov ogrožanja. Obravnavanje varnosti so po Waltu<sup>808</sup> (1998) vse skozi determinirali trije ključni teoretični pristopi: realizem, liberalizem in konstruktivizem.<sup>809</sup> Predvsem na podlagi zadnjih dveh teoretičnih izhodišč se je varnost pričela obravnavati v vse širšem družbenem kontekstu, hkrati pa so se med referenčne objekte uvrstile tudi nedejavne družbene entitete. Omenjena širitev in razvoj obravnavanja varnosti predstavlja enega od bistvenih korakov pri preučevanju aktualnih družbenih sprememb, odnosov in procesov.

### 3.1. Realizem

V prvi polovici 20. stoletja je v mednarodnih odnosih prevladoval konfliktni model zagotavljanja varnosti, katerega izhodišče je bilo, da se varnost, za katero države nenehno tekmujejo, zagotavlja izključno z uporabo vojaške sile. Model, po katerem je zagotavljanje lastne varnosti pogojeno z ogrožanjem varnosti druge države, izhaja iz realistične teorije mednarodnih odnosov. Realizem je tipična racionalistično-materialistično teorija, ki temelji na pozitivizmu in na področju mednarodnih odnosov in varnosti postavlja v ospredje državo kot edinega pravega mednarodnega akterja.<sup>810</sup> Tovrstno obliko politike, ki se posledično ukvarja tudi z varnostjo države, lahko poimenujemo politika moči in varnosti.

Realizem se centralistično osredotoča na blaginjo države in ogrožanje njene varnosti vidi v prisotnosti drugih držav v mednarodni skupnosti. Upoštevajoč, da je osrednji cilj preživetje nacionalne države v sovražnem mednarodnem okolju, predstavlja glavno premiso realizma pridobivanje moči, predvsem vojaške, saj je edino država njen legitimni in monopolni uporabnik.

---

<sup>806</sup> Izhajajoč iz tega je bilo preučevanje varnosti samo izvedena teorija, sicer neločljivo povezana s preučevanjem mednarodnih odnosov.

<sup>807</sup> B. Møller, National, social and human security: discussion-case study of the Israel-Palestine conflict, v: H. G. Brauch, A. Marquina, M. Salim El-Sayed, P. H. Liotta, P. Rogers (ur.): Security and the environment in the Mediterranean: conceptualising security and environmental conflicts, Springer, Berlin, 2003.

<sup>808</sup> M. S. Walt, International relations: one world, many theories, Foreign Policy, 1998, vol. 110 (Spring), str. 34.

<sup>809</sup> Za prva dva pristopa je značilno preučevanje obstoječega stanja in ohranjanje trenutnega sistema. V virih je možno zaslediti, da se ponekod namesto konstruktivizma pojavlja termin radikalizem, ki pa se v svojem vsebinskem in ideološkem izhodišču znatno razlikuje od prvih dveh. Zato bom v nadaljevanju uporabljal konstruktivizem. Znotraj radikalizma se pojavlja tudi klasični marksizem, ki pa je z zatonom socializma in na njem temelječih družbenopolitičnih sistemov postal praktično nepomemben. S Lamy, Sodobni večinski pristopi: neorealizem in neliberalizem, v: J Baylis, S. Smith (ur.): Globalizacija svetovne politike, FDV, Ljubljana, 2007, str. 285.

<sup>810</sup> S. Peou, Realism and constructivism in Southeast Asian security studies today: a review essay, The Pacific Review, Oxford, 2002, vol. 15(1), str. 123.



Maksimiranje moči<sup>811</sup> predstavlja enega od bistvenih izhodišč realizma, ki izhaja iz dejstva, da so materialni in nematerialni viri v mednarodnem okolju omejeni. Tudi varnost, ki temelji na ozemlju in drugih dejavnikih, je omejen vir, zato ga nobena država ne more v celoti in v enaki meri uživati oziroma izkoriščati. V jedru teorije je domneva, da obstaja mednarodna hierarhija, v kateri so države razvrščene glede na njihovo vojaško moč in ekonomsko zmogljivost.<sup>812</sup> Iz tega izhaja, da več moči pomeni višjo stopnjo varnosti.<sup>813</sup> Skladno s tem razmišljanjem države povečujejo svojo vojaško moč, da bi dosegle ravnotežje moči, ki predstavlja temelj in garancijo stabilnosti, zavarovale ozemeljsko celovitost in institucionalno integriteto ter tako dosegle želeno stopnjo varnosti.<sup>814</sup>

Drugo načelo realizma je že omenjeno ravnotežje moči, ki ga države ustvarjajo tudi tako, da se povezujejo v fleksibilna zavezništva, katerih rezultat sta stabilnost in red, s katerimi lažje zagotavljajo lastne nacionalne interese. Glavno vodilo sklepanja zavezništev so izključno nacionalni interesi in nikakor ne mednarodno pravo ali mednarodne institucije.<sup>815</sup>

Realizem predstavlja teorijo z zelo dolgo tradicijo, še zdaleč pa ne gre za enotno teorijo. Dunne in Schmid<sup>816</sup> ga v osnovi delita na **klasični realizem**<sup>817</sup> in **neorealizem**<sup>818</sup> (**strukturni realizem**). Obravnavanje načina delovanja držav v mednarodnem okolju predstavlja enega od pomembnejših razlogov za delitev. Stališče klasičnih realistov je, da države v svoji težnji k dominantnosti nad drugimi delujejo skladno s človeško naravo,<sup>819</sup> kar neizogibno vodi v vojaški spopad. Neorealisti pa tovrstno povezovanje zavračajo ter se osredotočajo predvsem na delovanje mednarodnega sistema, ki ga sestavljajo velike sile, katerih cilj je preživetje. Osrednja značilnost mednarodnega sistema<sup>820</sup> je, kot pravijo neorealisti, razporeditev moči, v kateri države težijo k svojemu obstoju kot minimalnemu cilju, medtem ko maksimalni cilj predstavlja dominacija nad drugimi. Glede na to, da je v mednarodni skupnosti anarhija oziroma ni politične avtoritete

---

<sup>811</sup> Moč države sestavljajo geografske značilnosti države, naravna bogastva, industrijska zmogljivost, vojaška pripravljenost, prebivalstvo, nacionalni značaj, morala in kvaliteta delovanja vlade. Skupaj sestavljajo potencial moči kot grobe ocene materialnih in človeških virov.

<sup>812</sup> U. Svete, Varnost v informacijski dobi, FDV, Ljubljana, 2005, str. 35.

<sup>813</sup> Varnost se zagotavlja v okviru militarističnih idej in vojaške nadmoči nad drugimi državami.

<sup>814</sup> B. Møller, National, social and human security: discussion-case study of the Israel-Palestine conflict, v: H. G. Brauch, A. Marquina, M. Salim El-Sayed, P. H. Liotta, P. Rogers (ur.): Security and the environment in the Mediterranean: conceptualising security and environmental conflicts, Springer, Berlin, 2003, str. 277.

<sup>815</sup> G. Evans, J. Newnham, The Penguin dictionary of international relations, The Penguin Books, London, 1988, str. 466.

<sup>816</sup> T. Dunne, B. C. Schmid, Realizem, v: J. Baylis, S. Smith (ur.): Globalizacija svetovne politike, FDV, Ljubljana, 2007, str. 211–212.

<sup>817</sup> Ključni predstavniki so Morgenthau, Wright, Niebuhr, Schwarzenberger in Schuman.

<sup>818</sup> Ključna predstavnika sta Waltz in Gilpin.

<sup>819</sup> Tekmovalnost, strah in vojna so temeljne značilnosti mednarodne politike, ki jih je možno povezati in razložiti s človeško naravo.

<sup>820</sup> Države si zagotavljajo svojo varnost s krepitvijo svojih notranjepolitičnih, vojaških in gospodarskih zmogljivosti in s povezovanjem z drugimi državami v mednarodni skupnosti.

oziroma mednarodne oblasti, vsaka država kot suverena politična entiteta poskuša preživeti na svojstven način.

Posledica želje po preživetju in ohranjanju suverenosti je razvijanje ofenzivnih vojaških zmogljivosti, s čimer ogrožajo druge države. Šibkejšje države se zato zatekajo k vzpostavljanju ravnotežja moči in ne k sklepanju zavezništev z močnejšimi državami. Vzroke gre iskati v strukturi mednarodnega sistema, ki države sili v njihovo tekmovalnost za večjo moč, vendar ne v smislu njenega maksimiranja. Medtem ko Morgenthau prisega na multipolarni sistem ravnotežja moči, pa je Waltz prepričan v uspešnost bipolarnosti kot največjega garanta stabilnosti sistema ravnotežja moči.<sup>821</sup>

Dunne in Schmid<sup>822</sup> pojem neorealizem enačita s pojmom strukturni realizem<sup>823</sup> in ga v nadaljevanju delita na ofenzivni<sup>824</sup> in defenzivni realizem.<sup>825</sup>

Ofenzivni realizem poudarja pomembnost relativne moči, kjer državam ni treba v nedogled povečevati svoje vojaške moči, ampak je dovolj, da jo imajo več kot potencialne sovražne države. Prav anarhizem mednarodnega okolja je tisti, ki vse države vzpodbuja k povečevanju relativne moči, saj je nemogoče predvideti, kdaj se bo pojavila država, ki bo želela porušiti obstoječe ravnotežje moči. Prizadevanje za zagotavljanje varnosti (ang. security competition), kot pravi Walt,<sup>826</sup> predstavlja igro ničelne vsote, oziroma če je neka država bolj varna, se pri drugih njihova varnost relativno zmanjša.

Predstavniki defenzivnega realizma so mnenja, da imajo države malo interesa za vojaški spopad in ekspanzijo. Izhajajo namreč iz ugotovitve, da so stroški kopičenja vojaških zmogljivosti in vojn kot posledica sledenja interesov absolutno preveliki glede na pridobljene koristi, ki jih prinaša vojna. Prav tako menijo, da so vojne posledica iracionalnega in destruktivnega zaznavanja ogrožanja strani drugih držav ter prevelikega zaupanja notranje javnosti v učinkovitost vojaških zmogljivosti kot mehanizma zagotavljanja varnosti.

Ključne značilnosti realističnega pristopa lahko strnem takole: varnost je cilj, moč države pa mehanizem za doseganje tega cilja. Pri tovrstnem državocentričnem pogledu imajo države nadvlado nad drugimi akterji, zato je temeljni interes (politična in vojaška) moč države ali zveze držav. Na realizmu temelječa teorija oziroma politika moči predstavlja osrednji del kompetitivnega modela varnosti, katerega primarni referenčni objekt so države, ki si v

---

<sup>821</sup> S. Guzzini, *Realism at war: Robert Gilpin's political economy of hegemonic war as a critique of Walt's neorealism*, Peace Research Institute, Copenhagen, 2002, str. 3–4, 19, <http://www.copri.dk/publications/Wp/WP%202002/11-2002.pdf> (zadnjič obiskano: 18. 11. 2012).

<sup>822</sup> T. Dunne, B. C. Schmid, *Realizem*, v: J. Baylis, S. Smith (ur.): *Globalizacija svetovne politike*, FDV, Ljubljana, 2007, str. 210.

<sup>823</sup> Za preučevanje mednarodne politike je treba poleg preučevanja delovalcev, torej države, in njihovega delovanja znotraj sistema preučevati tudi strukturo oziroma razporeditev, funkcionalnost in porazdelitev zmogljivosti njenih delov, ki jo določata anarhičnost mednarodnega sistema in razporeditev zmogljivosti po državah (S. Steven, *Sodobni večinski pristopi: neorealizem in neliberalizem*, v: J. Baylis, S. Smith (ur.): *Globalizacija svetovne politike*, FDV, Ljubljana, 2007, str. 267.

<sup>824</sup> Ključni predstavnik je Mearsheimer.

<sup>825</sup> Ključna predstavnika sta Jervis in Snyder.

<sup>826</sup> M. S. Walt, *International relations: one world, many theories*, *Foreign Policy*, 1998, vol. 110 (Spring), str. 32.

medsebojnem tekmovanju poskušajo zagotoviti čim višjo raven varnosti. Nevojaški in nedržavni viri ogrožanja so pri takšni vojaško-politični razpravi o varnosti popolnoma zapostavljeni.

### 3.2. Liberalizem

Protiutež dolgo časa prevladujoči realistični varnostni paradigmi predstavlja liberalizem<sup>827</sup> ali, kot pravi Malešič,<sup>828</sup> politika soodvisnosti in transnacionalnih odnosov, za katero je značilno, da ima država še vedno osrednjo vlogo,<sup>829</sup> vendar se le-ta spreminja. Tudi liberalizem, tako kot realizem, sodi v tradicionalno teorijo preučevanja varnosti. Države postajajo zaradi vse širšega področja delovanja vse bolj omejene v doseganju zastavljenih ciljev in v mnogih primerih ne morejo več v celoti uresničevati zahtev po nadzoru ozemlja in suverenosti navzven. Moč in hierarhičnost v mednarodni skupnosti izgubljata veljavo, saj postaja očitno, da so države lahko močne in superiorne na enem področju, na drugem ali drugih pa so zelo šibke. V ospredju se vedno bolj pojavlja odvisnost od drugih držav in drugih akterjev, tudi nedržavnih,<sup>830</sup> v mednarodni skupnosti. Raznolikost in številčnost akterjev vodita k množičnosti koalicij in ravnotežij moči, zato predstavniki liberalizma težijo k vzpostavitvi sistema standardov in predpisov, ki bo določal prioritete, omejitve, obveznosti in odgovornosti v mednarodnih odnosih. Za razliko od realizma je glavno vodilo liberalizma pri zagotavljanju varnosti sodelovanje, oziroma govorimo o kooperativnem modelu varnosti.

Podobno kot realizem tudi liberalizem nima enotne smeri. Ekonomska smer poudarja, da gospodarska soodvisnost držav le-te odvrča od uporabe sile zoper druge države, saj bi uporaba vojaških zmogljivosti resno ogrozila blagostanje in interese držav, vpletenih v spopad. Širjenje tržnega gospodarstva, ekonomska soodvisnost in višina stroškov prekinitve tovrstnega sodelovanja so ključni pri preprečevanju spopadov.

Za razliko od ekonomske odvisnosti kot dejavnika miru pa demokratična smer v ospredje postavlja demokratično politično ureditev.<sup>831</sup> Konec hladne vojne in povečevanje števila držav z demokratično politično ureditvijo, t. i. val demokracije, je ponovno vzpodbudil razmišljanja o teoriji demokratičnega miru (ang. democratic peace theory), po katerem se demokratične države kljub sodelovanju v vojnah le redkokdaj spopadejo med seboj. Zato naj bi bilo v tistem obdobju pomembno globalno širjenje principov liberalnodemokratičnih držav za zagotovitev trajnega

---

<sup>827</sup> Ključni predstavniki so Doyle, Koehane in Fukuyama.

<sup>828</sup> V: K. Grošelj, Slovenija v svetu mirovnih operacij, FDV, Ljubljana, 2007, str. 28.

<sup>829</sup> Pojavljajo se tudi ideje o nadnacionalni organizaciji kot nadomestilu sistema velikih sil.

<sup>830</sup> Podnacionalni, nadnacionalni in čeznacionalni akterji, ki delujejo preko, mimo ali celo zunaj državnih okvirjev. Posledično postajajo odnosi v mednarodni skupnosti rezultat kompleksnega političnega in organizacijskega procesa v državah in zunaj njih. Podnacionalni akterji, ki v svojem bistvu izhajajo iz ene države, lahko pomembno vplivajo na odnos te države do drugih držav. Nadnacionalni akterji lahko pomembno vplivajo na zmanjšanje državne suverenosti. Primer čeznacionalnega akterja pa so multinacionalne korporacije, ki prav tako delujejo preko ali mimo.

<sup>831</sup> Predsednik ZDA W. Wilson je bil eden od ključnih zagovornikov Kantove ideje demokratičnega miru, iz katere izhaja teza, da so demokratične države bolj miroljubne kot avtoritarne države.

miru in varnosti.<sup>832</sup> To naj bi bila, kot pravi Walt,<sup>833</sup> posledica liberalnih vrednot (kompromis, pogajanja, spoštovanje človekovih pravic in svoboščin, spoštovanje prava in pravne države, mednarodno sodelovanje, ekonomska svoboda itd.), ki preprečujejo uporabo sile zoper države z enako oziroma podobno politično ureditvijo in vrednotami. V neposredni povezavi s teorijo demokratičnega miru je tudi ideja sistema kolektivne varnosti,<sup>834</sup> v katerem naj bi se državni voditelji zavzemali za zaščito pred zunanjo agresijo katere koli druge države in zavračali vojno kot državniški instrument.

Tretja, novejša smer oziroma strukturalni liberalizem izhaja s stališča, da je trajno sodelovanje držav v mednarodnih organizacijah ključno v preprečevanju sebičnega ravnanja držav, ki bi se na takšen način odrekle takojšnjih dobičkov v korist večjih prihodkov, ki izhajajo iz mednarodnega sodelovanja.

Enega od temeljev obstoja mednarodnih institucij v neoliberalnem institucionalizmu kot pomembnem delu državcentričnega liberalizma<sup>835</sup> gre iskati tudi v njihovem zagotavljanju informacij, ki pomagajo državam premostiti zaznavanje sovražnih namer drugih držav skladno z najslabšim možnim scenarijem. Prednosti sodelovanja v mednarodnih institucijah po Almirju povzema Svete,<sup>836</sup> ki navaja:

- institucije so arene za izvajanje moči in uresničevanje nacionalnih interesov;
- povečanje števila interakcij med državami omogoča pogajanja, povezljivost na različnih področjih in krepi zaupanje med njimi;
- povečuje se informacijska nepropustnost in transparentnost kot osnova za vzpostavitev zaupanja med državami;
- znižanje stroškov za bilateralne in multilateralne dogovore in povečevanje učinkovitosti mednarodnega sodelovanja.

Pri liberalnem pristopu ostaja državocentričnost še vedno v centru mednarodnih odnosov in varnosti. Vse vidnejšo vlogo dobivajo tudi nedržavni akterji in povečuje se potreba po sodelovanju v mednarodnih institucijah. Globalizacijski procesi v gospodarstvu, vzpon transnacionalnih mrežnih in drugih nevladnih organizacij ter informacijska revolucija

---

<sup>832</sup> Pri demokratičnem miru gre za teoretično legitimiziranje novega mednarodnega intervencionizma. Tovrstno razmišljanje je prisotno v večini držav zahodnega tipa, še posebej v Združenih državah Amerike. Koncept izvažanja demokracije je bil prevladujoč koncept znotraj nacionalnovarnostne politike v času Clintonovega predsedovanja. Nemalo avtorjev je tudi mnenja, da je glavni varnostni problem sodobnega sveta prav konflikt med sekularno demokratizacijo v liberalno demokratičnih državah, ki jo njeni zagovorniki ekspanzionistično širijo kot pogoj za vzpostavitev demokratičnega miru, ter islamizacijo sveta. Konflikt teh dveh paradigem je po njihovem mnenju tudi eden od pomembnejših vzrokov za islamski terorizem (T. Bassam, v: U. Svete, *Varnost v informacijski dobi*, FDV, Ljubljana, 2005, str. 40).

<sup>833</sup> M. S. Walt, *International relations: one world, many theories*, Foreign Policy, 1998, vol. 110 (Spring), str. 39.

<sup>834</sup> Roberts in Kingsbury (v: Dunne 2007, str. 244) pravita, da gre pri sistemu kolektivne varnosti za ureditev, v kateri vsaka država, ki je del sistema, sprejema dejstvo, da je varnost ene države stvar vseh držav in da se je dolžna odzvati k izvajanju kolektivnih ukrepov v primeru agresije. Kolektivna varnost se je prvič institucionalizirala v Društvu narodov leta 1919 in kasneje v Organizaciji združenih narodov leta 1945.

<sup>835</sup> J. M. Hobson, *The »second state debate« in international relations: theory turned upside-down*, Review of International Studies, 2001, vol. 27(3), str. 405.

<sup>836</sup> U. Svete, *Varnost v informacijski dobi*, FDV, Ljubljana, 2005, str. 39.

spodkopavajo moč in vpliv države, posledično se vojaško-politično obravnavanje in razumevanje varnosti preusmerja na zagotavljanje ekonomske in socialne blaginje. Vpliv liberalizma in njegovih smeri je še posebej prepoznan po koncu hladne vojne, ko se na kriznih območjih poskuša vzpostaviti trajni mir in stabilnost z vzpostavitvijo demokratične družbenopolitične ureditve.

### 3.3. Konstruktivizem

Konstruktivizem<sup>837</sup> predstavlja teoretski pristop, ki je nastal in dosegel vzpon v Združenih državah Amerike v zadnjem desetletju 20. stoletja kot odgovor na prevladujoči realizem in institucionalizem. Dogodki v tistem obdobju so namreč povzročili ponovno razpravo znotraj držav glede njihovih interesov in mednarodne ureditve oziroma mednarodnega reda. Najbolj adekvaten pristop k razumevanju razpada stare in nastanka nove svetovne ureditve je bil konstruktivizem.<sup>838</sup>

Konstruktivizem po mnenju Ulusoya<sup>839</sup> temelji na naslednjih ključnih prvinah:

- Temeljne strukture mednarodne politike in odnosov so bolj družbene kot pa materialne, to pa omogoča državam razumevanje njihovih interesov, ki so posledica interakcij držav z njihovim okoljem.

- Omenjene strukture s svojimi normami in vrednotami oblikujejo, poleg vedenja, tudi identiteto in interese referenčnega objekta.

- Med strukturami kot rezultati družbene prakse in identitetami akterjev vlada interaktiven odnos. Družbeno okolje oblikuje akterje, ideje in norme pa določajo njihov odnos do družbenega okolja.

- Svet oblikujejo znanje in materialni dejavniki, kar pomeni, da je družbeno konstruiran.

- V pristopu obstaja več smeri: modernistična in postmodernistična, problemska in kritična oziroma konvencionalna in kritična.

- Predstavlja most med tradicionalno problemskim in kritičnim pristopom.

Temeljno vprašanje konstruktivizma je torej ozko povezano z vprašanjem, kako nacionalne države kot primarni akter oblikujejo in sprejemajo lastno identiteto, ki jo določa zgodovinski, kulturni, socialni in politični kontekst, ter interese, ki so določeni z zunanjimi dejavniki oziroma kulturno-institucionalnimi normami.<sup>840</sup>

V nasprotju z realizmom se konstruktivizem v okviru mednarodnih odnosov ukvarja z mednarodnim sistemom kot družbenim prostorom, glavno vodilo pa sta identiteta in interesi. Identiteta je torej osrednji element teorije in pomeni definiranje posameznika ali družbene

---

<sup>837</sup> Ključna predstavnik sta Adler in Barnett.

<sup>838</sup> M. Barnett, Družbeni konstruktivizem, v: J. Baylis, S. Smith (ur.): Globalizacija svetovne politike, FDV, Ljubljana, 2007, str. 330.

<sup>839</sup> H. Ulusoy, Revisiting security communities after cold war: the constructivist perspective. 2003, str. 171, <http://www.sam.gov.tr/perceptions/Volume8/September-November2003/HasanUlusoy6Kasim2003.pdf> (zadnjič obiskano: 17. 11. 2012).

<sup>840</sup> Kolodziej, v: U. Svete, Varnost v informacijski dobi, FDV, Ljubljana, 2005, str. 41.

skupnosti na način, da se razlikuje od ostalih. Zato politične identitete,<sup>841</sup> ki so prav tako družbeno konstruirane, definirajo odnose med državami in posledično vplivajo na dojetje drugih držav v smislu prijateljstva in zavezništva.<sup>842</sup>

McDonald<sup>843</sup> norme definira kot skupno prepričanje o legitimnem ravnanju akterjev z določenimi identitetami, kar je najpogosteje povezano z idejami o ustreznosti obnašanja in ravnanja države kot vodilne članice, poleg ostalih akterjev, v mednarodni skupnosti. Ideje in norme pa ne delujejo le regulativno, ampak tudi konstitutivno, zato izhajajoča normativna struktura oblikuje identiteto in interese akterjev, hkrati pa oblikovanje identitet določa uporabo norm, ki posledično vplivajo na obojestransko delovanje.

Konstruktivizem upošteva tudi pomen kulture, idej, ideologije ter socializacije in predpostavlja, da sta tako mednarodni sistem kakor tudi mednarodna anarhija družbeno določena na temelju ideologij, zgodovine in socializacije.<sup>844</sup> Iz teze o družbeni konstrukciji realnosti, ki jo poudarja Brglez,<sup>845</sup> izhaja tudi osrednja teza konstruktivističnega pristopa preučevanja mednarodne varnosti, torej da je tudi varnost družbeni konstrukt. Varnostna skupnost predstavlja specifično družbeno strukturo, sestavljeno iz skupnega znanja in zavedanja, v kateri akterji drug drugemu zaupajo, da bodo na vse izzive odgovorili na miren način. Varnost torej predstavlja osrednji poligon pogajanj in konsenza, na katerem različni akterji tekmujejo v definiranju identitet in vrednot določene družbene skupnosti, ki jo zastopajo, z namenom vzpostavitve politične akcije. Po njihovem mnenju tudi nacionalni interesi ne obstajajo, ampak gre zgolj za interese, ki so jih konstruirale izključno politične elite in jih z uporabo jezika in simbolov preoblikovale v uradno politiko države. Zato so, kot pravi McDonald,<sup>846</sup> identitete in vrednote akterjev osrednja točka preučevanja varnosti, ki v konstruktivizmu nima enotne definicije, temveč se konstruira in posledično zagotavlja skozi proces desekuritizacije.<sup>847</sup>

---

<sup>841</sup> Glede na različne smeri znotraj konstruktivizma je lahko nacionalna identiteta, ki določa ravnanje države, relativno stabilna in nespremenljiva, lahko pa se nacionalna identiteta oblikuje v določenem kontekstu in je kot taka nestabilna in stalno se spreminjajoča (M. McDonald, *Constructivism*, v: P. D. Williams (ur.): *Security studies: an introduction*, Routledge, New York, 2008, str. 62).

<sup>842</sup> Primer zavezništva je Nato, ki je bil ustanovljen zaradi skupnih identitet izbranih zahodnoevropskih in severnoameriških držav in posledično zaradi groženj, ki so zaznamovale tisto obdobje. Prav skupne identitete in interesi so pripomogli Natu k njegovemu obstoju in transformaciji ter celo širjenju po koncu hladne vojne in zmanjšanju napetosti med zahodnim in vzhodnim blokom. Sledilo je seveda redefiniranje njegove vloge in poslanstva v mednarodni skupnosti. Zveza Nato je ravno tista, ki vse bolj izpostavlja skupne kulturne in civilizacijske točke držav članic in vse manj poudarja, da je organizacija kolektivne obrambe. Prav sklicevanje na kulturno-institucionalne norme zvezi Nato omogoča nadaljnje širjenje in njegovo preoblikovanje v sistem regionalne oziroma kolektivne varnosti.

<sup>843</sup> M. McDonald, *Constructivism*, v: P. D. Williams (ur.): *Security studies: an introduction*, Routledge, New York, 2008, str. 63.

<sup>844</sup> S. Peou, *Realism and constructivism in Southeast Asian security studies today: a review essay*, *The Pacific Review*, Oxford, 2002, vol. 15(1), str. 123.

<sup>845</sup> V. V. Odar, *Mednarodna varnost in sodobno pomorsko piratstvo*, Magistrsko delo, FDV, Ljubljana, 2010, str. 36.

<sup>846</sup> M. McDonald, *Constructivism*, v: P. D. Williams (ur.): *Security studies: an introduction*, Routledge, New York, 2008, str. 67.

<sup>847</sup> U. Svete, *Varnost v informacijski dobi*, FDV, Ljubljana, 2005, str. 73.

Tako kot realizem in liberalizem tudi konstruktivizem nima enotne smeri. Ulusoy<sup>848</sup> ga deli na dve pojavnosti obliki, ki pa sta v osnovi različno pojmovani in segata na različne nivoje: modernistični in postmodernistični, problemski in kritični oziroma konvencionalni in kritični. Hobson<sup>849</sup> pa ga deli na državocentrični konstruktivizem in konstruktivizem, usmerjen na mednarodno skupnost.

Ne glede na različne smeri konstruktivizma in njegove delitve so si teoretiki enotni, da so ključnega pomena identitete, norme in skupno znanje. V mednarodni politiki in odnosih znotraj mednarodne skupnosti, ki je družbeni konstrukt, utemeljen na zgodovini, ideologiji in socializaciji, imajo glavno vlogo voditelji oziroma politične elite, ki na podlagi skupnih znanj določajo interese države. Po mnenju teoretikov interesi niso določeni od zunaj, ampak so posledica interakcij države z okoljem, v katerem se nahaja. Glavno vlogo pri njihovem definiranju imajo vrednote in norme, ki konstituirajo akterjevo vlogo. Konstruktivistični pristop je pridobil na veljavi, še posebej po koncu hladne vojne, ko je omogočil nadgradnjo razumevanja identitet in meril ter predpisov v mednarodnih odnosih.

Kot lahko zaključimo, je osnova za preučevanje človekove pravice do varnosti, torej skrbi za varnost posameznika, način njegove obravnave v družbeni skupnosti. Prvi način obravnava posameznika kot osebo s pravicami in svoboščinami. Drugi način preučuje človekovo pravico do varnosti skozi umeščanje posameznika kot državljana, medtem ko tretji način obravnave človekove pravice do varnosti postavlja posameznika kot referenčni objekt.

#### 4. Sklepne misli

Spremembe v pojmovanju varnosti so posledica spremenjenih (novih, sodobnih) virov ogrožanja kakor tudi novih akterjev v zagotavljanju varnosti, na spremembe pa je v enaki meri vplivala tudi percepcija dejanskih virov ogrožanja in tveganja. Obravnavanje varnosti so vse skozi determinirali trije ključni teoretični pristopi: realizem, liberalizem in konstruktivizem. Predvsem na podlagi zadnjih dveh teoretičnih izhodišč se je varnost pričela obravnavati v vse širšem družbenem kontekstu, hkrati pa so se med referenčne objekte uvrstile tudi nedržavne družbene entitete. Omenjena širitev in razvoj obravnavanja varnosti predstavlja enega od bistvenih korakov pri preučevanju aktualnih družbenih sprememb, odnosov in procesov ter človekovih pravic.

Teorije varnostnih sistemov obravnavajo posameznika in njegovo pravico do varnosti različno. Dejstvo je, da ima vsaka teorija svojstven način in pristop, zato ne moremo govoriti o celovitem in enotnem pristopu, ki je nad posameznimi teorijami. Nedvomno pa je, da v iskanju celovitosti vsaka teorija prispeva svoje ideje in razmišljanja. Realizem in neorealizem kot državocentrična

---

<sup>848</sup> H. Ulusoy, Revisiting security communities after cold war: the constructivist perspective. 2003, str. 169, <http://www.sam.gov.tr/perceptions/Volume8/September-November2003/HasanUlusoy6Kasim2003.pdf> (zadnjič obiskano: 17. 11. 2012).

<sup>849</sup> M. J. Hobson, The »second state debate« in international relations: theory turned upside-down, Review of International Studies, 2001, vol. 27(3), str. 410.

pristopa se ukvarjata z vprašanjem vpliva hegemonске moči države v odnosu do posameznika in njegovih pravic, kakor tudi z odnosom med orodji nacionalne varnosti in sredstvi, ki so potrebna za zagotavljanje pravice do varnosti posameznika. Načine zagotavljanja in spoštovanja človekove pravice do varnosti preko medsebojne odvisnosti, demokratičnih sprememb v družbeni skupnosti in mednarodnih institucij zagovarjata liberalizem in institucionalizem. Kritična teorija prispeva zavedanje o tem, da tudi države ogrožajo človekovo pravico do varnosti ter vlogo globalizirane družbe pri njeni promociji, medtem ko konstruktivizem prispeva zavedanje o človekovi pravici do varnosti skozi norme, identitete in skupno znanje ter vrednote, ki veljajo v mednarodni skupnosti.

Tudi zaradi mednarodne veljave in prepoznavnosti so bile na tej ravni konvencije ter deklaracije o človekovih pravicah in svoboščinah napisane in sprejete izključno z namenom pravnega varstva in zagotavljanja minimalnih pravic vsem ljudem. Na ta način naj bi bilo vzpostavljeno razmerje, ki omogoča posamezniku uresničevanje njegovih pravic, hkrati pa jih ščiti pred posegom drugih v njih. Kljub temu zakon določa, da se v določenih okoliščinah lahko poseže v nekatere pridobljene pravice. Načeloma pa naj bi veljalo razmerje, v katerem so pravice posameznika omejene s pravicami drugih, ter da jih posameznik ne more uresničevati na račun zmanjševanja pomena ali celo ogrožanja drugih.

Država je torej tista, ki zagotavlja uresničevanje pravic in jih ščiti v primeru kršenja ter kršitelje tudi ustrezno sankcionira. Nemalokrat pa se dogaja, da država ne omogoča ustreznega varovanja zapisanih pravic oziroma se celo pojavlja v vlogi kršitelja. Država pa lahko posega v pravice in jih omejuje samo na podlagi ustave in zakona. To se največkrat dogaja pri uveljavljanju določenih zasebnih, političnih, gospodarskih in drugih interesov v smislu »cilj upravičuje sredstvo«.

Pri zagotavljanju varnosti se v sedanjem spreminjajočem se okolju pojavlja povsem legitimna dilema med svobodo in varnostjo, oziroma do kod velja »več varnosti na račun svobode«. Posamezniki s svojimi pravicami in svoboščinami pa so tisti, ki bodo morali odgovoriti na vprašanje, ali so pripravljeni sprejeti določene omejitve svojih pravic zavoljo višje stopnje varnosti in za koliko časa. Vse bolj se v javnosti namreč pojavlja mnenje, da imamo danes manj pravic in svoboščin, kakor smo jih imeli pred desetimi leti, s trendom, ki nakazuje, da jih bomo imeli v prihodnosti še manj. Človekove pravice in temeljne svoboščine so temelj demokracije in pravične družbe. Z njimi se demokracija začne in konča. Kjer ni človekovih pravic, pa je doma diktatura, totalitarizem, policijska država.



## LITERATURA

### Monografije

- Anžič Andrej, Varnostni sistem Republike Slovenije. Uradni list RS, Ljubljana, 1997.  
Črnčec Damir, Obveščevalna dejavnost v informacijski dobi. Defensor, Ljubljana, 2009.  
Forsythe P. David, Human rights and peace, international and national dimensions, University of Nebraska Press, Lincoln and London, 1993.  
Grošelj Klemen, Slovenija v svetu mirovnih operacij, FDV, Ljubljana, 2007.  
Kaučič Igor, Grad Franc, Ustavna ureditev Slovenije. GV založba, Ljubljana, 2003.  
Svete Uroš, Varnost v informacijski dobi. FDV, Ljubljana, 2005.

### Članki in revije

- Barnett Michael, Družbeni konstruktivizem, v: Baylis, J., Smith, S. (ur.): Globalizacija svetovne politike, FDV, Ljubljana, 2007, str. 323–348.  
Cerar Miro, O naravi človekovih pravic in dolžnosti, v: Pavčnik, M., Polajnar Pavčnik, A., Wedam Lukič, D. (ur.): Temeljne pravice, Ljubljana, 1997, str. 52–83.  
De Baets Antoon, Human rights and history, v: Smelser, N. J., Baltes, B. P. (ur.): International encyclopedia of the social & behavioral sciences. Elsevier-Pergamon, Oxford, 2001, str. 7012–7018.  
Dunne Tully, Liberalizem, v: Baylis, J., Smith, S. (ur.): Globalizacija svetovne politike, FDV, Ljubljana, 2007, str. 237–261.  
Dunne Tully, Schmid C. Brian, Realizem, v: Baylis, J., Smith, S. (ur.): Globalizacija svetovne politike, FDV, Ljubljana, 2007, str. 205–236.  
Grizold Anton, Varnostna paradigma v mednarodnih odnosih: uvodna študija, v: Luard, E. (ur.): Človek, država in vojna. FDV, Ljubljana, 2001, str. 83–161.  
Hobson M. John, The »second state debate« in international relations: theory turned upside-down. Review of International Studies, 2001, vol. 27(3), str. 395–414.  
Kraus Keith, Williams C. Michael, From strategy to security: foundations of critical security studies, v: Krause, K., Williams, C. M. (ur.): Critical security studies: concepts and cases. UCL Press, London, 1997, str. 33–59.  
Kurež Bojan, Mekinc Janez, Anžič Andrej, Človekove pravice v luči novih groženj varnosti, Teorija in praksa, let. 46, 5/2009, str. 700–715.  
Lamy Steven, Sodobni večinski pristopi: neorealizem in neliberalizem, v: Baylis, J., Smith, S. (ur.): Globalizacija svetovne politike, FDV, Ljubljana, 2007, str. 263–289;  
McDonald Michael, Constructivism, v: Williams, P. D. (ur.): Security studies: an introduction, Routledge, New York, 2008, str. 59–72.  
Møller, Bjørn, National, Social and human security: discussion-case study of the Israel-Palestine conflict, v: Brauch, H. G., Marquina, A., Salim El-Sayed, M., Liotta, P. H., Rogers, P. (ur.): Security and the environment in the Mediterranean: conceptualising security and environmental conflicts. Springer, Berlin, 2003, str. 277–288.  
Peou Sorpong, Realism and constructivism in Southeast Asian security studies today: a review essay. The Pacific Review, Oxford, 2002, vol. 15(1), str. 119–138.  
Walt S. Martin, International relations: one world, many theories. Foreign Policy, 1998, vol. 110 (Spring), str. 29–45.

### Pravni viri

- Listina Evropske unije o temeljnih pravicah. Uradni list EU, št. C 83/02.  
Splošna deklaracija o človekovih pravicah. Resolucija št. 217 A (III), <http://www.unaslovenia.org/dokumenti/uzln> (zadnjič obiskano: 18. 11. 2012).  
Ustanovna listina Organizacije združenih narodov, <http://www.unaslovenia.org/dokumenti/uzln> (zadnjič obiskano: 18. 11. 2012).  
Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91-I, razglašena 23. 12. 1991 in nasl.).

Ostalo

Evans Graham, Newnham Jeffrey, The Penguin dictionary of international relations, The Penguin Books, London, 1988.

Človekove pravice in varstvo človekovih pravic v Sloveniji. Mladi za napredek Maribora 2009, 26. srečanje, <http://www.ukm.uni-mb.si/UserFiles/658/File/lovekove%20pravice%20in%20varsvo%20lovekovih%20pravic%20v%20Sloveniji.pdf> (zadnjič obiskano: 16. 11. 2012).

Guzzini Stefan, Realism at war: Robert Gilpin's political economy of hegemonic war as a critique of Walt's neorealism. Peace Research Institute, Copenhagen, 2002, <http://www.copri.dk/publications/Wp/WP%202002/11-2002.pdf> (zadnjič obiskano: 18. 11. 2012).

Odar Vlado, Mednarodna varnost in sodobno pomorsko piratstvo. Magistrsko delo, FDV, Ljubljana, 2010.

Ulusoy Hasan, Revisiting security communities after cold war: the constructivist perspective. 2003, str. 168–174, <http://www.sam.gov.tr/perceptions/Volume8/September-November2003/HasanUlusoy6Kasim2003.pdf> (zadnjič obiskano: 17. 11. 2012).

## **O AVTORJU:**

Gregor Garb je zaposlen v Slovenski vojski. Po izobrazbi je doktor znanosti s področja javne uprave in inženir logistike s področja logistike sistemov. V svoji karieri se je udeleževal številnih izobraževanj in konferenc doma in v tujini. Objavljene ima številne članke s področja nacionalne in mednarodne varnosti, obveščevalno-varnostne dejavnosti, zoperstavljanja terorizmu, organiziranega kriminala, koruptivnega delovanja, kritične infrastrukture, človekovih pravic ter finančnih virov. Je tudi soavtor strokovne literature s področja vojaške policije in recenzent v reviji Sodobni vojaški izzivi.

# Dimitrij Rupel Reševanje mednarodnih sporov: jugoslovanska kriza

## I. Reševanje jugoslovanske krize

Nekoč je pokojni jugoslovanski predsednik svojo državo primerjal z gorovjem nad reko Sutjesko. Rekel je, da je Jugoslavija enako stabilna kot to gorovje. Njegova domneva se je izkazala kot napačna. Jugoslavija je imela kolektivno rotirajoče predsedstvo iz delegacij vseh republik, vendar je sistem popustil pod pritiskom svetovnega dogajanja (berlinski zid) in srbskega nacionalizma (Milošević). Padec berlinskega zidu je sprožil razpad sovjetskega bloka in dobrodošlo krizo komunističnih sistemov. V Srbiji pa so delovale sile, ki so hotele zaustaviti razpad sistema oz. bloka, kar je sprožilo vojno. Jugoslavija je v času vojne in po njej preskusila več načinov mirnega reševanja: Brioni, haaška konferenca 1991–1992, Dayton, Ohrid, Rambouillet ...

Brionski sestanek in brionska deklaracija (7. julij 1991) sta pomenila relativno uspešen začetek reševanja jugoslovanske krize. Namen brionskih pogajanj je bil sicer drugačen od končnega izida, saj so voditelji EU najprej želeli ohraniti Jugoslavijo, vendar so bila relativno uspešna. Prišlo je do umika JLA iz Slovenije in do postopnih mednarodnih priznanj novih držav, ki so nastale iz Jugoslavije. Brionski sestanek se je septembra 1991 »nadaljeval« na haaški (mirovni) *Konferenci o Jugoslaviji*, vendar njeni organizatorji niso imeli takšne sreče.

Kasnejša pogajanja, ki so jih v Daytonu (1995) vodile ZDA, so bila sicer uspešna, vendar je pred tem umrlo veliko število ljudi, predvsem Muslimanov. Premirje je temeljilo na splošno znanem in že prej (v času jugoslovanske krize) uporabljenem načelu, tj. na razdelitvi ozemlja! Mimogrede: istočasno z Daytonom je prišlo – tudi po zaslugi ZDA – do rešitve spora med Slovenijo in Italijo. To je bil t. i. »španski kompromis«, s katerim se je končal veto Italije na vstop Slovenije v EU!

Manj posrečena je bila konferenca o srbsko-kosovskem sporu v francoskem Rambouilletu (1999). Sporazuma nista sprejeli niti Srbija niti Rusija, sledila je vojna, njej pa padec Miloševića. Velika uganka je sporazum iz Ohrida, s katerim je bil 13. avgusta 2001 zaustavljen makedonsko-albanski spor. Tu ni šlo za delitev ozemlja, ampak za sodelovanje pri oblasti!

## II. Haaška konferenca

Vabilu na haaško konferenco je bil priložen program, ki je vseboval zanimive podrobnosti. Otvoritvi naj bi sledilo svečano kosilo na nizozemskem zunanjem ministrstvu. Kot uradni jeziki konference so bili predvideni francoščina, angleščina in srbohrvaščina. (Slovenija je protestirala zaradi neupoštevanja slovenščine in makedonščine.) Delegacije naj bi štele največ šest članov, vstop v dvorano naj bi imeli po trije iz vsake delegacije. Dnevni red je napovedoval *dva dela*

*konference*: evidentiranje problemov in predlogi rešitev. (Neizpolnjeni) pogoj za začetek konference je bila prekinitev ognja med sprtimi stranmi. V seznamu glavnih ciljev konference je bila omenjena *formula za prihodnje skupno sožitje*, pri čemer so bila navedena naslednja gesla:

- republike – suverene države in podelitev mandata zveznim organom/alternativa kantoni,
- federacija – konfederacija,
- vprašanje notranjih meja,
- skupne funkcije v pristojnosti zveze,
- obramba (nova formula JLA),
- zunanje zadeve,
- finance, monetarna politika, skupno tržišče, carine,
- skupni komunikacijski prostor,
- razpis zveznih volitev,
- ustavodajna zvezna skupščina in sprejem zvezne ustave,
- medsebojne zahteve.<sup>850</sup>

V tem času je bil jugoslovanski veleposlanik na Nizozemskem Borut Bohte, ki je predstavniku MZZ Marku Kosinu povedal, da je Nizozemce presenetila naglica pri sklicu prvega zasedanja; da je sestanek 7. septembra mišljen kot svečana otvoritev; da bodo Jugoslavijo zastopali člani predsedstva SFRJ, Marković in Lončar, republiške delegacije pa naj bi vodili predsedniki. Najprej naj bi govorili predsednik nizozemske vlade Lubbers, minister van den Broek in predsednik Evropske komisije Delors, nato Mesić, Marković in šest predsednikov republik. Navzoči naj bi bili zunanji ministri dvanajsterice. Popoldne naj bi se Carrington (ločeno, z vsakim posebej) sestal z vodji delegacij.<sup>851</sup>

Slovensko delegacijo na prvem zasedanju Konference o Jugoslaviji je vodil Milan Kučan, ki je svoj nastop pripravil že dan pred začetkom. V besedilu z datumom 6. september 1991 je trdil, da se je Slovenija »dolga leta« trudila okrepiti »demokratske opcije v Jugoslaviji« in si prizadevala za njeno mirno transformacijo v demokratično konfederacijo suverenih in enakopravnih držav«. Ugotovil je, da mirovna konferenca ne more spremeniti temeljnega dejstva glede »volje slovenskega naroda o samostojni državnosti Slovenije«. Sodil je, da mednarodna skupnost ne bi smela imeti »zadržkov glede odločitve za priznanje njene (slovenske) državnosti«. Omenil je možnost sodelovanja neodvisne Slovenije z drugimi republikami v okviru »neke vrste jugoslovanske konference o sodelovanju in varnosti kot okvir(a) za medsebojno urejanje odnosov in spornih vprašanj«. Napovedal je monetarno suverenost Slovenije, na koncu pa je povzel glavna načela, ki bi jih morali sprejeti vsi udeleženci konference: *pravica do samoodločbe, nespremenljivost republiških meja, spoštovanje človekovih pravic, mednarodni nadzor za zaščito manjšin, zaščita lastnine in pravne varnosti, normalni gospodarski odnosi med republikami, uspešna z upoštevanjem načel mednarodnega prava*.

Slovenija se je na konferenco pripravila tudi z gradivi strokovnjakov. Tako je Bogo Grafenauer za delegacijo napisal besedilo »Jugoslovanske medrepubliške in zunanje meje:

---

<sup>850</sup> Povzeto po gradivu »Predlog dnevnog reda za konferenciju o Jugoslaviji« (v srbohrvaščini), ki ga je MZZ dobilo od organizatorjev 5. septembra (številka 14211), obseg 4 strani.

<sup>851</sup> Telefonski pogovor M. Kosina z veleposlanikom Bohtetom o mirovni konferenci 4. 9. 1991, tipkopis, osebni arhiv D. R.

'administrativne' ali zgodovinsko zrasle?«, ki mu je priložil zemljevid.<sup>852</sup> Grafenauer analizira srbsko miselnost in dokazuje zgodovinske meje Slovenije. O meji Slovenije proti jugovzhodu pravi, da je »najstarejša in najvišja meja v Jugoslaviji«. Kritičen je do rešitve tržaškega vprašanja leta 1954, češ da je bil »ravnotežnostni račun« približno pravičen za Jugoslavijo, ne pa za Slovenijo.<sup>853</sup> Da bi bolje vedeli, kdo vodi konferenco, so nam slovenski diplomati iz Londona poslali avtobiografijo in biografijo lorda Carringtona, seznam sporazumov med Jugoslavijo in Veliko Britanijo in nekaj časniških komentarjev. VIS nam je 4. septembra poslal »Dnevni pregled indikativnih informacij v tujih sredstvih obveščanja«, v katerem so povzeti različni članki, tudi prispevek Jovana Pjevića v reviji Monitor z naslovom »Jugobeneluks po Rupelu«. Politika je poročala o izjavi Vranitzkega, da Avstrija nikakor ne bo prva priznala neodvisnosti Slovenije in Hrvaške. Vuk Drašković je izjavil, da so srbske zmage na Hrvaškem čisti porazi, ker je iz Hrvaške v Srbijo pobegnilo 100.000, v Bosno pa 30.000 Srbov. V Sovjetski zvezi so špekulirali, da sta si državni udar izmislila Gorbačov in Jelcin skupaj, za Slovenijo pa bi bilo iz gospodarskih razlogov najbolje, da ostane v Jugoslaviji. V Moskvi naj bi sklepali, da Slovenijo in Hrvaško podpirajo in usmerjajo zahodnoevropske obveščevalne službe pod vodstvom CIA. Poročevalec iz Italije sklepa, da bo ta država na mirovni konferenci postavila vprašanje italijanske manjšine v Istri in Dalmaciji.

MZZ je 5. septembra pripravilo »strategijo RS pri pogajanjih«, ki po eni strani poudarja glavna cilja, tj. mir in mednarodno priznanje samostojne državnosti, po drugi strani pa taktiko konstruktivnega prispevka k reševanju jugoslovanske krize:

*Poudarjati odločenost RS, da skupaj z drugimi državami ES, spoštujoč mehanizme KVSE, angažirano in konstruktivno pripomore k razreševanju jugoslovanske krize ...*

*... Pripravljene smo se povezati v zvezo suverenih držav po principih Beneluxa. Takšen pristop bo gotovo odklanjala Srbija ...*

*Nastopati tako, da bo omogočeno ustvarjanje eventualne skupne fronte RS, RH, RM in RBiH (na principielnih izhodiščih) proti destruktivnim silam (Srbija, JA, Zvezna administracija), kar se bo doseglo s priznavanjem pravice do samoodločbe vsem, z aktivnim postavljanjem glede novih povezav in s poslušom za stališča in argumente, ki prihajajo iz teh republik.*<sup>854</sup>

Eno od poročil o svečani otvoritvi Konference o Jugoslaviji (7. 9. 1991 v Haagu) je napisal Marko Kosin. Na hitro sklicana konferenca naj bi pokazala angažiranost Evropske skupnosti. Van den Broek je izjavil, da spori v Jugoslaviji ogrožajo evropski mir in da je treba spremeniti jugoslovansko ustavo. Delors je govoril o slabi gospodarski situaciji v Jugoslaviji in o nujni

---

<sup>852</sup> B. Grafenauer, besedilu »Jugoslovanske medrepubliške in zunanje meje: 'administrativne' ali zgodovinsko zrasle?«, ki obsega 9 tipkanih strani, je priložen zemljevid »Starost in značaj zunanjih in notranjih (republiških) mej v Jugoslaviji«, na katerem je s prosto roko in z različnimi barvami narisanih 9 različnih meja od srednjega veka do maja 1918, osebni arhiv D. R.

<sup>853</sup> Grafenauer trdi, da je šlo za 1.078 Italijanov na ozemlju Slovenije in za 56.193 Slovencev na ozemlju Italije – »razmerje 1 : 52«.

<sup>854</sup> Ministrstvo za zunanje zadeve, Ljubljana, 5. 9. 1991, Delovni osnutek, Strogo zaupno, »Zadeva: Mirovna konferenca o Jugoslaviji, strategija RS pri pogajanjih«, obseg 3 strani, osebni arhiv D. R.

pomoči ES. Kučan je imel konstruktiven govor. V pogovoru s Carringtonom je izjavil, da Slovenija nikakor ne more ostati v Jugoslaviji.<sup>855</sup>

Najdaljši in najostrejši govor je imel hrvaški predsednik Franjo Tuđman. Govoril je o vojni, pravzaprav o srbsko-jugoslovanskem napadu na Hrvaško, ki da traja že eno leto in je povzročil že 2.000 smrtnih žrtev in 140.000 beguncev. Nasprotnike je označil z besedami: *dogmatični, militaristični, boljševiško-komunistični, velikosrbski* in *ekspanzionistični*. Tuđman je omenil prvotno ponudbo Slovenije in Hrvaške (zveza suverenih jugoslovanskih republik), ki je bila zavrnjena, zato je potrebno takojšnje mednarodno priznanje Hrvaške.

Pisec teh vrstic si je zapisal kratek povzetek stališč predstavnikov federacije in republik:

*Mesić (SFRJ) – proti vojni*

*Marković (SFRJ) – enotna Jugoslavija*

*Izetbegović (R BiH) – enotna Jugoslavija*

*Bulatović (RČG) – enotna Jugoslavija*

*Gligorov (RM) – zveza suverenih držav in medsebojno priznanje*

*Tuđman (RH) – ven*

*Kučan (RSlo) – ven*

*Milošević (RSrb) – enotna Jugoslavija*<sup>856</sup>

Iz tega povzetka bi lahko rekli, da je *enotnost* dobila štiri glasove, *razpad* dva glasova, *ustavna reforma* pa en glas. Kasneje se je »tabor« ustavne reforme okrepil z BiH, da je imel dva glasova, tabor enotne Jugoslavije je imel (če ne štejemo zagovornikov po dolžnosti) dva glasova (Srbija, Črna Gora), prav tako razpustitev oz. odhod iz Jugoslavije. Na haaški konferenci so bile potemtakem (če ne štejemo zvezne vlade in armade) razvidne tri enako močne pozicije: *ohranitev (RSrb, RČG)*, *reforma (RM, RBiH)* in *razdelitev (RS, RH) Jugoslavije*. S slovenskega vidika je bila najbolj nevarna sredinska rešitev (ustavna reforma), ker jo je poleg dveh šibkih republik (BiH, Makedonija) zagovarjala Evropska skupnost. Ko bi konferenca trajala dalj časa in ko ne bi bilo pritiska jugoslovanskih zveznih organov (ZIS, JLA), bi nemara zmagala sredinska rešitev (reforma). Zaradi pristranske vloge zveznih organov, predvsem JLA, je kazalo, da bo zmagala konservativna različica (Jugoslavija po starem). Nemški poseg je nato tehtnico nagnil na drugo stran.

Igor Bavčar je 9. septembra obvestil predsedstvo oz. Milana Kučana, da bodo do 5. oktobra na mejnih prehodih uporabljene kombinirane oznake, ki bodo – po možnosti – vsebovale poleg slovenskih in evropskih tudi jugoslovanske simbole; po 5. oktobru pa »bodo izdelane in postavljene nove table«, na katerih bo »grb Republike Slovenije, napis Republika Slovenija, pod njim grb Jugoslavije in napis SFRJ«.

\*

---

<sup>855</sup> M. Kosin, »Informacija o svečani otvoritvi« in »Zabeležka o razgovoru Milana Kučana, predsednika Predsedstva RS z lordom Carringtonom«, 7. 9. 1991, obseg 2 + 2 strani, osebni arhiv D. R.

<sup>856</sup> Rokopisna beležka na hrbtni strani »Provisional Agenda«, osebni arhiv D. R.

Haaška konferenca se je nadaljevala 12. in 13. septembra. Tudi tokrat so bile mize za kosilo in večerjo bogato obložene. Slovenska delegacija je bila opremljena z »Izhodišči za nastop slovenske delegacije na mirovni konferenci v Den Haagu«, ki jih je 9. septembra pripravilo MZZ, in s pismom, ki ga je 11. septembra Carringtonu pisal zunanji minister. Bistvo »izhodišč« je v priporočilu, naj Slovenija ob vztrajanju pri plebiscitu in neodvisnosti »ne ustvari vtisa, da egoistično zagovarja svoje interese onstran vseevropskega interesa za ureditev krize«; slovenska argumentacija naj se sklicuje na načela KVSE: po eni strani na pravico do samoodločbe, po drugi na »nedotakljivost (notranjih) meja«.<sup>857</sup> Pomembna sestavina dokumenta je v stališču, da se bo Slovenija »vzdrževala dajanja receptov in sugestij za ureditev medrepubliških odnosov«. Točka 4 pa pravi:

*Slovenija je torej pripravljena razvijati dobre sosedске in predvsem gospodarske odnose z jugoslovanskimi državami ali z njihovimi zvezami, ti odnosi pa bodo temeljili na predpostavki popolne samostojnosti slovenske države, samostojnosti, ki je podobna samostojnosti večine evropskih držav. Z drugimi besedami: Slovenija ne bo niti del federacije, niti del konfederacije, niti del skupnosti suverenih republik/držav (Gligorov, sovjetski model). Primerna oblika sodelovanja pa bi bil nekakšen jugoslovanski KVSE.*<sup>858</sup>

10. septembra so v MZZ (Drofenik) za potrebe haaške konference pripravili »Informacijo« o gospodarskem pešanju Slovenije, o »embargu« s strani Narodne banke Jugoslavije, ki troši devizne rezerve za plačevanje dolgov vseh republik razen Slovenije in Hrvaške. Poroča tudi o zaseženem premoženju (krajci na račun) slovenskih podjetij v znesku 200 milijonov nemških mark. Zvezne ustanove ne delujejo oz. onemogočajo zunanjetrgovinsko poslovanje slovenskih podjetij. Iz Beograda širijo dezinformacije. Slovenija zato predlaga, da tuje države ne upoštevajo diskriminatornih posegov zveznih organov proti Sloveniji, ki 65 % blaga izvažajo v ES, od koder tudi največ uvažajo.<sup>859</sup>

V ministrovem pismu (11. septembra), ki se drži opisanih izhodišč, je uporabljen izraz »mirna razdružitev« (*peaceful dissociation*) Slovenije od Jugoslavije. Sicer pismo govori o priznanju, o razdelitvi državne lastnine, obvez in dolgov; o sukcesiji mednarodnih pogodb, ki jih je sklenila Jugoslavija. Posebej poudarja, da je mogoče »nedotakljivost meja« iz helsinške sklepne listine razumeti kot nedotakljivost jugoslovanskih notranjih meja, ki »niso administrativne, ampak zgodovinske in politične«.<sup>860</sup>

11. septembra je Bojan Brezigar, ki je vodil *Začasno predstavništvo za (italijansko) deželo Furlanijo-Julijsko krajino*, sporočil, da je po obisku zunanjega ministra De Michelisa v Vidmu prišlo do spremembe pričakovanega pozitivnega stališča glede priznanja Slovenije in Hrvaške.

---

<sup>857</sup> Dokumenti KVSE zadevajo državne, ne »notranje meje«. Slovenski pristop je bil ustvarjalen, načela je prilagodil svojim interesom.

<sup>858</sup> MZZ, »Izhodišča za nastop slovenske delegacije na mirovni konferenci v Den Haagu«, Ljubljana, dne 9. 9. 1991, obseg 3 strani/4 točke, osebni arhiv D. R.

<sup>859</sup> Ministry for Foreign Affairs, Ljubljana, št. 922-01/91, »Information«, September 10, 1991; obseg 7 strani, osebni arhiv D. R.

<sup>860</sup> Ministry for Foreign Affairs, Ljubljana, 11th September, 1991; Minister dr. Dimitrij Rupel piše Lordu Carringtonu, obseg 3 strani, osebni arhiv D. R.

De Michelis je poskušal ohladiti deželne socialiste (Francescutto, Renzulli, Saro) glede priznanja, oštel pa jih je zaradi nerešenega vprašanja slovenske manjšine.

Prvo plenarno zasedanje Konference o Jugoslaviji je bilo 12. in 13. septembra, federacijo in republike pa so predstavljali zunanji ministri Lončar (SFRJ), Silajdžić (BiH), Samardžić (ČG), Šeparović (RH), Maleski (RM), Rupel (RS) in Jovanović (Srbija). Marko Kosin je izdelal »beležko o razgovoru dr. D. Rupla z lordom Carringtonom«. V razgovoru je slovenski minister navedel nekaj pozitivnih skupnih točk vseh razprav, kot problematična pa je označil nekatera pričakovanja: npr. da bo konferenca oživila Jugoslavijo ali da bo zagotovila finančno podporo zvezni vladi. Za slovenskega sogovornika je bistven spor med Hrvati in Srbi. Carrington je povedal, da je slovensko stališče o samostojnosti v Evropi »splošno sprejeto«, zanima pa ga pripravljenost za carinsko ali monetarno unijo. Minister je izrazil pripravljenost Slovenije glede gospodarskega sodelovanja,





REPUBLIKA SLOVENIJA  
MINISTRSTVO ZA  
ZUNANJE ZADEVE

LJUBLJANA, Gregorčičeva 25 - p.p. 481  
tel. 224 141, 219 439 - fax 213 357

Ljubljana, 11.9.1991

Cenjeni lord,

V skladu z dogovorom dovolite, da vam posredujem pričakovanja, ki jih v Republiki Sloveniji imamo glede Mirovne konference o Jugoslaviji.

1. Konferenca mora zagotoviti trajen mir na vsem jugoslovanskem prostoru.
2. Zagotovila naj bi zaščito pravic vseh v Jugoslaviji ob upoštevanju vseh legitimnih interesov in legitimnih aspiracij.
3. S stališča Slovenije naj bi konferenca predvsem omogočila:
  - sporazum o mirni razdružitvi Slovenije od Jugoslavije
  - formalno mednarodno priznanje neodvisne Slovenije
  - dogovor o delitvi premoženja, obveznosti in dolgov
  - ureditev preostalih vprašanj sukcesije skladno s principi mednarodnega prava
4. Mirovna konferenca naj identificira tista vprašanja, ki jih je mogoče reševati pred Arbitražno komisijo. Med njimi bi lahko bila konkretna pravna vprašanja kot npr.:
  - vprašanja iz okvira sukcesije - to je sporov glede razdelitve državnega premoženja in izpolnjevanja pravic in obveznosti v skladu z načeli

mednarodnega prava;

- spori, ki so povezani z veljavnostjo mednarodnih pogodb, ki jih je sklenila SFRJ;
- morebitni spori glede korekcije meja na podlagi strogega spoštovanja načela nedotakljivosti meja in dopustnosti spremembe samo po mirni poti v soglasju vseh zainteresiranih strani (Slovenija sicer zastopa stališče o nujnosti priznanja obstoječih meja);
- ukrepov za varstvo manjšin;
- spori glede odškodnine (reparacij) za vojno škodo itd.

5. Dovolite, da v zvezi s tem opozorimo na nekaj vprašanj:

- a) Konferenca ne more spremeniti odločitve Slovenije za neodvisno, suvereno državo. Slovenija se o tem ne more pogajati. Zainteresirana pa je, da proces razdružitve poteka mirno in postopno. Pripravljena je odgovorno in aktivno sodelovati pri razrešitvi jugoslovanske krize - zlasti v mirovnem procesu, ki se je začel z Mirovno konferenco o Jugoslaviji. Hkrati bo prevzela delež odgovornosti in obveznosti sedanje Jugoslavije.
- b) Slovenija želi samostojnost zato, da bi se kot subjekt mednarodnega prava povezovala na novih osnovah, v skladu s svojimi interesi, po načelih vzajemnosti in enakopravnosti z drugimi državami v jugoslovanskem in evropskem prostoru. Mednarodno priznanje bi Slovenijo osvobodilo pritiskov in ji omogočilo, da se še bolj aktivno vključi v iskanje rešitev jugoslovanske krize in v povezovanje s svetom.
- c) Slovenija vztraja, da je načelo Helsinškega sklepnega dokumenta o nedotakljivosti meja neposredno uporabno za

urejanje odnosov med jugoslovanskimi republikami. Jugoslovanske meje, kot jih poznamo danes, niso administrativne, ampak so zgodovinske in politične.

Vprašanja zaščite manjšin naj se urejajo v skladu z veljavnimi mednarodnimi standardi in z vzpostavitvijo mednarodnega nadzora na narodnostno mešanih področjih.

Slovenija je torej pripravljena razvijati dobre sosedske, gospodarske in druge odnose z jugoslovanskimi državami ali z njihovimi zvezami. Ker Slovenija ne bo niti del federacije niti del konfederacije ali skupnosti suverenih republik/držav (Gligorov, sovjetski model), smo menili, da bi bil primeren okvir sodelovanja nekakšna jugoslovanska konferenca o varnosti in sodelovanju, po vzoru KVSE.

Vsa ta vprašanja so širše utemeljena v statementu predsednika Predsedstva Republike Slovenije g. Milana Kučana na otvoritveni seji Mirovne konference o Jugoslaviji 7. septembra v Haagu.

Če so potrebna kakšna dodatna pojasnila, sem vašemu lordstvu na razpolago.

Cenjeni lord, prosim sprejmite izraze mojega odličnega spoštovanja!

Dr. Dimitrij Rupel  
M I N I S T E R

nasprotoval pa strukturi s skupnimi organi. Carrington je pravilno domneval, da je konferenca za Slovenijo manj pomembna, torej da Slovenci niso »med glavnimi igralci«, vendar je prosil, da

sodelujejo na konferenci do konca. Pisec teh vrstic je lorda Carringtona vprašal, kakšno vlogo ima na konferenci federacija, saj nikogar ne predstavlja, ampak »si prizadeva za izgubljeno stvar«. Dodal sem, da se 7. oktobra tako ali tako izteče moratorij, in vprašal, zakaj konferenca že zdaj ne prizna slovenske samostojnosti. Carrington je na to vprašanje reagiral živčno. Nasprotoval je odhodu Slovenije iz Jugoslavije že na začetku konference, saj bi hotela oditi tudi Hrvaška, kar bi podžgalo vojno. Prosil je, naj Slovenija s samostojnostjo (ki naj ne bi bila vprašljiva) še malo počaka. Hrvaške v primeru vojne ne bi branila nobena evropska država, niti Nemčija. Carrington je prosil, da Slovenija podaljša moratorij oz. odloži neodvisnost za tri tedne.<sup>861</sup>

17. septembra je Carrington v Igalu Kadrijevića, Miloševića in Tuđmana »prisilil, da so razglasili prekinitev ognja«,<sup>862</sup> vendar se Jugoslovani dogovora (seveda) niso držali. 19. septembra so iz Haaga poslali povzetek dosežkov haaške konference, ki je vseboval gospodarsko/monetarno, okoljsko in diplomatsko poglavje, nato poglavja o notranji in zunanji varnosti, o morebitnih skupnih institucijah, o človekovih pravicah in manjšinah. Zanimivost tega povzetka je, da večinoma izvzema Slovenijo, na nekaterih mestih tudi Hrvaško, ki se je celo pritožila, da je ne obravnavajo na enak način kot Slovenijo. Naslednje zasedanje je bilo 26. septembra.

25. septembra se je v predsedstvu SFRJ zgodil državni udar. Člani iz Srbije, Črne gore, Kosova in Vojvodine so odstavili zakonitega predsednika Mesića, ki zaradi zaprtega zračnega prostora sploh ni mogel v Beograd, in mimogrede spremenili ustavno normo o odločanju z absolutno večino.<sup>863</sup> Istega dne je Varnostni svet OZN sprejel Resolucijo 713, s katero je prepovedal uvoz orožja (embargo) za vso Jugoslavijo. Prav tako 25. septembra pa je Milan Kučan avstrijskim sogovornikom (Fischer, Vranitzky) povedal, da je slovenska gospodarska situacija slaba. Evropa ne razume položaja v Jugoslaviji. Haaška konferenca ne bo uspešna, če bo skušala obnoviti Jugoslavijo. Ko se izteka trimesečni moratorij, je rekel Kučan, se bojimo, da se bo ponovilo stanje iz junija 1991, le da ne bo več jugoslovanske armade. Glede Hrvaške je bilo rečeno, da ne bi smeli sprejeti meja, ki si jih z okupacijo postavlja Milošević.

27. septembra je predavatelj na ljubljanski pravni fakulteti dr. Danilo Türk na naslov MZZ poslal zanimivo pismo. Predlagal je, da slovenska vlada po 7. oktobru za potrebe haaške konference imenuje »glavnega pogajalca«, za člane delovne skupine pa je predlagal še pravnike Mirjam Škrk, Ljuba Bavcona in Alenko Šelih. Istega dne je obširno gradivo (»Dispozicija nadaljnjih potrebnih raziskav – za spodbujanje izvoza«) za razpravo v MZZ prispeval Miran Jus; 30. septembra pa je »poenostavljeno rekapitulacijo dejstev« z naslovom »Haaška konferenca in mednarodno priznanje RS« napisal Marko Kosin, ki je menil, da mednarodno priznanje Slovenije ni vprašljivo, vendar bo odvisno od razpleta jugoslovanske krize, torej naj ne bi prišlo takoj po 7. oktobru. Kosin priporoča strpno in taktično sodelovanje s Haagom, pri čemer napoveduje, da bo Evropska skupnost vztrajala pri »dogovoru o nekem skupnem ekonomskem

---

<sup>861</sup> M. Kosin, »Beležka o razgovoru dr. D. Rupla z Lordom Carringtonom 13. 9. 1991«, 5 strani, osebni arhiv D. R. V istem arhivu so še 4 strani rokopisnih beležk avtorja teh vrstic (1: 2 levels of conference, 2: 3 positions – reconciled, 3: Facts/problems, 4: /NON/NEGOTIABLE).

<sup>862</sup> Cf. J. Pirjevec, *Jugoslovanske vojne 1991–2001*, Ljubljana 2003, str. 82.

<sup>863</sup> Cf. J. Pirjevec, op. cit., str. 85.

prostoru«. Kosin je predlagal oblikovanje treh delovnih skupin: za ekonomsko sodelovanje, za človekove pravice in manjšine in za odnose med republikami. Na koncu je pritegnil Türku, da je potreben glavni pogajalec. Skratka, ob MZZ se je oblikoval predlog, naj bi se Slovenija – namesto da se izmika – polno vključila v mašinerijo haaške konference.

2. oktobra je zunanji minister v slovenskem parlamentu govoril o procesu osamosvajanja, o izvajanju brionske deklaracije, o sodelovanju na haaški konferenci in o dogodkih na Hrvaškem. Tam se je razvila »totalna vojna«. Govor je vseboval kritiko Evrope, ki ji ni mogoče verjeti, da nima sredstev za zaustavitev »iztirjene politike« in »podivjanih generalov«. Minister je ugotovil, da je bilo vedenje Slovenije na Brionih in na haaški konferenci primerno, saj se je izkazala kot verodostojen partner. Slovenija je zato ohranila »kolikor toliko normalen plačilni promet oziroma poslovanje s tujino«. Govornik je sklepal: »le preko haaške konference bomo dosegli, da nas Zahodna Evropa prizna«, opozoril pa je, da bo imela Slovenija »kot neodvisna država« v prehodnem obdobju do mednarodnega priznanja nekaj težav.

3. oktobra so v Carringtonovem uradu oz. v uradu visokega predstavnika Predsedstva ES veleposlanika Wijnaendtsa sestavili dokument, ki je povzel vse dotedanje deklaracije, spomenice in premirja vojskujočih se strani in ki je mandat opazovalske misije podaljšal preko 13. oktobra oz. do uspešnega konca Konference o Jugoslaviji. Zanimivost dokumenta, ki je spravil v slabo voljo Hrvatov, je bila v tem, da med podpisnicami ni bilo Slovenije.<sup>864</sup> Carrington in Wijnaendts sta 4. oktobra skušala prepričati predsednika parlamentarnega odbora za mednarodne odnose Matjaža Šinkovca, naj ga podpiše tudi Slovenija, kar je Šinkovec – ob izgovoru, da bi moral o tem sklepati slovenski parlament – odločno odklonil. To, da so izpustili Slovenijo, je spravilo v slabo voljo Tuđmana in ministra Šeparovića, ki sta podpis ravno tako odklonila.

4. oktobra so se Milošević, Tuđman in general Kadijević na haaški konferenci (v navzočnosti Carringtona in van den Broeka) dve uri pogajali in sporazumeli o prekinitvi bojev. Pogodili naj bi se tudi o »okvirjih za politično rešitev krize na bazi perspektive mednarodnega priznanja neodvisnosti tistih republik, ki to želijo«.<sup>865</sup> Vendar sporazum ni bil uresničen, zato so zunanji ministri ES dva dni kasneje na neformalnem sestanku (ki je minil v znamenju velikega nezadovoljstva) v gradu De Haar v Haarzuilensu sprejeli *Deklaracijo o Jugoslaviji*.<sup>866</sup>

---

<sup>864</sup> KvO-DAV, 3-10-1991/167, »Statement on the Prolongation of Monitoring Activities of the Monitor Mission to Yugoslavia«, osebni arhiv D. R.

<sup>865</sup> Do priznanja naj bi prišlo na koncu pogajanj, ki bi potekala v dobri veri. Priznanje bi bilo odobreno v okviru generalnega sporazuma, ki bi vseboval »ohlapno asociacijo ali zvezo suverenih ali neodvisnih republik«. Na konferenci je Slovenija (Šinkovec) zagovarjala Hrvaško, Srbija pa je – ob tem, da je konferenci pripisala namen pokopati Jugoslavijo – obtoževala predvsem Slovenijo in Hrvaško. Srbski minister Jovanović je Hrvaško obtoževal fašizma. O tem je poročal Marko Kosin v *Poročilu o četrti plenarni seji Konference o Jugoslaviji 4. oktobra 1991 v Haagu* (MZZ, Ljubljana, 7. 10. 1991). Kosin opaža, da ES izenačuje JLA, Srbijo in Hrvaško. Kosin dodaja, da Hrvaška na plenumu »ni pokazala jasne linije«, saj ob tem, da sodeluje na konferenci, ne sodeluje v delovnih skupinah in ne pristaja na nobeno zvezo republik.

<sup>866</sup> »Declaration on Yugoslavia« (Informal meeting of ministers of foreign affairs, Haarzuilens, 6. October 1991), osebni arhiv D. R. Dokument obtožuje vse udeležence bojev in kritizira JLA, češ da ne more več veljati kot »nevtralna in disciplinirana ustanova«. Krivci naj za svoja dejanja odgovarjajo v skladu z mednarodnim pravom. ES je zagrozila z mednarodnimi sankcijami in z ukinitvijo sporazuma o sodelovanju in trgovini, ki naj bi ga obnovila le pri tistih republikah, ki prispevajo k mirovnemu procesu. Ministri so prosili GS OZN, naj v Jugoslavijo v skladu z resolucijo VS 713 pošlje odposlanca.

7. oktobra je iz Rima prišlo sporočilo, da italijansko ministrstvo za zunanje zadeve negativno ocenjuje sklep slovenskega parlamenta, da bo Slovenija po izteku moratorija vzpostavila na meji s Hrvaško režim, ki bo izenačen z režimi na mejah z Avstrijo, Italijo in Madžarsko. Italijo naj bi posebej skrbelo vprašanje delitve italijanske manjšine na slovenski in hrvaški del. Sicer Italija ni bila navdušena za »prehitro« priznavanje Slovenije in Hrvaške, podpirala pa je enotnost Evropske skupnosti, v kateri ni bila glavna igralka. Podpirala je čim širši kontekst reševanja krize (v okviru OZN, KVSE), ker bi se zaradi soglasja večjega števila držav povečale možnosti oviranja.<sup>867</sup>

Marko Kosin, Matjaž Šinkovec in Danilo Türk so 8., 9. in 10. oktobra iz Haaga v Ljubljano pošiljali podrobna poročila o dogajanju na haaški konferenci, s katere se je Slovenija praktično umikala oz. na kateri je sodelovala (na nižji politični ravni) iz taktičnih razlogov. Slovenski predstavniki so predlagali Jugoslavijo kot cono svobodne trgovine, kot demilitarizirano cono (Türk), sicer so govorili o razdruževanju, sukcesiji in o delitveni bilanci. Konferenca se je vse bolj reducirala na pogajanja med Miloševićem, Tadjmanom, Kadijevićem in van den Broekom, v razpravi o skupnih ustanovah pa se je izkazalo, da bi Makedonija in BiH navsezadnje sprejeli skupno armado s Srbijo. Srbi so odklanjali vse povezave razen skupne države Srbija-Črna gora, ki bi se ji lahko pridružile druge republike. Glavna pozornost skupine za človekove pravice (Türk) je bila namenjena položaju Srbov na Hrvaškem. Slovenska delegacija je – v znamenju ljubljanskih parlamentarnih odločitev – pri organizatorjih sprožila vprašanje oznake države (»Slovenija« namesto »Slovenija-Jugoslavija«), slovenskih potnih listov, diplomatskega statusa itn.<sup>868</sup> V ozadju so potekale precej žolčne razprave o odhodu JLA iz Slovenije. Italija je predlagala umik JLA prek Trsta, njeni konservativni politiki pa so obtoževali socialiste, da nimajo politične linije. 12. oktobra je bil v Ljubljani sestanek o umiku armade med predstavniki zveznega sekretariata za ljudsko obrambo in slovensko delegacijo, ki jo je vodil Miran Bogataj.

Peta plenarna seja haaške konference, ki jo je Carrington pozneje ocenjeval kot polom,<sup>869</sup> je bila 14. oktobra. Dan prej so v MZZ pripravili izhodišča za slovenske udeležence. V njih ugotavljajo, da se »hotenja Slovenije in ES /.../ niso povsem pokrivala, čeprav so se tudi v mnogočem ujemale«. Očitna pa so bila »razhajanja glede ohranitve Jugoslavije«. ES naj bi bila vse manj prepričana vanjo (čeprav bi se spremenila v »ohlapno federacijo«), priznanje republik, ki to želijo, pa naj bi sledilo šele »ob koncu pogajalskega procesa«. Dokument povzema koncepte republik glede prihodnje ureditve Jugoslavije, med katerimi so velike razlike: Srbija in Črna gora sta bili za skupno državo oz. za »ohlapno federacijo najmanj dveh republik«, ki bi bila naslednica SFRJ, pri čemer bi se v primeru odhoda drugih republik *odprlo vprašanje meja*. BiH in Makedonija sta ponujali kompromis. Makedonija je bila po zgledu razprav v Sovjetski zvezi za »ohlapno zvezo samostojnih, mednarodno priznanih republik«, BiH pa (pod pritiskom

---

<sup>867</sup> Glej Iztok Simoniti (K), »Politika Italije in jugo-kriza«, R-3/10 051091 in R-9/10 041091, 7. okt. 1991, osebni arhiv D. R.

<sup>868</sup> Gradiva poročevalcev Kosina, Šinkovca in Türka z oznako »Delegacija Slovenije v Haagu« oz. »Haag, Mirovna konferenca o Jugoslaviji« z datumi 8., 9. in 10. oktober, osebni arhiv D. R.

<sup>869</sup> Wijnaendts je v pismu Kučanu v Carringtonovem imenu peto zasedanje 14. oktobra označil kot »razočaranje« in premaknil naslednje zasedanje – na ravni republiških predsednikov – na zgodnejši datum, tj. na 18. oktober namesto prvotno predvidenega 22. oktobra.

etničnih skupnosti, ki bivajo v nji) »za federacijo suverenih, mednarodno priznanih republik, če bi bili v njej Srbija in Hrvaška«. Avtor gradiva ocenjuje hrvaški pristop kot protisloven, saj pri tem, da odklanja sodelovanje s Srbijo in Črno goro in nima rešitve za hrvaške Srbe, še vedno vsebuje idejo konfederacije in carinske unije. Slovenija nasprotuje »podaljševanju haaške konference, ki podaljšuje jugoslovansko krizo«. V nasprotju z drugimi je pripravljena na pogajanja o sukcesiji, delitveni bilanci in o mednarodnih pogodbah kot *neodvisna in samostojna država*. Gradivo omenja obvestilo podpredsednika Predsedstva SFRJ Kostića o *prevzemu oblasti* in o »nelegalni odcepitvi Slovenije in Hrvaške«. Slovenija torej ugotavlja, da Jugoslavija po 2. oktobru oz. po ustavnem udaru ne obstaja več.<sup>870</sup>

Slovenski govornik na peti plenarni seji haaške konference je bil zunanji minister. Med zapiski in koncepti, s katerimi se je pripravljala na nastop, jih največ govori o zaskrbljenosti zaradi nenadzorovanega poslovanja Narodne banke Jugoslavije.<sup>871</sup> Sicer je poudaril dramatično situacijo v Jugoslaviji, nespoštovanje premirja in izjemno težko gospodarsko situacijo, tudi v Sloveniji. Premoženje SFRJ bi morali postaviti pod mednarodni nadzor.

16. oktobra je Wijnaendts v Carringtonovem imenu udeležencem konference (predsedniku Kučanu) poslal svoje predloge za »politično rešitev sedanje krize v Jugoslaviji«. Načrt preureditve Jugoslavije, ki je obsegal osem strani in štiri poglavja (Splošno; Človekove pravice, pravice etničnih in narodnih skupin; Druga področja sodelovanja in Institucije), je vseboval naslednje »sestavine«:

- suverene in neodvisne republike z mednarodno osebnostjo za tiste, ki si to želijo;
- svobodna povezava (*a free association*) republik z mednarodno osebnostjo, kot je predvidena v tej ureditvi;
- celovita ureditev, vključno z nadzornimi mehanizmi za zavarovanje človekovih pravic in poseben status za določene skupine in področja;
- sodelovanje Evrope, kjer je primerno;
- v okviru splošne ureditve priznanje neodvisnosti tistih republik, ki to želijo, vendar znotraj obstoječih meja, razen v primeru drugačnega dogovora.

Po tem načrtu naj bi republike potrdile, da sta njihovo sodelovanje in povezava del graditve nove Evrope, kot jo je novembra 1990 predvidela Pariška listina; popravile pa naj bi tudi možnosti za sodelovanje in tesnejše odnose z Evropsko skupnostjo.<sup>872</sup>

Slovenija je sprejela nekaj predlogov, večinoma pa je bila do Carringtonovega načrta zadržana. Sprejemljiva je bila prva točka (»suverene in neodvisne republike«), pri čemer bi

---

<sup>870</sup> M. Kosin, »Dosedanji potek haaške konference in izhodišča za prihodnja pogajanja«, 13. oktobra 1991, zaupno gradivo MZZ, obseg 6 strani, osebni arhiv D. R.

<sup>871</sup> Pisec teh vstic si je na robove uradnih papirjev zapisoval opazke o »zamrznitvi deviznih rezerv«, o »odplačevanju dolgov federacije« in o »nasledstvu meddržavnih pogodb«. Tam so kratki komentarji o italijanski manjšini, češ da je zavarovana z Osimskimi sporazumi. Ob govoru sem si zapisal, da ni mogoče polemizirati z Lončarjem, ampak le z navzočnostjo federacije. Delovna gradiva konference predpostavljajo, da Jugoslavija še živi? Nató: »Mi smo pod velikim pritiskom, da ne bi več prihajali v Haag«, »toler je boljši od dinarja«, »zainteresirani smo za odprt zračni prostor«.

<sup>872</sup> Izvirni naslov dokumenta je *Arrangements for a general settlement*. Formalni pošiljatelj spremnega dopisa »The Hague, 16 October 1991« je bil predsednik konference lord Carrington, podpisnik pa veleposlanik Henry Wijnaendts. Osebni arhiv D. R.

»republike« nadomestili z »države«; strinjali smo se z manjšinsko politiko, s sodiščem za človekove pravice in s točkami o svobodni trgovini. Nasprotovali pa smo ustanovitvi ministrskega sveta za gospodarsko sodelovanje, ki bi odločal s soglasjem; enako smo nasprotovali ustanovitvi skupnega »parlamentarnega telesa«. Zadržani smo bili glede skupne diplomacije in posvetovalnih ustanov na področjih zunanjih zadev in obrambe. Najkrajše povedano: drugim republikam je treba dopustiti, da se organizirajo, kakor hočejo. Ugotavljali smo, da Carringtonov načrt predstavlja »udarec za Srbijo«, vanj pa bi morali »zvabiti Hrvaško«.

Kučanov nastop (18. oktobra) je bil v skladu z dogovorjeno politiko. Predsednik je domneval, da je konferenca »zašla v velike težave«. Bil je začuden, da vojna na Hrvaškem divja kljub »osmim ali celo več sporazumom o premirju«, in objavil, da je v Sloveniji okoli 30.000 beguncev. »Očitno je,« je govoril Kučan, »da Jugoslavija kot prvenstveno politična in ideološka tvorba ni bila sposobna prenesti soočanja z evropsko demokracijo, še posebej po spremembah, ki jih je izzvala zrušitev berlinskega zidu«. Izrazil je privrženost mednarodnim standardom na področju človekovih pravic in pripravljenost »samostojne, neodvisne in suverene države« Slovenije za sodelovanje z drugimi državami in skupnostmi, ki bi se ustanovile na območju nekdanje Jugoslavije. Večkrat je poudaril željo po mirnem reševanju jugoslovanske krize.<sup>873</sup>

Na plenarni seji 18. oktobra je bila predložena *Deklaracija o Jugoslaviji*. Glavni poudarki so bili: zaustavitev vojaških aktivnosti, zavračanje spreminjanja (zunanjih in notranjih) meja s silo, nesprejemljivost kakršnih koli izidov, ki bi bili v nasprotju z načeli KVSE; Hrvaška in JLA bi se morali resno pogovoriti o statusu JLA v vmesnem času; ZDA in Sovjetska zveza podpirata prizadevanja ES, posebej še *arbitražno komisijo*; ZDA in SZ sta pripravljene podpreti omejitve ES in prizadevanja generalnega sekretarja OZN, da bi dosegli uspešen izid konference o Jugoslaviji.<sup>874</sup>

18. oktobra 1991 sta admiral Ljubivoje Jokić in vodja slovenske delegacije Miran Bogataj podpisala »Dogovor« med slovensko delegacijo in delegacijo Zveznega sekretariata za ljudsko obrambo »o dokončanju umika armade iz Republike Slovenije«. JLA se je umikala preko luke Koper v več skupinah, oditi pa je morala najpozneje do 25. 10. 1991. Pomembni deli dogovora so bili razminiranje objektov, vrnitev oborožitve oz. opreme Teritorialne obrambe in prevzem vojaških stanovanj. Stroški umika naj bi bremenili JLA.<sup>875</sup>

Do novembra 1991 je bilo – prav v času haaške konference – sklenjenih enajst premirij (med Hrvaško in JLA oz. srbskimi enotami), poleg teh so predlagali štiri mirovne načrte.

Prodornejši državniki in komentatorji so ugotavljali, da »Srbija izrablja diplomatska pogajanja za osvajanje novih in novih ozemelj«.<sup>876</sup>

---

<sup>873</sup> Predsedstvo Republike Slovenije, predsednik, »Govor predsednika Predsedstva Republike Slovenije Milana Kučana na plenarni seji Konference o Jugoslaviji, 18. oktobra 1991«, obseg 4 strani, osebni arhiv D. R.

<sup>874</sup> »Declaration on Yugoslavia«, The Hague, October 18, 1991, osebni arhiv D. R.

<sup>875</sup> »Dogovor sklenjen 18. 10. 1991 med delegacijo Republike Slovenije in delegacijo Zveznega sekretariata za ljudsko obrambo o dokončanju umika armade iz Republike Slovenije«, obseg 4 strani, osebni arhiv D. R.

<sup>876</sup> Glej Pirjevec, op. cit., str. 95.



### III. Povzetek

Na *haški konferenci* so bile torej na mizi tri rešitve:

- nadaljevanje fikcije (konfederacija oz. asimetrična konfederacija, ki sta jo zagovarjali BiH in Makedonija + komunisti iz vseh republik),
- vračanje zobne paste v tubo (enotna Jugoslavija, ki sta jo zagovarjali Srbija in Črna gora), in
- stečaj podjetja (republike postanejo samostojne države, kar sta zagovarjali Slovenija in Hrvaška).

Mirna rešitev ni bila mogoča iz različnih razlogov:

- ker konferenca (EU + Angleži) ni bila pravilno vodena,
- ker državniki večinoma niso razumeli, da konec komunizma prinaša tudi razpad Sovjetske zveze in Jugoslavije, in
- ker so imele nekatere jugoslovanske republike zagrizene predmoderne voditelje in
- ker je imel Milošević dobro propagando in močno armado.

Od kod slaba informiranost državnikov (ZDA, VB, Nizozemske/EU)? Kako to, da so mislili, da je mogoče spraviti pasto nazaj v tubo?

- Nerazumevanje zgodovinske kompleksnosti (komunizem-nacionalizem) in zgodovinske prednosti Slovenije in Hrvaške.
- Politična razdeljenost Zahoda (konservativci vs. socialisti), nezaupanje do (združene) Nemčije in Vatikana ...
- Carrington je imel Miloševića rajši od Tuđmana.
- Balkan je bil videti kot »drugorazredna tema«.
- Zaposlenost z drugimi problemi (Irak).
- Strah pred razpadom in upanje v preživetje Sovjetske zveze ...

# **Simon Umek<sup>877</sup> Enigma (ne)učinkovitosti prisilne poravnave v Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju**

## *POVZETEK*

Pravilo absolutne prednosti (Absolute Priority Rule) je neposredna posledica univerzalnega pravnega načela pacta sunt servanda, ki v pravnem prometu zagotavlja spoštovanje ter izpolnitev obligacij in drugih korporacijskopравnih pogodbenih zavez ter njihovega vrstnega reda glede prednostnega poplačilnega upravičenja, izhajajočega iz narave njihove utrditve (različne oblike zavarovanja, garancija, poroštvo ipd.), veljavno nastalih pred nastankom insolventnosti podjetja. Pravilo je neločljivo povezano z razumevanjem pojma insolventnosti kot temeljnega pojma insolvenčnega prava in s pojmovanjem ekonomske funkcije oziroma narave lastnine.

*Ključne besede* : pravilo absolutne prednosti, insolvenčno pravo, pacta sunt servanda

## ABSTRACT

The absolute priority rule is one of the most important legal consequences of the universal legal principle pacta sunt servanda regarding insolvency of the company. This principle stands for assuring fulfillment of obligations, corporate entitlements and its priority payment status (regarding the nature of security rights, bank guarantees etc.) which have been commenced before the insolvency of the company. The rule is inherent with the concept of insolvency as one of the fundamentals of insolvency law and also with the economic nature of private property.

*Keywords*: rule of absolute advantage, insolvency law, pacta sunt servanda

---

<sup>877</sup> Univerzitetni diplomirani pravnik in diplomirani varstvoslovec, magister pravnih znanosti, asistent na Fakulteti za poslovne vede v Ljubljani. Prispevek je nastal pred začetkom veljavnosti novele ZFPPIPP-F, ki jo je Državni zbor RS sprejel 27. novembra 2013.

## 1. Nekaj statističnih podatkov o učinkovitosti postopka prisilne poravnave v ureditvi ZFPPIPP

Nova pravila postopkov zaradi insolventnosti, ki tvorijo materijo Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP),<sup>878</sup> se uporabljajo šele od 1. oktobra 2008. Zato lahko učinkovitost postopka prisilne poravnave ocenjujemo na podlagi podatkov, pridobljenih za leta 2009, 2010, 2011, 2012 in 2013. Analiza sodne statistike za leta 2009, 2010, 2011 in 2012<sup>879</sup> v zvezi s številom postopkov zaradi insolventnosti, zajetih v obdobju teh štirih let, kaže, da je bilo v vseh letih skupaj uvedenih 177 postopkov prisilne poravnave in 3251 stečajnih postopkov. Iz empirične raziskave, ki jo je opravila Ekonomska fakulteta Univerze v Ljubljani,<sup>880</sup> je razvidno, da pri stečajnih postopkih nad kapitalskimi družbami, nad katerimi je bil postopek pravnomočno končan med oktobrom 2008 in oktobrom 2011, kar v 75 odstotkih primerov ni prišlo do razdelitve stečajne mase, ker bi bili oziroma so bili stroški vodenja stečajnega postopka višji od premoženja insolventne družbe. V omenjenem obdobju je bilo nad delniškimi družbami začelih 15 stečajev, od tega 11 z razdelitvijo in 4 brez razdelitve stečajne mase. V istem obdobju je bilo nad družbami z omejeno odgovornostjo začelih 659 stečajev, od tega le 158 z razdelitvijo in 501 brez razdelitve stečajne mase. Avtorja prispevka o ex ante in ex post učinkovitosti insolvenčnih postopkov v Sloveniji<sup>881</sup> z metodo ekonomske analize prava ugotavljata, da je razlog za več kot 76 odstotkov praznih stečajev nad družbami z omejeno odgovornostjo, torej stečajnih postopkov s prazno splošno razdelitveno stečajno maso, nepravočasno predlaganje uvedbe stečajnih postopkov.

Poročilo Svetovne banke Doing business o gospodarskem položaju Slovenije za leto 2013<sup>882</sup> na strani 99 glede učinkovitosti insolvenčnih postopkov ugotavlja, da se slovenska normativna ureditev insolvence uvršča na 42. mesto, medtem ko povprečje držav OECD zaseda 25. mesto. Ne glede na te ugotovitve, ki združujejo podatke tako za stečajne postopke kot postopke prisilne poravnave, je za potrebe tega prispevka ključna analiza učinkovitosti postopka prisilne poravnave oziroma finančnega prestrukturiranja. Iz evidence AJPEŠ je bilo na dan 25. 9. 2013 mogoče ugotoviti, da je bilo od leta 2008 do 25. 9. 2013 v postopkih prisilne poravnave na podlagi 149., 156., 179., 192. in 208. člena ZFPPIPP izdanih 59 sklepov o ustavitvi prisilne poravnave in (hkratnem) začetku stečajnega postopka. Raziskava o tem, nad koliko družbami s pravnomočno izdanimi sklepi o prisilni poravnavi je bil v roku, npr. enega leta po

---

<sup>878</sup> Uradni list RS, št. 63/13-UPB7.

<sup>879</sup> [http://www.mp.gov.si/si/storitve\\_in\\_mnenja\\_mpju/uporabni\\_sezname\\_imeniki\\_in\\_evidence/sodna\\_statistika/](http://www.mp.gov.si/si/storitve_in_mnenja_mpju/uporabni_sezname_imeniki_in_evidence/sodna_statistika/) (zadnjič obiskano: 25. 9. 2013).

<sup>880</sup> Jaka Cepec in drugi, Bankruptcy procedures in Slovenia: a legal and economic perspective, The Slovenian economy: stranded in recovery, 2011.

<sup>881</sup> Katarina Zajc in Jaka Cepec, Globalna finančna kriza in novele Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, 2012, str. 4.

<sup>882</sup> <http://www.doingbusiness.org/data/exploreconomies/slovenia/#resolving-insolvency> (zadnjič obiskano: 25. 9. 2013).

pravnomočnosti sklepa zaradi neuresničljivega načrta finančnega prestrukturiranja, začet stečajni postopek, bi bila na mestu.

Analiza podatkov iz evidence AJPES pokaže, da je bilo od 1. 8. 2008 do 1. 10. 2013 od 177 začelih postopkov prisilne poravnave pravnomočno sklenjenih 105 prisilnih poravnav. Od petih podjetij, ki so leta 2008 sklenila pravnomočno potrjene prisilne poravnave, je bil nad štirimi podjetji v manj kot letu dni začet stečajni postopek. Od trinajstih podjetij, ki so leta 2009 sklenila pravnomočno potrjene prisilne poravnave, je bil nad enim podjetjem v manj kot enem letu začet stečajni postopek, nad enim podjetjem je bil stečajni postopek začet v dveh letih po pravnomočnosti prisilne poravnave in v roku za izpolnitev obveznosti na podlagi prisilne poravnave, nad dvema podjetjema pa je bil stečajni postopek začet po izteku roka, dogovorjenega v prisilni poravnavi za njeno izpolnitev. Analiza še pokaže, da je bil od skupaj dvaindvajsetih podjetij, ki so leta 2011 sklenila pravnomočno potrjene prisilne poravnave, nad dvema podjetjema v manj kot enem letu začet stečajni postopek. Nad šestimi podjetji je bil stečajni postopek začet pred iztekom roka za izpolnitev obveznosti na podlagi prisilne poravnave, nad dvema podjetjema pa je bil stečajni postopek začet po koncu roka za izpolnitev prisilne poravnave. V zvezi s podatki za leta 2011, 2012 in 2013 lahko ugotovim, da so postopki še sveži, zato podatki kažejo, da je bil od osemindvajsetih podjetij, ki so leta 2011 sklenila prisilno poravnavo, stečajni postopek začet nad štirimi. Od dvajsetih podjetij, ki so sklenila prisilno poravnavo leta 2012, je bil stečajni postopek začet nad enim, od osemindvajsetih podjetij, ki so prisilno poravnavo sklenila leta 2013, pa sta bila do danes začeta dva stečajna postopka. Podatki v zvezi s postopki prisilne poravnave za leto 2012 kažejo, da je od dvajsetih podjetij trinajst takšnih, ki so v prisilni poravnavi zadostila zakonskemu minimumu, torej so se dogovorila za 50-odstotno poplačilo terjatev v roku štirih let. Nad enim podjetjem s takšnim dogovorom v prisilni poravnavi je bil stečajni postopek že začet. Podatki za leto 2013 kažejo, da je od sklenjenih sedemnajstih prisilnih poravnav dvanajst takšnih z dogovorom zakonskega minimuma (50 odstotkov/4 leta). Nad dvema podjetjema s takšnim dogovorom v prisilni poravnavi je bil stečajni postopek začet že letos.

## **2. Kaj smo spregledali?**

V javnosti se pojavljajo številne izjave o neučinkovitosti postopkov zaradi insolventnosti. Temeljijo na podatkih slovenskih podjetij s pozitivnim denarnim tokom iz poslovanja, ki zaradi neustreznega razmerja med dolgom in čistim dobičkom iz poslovanja oziroma zadolženostjo in dobičkonosnostjo (kazalec Debt/EBITDA) ne morejo izpolnjevati obveznosti iz pravnomočno potrjenih prisilnih poravnav. Za takšne situacije je glede na določbo 140. člena ZFPPIPP, ki določa procesne ovire za vodenje postopka prisilne poravnave, zelo verjetna rešitev izbris in prodaja premoženja v stečajnem postopku. Na podlagi 140. člena ZFPPIPP predlog za prisilno poravnavo namreč ni dovoljen, če je vložen pred potekom: treh let od dneva, ko je dolžnik izpolnil vse obveznosti iz prejšnje potrjene prisilne poravnave, ali roka iz petega odstavka 149. člena ali drugega odstavka 179. člena ZFPPIPP. Po začetku stečajnega postopka ni več dovoljeno predlagati postopka prisilne poravnave.

ZFPPIPP v drugem odstavku 141. člena določa obvezne priloge k predlogu za začetek postopka prisilne poravnave. Med njimi so: poročilo o finančnem položaju in poslovanju dolžnika, revizorjevo poročilo, načrt finančnega prestrukturiranja, poročilo pooblaščenega ocenjevalca vrednosti podjetja in dokaz o plačilu začetnega predujma. Kljub izjemno preciznim in konsistentnim določbam v zvezi s predlogom za začetek predmetnega postopka (glej npr. 141., 142., 143., 144., 145., 146., 147., 180., 181., 182., 183., 184. in 185. člen ZFPPIPP) se v praksi, kot izhaja tudi iz zgornje analize, pojavljajo primeri neučinkovitih pravnomočno potrjenih prisilnih poravnav. To navaja na sklep, da zakonodajni okvir finančnega prestrukturiranja v postopku prisilne poravnave na podlagi ZFPPIPP ni ustrezen.

Naj omenim ključni dilemi, ki se odpirata v zvezi s posledicami učinkovitosti postopka prisilne poravnave. Prva se nanaša na vsebino načrta finančnega prestrukturiranja, ki omogoča, da podjetje še pred koncem obdobja, za katerega velja prisilna poravnava ob predpostavki nespremenjenih poslovnih okoliščin, konča v stečajnem postopku; druga, ki je posledica prve, se nanaša na vprašanje deleža praznih razdelitvenih stečajnih mas, ki ne omogočajo poplačila upnikov.

Menim, da se odgovor na ti dilemi skriva v neustrezni ureditvi oziroma neureditvi pravila absolutne prednosti (*Absolute Priority Rule*; v nadaljevanju: APR) in testa zasledovanja najboljšega interesa upnikov (*Best Interests of Creditors Test*). V zvezi z izpostavljenima dilemama je mogoče kot neustrezno oziroma pomanjkljivo prepoznati tudi opredelitev pojma insolventnost oziroma domnev o obstoju insolventnosti (14. člen ZFPPIPP).

### 3. Nedotakljivi lastniki v prisilni poravnavi

Sodni postopki stečaja oziroma prisilne likvidacije so običajno oblikovani na način, ki spoštuje uveljavitev APR v teh postopkih ter tako zagotavlja upoštevanje narave terjatve in vrste njenega zavarovanja ter vrstnega reda terjatve oziroma zavarovanja, ki zagotavlja prednostno poplačilno upravičenje. Takšno pravilo je v pravnih ureditvah nemškega pravnega kroga splošno uveljavljeno v stečajnih postopkih v zvezi z razdelitvijo stečajne mase.<sup>883</sup> Takšno ureditev zagotavlja institut premoženjske korporacijske pravice do alikvotnega dela likvidacijske oziroma stečajne mase. Bistveno je, da so lastniki insolventnega podjetja v stečajnem postopku do preostanka stečajne mase upravičeni šele po tem, ko so terjatve upnikov v celoti plačane. Takšno normativno ureditev z manjšimi odstopi pozna tudi ZFPPIPP. Tako je v 359. členu ZFPPIPP določeno, da se iz splošne razdelitvene mase primarno plačajo prednostne terjatve, nato navadne terjatve in zatem podrejene terjatve. Kot odmik od APR se zavarovane terjatve na podlagi 371. člena ZFPPIPP plačajo z unovčenjem posebne razdelitvene mase. Odmiku od splošnega pravila pritrjuje sedmi odstavek 371. člena ZFPPIPP, ki določa, da se v primeru, ko posebna razdelitvena masa ne zadošča za plačilo zavarovane terjatve, preostanek zavarovane terjatve plača kot navadna terjatev iz splošne razdelitvene mase. Na podlagi drugega odstavka 373. člena ZFPPIPP se v primeru, ko razdelitvena masa zadošča za plačilo vseh nezavarovanih terjatev, del splošne razdelitvene mase, ki ni potreben za plačilo nezavarovanih terjatev, z

---

<sup>883</sup> Maria Brouwer, *Reorganisation in US and European Bankruptcy Law*, 2005, str. 6.

načrtom končne razdelitve skladno z APR razdeli lastnikom dolžnika v sorazmerju z njihovimi deleži.

Za razliko od ureditve razdelitve stečajne mase v stečajnem postopku je, kot ugotavljam, transformacija APR v ureditvi prisilne poravnave<sup>884</sup> neustrezna.

Načrt finančnega prestrukturiranja iz 145. člena ZFPPIPP bi moral, kot velja v razvitem poslovnem okolju, upoštevati APR pri prevzemanju odgovornosti za izvedbo učinkovitega finančnega prestrukturiranja. Tega ni brez ustreznega mehanizma, ki zagotavlja polno plačilo terjatev upnikov z boljšo pravno kvaliteto terjatev v smislu njihovega prednostnega poplačilnega upravičenja pred upniki s slabšo pravno kvaliteto terjatev oziroma s slabšim vrstnim redom.<sup>885</sup> Natančneje, načrt finančnega prestrukturiranja mora zagotoviti takšen način prevzemanja odgovornosti zaradi prezadolženosti dolžnika, da to breme primarno prevzamejo lastniki in šele nato upniki po načelu prioritete terjatev.

Ker načrt finančnega prestrukturiranja običajno predlaga dolžnik, se normativna moč APR, kot ga poznajo razvite pravne ureditve, pokaže, ko določen razred upnikov nasprotuje predlaganemu načrtu. Tuja sodna praksa je glede tega enotna. Sodišče kljub ugovorom nasprotujočih upnikov potrdi načrt finančnega prestrukturiranja, če so njihove terjatve v celoti poplačane, še preden se začne poplačevanje njim podrejenih terjatev. Ker želijo lastniki podjetja v saniranem podjetju pogosto obdržati korporacijske pravice, tako premoženjske kot upravljske, APR zagotavlja, da breme sanacije podjetja v postopku finančnega prestrukturiranja primarno nosijo lastniki (*equity holders, shareholders*). Ti skladno z ekonomsko funkcijo lastnine, pod predpostavko ugotovljene plačilne nesposobnosti oziroma prezadolženosti, v postopku finančnega prestrukturiranja niso več nosilci kapitalskih deležev, o čemer bom več spregovoril v nadaljevanju.

Tuja poslovna praksa stoji na stališču, ki je v tujini znano že več desetletij, da lastniki niso upravičeni do dobička oziroma kakršnegakoli plačila iz naslova investicije v lastniški kapital (*equity*), dokler niso v celoti plačane terjatve do dolžnika (*debt*).<sup>886</sup> Ta logika se je razvila v poslovni praksi in svojo podstat črpa iz zavedanja o pomenu (ekonomske) narave lastnine. Lastniki podjetja (*shareholders*) so tisti, ki morajo zagotoviti kapital za njegovo poslovanje. Ob nastanku prezadolženosti (kapitalska neustreznost) ali plačilne nesposobnosti (nelikvidnost), ki je posledica prezadolženosti podjetja, je mogoče v bilanci podjetja ugotoviti obstoj negativnega kapitala. V trenutku nastanka tega dejstva glede nadaljnjega poslovanja podjetja prevlada ekonomski interes upnikov (*claimholders*) nad ekonomskimi interesi lastnikov. Zaradi ekonomskih zakonitosti trga tuja pravna in ekonomska teorija ter praksa pritrjujeta stališču, da je v teh primerih merodajen ekonomski interes upnikov.<sup>887</sup> Če lastniki v takšnem položaju ne morejo ali nočejo izvesti ustrezne dokapitalizacije insolventnega podjetja, se lahko ob ugotovitvi

---

<sup>884</sup> Katarina Zajc in Jaka Cepec, nav. delo, str. 8., ter Marko Simoneti in Jernej Radež, Krizni institucionalni okvir za prestrukturiranje bank in podjetij: kako naprej?, PiD, št. 6–7 (2013), str. 1048.

<sup>885</sup> <http://thelawdictionary.org/absolute-priority-rule/> (zadnjič obiskano: 10. 10. 2013).

<sup>886</sup> Lucian A. Bebchuk, Randal C. Picker, Bankruptcy Rules, Managerial Entrenchment, and Firm-specific Human Capital, št. 16, 2. izdaja (1993), str. 8, ter Philippe Aghion, Oliver Hart in John Moore, The Economics of Bankruptcy Reform, *Journal of Law, Economics and Organisation*, št. 8 (1992), str. 523–546.

<sup>887</sup> Manfred Balz, Market Conformity of Insolvency proceedings: Policy Issues of the German Insolvency Law, 1 *Brookl. Journal of Intern. Law*, št. 23 (1997), str. 167–179.

obstoja negativnega kapitala izvedejo korporacijskopravni ukrepi prenehanja kapitalskih deležev. Posledica tega je, da lastniki niso več nosilci korporacijskih pravic. Upravičenja iz novih kapitalskih deležev na podlagi hkrati izvedene dokapitalizacije pridobijo bodisi upniki bodisi tretji, lahko pa upniki upravičenja iz kapitalskih deležev pridobijo na podlagi konverzije terjatev v kapital (*debt-to-equity swap*).

#### **4. Doktrina pravila absolutne prednosti (*Absolute priority rule*)**

Pravilo absolutne prednosti je temeljno načelo splošnih opredelitev institucionalnega okvira insolvenčnega prava. Utemeljeno je na zagotavljanju ustreznega pravnega varstva predinsolvenčnih pogodbenih in drugih dolžniško-upniških pravnih razmerij. Gre za pravno doktrino, splošno utrjeno v tujih, predvsem anglosaksonskih insolvenčnih zakonodajah in sodni praksi, ki skladno z dognanji in pravili poslovno-finančne stroke zagotavlja uresničevanje poslovne logike povečevanja vrednosti premoženja tudi v primeru insolventnosti podjetja. Gre za načelo, v ameriški insolvenčni ureditvi (*Bankruptcy Code*) urejeno v paragrafu 1129 (b) 2 (B) ii.<sup>888</sup> Znano je tudi v drugih ureditvah ter je integrirano v UNCITRAL-ove smernice<sup>889</sup> za oblikovanje insolvenčnih pravil. Njegova vsebina, utemeljena v izhodišču, da v postopku finančnega prestrukturiranja (reorganisation) na podlagi z ustrežno večino sprejetega sporazuma o finančnem prestrukturiranju ali v insolvenčnem postopku upnik (in lastnik) s slabšo pravno kvaliteto terjatve (oziroma premoženjske korporacijske pravice do alikvotnega dela na ostanku likvidacijske oziroma stečajne mase ali premoženjske korporacijske pravice do dividende) glede na obligacijskopravni oziroma korporacijskopravni položaj, vrstni red možnosti uveljavljanja njenega plačila (prednostno poplačilno upravičenje), obstoj zavarovanja in kvaliteto zavarovanja ter nenazadnje glede na vrsto zavarovanja, v stečajnem postopku ali na podlagi sprejetega načrta o finančnem prestrukturiranju ne sme biti poplačan iz kateregakoli premoženja insolventnega dolžnika pred celovitim poplačilom terjatve upnika z boljšo pravno kvaliteto terjatve oziroma (boljšim) prednostnim poplačilnim upravičenjem.

APR je, vse bolj tudi v germanskem pravnem krogu,<sup>890</sup> sprejeto temeljno izhodišče insolvenčnega prava, ki predstavlja sistem pravil tako za zunajsodne kot sodne postopke zaradi insolventnosti in postopke oziroma načine finančnega prestrukturiranja. Ti so urejeni bodisi kot neformalni zunajsodni postopki prestrukturiranja, kot pospešeni zunajsodni postopki prestrukturiranja oziroma hibridni insolvenčni postopki bodisi kot sodni postopki finančnega prestrukturiranja, ki mu v razviti pravni ureditvi običajno sledi sodni postopek likvidacije oziroma stečaja.<sup>891</sup>

---

<sup>888</sup> 11 USC § 1129 – Potrditev načrta finančnega prestrukturiranja (Confirmation of plan).

<sup>889</sup> UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, New York (2005).

<sup>890</sup> Leo Plank, Bernd Meyer-Löwy, Carl Pickerill, The New German Insolvency Code: Decoding Improvements and Remaining Risks, *American Bankruptcy Institute Journal*, št. 2 (2012), str. 2.

<sup>891</sup> Jose M. Garrido, Out-of-court Debt Restructuring: the study presented at the World Bank Insolvency and Creditor Rights Task Force, World Bank, Washington DC (2011), str. 2.

Model, ki ga je kot dokaz za ekonomsko utemeljenost APR izdelal eden vodilnih znanstvenikov na področju ekonomskih učinkov insolvenčnih postopkov oziroma finančnega prestrukturiranja podjetij, profesor Lucian A. Bebchuk s harvardske pravne fakultete,<sup>892</sup> je dokazal, da ima ob predpostavki, da je reševanje insolventnosti na tak ali drugačen način dinamičen proces, ex post odstop od APR (po nastanku insolventnosti) negativne ekonomske učinke na ex ante stanje podjetja (pred nastankom insolventnosti). Z aritmetičnimi modeli je ugotovil, da odstop od APR<sup>893</sup> povečuje možnosti, da imetniki kapitalskih deležev (lastniki) pristajajo na bolj tvegane naložbe dolžnika pred nastankom njegove insolventnosti. Lastniki, katerih ključni interes je povečevanje dobičkonosnosti njihove investicije v kapitalu dolžnika, se namreč v takšni situaciji pogosteje in lažje odločijo za bolj tvegano naložbo, čeprav ta včasih prinaša celo nižjo dodano vrednost kot manj tvegana naložba. Izgubo v takšnem primeru v celoti ali v določenem deležu, odvisno od ureditve, poleg lastnikov nosijo tudi upniki. Kršitev APR tako povečuje delež profitabilnosti lastniškega kapitala, in sicer v velikosti deleža sicer znižanega tveganja, ki bi ga morali biti deležni upniki. Takšno povečanje donosa lastnikov krepi njihove odločitve za bolj tvegane in velikokrat ekonomsko nepotrebne naložbe. Povečevanje donosa lastnikom zaradi kršitve APR tako znižuje atraktivnost varnih naložb in povečuje njihov moralni hazard na svobodnem trgu. Povečan moralni hazard se še posebej kaže pri odločitvi lastnikov o razdelitvi dobička in pri odločitvah o novem zadolževanju dolžnika.<sup>894</sup>

## **5. Doktrina testa zasledovanja najboljšega interesa upnikov (Best Interests of Creditors Test)**

V državah z utrjeno vladavino prava in dorečenimi poslovnimi odnosi, kjer se razvoj novih konceptov in poslovnih praks oblikuje skozi preizkušena in tradicionalna sita zdrave kmečke pameti in kjer je sodna praksa tudi zavoljo premišljenih zakonodajnih okvirov bogata in konsistentna, je področje insolvenčnega prava, natančneje, neposredne rešitve, ki odražajo vrednote oziroma duha svobode in poštenja, neločljivo povezano z dognanji ekonomske znanosti in poslovno-finančne stroke. Trdim, da je področje insolvenčnega prava tisto, ki v najelementarnejši obliki odraža poslovno in ekonomsko logiko pri razreševanju pravnih razmerij poslovnih subjektov v aktualni finančni krizi. Zgolj postranska stvar v zvezi s tem je izjemna podhranjenost znanstvenega obravnavanja ekonomske funkcije lastnine, kar je morda materija za drug prispevek.

Ključno vprašanje v zvezi z aplikacijo APR pri razreševanju konkretnih primerov finančnega prestrukturiranja v ameriški sodni praksi, še posebej v zvezi s prisilnimi ukrepi, običajno s preglasovanjem (t. i. *cram-down*), je opredelitev dometa pravnega standarda »poštenosti« (*fair*

---

<sup>892</sup> Lucian A. Bebchuk, Ax ante Costs of Violating Absolute Priority in Bankruptcy, Harvard Law School, The Centre for Law, Economics, and Business, Discussion paper, št. 328 (2001), str. 3.

<sup>893</sup> V ZDA so izjeme od APR znane kot doktrina izjeme nove vrednosti (New Value Exception): glej Robin Bicket White, The New Value Exception to the Absolute priority Rule is alive and well after 203 North La Salle, in koncept aдекватne zaštite: glej Mark J. Roe, Corporate restructuring and bankruptcy, Foudation press, New York (2000), str. 97.

<sup>894</sup> Lucian A. Bebchuk, nav. delo, str. 4. Primerjaj: Lucian A. Bebchuk, A New Approach to Corporate Reorganisation, Harvard Law Review (1998), str. 775–804.



*and equitable test*). Ta pravni standard v postopku finančnega prestrukturiranja v ameriškem pravnem sistemu oblikujejo sodišča.<sup>895</sup> V tem smislu je sodišče v zadevi *In re SPM Mfg Corp.*<sup>896</sup> zavzelo stališče, da lahko upniki z zavarovanimi terjatvami oziroma prioriteto v načrtu finančne reorganizacije sprejmejo drugačno razdelitev poplačila, kot jo predvideva APR. Takšna odločitev je bila podprta s stališčem, da lahko upniki sami razpolagajo s premoženjem, ki bi jim šlo na podlagi APR.<sup>897</sup> V kasnejši zadevi *In re Armstrong World Indus., Inc.*<sup>898</sup> je sodišče takšno razlogovanje zavrnilo kot načeloma nedopustno, saj naj bi upniki s slabšo prioriteto dobili nekaj, do česar niso upravičeni, zato naj bi bilo to stališče nepošteno.<sup>899</sup> Sodišče je takšno odločitev utemeljilo zgolj za razmerje med različnimi razredi navadnih upnikov. Navadni upnik ima namreč pravico deliti svoj delež z njemu podrejenim navadnim upnikom, vse dokler ni prizadet upnik, ki se s takšno razdelitvijo ne strinja.<sup>900</sup> Glede razmerja med zavarovanimi in navadnimi upniki sodišče ni odstopilo od APR. S tem je bila novonastajajoča doktrina delitve in obdarovanja (*sharing and gifting doctrine*) v smislu standarda poštenosti (*fair and equitable test*) zaustavljena. V trenutno vodilni zadevi *In re Iridium Operating LLC*<sup>901</sup> je sodišče presodilo, da je s standardom poštenosti skladna tista rešitev znotraj ukrepov finančnega prestrukturiranja, ki je skladna s pravili o razdelitvi na podlagi določil, ki urejajo finančno prestrukturiranje, urejeno v poglavju 11 ameriškega stečajnega zakona (*Chapter 11*), skratka, ki je skladna z APR. Vendar je sodišče v zvezi s tem stališčem glede dogovorov, sklenjenih pred uvedbo postopka na podlagi poglavja 11 (*pre-plan settlement*), opredelilo izjemo. APR je namreč lahko kot *per se* pravilo glede na dinamičen položaj upniško-dolžniških razmerij v fazi sklepanja zunajsodnega oziroma predinsolvenčnega dogovora o finančnem prestrukturiranju preveč togo. Po mnenju sodišča je lahko striktno uveljavljanje APR v določenih primerih takšnega dogovarjanja v nasprotju s standardom poštenosti, zato je oblikovalo stališče, da je sporazum o finančnem prestrukturiranju lahko v skladu s tem standardom, četudi striktno ne upošteva APR. Pri tem pa je sodišče navedlo, da to velja zgolj takrat, *ko gre za manjši odstop od APR in so hkrati podani zelo utemeljeni razlogi (factors weigh heavily)* za potrditev takšnega sporazuma.<sup>902</sup> Stranke ne smejo oblikovati

---

<sup>895</sup> <http://www.jonesday.com/Application-of-the-Absolute-Priority-Rule-to-Pre-Chapter-11-Plan-Settlements--In-Search-of-the-Meaning-of-Fair-and-Equitable-06-11-2007/> (zadnjič obiskano: 3. 10. 2013) in Robin Bicket White, nav. delo, str. 97.

<sup>896</sup> Sodba št.: 984 F.2d 1305, 23 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 1529, 28 Collier Bankr. Cas. 2d (MB) 451, Bankr. L. Rep. (CCH) P 75090 (1st Cir. 1993).

<sup>897</sup> Hollace T. Cohen, *In re Armstrong World Industries, Inc.*, Annual survey of bankruptcy law, str. 408.

<sup>898</sup> Sodba št. 320 B.R. 523 (D Del. 2005).

<sup>899</sup> Pasquale Kenneth, *Armstrong World Industries: Absolute priority is more than »FAIR«*, American Bankruptcy Institute Journal, št. 3 (2006).

<sup>900</sup> Hollace T. Cohen, nav. delo, str. 420.

<sup>901</sup> Številka sodbe: 478 F.3d 452 (2d Cir. 2007).

<sup>902</sup> <http://www.jonesday.com/Application-of-the-Absolute-Priority-Rule-to-Pre-Chapter-11-Plan-Settlements--In-Search-of-the-Meaning-of-Fair-and-Equitable-06-11-2007/> (zadnjič obiskano: 3. 10. 2013).

odstopa od APR zato, da bi se izognile dometu standarda poštenosti. Razlogi za tak manjši odstop od APR morajo biti v sodni odločitvi jasno artikulirani v smislu standarda poštenosti.<sup>903</sup>

Če velja, da test, ki uveljavlja spoštovanje APR, omogoča prisilne ukrepe (*cram-down*) nad razredom upnikov, ki se ne strinja z načrtom finančnega prestrukturiranja, so prisilni ukrepi nad posameznim upnikom znotraj razreda mogoči le ob uporabi standardov testa zasledovanja najboljšega interesa upnikov (*Best Interests Test*).

V ameriški ureditvi je ta standard urejen v § 1129 (a) (7). Posameznemu upniku oziroma lastniku zagotavlja kavtele, tj. da bo na podlagi načrta finančnega prestrukturiranja njegova terjatev oziroma pravno upravičenje plačano vsaj v takšnem obsegu, kot bi bilo v primeru razdelitve stečajne mase v stečajnem postopku. To pravilo posredno implicira, da o vrednosti, ki presega vrednost dolžnika oziroma vrednost njegovega premoženja v stečaju, odloča razred upnikov in ne posamezen upnik.<sup>904</sup> Uporaba standardov testa zasledovanja najboljšega interesa upnikov terja, da dolžnik upnikom v postopku finančnega prestrukturiranja predloži analizo, ki vsebuje natančne podatke o tem, kakšen delež terjatev bi ob spoštovanju APR dobil posamezen upnik v stečajnem postopku. Analiza mora vsebovati ocene vrednosti premoženja dolžnika. Izdelana mora biti na podlagi bodisi likvidacijske vrednosti, ocenjene za primer prodaje v rednem stečajnem postopku, bodisi na podlagi vrednosti, ocenjene za primer hitre prodaje (*fire sale*).<sup>905</sup> Ko so pridobljene te ocenjene vrednosti premoženja, je treba ob spoštovanju APR ugotoviti, koliko od vrednosti podjetja (*enterprise value*) dobi posamezen razred upnikov in koliko razred lastnikov. Rezultate vrednosti za posamezen razred je treba primerjati z vrednostmi, ki so predvidene ob izvedbi uspešnega finančnega prestrukturiranja. Če so ocenjene vrednosti za posamezen razred upnikov višje od tistih, ki bi jih dobil posamezen razred upnikov v primeru stečajnega postopka, načrt finančnega prestrukturiranja zadosti standardom testa zasledovanja najboljšega interesa upnikov.<sup>906</sup>

## 6. Nelikvidnost ali prezadolženost?

ZFPPIPP v 11. členu kratkoročno plačilno sposobnost opredeljuje kot sposobnost pravne ali fizične osebe v določenem časovnem obdobju poravnati vse obveznosti, ki so zapadle v tem časovnem obdobju. Dolgoročna plačilna sposobnost je opredeljena kot trajna sposobnost pravne ali fizične osebe izpolniti vse obveznosti ob njihovi zapadlosti. Nadalje ZFPPIPP v 14. členu, z namenom zagotovitve lažjega dokazovanja upnikov, z računovodsko natančnostjo opredeljuje domneve nastanka insolventnosti, med katerimi našteva trajnejšo nelikvidnost in dolgoročno plačilno nesposobnost.

---

<sup>903</sup> <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1193131.html> (zadnjič obiskano: 10. 10. 2013).

<sup>904</sup> Jonathan Hicks, *Foxes Guarding the Henhouse: The Modern Best Interests of Creditors Test in Chapter 11 Reorganisations* (2005), str. 831.

<sup>905</sup> [http://www.grantthornton.com/staticfiles/GTCom/Advisory/Restructuring%20and%20turnaround/Role\\_of\\_Best\\_Interest\\_of\\_Creditors\\_Test\\_Practical\\_Guidance\\_FINAL.pdf](http://www.grantthornton.com/staticfiles/GTCom/Advisory/Restructuring%20and%20turnaround/Role_of_Best_Interest_of_Creditors_Test_Practical_Guidance_FINAL.pdf) (zadnjič obiskano: 10. 10. 2013).

<sup>906</sup> Jonathan Hicks, nav. delo, str. 833.

Nemški stečajni zakon<sup>907</sup> za razliko od ZFPPIPP razloge za insolventnost določa opisno. V paragrafu 17 kot prvega od stečajnih razlogov opredeljuje plačilno nesposobnost (*Zahlungsunfähigkeit*), ki nastane, ko dolžnik ne zmore izpolnjevati dospelih plačilnih obveznosti. Zakon določa, da gre za plačilno nesposobnost praviloma takrat, ko dolžnik ustavi svoja plačila. Kot drugega od stečajnih razlogov zakon v paragrafu 18 opredeljuje grozečo plačilno nesposobnost (*Drohende Zahlungsunfähigkeit*), ki nastane, ko dolžnik svojih plačilnih obveznosti ob njihovi zapadlosti predvidoma ne bo zmožer izpolniti. Kot tretjega od stečajnih razlogov zakon v paragrafu 19 opredeljuje prezadolženost (*Überschuldung*), ki nastopi, ko dolžnikovo premoženje ne pokriva več obstoječih obveznosti, razen če se zdi nadaljevanje poslovanja podjetja glede na okoliščine v veliki meri verjetno.

Kot lahko vidimo, je kot razlog za začetek stečajnega postopka ali postopka finančnega prestrukturiranja običajno navedena nelikvidnost (plačilna nesposobnost) ali prezadolženost in grozeča nelikvidnost (grozeča plačilna nesposobnost). Plačilno nesposobnost je mogoče dokazati v postopku presoje, ali tekoči prihodki zadoščajo za plačilo zapadlih in bodočih zapadlih obveznosti v skladu z vrstnim redom zapadlosti. T. i. test splošnega prenehanja izvrševanja plačil (*general cessation of payments test*)<sup>908</sup> zagotavlja, da je razlog za začetek postopka zaradi insolventnosti prepoznat takoj, ko nastopi nelikvidnost. Kot alternativna oblika razlogov za ugotovitev stanja insolventnosti je navedena prezadolženost. Ta je običajno opredeljena kot kapitalska neustreznost, torej kot stanje negativnega kapitala. T. i. test kapitalske ustreznosti (*balance sheet test*), ki naj bi zagotavljal ustrezno presojo kapitalske neustreznosti, ima več pomanjkljivosti, in sicer tako na ravni ocenjevanja vrednosti premoženja podjetja kot tudi na ravni tistih dejavnosti, predvsem v storitvenem sektorju, kjer zaradi premalo razvitega ali premalo stabilnega trga ni mogoče ugotoviti vrednosti podjetja. Prav tako se lahko zgodi, da ima po presoji omenjenega testa podjetje pozitiven kapital in je hkrati nelikvidno.<sup>909</sup>

Ob robu dileme glede razlikovanja med razlogi za začetek postopka zaradi insolventnosti je treba izpostaviti naslednje: razumevanje plačilne nesposobnosti v Sloveniji se v ključni posledici razlikuje od razumevanja tega dejstva v tujini. V poslovni praksi se običajno predpostavlja, da je plačilna nesposobnost (nelikvidnost) dolžnika posledica odločitve finančne institucije, navadno banke, ki, potem ko ugotovi, da je kapital negativen, zavrne nadaljnje financiranje dolžnika. Ob predpostavki, da je plačilna nesposobnost neposredno povezana z domnevo o negativnem kapitalu, je vloga lastnikov v postopkih finančnega prestrukturiranja in v stečajnih postopkih očitno reducirana. Vse kaže, da je razumevanje nelikvidnosti v slovenski poslovni praksi povezano z domnevo, da je kapital pozitiven, kar implicira nujnost normativnega urejanja na način, da se v postopkih zaradi insolventnosti varuje pravni položaj obstoječih lastnikov. Takšna ureditev, kot sem že omenil, zaradi kršitve APR povečuje donos lastnikov, znižuje atraktivnost varnih naložb dolžnika in povečuje moralni hazard dolžnika na trgu, predvsem, kot sem že pojasnil, v zvezi z razdelitvijo dobička in novim zadolževanjem. Iz tega je mogoče sklepati, da

---

<sup>907</sup> Insolvenzordnung – InsO z dne 5. 10. 1994, nazadnje spremenjen 15. 7. 2013.

<sup>908</sup> UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, New York, 2005, str. 46.

<sup>909</sup> UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, New York, 2005, str. 47.

ekonomskega interesa lastnikov za pravočasno ugotavljanje okoliščin, ki implicirajo insolventnost podjetja, ni.

## **7. Razrešeni del enigme o vzrokih neučinkovitosti insolvenčne zakonodaje**

Spričo dejstva, da v slovenski ureditvi prisilne poravnave, ki predvideva sodni postopek finančnega prestrukturiranja, APR ni ustrezno urejeno, je mogoče prepoznati razloge lastnikov za nerazumljivo odlašanje pri aktivnostih v zvezi z ugotavljanjem stanja insolventnosti oziroma grozeče insolventnosti in posledično prazne razdelitvene stečajne mase. Ker lastniki v postopku prisilne poravnave ne nosijo primerne bremena, temveč celotno breme prezadolženosti prevzamejo navadni in posredno zavarovani upniki, v okolju tranzicije, kjer lastniki obvladujejo skup premoženja, nastalega iz bivše družbene lastnine, torej brez skupne zgodovine razvoja podjetja, ni mogoče zagotoviti ekonomskega interesa lastnikov pri učinkovitem finančnem prestrukturiranju kot načinu sanacije insolventnega podjetja.

Ustrezna transformacija APR v postopek finančnega prestrukturiranja bo ob domnevi negativnega kapitala in uveljavljenih pravnih posledicah te domneve zagotovila vzpostavitev ekonomskega interesa lastnikov za takojšnje ukrepanje ob nastanku poslovnih težav podjetja. Ekonomski interes se mora zasledovati že v stanju t. i. grozeče insolventnosti, kar edino zagotavlja podlago za pravočasno in s tem učinkovito finančno prestrukturiranje. Če je sanacija podjetja neuspešna, takojšnje ukrepanje lastnikov ob nastanku (grozeče) insolventnosti v morebitnem stečajnem postopku preprečuje prazne razdelitvene stečajne mase in posledično privede do boljšega poplačila upnikov.<sup>910</sup>

---

<sup>910</sup> Glej tudi: UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, New York, 2005, str. 46.

## LITERATURA IN VIRI

- Hollace T. Cohen. In re Armstrong World Industries, Inc.: Annual survey of bankruptcy law, <http://www.troutmansanders.com/files/Publication/0364074c-b8b5-4a14-b859-7967fcb19050/Presentation/PublicationAttachment/a013e0e3-6c11-4d51-aa55-093a0cfa426f/art-cohen.pdf> (zadnjič obiskano: 10. 10. 2013).
- Jaka Cepec in drugi, Bankruptcy procedures in Slovenia: a legal and economic perspective, The Slovenian economy: stranded in recovery, Časnik Finance, Ljubljana (2011).
- Jonathan Hicks, Foxes Guarding the Henhouse: The Modern Best Interests of Creditors Test in Chapter 11 Reorganisations (2005), <http://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=nlj> (zadnjič obiskano: 3. 10. 2013).
- Jose M. Garrido, Out-of-court Debt Restructuring: the study presented at the World Bank Insolvency and Creditor Rights Task Force, World Bank, Washington DC (2011), <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2230/662320PUB0EPI00turing09780821389836.pdf?sequence=1> (zadnjič obiskano: 3. 10. 2013).
- Katarina Zajc in Jaka Cepec, Globalna finančna kriza in novele Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, Podjetje in delo, GV Založba, št. 7 (2012).
- Pasquale Kenneth, Armstrong World Industries: Absolute priority is more than »FAIR«, American Bankruptcy Institute Journal, vol. XXV, št. 3 (2006), <http://www.stroock.com/SiteFiles/Pub421.pdf> (zadnjič obiskano: 10. 10. 2013).
- Leo Plank, Bernd Meyer-Löwy, Carl Pickerill, The New German Insolvency Code: Decoding Improvements and Remaining Risks, American Bankruptcy Institute Journal, vol. XXXI, št. 2 (2012), [http://www.kirkland.com/siteFiles/Publications/ABI\\_051412.pdf](http://www.kirkland.com/siteFiles/Publications/ABI_051412.pdf) (zadnjič obiskano: 3. 10. 2013).
- Lucian A. Bebchuk, Randal C. Picker, Bankruptcy Rules, Managerial Entrenchment, and Firm-specific Human Capital, John M. Olin Law & Economics Working Paper, The University of Chicago Law School, št. 16, 2. izdaja (1993), <http://www.law.uchicago.edu/files/files/16.Bebchuk-Picker.pdf> (zadnjič obiskano: 10. 10. 2013).
- Lucian A. Bebchuk, Ax ante Costs of Violating Absolute Priority in Bankruptcy, Harvard Law School, The Centre for Law, Economics, and Business, Discussion paper, št. 328 (2001), [http://www-law.harvard.edu/programs/olin\\_center/](http://www-law.harvard.edu/programs/olin_center/) (zadnjič obiskano: 25. 9. 2013).
- Lucian A. Bebchuk, A New Approach to Corporate Reorganisation, Harvard Law Review, vol. 101 (1998), str. 775–804, <http://www.law.harvard.edu/faculty/bebchuk/pdfs/hlr.88.pdf> (zadnjič obiskano: 11. 10. 2013).
- Manfred Balz, Market Conformity of Insolvency proceedings: Policy Issues of the German Insolvency Law, 1 Brookl. Journal of Intern. Law, št. 23 (1997), <http://siteresources.worldbank.org/GILD/ConferenceMaterial/20152188/Germany%20-%20Balz.pdf> (zadnjič obiskano: 14. 10. 2013).
- Maria Brouwer, Reorganisation in US and European Bankruptcy Law, University of Amsterdam, Amsterdam (2005), <http://www1.fee.uva.nl/pp/bin/175fulltext.pdf> (zadnjič obiskano: 10. 9. 2013).
- Marko Simoneti in Jernej Radež, Krizni institucionalni okvir za prestrukturiranje bank in podjetij: kako naprej?, Podjetje in delo, GV Založba, št. 6–7 (2013).
- Mark J. Roe, Corporate restructuring and bankruptcy, Foundation press, New York (2000).
- Nemški stečajni zakon: Insolvenzordnung - Gesetz vom 5. 10. 1994 (BGBl. I S. 2866), stopil v veljavo 19. 10. 1994 bzw. 1. 1. 1999, nazadnje spremenjen 15. 7. 2013 (BGBl. I S. 2379) m.W.v. 19. 7. 2013, <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/insolvenzordnung/gesamt.pdf> (zadnjič obiskano: 3. 10. 2013).
- Philippe Aghion, Oliver Hart in John Moore, The Economics of Bankruptcy Reform, Journal of Law, Economics and Organisation, št. 8 (1992), [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=259420](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=259420) (zadnjič obiskano: 10. 10. 2013).
- Robin Bicket White, The New Value Exception to the Absolute priority Rule is alive and well after 203 North La Salle, <http://www.frostbrowntodd.com/resources-1564.html> (zadnjič obiskano: 5. 10. 2013).
- Sodba ameriškega zveznega sodišča okrožja Delaware: 984 F.2d 1305, 23 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 1529, 28 Collier Bankr. Cas. 2d (MB) 451, Bankr. L. Rep. (CCH) P 75090 (1st Cir. 1993).
- Sodba ameriškega zveznega pritožbenega sodišča, tretje okrožje: 320 B.R. 523 (D Del. 2005), <http://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1132313.html> (zadnjič obiskano: 10. 10. 2013).
- Sodba ameriškega zveznega pritožbenega sodišča, drugo okrožje: 478 F.3d 452 (2d Cir. 2007).
- UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, New York (2005), [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf) (zadnjič obiskano: 3. 10. 2013).
- Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, Uradni list RS, št. 63/13-UPB7.

[http://www.mp.gov.si/si/storitve\\_in\\_mnenja\\_mpju/uporabni\\_seznami\\_imeniki\\_in\\_evidence/sodna\\_statistika/](http://www.mp.gov.si/si/storitve_in_mnenja_mpju/uporabni_seznami_imeniki_in_evidence/sodna_statistika/) (zadnjič obiskano: 25. 9. 2013).

<http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/slovenia/#resolving-insolvency> (zadnjič obiskano: 25. 9. 2013).

<http://thelawdictionary.org/absolute-priority-rule/> (zadnjič obiskano: 10. 10. 2013).

<http://www.jonesday.com/Application-of-the-Absolute-Priority-Rule-to-Pre-Chapter-11-Plan-Settlements--In-Search-of-the-Meaning-of-Fair-and-Equitable-06-11-2007/> (zadnjič obiskano: 3. 10. 2013).

<http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1193131.html> (zadnjič obiskano: 10. 10. 2013).

[http://www.grantthornton.com/staticfiles/GTCom/Advisory/Restructuring%20and%20turnaround/Role\\_of\\_Best\\_Interest\\_of\\_Creditors\\_Test\\_Practical\\_Guidance\\_FINAL.pdf](http://www.grantthornton.com/staticfiles/GTCom/Advisory/Restructuring%20and%20turnaround/Role_of_Best_Interest_of_Creditors_Test_Practical_Guidance_FINAL.pdf) (zadnjič obiskano: 10. 10. 2013).

# **Drago Kos    Procesna analiza zaključnega poročila komisije za preprečevanje korupcije o nadzoru nad premoženjskim stanjem predsednikov parlamentarnih strank z dne 7.1.2013**

## POVZETEK

Avtor v prispevku z vidika procesnih določb dveh slovenskih protikorupcijskih zakonov, Zakona o preprečevanju korupcije iz leta 2004 ter Zakona o integriteti in preprečevanju korupcije iz leta 2010, analizira poročilo slovenske Komisije za preprečevanje korupcije o premoženjskem stanju najvidnejših slovenskih politikov, ki je po objavi januarja 2013 povzročilo veliko razburjenja in tudi politične spremembe v slovenski družbi. Pri tem avtor pride do več zanimivih ugotovitev, med katerimi so najpomembnejše te: Komisija za preprečevanje korupcije za izdajo svojega poročila ni imela pravne podlage; premoženjsko stanje omenjenih zavezancev je preverjala tudi za obdobje, za katerega tega ne bi smela storiti; komisija ni sledila zakonski obveznosti obveščanja obravnavanih oseb o svojih ugotovitvah; v poročilu je za dva zavezanca objavila tudi podatke o premoženjskem stanju, ki jih ne bi smela objaviti.

*Ključne besede:* poročilo Komisije za preprečevanje korupcije, Zakon o preprečevanju korupcije, Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije, nezakonitost poročila

## **Process analysis of final report from the commission of ththe prevention of corruption in the Republic of Slovenia an assets held by the most prominent figures on 7.1.2013**

## ABSTRACT

In the article, the author analyses a report from the Commission for the Prevention of Corruption in the Republic of Slovenia on assets held by the most prominent political figures in Slovenia from the point of view of the procedural provisions of Slovenia's two anti-corruption laws, namely the Prevention of Corruption Act of 2004, and the Integrity and Prevention of Corruption Act of 2010. After it was made public in January 2013, the report caused quite a stir and even led to political changes in Slovenian society. The author arrives at some surprising conclusions, such as that the Commission did not have the legal basis to issue such a report, that the Commission monitored the politicians' assets also for a time period when it was not allowed to do so, that it did not observe its legal obligation to notify persons under scrutiny of its findings and that in two cases it made public information about assets which should not have been made public.

*Key words:* report of the Commission for the Prevention of Corruption, Prevention of Corruption Act, Integrity and Corruption Prevention Act, illegality of report

## 1. Uvod

Ob nastanku slovenske države korupcija ni bila med problemi, ki bi jim najnovejša med članicami evropske družine posvečala kaj dosti pozornosti. To je bilo glede na način odcepitve od prejšnje skupne države, ko so bila v ospredju za slovenski narod dosti pomembnejša vprašanja vojaške zmage, praktičnega formiranja večstrankarske parlamentarne demokracije ter pridobivanja nujno potrebnih političnih in gospodarskih zaveznikov v mednarodni skupnosti, tudi razumljivo. Na žalost se je pozneje pokazalo, da so se pri reševanju teh vprašanj razvili tudi prav betonski nastavki korupcije, ki so šele v zadnjih mesecih začeli rahlo popuščati, pred tem pa so več kot dvajset let uspešno onemogočali vsa resna prizadevanja v boju zoper ta pojav. Trgovina z orožjem, blokiranje njenega preiskovanja in načrtno nekontrolirani prvi val privatizacije so ustvarili razmere, okolje in povezave, ki so bile izredno učinkovite pri odvrčanju vseh poskusov preiskovalcev, da bi prišli bližje pri ugotavljanju najbolj odgovornih za največje »svinjarije«<sup>911</sup> v Republiki Sloveniji.

O tem, da v državi potrebujemo specialiste, ki se bodo ukvarjali z bojem zoper korupcijo, je najprej začela razmišljati slovenska policija. Spreminjanje organizacijske strukture kriminalistične policije v letu 1999 je bil dokaj enostaven korak, ki pa ga je kaj hitro zavrl strah oblastnikov pred novim nasprotnikom: ko je politika ugotovila, da bo med pristojnostmi novih policijskih enot pomembno mesto našlo tudi preiskovanje nezakonitega financiranja političnih strank, je potegnila zavoro, in šele ko je bila ta naloga odstranjena s spiska obveznosti bodočih policijskih protikorupcijskih specialistov, je bila prižgana zelena luč za operacionalizacijo načrtov o novih policijskih enotah. Te so po ustanovitvi kaj kmalu imele na razpolago dokaj moderna orodja za odkrivanje, preiskovanje in dokazovanje tudi najbolj zapletenih kaznivih dejanj, saj sta bila takrat že v uporabi posodobljena kazenski materialni in procesni zakon, slednji tudi s celotnim naborom tako imenovanih »prikritih preiskovalnih ukrepov«, brez katerih pri boju zoper korupcijo pač ne gre.

Na podlagi zahtev iz tujine<sup>912</sup> je bil v Sloveniji leta 2001 ustanovljen prvi protikorupcijski preventivni organ – Urad Vlade Republike Slovenije za preprečevanje korupcije. Zaradi bojazni, da ta novi organ ne bi storil česa nepredvidljivega in neprijetnega, je bil v organizacijsko strukturo izvršilne veje oblasti umeščen tako, da je bil neposredno podrejen predsedniku vlade. Je bilo pa od vsega začetka jasno, da je to organ prehodnega značaja, ki ne bo več potreben, ko bosta v slovenskem parlamentu sprejeta dva dokumenta, ki ju je moral pripraviti urad sam: nacionalna protikorupcijska strategija in nov protikorupcijski zakon.

Oboje je bilo sprejeto januarja 2004, z uveljavitvijo novega predpisa, Zakona o preprečevanju korupcije,<sup>913</sup> pa je bila ustanovljena tudi Komisija za preprečevanje korupcije kot samostojen in neodvisen državni organ, ki je dobil vrsto nalog na področju uresničevanja nacionalne protikorupcijske strategije, spremljanja premoženjskega stanja slovenskih funkcionarjev, njihovih

---

<sup>911</sup> Kot se je izrazila ena od bivših generalnih državnih tožilk.

<sup>912</sup> Poročilo GRECO iz decembra 2000.

<sup>913</sup> Uradni list RS, št. 2/04 in nasl.



omejitev pri sprejemanju daril in poslovanju ... Seveda takšen organ spet ni bil po godu slovenski politiki in njegov mandat se je hitro spremenil v bitko za obstanek, ki je terjala angažiranje skoraj vseh njegovih moči. Komisija je kljub vrsti ovir<sup>914</sup> preživela prvi mandat, še več, uspelo ji je pripraviti nov, dosti boljši protikorupcijski zakon, ki je bil sprejet junija 2010 in je bodoči sestavi komisije zagotavljal dosti boljše pogoje za delo.

Nova sestava komisije je z delom pričela oktobra 2010 in kljub nekaterim bolj ali manj razumljivim<sup>915</sup> napakam dosegla tudi vrsto uspehov, potem pa brez opozorila in jasnega razloga odstopila 29. 11. 2013, samo tri leta po začetku svojega mandata.

Seveda je bilo iluzorno pričakovati, da bo zgolj razvoj protikorupcijskih institucij sam po sebi lahko prinesel hitre in korenite spremembe dejanskega stanja na področju korupcije v državi. Noben od naštetih organov, še manj pa različni specializirani oddelki slovenskega državnega tožilstva in sodstva, v kratkem času niso mogli pomembno zmanjšati obsega korupcije v Sloveniji. Nasprotno, stanje na področju korupcije se je iz leta v leto slabšalo: če je bila Slovenija ob vstopu v Evropsko unijo najmanj skorumpirana od vseh novih članic in je na mednarodni lestvici percepcijskega indeksa Transparency International dosegala solidne uvrstitve, je z leti stanje postalo zelo zaskrbljujoče. Danes v državi prevladuje prepričanje, da smo naravnost prepojeni s korupcijo, da nam je skorajda že vgrajena v gene, skratka, da smo ena od najbolj skorumpiranih držav na svetu. To seveda ni res, takšne katastrofične napovedi nimajo osnove ne v dejanskem stanju ne v večdesetletnih izkušnjah vztrajnih borcev proti korupciji in ne v zdravi pameti, lahko pa povzročijo vrsto posledic – tako negativnih<sup>916</sup> kot pozitivnih. Trenutno se na srečo kažejo zgolj pozitivne posledice: odpor družbe do korupcije je že tako prvinski, da je resnih in utemeljenih prijav korupcije vedno več ter da si tudi prej precej toga in neodločna državna tožilstva in sodišča upajo postopati zoper posameznike, ki so bili še pred letom dni absolutno nedotakljivi.<sup>917</sup> Tisto, kar so v večini drugih držav sprožili politiki, ki so se resno lotili korupcije, je pri nas – tudi kot plod dolgoletnih prizadevanj strokovnjakov na tem področju – zraslo iz ljudi samih: odločnost, da tako ne gre več naprej. Upati je le, da ta elan ne bo tako kmalu pojenjal, oziroma da bodo to postali povsem običajni standardi dela vseh slovenskih državnih uradnikov, zlasti državnih tožilcev in sodnikov.

Med organi in njihovimi dejanji, ki so izredno pomembno vplivala na razpoloženje v slovenski družbi, gre gotovo omeniti eno od dejanj sedanje sestave Komisije za preprečevanje korupcije. Ta je namreč 7. 1. 2013 pod številko 06259-1/2013/1 izdala svoj daleč najpomembnejši dokument doslej – Zaključno poročilo o nadzoru nad premoženjskim stanjem predsednikov parlamentarnih strank (v nadaljevanju: poročilo), ki je vzbudilo veliko zanimanja v slovenski in tuji javnosti ter imelo tudi politične posledice, saj je bilo povod za vrsto dogodkov, zaradi katerih sta se morala dva najvplivnejša slovenska politika posloviti z nekaterih svojih položajev. Kljub vsemu razburjenju, ki je sledilo izdaji poročila, do zdaj ni bilo mogoče zaslediti resne, predvsem pa

---

<sup>914</sup> Z zakonom je bila ukinjena, zmanjšala so se sredstva za njeno delo ...

<sup>915</sup> Te so nujne spremljevalke vsakega zagnanega dela.

<sup>916</sup> V obliki defetizma ali tendenc po nekritičnem širjenju pooblastil pristojnih organov, ustvarjanju »nadorganov«<sup>916</sup> ter neutemeljenem poseganju v pravice in svoboščine ljudi.

<sup>917</sup> Visoki politiki, pomembni gospodarstveniki, državni tožilci, sodniki ...

nepristranske strokovne razprave o pravni naravi tega dokumenta, predpostavkah za njegovo izdajo ter procesnih določilih, ki so narekovala njegovo vsebino in obliko.

Uvodoma je treba poudariti, da je tudi avtor tega zapisa, ki je sicer soustvarjal osnovno besedilo temeljnega predpisa, ki naj bi bil podlaga za izdajo poročila, to je Zakona o integriteti in preprečevanju korupcije (v nadaljevanju: ZIntPK-UPB2),<sup>918</sup> prepričan, da poročilo predstavlja znaten prispevek k izboljšanju zdravja slovenskega političnega in siceršnjega duha, vendar mu vse vsebinske podlage za njegovo izdajo niso znane in se bo zaradi tega v svojem tekstu ukvarjal le s postopkovnimi določbami, na katerih temelji poročilo.

## **2. Pravna podlaga za izdajo poročila**

Poročilo uvodoma navaja, da je bilo izdano »na podlagi 3. točke 2. člena in 23. alineje 12. člena Zakona o integriteti in preprečevanju korupcije (Uradni list RS, št. 69/11 – uradno prečiščeno besedilo, v nadaljevanju ZIntPK) ter ob upoštevanju določb 32.–37. člena Zakona o preprečevanju korupcije (Uradni list RS, št. 2/04, v nadaljevanju: ZPKor) za čas do 5. 6. 2010 oziroma določb 41.–45. člena ZIntPK za čas po 5. 6. 2010«.

Obravnava pravnih podlag za izdajo poročila pokaže naslednje:

ZIntPK-UPB2 v 2. členu opredeljuje svoj namen, ki je krepitev pravne države. V 3. točki tega člena, ki se glasi »z nadzorom nad premoženjem in sprejemanjem daril funkcionarjev, preprečevanjem in odpravljanjem nasprotja interesov ter koruptivnih ravnanj ter nadzorom nad lobiranjem vzpodbuja in krepi transparentnost v procesih in postopkih izvrševanja javne oblasti pri opravljanju javnih funkcij in pri upravljanju javnih zadev«, določa nekatera pomembna področja dela Komisije za preprečevanje korupcije (v nadaljevanju: komisije), ki naj služijo temu namenu. V 12. členu, ki sicer govori o nalogah in pristojnostih komisije, pa ji v 23. alineji nalaga tudi »druge naloge, določene s tem in drugimi zakoni«.

Če se najprej pomudimo pri zadnji navedeni pravni podlagi, lahko kaj hitro ugotovimo, da je dodana povsem po nepotrebem: če bi v ZIntPK-UPB2 res obstajala kakšna druga določba, ki bi zahtevala ali dovoljevala izdajo takšnega poročila, bi komisija seveda navedla to določbo in ne splošne navezne določbe 23. alineje 12. člena ZIntPK-UPB2. Morebitnega drugega predpisa, ki bi omogočal izdajo takšnega poročila, pa slovenski pravni red ne pozna.

Nenavadno je tudi, da komisija kot pravni temelj za izdajo tako pomembnega poročila navaja določbo iz 2. člena, ki ne vzpostavlja pravnih podlag za izdajo različnih aktov komisije, temveč služi zgolj kot opis in s tem omejitev dejavnosti komisije, ki naj pomagajo pri krepitvi pravne države. Če bi 2. člen res zadoščal, v ZIntPK-UPB2 ne bi bilo potrebno nobeno drugo določilo o aktih, ki jih lahko izda komisija, in analogno temu tudi nobeno drugo določilo, ki bi določalo naloge in pooblastila komisije. Takšna razlaga bi bila nedopustna iz vrste razlogov, med katerimi bi najbolj izstopala nezadostna določenost ZIntPK-UPB2.

---

<sup>918</sup> Uradni list RS, št. 69/11.

Ustava Republike Slovenije (v nadaljevanju: ustava)<sup>919</sup> v 4. odstavku 153. člena določa, da morajo »posamični akti in dejanja državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil temeljiti na zakonu ali na zakonitem predpisu«. O podobni, ne pa identični problematiki se je Ustavno sodišče RS izreklo v odločbi št. U-I-250/96 z dne 14. 11. 1996, v kateri se je sicer izrekalo o podzakonskem aktu, in sicer uredbi Vlade RS, za katero je ugotovilo, da »ne sme vsebovati določb, za katere v zakonu ni podlage«. Podobno se je v odločbi št. U-I-48/95 z dne 14. 9. 1995 izreklo tudi glede sklepa Vlade RS. Vprašanje, ki je odločilnega pomena, pa je, ali je treba besedilo ustave o tem, da morajo posamični akti državnih organov »temeljiti na zakonu ali podzakonskem predpisu«, razumeti tako, da mora biti navedeni temelj v zakonu ali podzakonskem predpisu podan eksplicitno. Pritrdilen odgovor na to vprašanje bi namreč pomenil, da takšnega poročila, kot ga je izdala komisija, brez eksplicitne določbe zakona ali drugega predpisa ni mogoče izdati.

Problema pravne podlage se je očitno zavedala tudi komisija, saj je kot pravno podlago navedla še več pravnih norm, pri katerih pa ni navedla, da tako kot omenjene določbe 2. in 12. člena ZIntPK-UPB2 predstavljajo »podlago« za izdajo poročila, temveč je uporabila splošnejši izraz, in sicer da je bilo poročilo izdano ob njihovem »upoštevanju«.

Med pravnimi podlagami, »ob upoštevanju« katerih je bilo izdano poročilo, so navedeni tudi 41.–45. člen ZIntPK-UPB2. To so členi, ki določajo postopek nadzora nad premoženjskim stanjem nekaterih kategorij oseb, vendar tudi v teh členih ni mogoče najti določbe, ki bi govorila o poročilu, kot ga je izdala komisija. V 45. členu je sicer navedenih kar nekaj aktov, ki jih lahko izda komisija, če zavezanec ne zna ali noče pojasniti povečanja svojega premoženja. Komisija o tem na podlagi drugega odstavka 45. člena obvesti »organ, pri katerem zavezanec opravlja funkcijo, oziroma organ, pristojen za izvolitev ali imenovanje zavezanca, v primeru suma storitve drugih kršitev pa tudi druge pristojne organe«, v posebnih okoliščinah pa na podlagi petega odstavka istega člena tudi državno tožilstvo ali pristojni organ s področja preprečevanja pranja denarja, davkov ali finančnega nadzora. Drugih možnih aktov komisije ti členi ne navajajo.

Zadevo dodatno zaplete še zadnja pravna podlaga, ki jo uporabi komisija, to pa so določbe 32.–37. člena Zakona o preprečevanju korupcije (v nadaljevanju: ZPKor),<sup>920</sup> in sicer »za čas do 5. 6. 2010«. Vsebinsko te določbe urejajo podobno področje kot 41.–45. člen ZIntPK-UPB2, s tem da navedene določbe komisiji v času svoje veljavnosti oziroma uporabnosti niso dajale nobene možnosti, da bi izdala akt, kot je obravnavano poročilo, in tega komisija v obdobju med letoma 2004 in 2010 tudi nikoli ni storila. Zanimivo je seveda tudi dejstvo, da celo komisija v sedanji sestavi ne pred in ne po obravnavanem poročilu – torej v času med 1. 10. 2010 in 27. 12. 2013<sup>921</sup> – ni izdala nobenega podobnega akta za nobenega od zavezancev za poročanje o premoženjskem stanju.

Bolj od same vsebine 32.–37. člena ZPKor pa je zanimivo vprašanje, ali je 7. 1. 2013, ko je bilo izdano poročilo, sploh bilo mogoče uporabiti določbe predpisa, ki ni bil več v veljavi in se ni

---

<sup>919</sup> Uradni list RS, št. 33/91-I in nasl.

<sup>920</sup> Uradni list RS, št. 2/04 in nasl.

<sup>921</sup> Ko je bil zaključen tekst tega prispevka.

več uporabljal, torej ZPKor. Glede na to, da gre pri tem vprašanju za problem, ki občutno presega zgolj vprašanje pravnih podlag, to pa je problem obdobja, za katero je komisija ugotavljala premoženjsko stanje predsednikov parlamentarnih strank,<sup>922</sup> velja odgovoru na to vprašanje posvetiti vso pozornost.

ZPKor je v veljavo stopil v začetku leta 2004. Z uveljavitvijo Zakona o nezdržljivosti opravljanja javne funkcije s pridobitno dejavnostjo (v nadaljevanju: ZNOJF-1),<sup>923</sup> do katere je prišlo v začetku maja 2006, je prenehal veljati, vendar je Ustavno sodišče RS najprej zadržalo izvajanje novega predpisa, nato pa z odločbo št. U-I-57/06-28 z dne 29. 3. 2007, s katero je v njem ugotovilo vrsto neustavnosti, odločilo, da se do odprave ene od njih<sup>924</sup> še naprej uporabljajo določbe ZPKor. Ustavno sodišče je v skladu s svojo običajno prakso zakonodajalcu za odpravo neustavnosti dalo na razpolago šest mesecev od objave svoje odločbe, to je od 13. 4. 2007. Zakonodajalec je – na žalost tudi on v skladu s svojo običajno prakso – ustavnemu sodišču sledil šele 5. 6. 2010, ko je stopil v veljavo nov predpis, ZIntPK, ki pa v prehodnih in končnih določbah ni niti z besedo omenil usode ZPKor.

Nesporno je torej, da je ZPKor prenehal veljati maja 2006, o tem, kako dolgo bi se skladno z odločbo Ustavnega sodišča RS lahko še uporabljal, pa odloča odgovor na vprašanje, ali je sprejem povsem novega predpisa leta 2010 na protikorupcijskem področju predstavljal tudi »odpravo neustavnosti«, ki jo je zahtevalo sodišče. S stališča pravne varnosti bi drugačna trditev, torej trditev, ki bi pomenila, da se lahko ZPKor uporablja še naprej, vzporedno z novim predpisom, zagotovo ne vzdržala resne presoje. Tega se je zavedal tudi zakonodajalec, saj je v ZIntPK-UPB2 uvrstil določbo 84. člena, ki je izjemoma podaljšal uporabo ZPKor, a samo za postopke, ki so bili po njegovih določbah tudi začetni, in še to le do dokončanja teh postopkov. Če bi veljalo, da se lahko ZPKor kot celota uporablja še naprej, takšna določba ne bi bila potrebna. To pa seveda pomeni, da komisija poročila ni mogla izdati na podlagi 32.–37. člena ZPKor, ker je možnost za uporabo<sup>925</sup> teh členov prenehala 5. 6. 2010. Tega dejstva tudi ne spremeni navedba komisije, da se te določbe upoštevajo zgolj za čas do 5. 6. 2010, saj komisija postopka, ki ga je zaključila s poročilom, izdanim 7. 1. 2013, ni začela po določbah ZPKor in torej tega dne teh določb kot pravne podlage za izdajo poročila tudi za omenjeno obdobje skladno s 84. členom ZIntPK-UPB2 ni mogla več uporabiti. Komisija je v drugem odstavku na tretji strani poročila zapisala, da je ravnanje zavezancev »z vidika materialnopravnih podlag pričujočega nadzora« presojala tudi za čas »od 30. 1. 2004 do 5. 6. 2010 po takrat veljavnem ZPKor, ki je materijo uredil v členih 32.–39«. Ravnanja zavezancev iz tistega časa komisija res ni mogla presojati po nobenem drugem predpisu,<sup>926</sup> je pa verjetno vsakomur jasno, da zoper zavezance, ki so v času njegove veljavnosti oziroma uporabnosti morebiti kršili predpis, ki v času, ko je bilo izdano poročilo, ni več veljal in se tudi ni več uporabljal, ob odsotnosti pravne norme, ki bi to

---

<sup>922</sup> O tem več v 4. poglavju.

<sup>923</sup> Uradni list RS, št. 20/06.

<sup>924</sup> In sicer tiste v prvem odstavku 3. člena ZNOJF-1.

<sup>925</sup> V smislu, da lahko ta uporaba privede tudi do pravnih posledic, npr. sankcij.

<sup>926</sup> Kako je to storila, je opisano v 4. poglavju tega prispevka.

omogočala, ne morejo nastopiti nobene škodljive posledice: ne tiste, ki so bile predvidene s tem predpisom, in ne tiste, določene z novim ZIntPK-UPB2, prav tako pa tudi nobene druge škodljive posledice – seveda pod pogojem, da je poročilo res dokument izključno pravne narave.

Odgovor na vprašanje, ali je za izdajo poročila obstajala pravna podlaga, na podlagi zapsanega torej niti ni tako zapleten. Že na prvi pogled je jasno, da ZPKor ni mogel biti podlaga za to. Pri drugih normah, ki jih komisija navaja kot pravno podlago, pa je odgovor na to vprašanje odvisen od tega, ali za izdajo takšnega posamičnega akta zadošča že samo to, da je komisija pooblašena preverjati premoženjsko stanje določenih kategorij oseb in izdajati načelna mnenja o korupciji ali pa ji mora biti pooblastilo za izdajo takšnega akta, ki je, mimogrede, globoko posegel v pravice najmanj dveh oseb, zaupano tudi eksplicitno. Odgovor se vsiljuje kar sam po sebi, tudi ob upoštevanju analogije s podobnimi organi: pooblastilo bi res moralo biti eksplicitno, zato komisija za izdajo takšnega poročila ni imela pravne podlage. Odločitev državnega tožilca, na primer, da svojega dela ne zaključi z zavrženjem kazenske ovadbe, obtožnim aktom ali zahtevo za uvedbo preiskave, temveč kar s poročilom, s katerim bi javnosti sporočil svoje ugotovitve, tudi ne bi bila pravilna in tožilec zanjo ne bi bil deležen preveč pohval, vsaj s strani pravne stroke ne.

### 3. Naslov poročila

Poročilo nosi naslov Zaključno poročilo o nadzoru nad premoženjskim stanjem predsednikov parlamentarnih strank. Ob tem velja opozoriti, da »predsedniki parlamentarnih strank« niso zavezanci za poročanje o premoženjskem stanju, saj jih zamenjamo na listi zavezancev, ki jo določa prvi odstavek 41. člena ZIntPK-UPB2. Vsebinsko zadeva sicer ni problematična, ker so bili predsedniki parlamentarnih strank v obdobju, na katerega se nanaša poročilo, to je od 30. 1. 2004 naprej, tako ali drugače zavezani – z izjemo nekaterih, ki določen čas to niso bili, ker pač niso zasedali nobene javne funkcije in je komisija to korektno ugotovila – k poročanju o svojem premoženjskem stanju, vsekakor pa je škoda, da takšna lagodnost pri iskanju skupnega imenovalca za kategorijo oseb, za katere je bilo izdano poročilo, omogoča dvome v pravno naravo poročila.

S pravnega vidika je zanimivo nekaj drugega: ker poročilo obravnava premoženjsko stanje večjega števila zavezancev, ki jim je skupno to, da so predsedniki parlamentarnih strank, gre pri tem nadzoru očitno za »redni obdobjni nadzor po kategorijah zavezancev«, kot takšne vrste nadzora imenuje Poslovnik Komisije za preprečevanje korupcije (v nadaljevanju: poslovnik)<sup>927</sup> v četrti točki svojega IX. poglavja. Prvi člen v tej točki vsebuje dva zelo pomembna odstavka: »Komisija vsako tekoče leto izbere kategorijo zavezancev, katerih premoženjsko stanje je predmet rednega nadzora v tistem letu«<sup>928</sup> in »kriterije za kategorije zavezancev, ki so predmet rednega nadzora premoženjskega stanja, sprejme senat komisije na predlog uslužbenca, ki vodi redni nadzor premoženjskega stanja zavezancev«.<sup>929</sup> Iz navedenega je mogoče sklepati, da mora

---

<sup>927</sup> Uradni list RS, št. 24/12.

<sup>928</sup> Prvi odstavek 84. člena.

<sup>929</sup> Drugi odstavek 84. člena.

na komisiji obstajati poseben sklep o tem, da se bo v letu 2012<sup>930</sup> lotila preverjanja premoženjskega stanja predsednikov parlamentarnih strank, in da morajo na komisiji obstajati kriteriji, ki jih je predlagal pristojni uslužbenec in na podlagi katerih je senat komisije sprejel prej navedeni sklep. O teh kriterijih in sklepu do sedaj še ni bilo mogoče slišati in le upati je, da komisija z njimi res razpolaga, ker bo sicer ponovno podvržena sumničanju v zvezi s korektnostjo nagibov za izdajo obravnavanega poročila.

Zanimivo bi bilo tudi vedeti, ali je komisija v obravnavani zadevi izdala še kakšno preliminarno ali vmesno poročilo, saj sicer ni bilo nobenega razloga za to, da je pričujoči dokument nasloвила kot zaključno poročilo. Če takšna poročila obstajajo, bi morala biti slovenska javnost o njih in njihovi vsebini obveščena.

#### **4. Obdobje, za katero je bilo preverjano premoženjsko stanje zavezancev**

V točki (i) Uvodnega pojasnila komisija<sup>931</sup> obrazloži, da pojem »zadnja prijava« iz prvega odstavka 45. člena ZIntPK-UPB2 zanjo ne pomeni »vsakokratno zadnje posredovane prijave« o premoženjskem stanju, ki jo je podal zavezanec, ampak prijavo, ki »jo je zavezanec podal ob nastopu funkcije oziroma (če je bil na funkciji že pred uveljavitvijo ZPKor v začetku leta 2004) prvo prijavo, ki jo je zavezanec podal po uveljavitvi ZPKor, s katerim je komisija dobila pristojnosti za nadzor nad premoženjskim stanjem«. Z drugimi besedami to pomeni naslednje: komisija kot zadnjo prijavo o premoženjskem stanju šteje prvo prijavo, ki jo je po uveljavitvi ZPKor podal katerikoli zavezanec za poročanje o svojem premoženjskem stanju, vse nadaljnje prijave pa razume zgolj kot dopolnitve te prijave. Takšno odločitev komisija utemeljuje s tem, da bi ob drugačnem tolmačenju, torej ob upoštevanju datumsko najnovejše prijave kot zadnje prijave, zavezanec s takšno prijavo »dejansko« legaliziral<sup>932</sup> tudi neprijavljeno nesorazmerno povečano premoženje oziroma premoženje, ki ne izhaja iz njegovih legalno pridobljenih in prijavljenih dohodkov v času trajanja funkcije.<sup>933</sup> V praksi takšna odločitev komisije pomeni, da je preverjala doslednost predsednikov parlamentarnih strank pri prijavi njihovega premoženja od 30. 1. 2004 naprej za tiste, ki so že takrat bili javni funkcionarji, za druge pa od dneva po tem datumu, ko so to postali.

ZIntPK-UPB2 ne pozna pojma »dopolnitev prijave«,<sup>934</sup> ki ga v poročilu uporablja komisija. Vsa obvestila komisiji o premoženjskem stanju ZIntPK-UPB2 obravnava kot »prijave«, s

---

<sup>930</sup> Leta 2013 je bilo poročilo očitno samo zaključeno.

<sup>931</sup> Poročilo, str. 2.

<sup>932</sup> Ta narekovaj je uporabila komisija.

<sup>933</sup> To je sicer argument, ki ne zdrži resne presoje: prijava premoženja ne predstavlja njegove »legalizacije«, ampak zgolj informacijo o njegovem stanju, izvor premoženja pa mora po potrebi verificirati in potrditi prav komisija.

<sup>934</sup> Razen v prekrškovnih določbah, kjer je ta pojem omenjen v dvanajsti alineji prvega odstavka 77. člena, kjer pa iz dikcije naveznih členov – 42. in 43. – jasno izhaja, da ne gre za »dopolnitve«, kot jih razume komisija.

katerimi zavezanci komisiji sporočajo svoje premoženjsko stanje<sup>935</sup> in njegove spremembe.<sup>936</sup> Tudi pri sestavljanju, sprejemanju in spreminjanju tako ZPKor kot tudi ZIntPK se nikoli ni pojavila ideja, da bi zgolj prva prijava štela kot prijava, vse naslednje pa le kot njene dopolnitve. Izhodišče je bilo jasno: vsaka prijava, tako tista s popolnimi podatki kot tista s spremembami, šteje za samostojno prijavo, iz nje pa izvirajo vse posledice.

Do izdaje obravnavanega poročila je tudi v praksi veljalo, da se datumsko najnovejše prijave o premoženjskem stanju obravnavajo kot zadnje in tako se je z njimi brez izjem tudi ravnalo. Vsako novo in s tem zadnjo prijavo je komisija primerjala s prejšnjo in iskala razlike, do katerih je prišlo v premoženju v obdobju, ki je ločevalo ti dve prijavi. Ker ne ZPKor ne ZIntPK-UPB2 ne pozna omejitve oziroma roka, ki bi komisiji onemogočal medsebojno primerjavo katerihkoli dveh ali več zaporednih prijav, takšno razumevanje pojma »zadnje« prijave nikoli ni bilo potrebno.

Takšen način preverjanja premoženjskega stanja je v izhodišču očitno načrtovala tudi komisija, saj je v svojem poslovniku v četrtem odstavku 84. člena zapisala naslednje: »Komisija pridobi podatke o premoženjskem stanju zavezancev od pristojnih institucij na dan, ko so zavezanci zadnjič sporočili svoje podatke o premoženjskem stanju v celoti ali le spremembe podatkov o premoženjskem stanju (če pristojne institucije razpolagajo s podatki za pretekla obdobja) in do dne, ko komisija začne z opravljanjem nadzora.« Če bi bilo stavek »ko so zavezanci zadnjič sporočili svoje podatke« mogoče razumeti na način, kot ga v poročilu uporablja komisija in bi ta stavek torej predstavljal prvo poročilo, ki ga je komisiji predal zavezanec, bi bilo nadaljevanje tega odstavka v delu, ki govori o tem, da bi komisija od institucij, ki z njimi razpolagajo, lahko zbirala tudi spremembe podatkov o premoženjskem stanju za pretekla obdobja, povsem nesmiselno, celo protizakonito, saj bi komisiji omogočalo zbiranje podatkov o premoženjskem stanju zavezancev tudi za čas, preden so to sploh postali. To pa zagotovo ni bil namen komisije, ko je spisala svoj poslovnik.

Takšno razumevanje pojma »zadnja prijava« vzpostavlja tudi nerešljiv problem v primeru funkcionarjev, ki jim preneha mandat in nekaj časa niso zavezanci, čez daljši ali krajši čas pa to ponovno postanejo. Takšni so v obravnavanem poročilu kar trije. Problem, ki je nerešljiv, je vprašanje, kaj se v takšnem primeru šteje kot njihova prva in po mnenju komisije torej zadnja prijava – tista, ki so jo podali ob nastopu prve, ali tista, ki so jo podali ob nastopu druge funkcije. Če je to tista, ki so jo podali ob nastopu prve funkcije, potem obravnava njihovega premoženjskega stanja nujno vključuje tudi obdobje, ko niso bili zavezanci za poročanje in gre torej za nezakonit poseg v njihovo zasebnost. Če je to prijava, ki so jo podali ob nastopu druge funkcije, pa pade v vodo izjava komisije, zapisana v Uvodnem pojasnilu v točki (i), da je »nadzor nad premoženjskim stanjem smiseln, učinkovit in upravičen (legitimen) le, če zajame celoten čas, odkar je zavezanec na javni funkciji oziroma odkar protikorupcijska zakonodaja to omogoča«. Rešitev tega problema je mogoča samo na način, kakršen je (bil) tudi namen ZIntPK-UPB2 in še prej ZPKor: s preverjanjem premoženjskega stanja od prijave do prijave in ne z vzpostavitvijo fikcije prve prijave kot »zadnje prijave« ter iz nje izhajajoče kontrole premoženjskega stanja od prvega do zadnjega dne posameznikove funkcije. Ker je komisija pri nekaterih predsednikih

---

<sup>935</sup> 41. člen ZIntPK-UPB2.

<sup>936</sup> 43. člen ZIntPK-UPB2.

parlamentarnih strank ugotovila, da niso bili zavezani k poročanju v celotnem časovnem obdobju, za katero je preverjala njihovo premoženjsko stanje, verjetno ni posegala v njihovo zasebnost v tem obdobju in je v resnici torej ravnala po pravilni metodi preverjanja premoženjskega stanja od prijave do prijave in ne po tisti, ki jo je uvedla kot novost, torej z vzpostavitvijo koncepta »prve – zadnje prijave«. In če je tako, se seveda poraja vprašanje, čemu potem služi ta koncept.

Pri uporabi obeh konceptov bi prišli do enakih rezultatov, če bi temeljila na istem predpisu. Ker pa je osnovni predpis s tega področja, ZPKor, 5. 6. 2010 nadomestil ZIntPK, se koncepta bistveno razlikujeta v eni točki, in sicer pri odgovoru na vprašanje, za katero obdobje se lahko preverja premoženjsko stanje zavezancev. Po konceptu preverjanja tega stanja »od prijave do prijave« je po uveljavitvi ZIntPK možno preverjati premoženjsko stanje funkcionarjev le od dneva uveljavitve tega predpisa, to je od 5. 6. 2010, ker je s tem dnem prenehala uporaba ZPKor. Koncept, ki ga je razvila komisija, pa – ob odpiranju vrste zapletenih pravnih problemov – omogoča preverjanje premoženjskega stanja tudi za čas pred veljavnostjo ZIntPK, torej za čas, ko je veljal oziroma se je uporabljal še ZPKor. Še več, ta koncept – če bi bil pravilen - bi omogočal tudi preverjanje premoženjskega stanja za obdobje od leta 1992 naprej. Komisija svoj koncept pojmovanja prve prijave kot zadnje prijave namreč v točki (i) Uvodnega pojasnila utemeljuje tudi z že zgoraj navedenim: »Nadzor nad premoženjskim stanjem je smiseln, učinkovit in upravičen (legitimen) le, če zajame celoten čas, odkar je zavezanec na javni funkciji oziroma odkar protikorupcijska zakonodaja to omogoča.« Zakon o nezdržljivosti opravljanja javne funkcije s pridobitno dejavnostjo (v nadaljevanju: ZNOJF)<sup>937</sup> je namreč že leta 1992 vzpostavil podoben sistem za nadzor nad premoženjskim stanjem nekaterih kategorij<sup>938</sup> javnih funkcionarjev, le da nalog s tega področja ni opravljal samostojna in neodvisna komisija, ampak delovno telo državnega zbora, kar pa za samo uporabnost koncepta, ki ga je s poročilom vpeljala komisija, ni pomembno.

Brez posebnega naprežanja je mogoče ugotoviti, da koncept, ki ga je z obravnavanim poročilom razvila komisija, ko je prvo prijavo zavezancev štela kot njihovo zadnjo, vse naslednje pa zgolj kot njene dopolnitve, odpira vrsto zapletenih pravnih vprašanj. Odgovori nanje prej rušijo kot potrjujejo veljavnost tega koncepta, ob tem pa omogočajo še vrsto razmišljanj o tem, zakaj je komisija sploh šla v ta koncept in v preverjanje premoženjskega stanja predvsem dveh zavezancev tudi za obdobje, za katero tega ne bi smela storiti.

## 5. Obveščanje obravnavanih oseb

Veliko pozornosti je v javnosti zbudilo vprašanje, ali bi komisija kljub zaslišanju predvsem dveh zavezancev pred objavo poročila tema zavezancema skladno s sedmim odstavkom 13. člena ZIntPK-UPB2 morala omogočiti, da se seznanita z njenimi ugotovitvami in se do njih opredelita, kar bi imelo za posledico tudi dejstvo, da bi komisija po osmem odstavku istega člena ob objavi poročila morala objaviti tudi njuna odgovora.

---

<sup>937</sup> Uradni list RS, št. 49/92 in 50/92 – popr.

<sup>938</sup> Za sodnike je to npr. urejal 39. člen Zakona o sodniški službi (Uradni list RS, št. 19/94, 8/96, 24/98, 48/2001 in 67/2002).



Komisija zavezancema te priložnosti ni ponudila, v razlagi te poteze pa se ni sklicevala na možnost, ki jo predvideva že sam ZIntPK-UPB2, po kateri lahko komisija »na podlagi mnenja pristojnega organa oceni, da obstaja verjetnost, da bi to<sup>939</sup> ogrozilo interese« nadaljnjega postopka in zato osnutka ugotovitev obravnavani osebi ne pošlje.

Komisija je svojo odločitev za to, da zavezancema ni poslala ugotovitev, utemeljevala s tem, da v konkretnem postopku ni postopala po 13. členu ZIntPK-UPB2, ki govori o pristojnostih komisije ob sumu korupcije in drugih kršitev, ampak po V. poglavju zakona, ki ureja nadzor nad premoženjskim stanjem in ki opisanega obveščanja zavezancev ne predvideva. Takšno trditev komisije je seveda možno podvreči tako formalni kot tudi vsebinski analizi.

Formalna analiza pokaže, da se komisija pri navajanju določb ZIntPK-UPB2, ki naj bi služile kot podlaga za izdajo poročila, torej 3. točke 2. člena in 23. alineje 12. člena, ni izključno sklicevala na določbe, ki urejajo samo nadzor nad premoženjskim stanjem funkcionarjev: 23. alineja 12. člena je zgolj napotitvena in torej vsebinsko prazna določba, 3. točka 2. člena pa omenja vrsto dejavnosti, med njimi tudi obe, ki sta za obravnavano temo pomembni: nadzor nad premoženjem in preprečevanje ter odpravljanje nasprotja interesov in koruptivnih ravnanj. Uporaba formalnih kriterijev torej odgovora na osnovno dilemo ne daje.

Vsebinska analiza omenjene trditve komisije je lažja: čeprav poročilo nosi naslov Zaključno poročilo o nadzoru nad premoženjskim stanjem predsednikov parlamentarnih strank in čeprav se Uvodno pojasnilo poročila nanaša izključno na problematiko nadzora nad premoženjskim stanjem, je v obrazložitvah ugotovitev o dveh zavezancih na več mestih mogoče najti tudi obširne in temeljito obrazložene navedbe komisije o korupcijskih tveganjih,<sup>940</sup> tveganjih nasprotja interesov<sup>941</sup> in celo sumih kaznivih dejanj,<sup>942</sup> ob njih pa tudi kar celotno podpoglavje, ki nosi naslov Izkazana korupcijska tveganja, tveganja nasprotja interesov in sum zlorabe položaja.<sup>943</sup> Nobenega dvoma torej ni, da se je komisija v poročilu ob sicer prevladujočem nadzoru nad premoženjskim stanjem predvsem dveh zavezancev ukvarjala tudi s temami, ki sodijo v 13. člen ZIntPK-UPB2, torej med drugim tudi s sumi korupcije, kršitvami predpisov o nasprotju interesov in ocenami posamičnih ali sistemskih korupcijskih tveganj. Ne glede na naslov poročila in teoretično razglabljanje komisije v Uvodnem pojasnilu, pri poročilu torej ne gre izključno za poročilo o nadzoru nad premoženjskim stanjem, ampak tudi za poročilo o ugotovitvah, za katere ZIntPK-UPB2 v sedmem odstavku 13. člena zahteva, da se pred njihovo objavo z njimi seznanijo obravnavane osebe, ki se lahko do njih tudi opredelijo.

Nobenega dvoma torej ni, da bi morale biti poročilo pred objavo posredovano vsaj dvema obravnavanim zavezancema, ki bi tako dobila možnost opredeliti se do navedb poročila, njune navedbe pa bi morala komisija objaviti skupaj s poročilom. Seveda se ta dolžnost ne nanaša na ugotovitve, do katerih je prišla komisija pri nadzoru nad premoženjskim stanjem, vendar je

---

<sup>939</sup> Seznanitev obravnavane osebe z ugotovitvami.

<sup>940</sup> Poročilo, str. 12, 13, 15, 23.

<sup>941</sup> Prav tam, str. 12, 13, 23, 24.

<sup>942</sup> Prav tam, str. 12, 15, 23, 24.

<sup>943</sup> Prav tam, str. 12, podpoglavje (ii) v obrazložitvi ugotovitev o enem od zavezancev.

komisija izdala poročilo o vseh ugotovitvah – o premoženju in o sumih korupcije, konfliktu interesov ... – skupaj in tako sedaj ni možnosti za razpravljanje o tem, ali bi komisija svojo zakonsko obveznost lahko izpolnila tudi že samo z delnim obveščanjem zavezancev.

## 6. Objava poročila

V sklepnih besedah poročila med sklepi komisije najdemo tudi odločitev, da »se s pričujočim zaključnim poročilom skladno z 18. členom ZIntPK-UPB2 seznaniti javnost in da se poročilo objavi na spletni strani komisije«. <sup>944</sup> Poročilo je bilo javnosti najprej predstavljeno na odmevni tiskovni konferenci, nato je bilo objavljeno na spletni strani komisije, temu pa je sledila kar serija javnih nastopov članov komisije, ki so glede na odmevnost poročila, zlasti pa obdobje, <sup>945</sup> v katerem je prišlo do te objave, tudi razumljivi.

Omenjeni 18. člen ZIntPK-UPB2 je dokaj splošen, saj določa samo to, da komisija o svojem delu obvešča javnost, to pa počne z objavo svojih načelnih mnenj, stališč in odločitev ter sklicev sej in njihovih zapisnikov. Ker pa se v poročilu med drugim obravnava tudi premoženjsko stanje zavezancev, ki je tako v določeni meri postalo dostopno javnosti, se na poročilo nanaša tudi specialna določba ZIntPK-UPB2, ki obravnava to področje, to pa je 46. člen tega zakona, ki celo nosi naslov »Javnost podatkov«. Tega člena komisija kot pravne podlage za objavo poročila ni uporabila, kar je presenetljivo, saj je v primerjavi s citiranim 18. členom dosti bolj natančen. Določa namreč, da se podatki o dohodkih in premoženju večine <sup>946</sup> zavezancev, pridobljenem v času opravljanja javne funkcije in še eno leto po tem, lahko objavijo. Isti, torej 46. člen v drugem odstavku že sam daje nabor podatkov, ki se lahko objavijo, v tretjem odstavku pa določa, da se morajo podatki objaviti na način, ki omogoča njihovo medsebojno primerljivost. Isti člen tudi določa, da podrobnejšo metodologijo za javno objavo navedenih podatkov komisija določi s svojim poslovníkom. V poslovníku je metodologija javne objave podatkov o premoženjskem stanju določena v členih od 88 do 91. Metodologija sledi določbam ZIntPK-UPB2, še posebej v 89. členu, kjer vsebinsko povzema drugi odstavek 46. člena ZIntPK-UPB2 glede podatkov, ki se objavijo. Kljub osnovnemu vsebinskemu povzemanju pa se prvi odstavek 89. člena poslovníka zlasti v petih alinejah pomembno razlikuje od povzete vsebine 46. člena ZIntPK-UPB2. V njih namreč določa, da objavljeni podatki o številu in vrednosti nepremičnin ne smejo vsebovati zemljiškoknjižnih podatkov, <sup>947</sup> objavljeni podatki o skupni vrednosti vrednostnih papirjev ne smejo vsebovati navedb o vrsti in imenu vrednostnih papirjev, <sup>948</sup> podatki o skupni vrednosti dolgov, obveznosti in prevzetih jamstev ne smejo vsebovati navedb o posojilodajalcih/obveznostih, <sup>949</sup> podatki o skupni vrednosti danih posojil ne smejo vsebovati podatkov o

---

<sup>944</sup> Prav tam, str. 25.

<sup>945</sup> Javni protesti v Sloveniji so se bližali vrhuncu.

<sup>946</sup> Z izjemo oseb, odgovornih za javna naročila, in uradnikov Državne revizijske komisije.

<sup>947</sup> Četrta alineja prvega odstavka 89. člena.

<sup>948</sup> Sedma alineja prvega odstavka 89. člena.

<sup>949</sup> Osmo alineja prvega odstavka 89. člena.

posojilojemalcih/obveznostih,<sup>950</sup> podatki o premičninah, katerih vrednost presega 10.000 EUR, pa ne podatkov o vrsti premičnin.<sup>951</sup> Ta razlika je pomembna v luči obravnavanega poročila, saj so v njem objavljeni tako zemljiškoknjižni podatki<sup>952</sup> kot tudi podatki o posojilodajalcih oziroma posojilojemalcih<sup>953</sup> in vrsti premičnin<sup>954</sup> v lasti zavezancev.

V 91. členu poslovnik določa, da komisija vsako leto do 30. junija objavi podatke o spremembah dohodkov in premoženja zavezancev v preteklem letu. Čeprav ZIntPK v nobeni od verzij začetka izvajanja te obveznosti komisije ni časovno opredelil,<sup>955</sup> je komisija v prvem odstavku 91. člena poslovnika sama sebe zavezala, da bo do prve tovrstne objave prišlo najkasneje 30. junija 2013, vendar v trenutku zaključevanja tega prispevka<sup>956</sup> podatki o premoženjskem stanju slovenskih funkcionarjev še niso bili javno dostopni.

Iz metodologije, ki jo vsebujejo navedene določbe poslovnika, je mogoče razbrati, da je bil tako namen zakonodajalca kot – vsaj na začetku – tudi komisije same ta, da se vsako leto objavi presek premoženjskega stanja vseh zavezancev in tako javnosti omogoči, da oceni, ali, kje in kdaj je prišlo do sprememb njihovega premoženjskega stanja. Obravnavano poročilo podatke o premoženjskem stanju dveh zavezancev predstavlja na popolnoma drugačen način, seveda pa ostaja odprto vprašanje, ali je splošno določbo 18. člena ZIntPK-UPB2 ob dosti bolj precizni vsebini 46. člena ZIntPK-UPB2 in ob prav tako zelo natančnih navedenih štirih členih poslovnika – ne glede na siceršnji ogromen načelni pomen transparentnosti opravljanja javnih funkcij in izpričano atraktivnost takšnih podatkov – sploh mogoče šteti za pravilno in s tem tudi dopustno pravno podlago za takšen način obveščanja javnosti o premoženjskem stanju predvsem dveh funkcionarjev.

Skopost že omenjenega 46. člena ZIntPK-UPB2 in štirih členov poslovnika komisije ne preseneča, saj je do uveljavitve ZIntPK-UPB2 veljalo, da podatki o premoženjskem stanju slovenskih funkcionarjev niso javni. ZPKor je namreč v 44. členu med drugim določal, da so podatki, pridobljeni pri nadzoru nad premoženjskim stanjem funkcionarjev, zaupne narave. Takšna je bila brez izjem tudi dosedanja praksa komisije. Ne glede na vrsto kritik tovrstne ureditve in prizadevanja komisije so se ti podatki »odprli« za javnost šele po vrsti aktivnosti ob sprejemanju ZIntPK, pa še to v zelo skopi in že opisani obliki. Do 5. 6. 2010 je torej veljalo, da so podatki o premoženju slovenskih funkcionarjev zaupne narave, po tem datumu pa je javnosti postal dostopen le del teh podatkov,<sup>957</sup> pa še ta mora biti skladno s preciznimi določili ZIntPK-UPB2 in poslovnika komisije objavljen po natančni in vnaprej določeni metodologiji. Ugotovili

---

<sup>950</sup> Deveta alineja prvega odstavka 89. člena.

<sup>951</sup> Deseta alineja prvega odstavka 89. člena.

<sup>952</sup> Npr. na str. 15 in 16 poročila.

<sup>953</sup> Npr. na str. 12 poročila.

<sup>954</sup> Npr. na str. 15 poročila.

<sup>955</sup> To pomeni, da bi jo komisija morala uresničiti takoj.

<sup>956</sup> December 2013.

<sup>957</sup> O dohodkih in premoženju, pridobljenem v času trajanja javne funkcije in v roku enega leta po njej.

smo že, da z objavo poročila ta metodologija ni bila spoštovana, prav tako pa je možno ugotoviti, da je komisija v poročilu objavila tudi podatke o premoženjskem stanju dveh zavezancev iz obdobja, ko so se ti podatki varovali kot zaupni, kar pomeni, da je komisija z njihovo objavo retroaktivno posegla v ZPKor in njegovo določbo 44. člena o zaupnosti podatkov. To pa odpira dosti hujšo dilemo kot zgolj nespoštovanje metodoloških pravil o objavi podatkov o premoženju slovenskih funkcionarjev.

## 7. Nekaterе druge posebnosti

### 7.1 Naslovník poročila

Pri večini posamičnih aktov, ki jih izdajajo slovenski državni organi, ni potrebna debata o njihovi pravni naravi, saj je ta v največjem številu primerov<sup>958</sup> očitna. Čeprav je dokument naslovljen poročilo, smo že ugotovili, da za izdajo takšnega poročila komisija ni imela pravne podlage in ga torej ne moremo obravnavati kot katero drugo poročilo, ki ga eksplicitno omenja slovenski pravni red.<sup>959</sup> Glede na to, da gre pri besedi poročilo za generičen pojem, ki se lahko uporablja za različne vsebine,<sup>960</sup> je ob takšnem dokumentu najpomembnejše vprašanje seveda to, na koga je naslovljen oziroma komu je namenjen.

Obravnavano poročilo vsebuje kar nekaj delov, ki dajejo odgovor na to vprašanje. Predvsem so v ta namen koristni deli, ki jih v podobnih dokumentih, kjer gre za eksplicitno zakonsko predvidena poročila z vnaprej identificiranim naslovníkom, ni mogoče najti, tudi v približni obliki ne:

- prvi in drugi odstavek Uvodnega pojasnila razglabljata o pomenu nadzora nad premoženjskim stanjem funkcionarjev in podajata<sup>961</sup> kritiko njegove dosedanje neučinkovitosti;
- v podpoglavju Pravne in dejanske omejitve in težave pri izvajanju nadzora v konkretnem primeru<sup>962</sup> komisija opozarja na težave in omejitve, s katerimi se je srečala pri obravnavi premoženjskega stanja zavezancev. Pri tem je izpostavila nedorečenost pravne ureditve, »problem integritete nosilcev javnih funkcij« in »zaskrbljujoče stanje pravne in politične kulture v odnosu do nadzornih institucij države«. V zadnjem delu tega podpoglavja<sup>963</sup> je komisija dokaj prizadeto omenila nekatere poskuse vplivanja na svoje delo pri analizi premoženja obravnavanih zavezancev;

---

<sup>958</sup> V primeru sodb in upravnih aktov, s katerimi se odloča o posameznikovih pravicah in obveznostih.

<sup>959</sup> Npr. poročilo policije po 10. odstavku 148. člena ZKP, poročila Državne revizijske komisije po 32. oziroma 33. členu Zakona o reviziji postopkov javnega naročanja, poročilo komisije po 19. členu ZintPK.

<sup>960</sup> Seveda, če vsebina »poročil« ni predpisana s predpisom.

<sup>961</sup> Zlasti prvi odstavek.

<sup>962</sup> Na strani 4.

<sup>963</sup> Kot »težave dejanske narave«, na str. 5.

- v poglavju, naslovljenem Sklepno,<sup>964</sup> je komisija poleg skrajšane predstavitve osnovnih ugotovitev za predvsem dva zavezanca podala precej moralistično analizo svojih ugotovitev in splošni poziv k sprejemu boljšega pravnega okvira za nadzor nad premoženjskim stanjem;

- poročilu so dodani sklepi komisije s seje z dne 7. 1. 2013.<sup>965</sup>

Tekst, ki bi bil primerljiv z zgoraj navedenimi deli poročila, bi v kateremkoli posamičnem aktu drugega državnega organa le težka našli, saj so takšnim besedilom bolj namenjene različne analize, ocene in planski dokumenti, ne pa poročila o ugotovitvah o ravnanjih zavezancev. So pa navedeni deli poročila dragoceni, ker ne puščajo nobenega dvoma, za koga je bilo spisano: naslovnik poročila je zgolj in izključno slovenska javnost. Tega ne spremeni niti dejstvo, da se je komisija na koncu<sup>966</sup> odločila, da poročilo skladno z drugim odstavkom 45. člena ZIntPK-UPB2 pošlje organu, pri katerem zavezanec<sup>967</sup> opravlja funkcijo, oziroma organu, pristojnemu za imenovanje ali izvolitev zavezanca. Očitno je bila ta odločitev sprejeta šele potem, ko je poročilo že nastalo, ker bi, če bi komisija poročilo spisala za naštete organe, bilo to videti povsem drugače, predvsem pa bi temeljilo na absolutno jasni pravni podlagi. Seveda pa potem vanj ne bi bilo možno vpisati vseh sedaj vpisanih vsebin in ugotovitev.

Komisija je torej poročilo spisala za javnost in samo po sebi se postavlja vprašanje, ali je pri tem storila kakšno napako.

Zagotovo je vrstni red dogodkov dokaj neobičajen: komisija je najprej sprejela poročilo in se šele potem odločila, kaj bo z njim storila. Državni organi običajno ravna drugače: najprej ugotovijo, kaj in za koga morajo postopati, nato pa izberejo obliko,<sup>968</sup> s katero bodo materializirali svoja dejanja, ugotovitve in ocene.

Prav tako kot vrstni red postopanja je neobičajna tudi sama objava poročila: v slovenski praksi se redko dogaja, da bi državni organi sami in brez posebnih spodbud od zunaj tako podrobno objavljali svoje ugotovitve.<sup>969</sup>

Sama po sebi objava takšnega poročila tudi v okolju, kot je slovensko, ne bi smela predstavljati posebnega problema. Zahteva po povečani transparentnosti, ki je tudi pri nas osnovno načelo v boju zoper korupcijo, pravzaprav narekuje potrebo, da se slovenska javnost tudi na takšen način seznanja z ravnanji svojih politikov. Problem, ki ob tem nastopi, pa je že kar tradicionalen: še tako koristnim načelom je mogoče slediti le do takrat, ko trčijo ob veljavno zakonsko normo, ki govori drugače. V obravnavanem primeru lahko to prevedemo takole: s sestavo in objavo poročila na opisan način in v opisani obliki ni popolnoma nič narobe, če sta ti dve ravnanji v skladu s pozitivnim slovenskim pravom.

## 7.2. Obveščanje drugih organov

---

<sup>964</sup> Poročilo, str. 23.

<sup>965</sup> Prav tam, str. 25.

<sup>966</sup> Prvi sklep komisije na str. 25.

<sup>967</sup> V bistvu gre vsaj za dva.

<sup>968</sup> Če ni predpisana že vnaprej.

<sup>969</sup> In jih šele potem odstopali drugim pristojnim organom.

Med odločitvami s seje komisije z dne 7. 1. 2013<sup>970</sup> je mogoče najti tudi že omenjeni sklep o tem, da bo poročilo skladno z drugim odstavkom 45. člena ZIntPK-UPB2 poslano tudi organom, pri katerih zavezanec opravlja funkcijo, oziroma organom, pristojnim za imenovanje ali izvolitev zavezancev. Omenjeni drugi odstavek 45. člena določa, da mora komisija obveščati organ, pri katerem zavezanec opravlja funkcijo, oziroma organ, pristojen za imenovanje ali izvolitev zavezanca, če zavezanec povečanja premoženja ali razlike med dejanskim in povečanim premoženjem ne pojasni ali tega ne stori na razumljiv način. Ko obstaja sum storitve drugih kršitev, lahko komisija na tej pravni podlagi obvesti druge pristojne organe.

Analiza ugotovitev pri obeh zavezancih, pri katerih komisija ugotavlja kršitve, tako v dispozitivih kot tudi v obrazložitvah pokaže, da komisija nesorazmerno in nepojasnjeno povečanje premoženja očita samo enemu od njiju. Drugemu namreč očita »le« sistematično in večkratno kršitev zakonske obveznosti poročanja o premoženjskem stanju. Brez dvoma je torej mogoče ugotoviti, da je komisija imela pravno podlago za obveščanje organa, pri katerem zavezanec opravlja funkcijo, oziroma organa, pristojnega za imenovanje ali izvolitev zavezanca, zgolj v primeru enega zavezanca. Ta omejitev pa seveda ne velja za obveščanje organov odkrivanja in pregona ter Davčne uprave Republike Slovenije, o čemer je komisija na isti seji sprejela podoben sklep.

Ker je komisija svojo odločitev glede obveščanja omenjenih organov zapisala v ednini in v obliki, ki ne omogoča ugotavljanja, za katere zavezance je bilo takšno poročilo posredovano, lahko samo upamo, da je poročilo posredovala »organu, pri katerem zavezanec opravlja funkcijo, oziroma organu, pristojnemu za imenovanje ali izvolitev zavezanca«, res samo za enega zavezanca, a tudi če je ravnala drugače, to zagotovo ne more povzročiti hudih dvomov v njene ugotovitve – razen seveda dvoma v njeno natančnost in dosledno spoštovanje pravnih podlag za njeno delo.

## 8. Sklepno

Zelo na kratko je mogoče ugotovitve iz zgornjega besedila povzeti takole:

- komisija za izdajo poročila ni imela pravne podlage,
- javnosti v tem primeru ni znan obstoj procesnih predpostavk, ki si jih je za preverjanje premoženjskega stanja določenih kategorij zavezancev<sup>971</sup> v IX. poglavju svojega poslovnika določila komisija,
- komisija je preverjala premoženjsko stanje zavezancev tudi za obdobje, za katero tega ne bi smela storiti,
- komisija ni sledila zakonski obveznosti obveščanja obravnavanih oseb o svojih ugotovitvah,
- komisija je v poročilu za dva zavezanca objavila tudi podatke o premoženjskem stanju, ki jih ne bi smela objaviti,
- poročilo je dokument, v prvi vrsti namenjen javnosti,

---

<sup>970</sup> Poročilo, str. 25.

<sup>971</sup> V konkretnem primeru predsednikov parlamentarnih strank.

- obstaja možnost, da je komisija preveč ekstenzivno obveščala organe, pri katerih zavezanci opravljajo svoje funkcije, oziroma organe, pristojne za imenovanje ali izvolitev zavezancev.

Ali je torej komisija s sestavo in objavo poročila v zgoraj opisani obliki in na opisan način ravnala pravno pravilno? Če pustimo ob strani razočaranje<sup>972</sup> nad trenutno splošno ekonomsko in politično situacijo v državi, h katere razčiščevanju je poročilo zagotovo pripomoglo, in upamo na dobronamernost komisije pri izvedbi v poročilu opisanih postopkov, je s strogo pravnega vidika in glede na zgornje ugotovitve odgovor na to vprašanje zagotovo prej negativen kot pozitiven. Bo pa seveda zanimivo videti, kakšne bodo o zgoraj obravnavanih temah dokončne ugotovitve sodne veje oblasti, ki se bo s poročilom na različnih stopnjah verjetno ukvarjala še dolgo vrsto let.

## VIRI

Komisija za preprečevanje korupcije, Zaključno poročilo o nadzoru nad premoženjskim stanjem predsednikov parlamentarnih strank, št. 06259-1/2013/1 z dne 7. 1. 2013, <https://www.kpk-rs.si/sl/nadzor-in-preiskave/odlocitve-in-mnenja-komisije/zakljucne-ugotovitve/01/2013/zakljucno-porocilo-nadzora-nad-premozenjskim-stanjem-predsednikov-parlamentarnih-strank-ki-so-hkrati-funkcionarji-in-zavezanci-na-tem-podrocju>.

Poslovník Komisije za preprečevanje korupcije (Uradni list RS, št. 24/2012).

Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije, ZintPK-UPB2 (Uradni list RS, št. 69/2011 – uradno prečiščeno besedilo).

Zakon o nezdružljivosti opravljanja javne funkcije s pridobitno dejavnostjo, ZNOJF (Uradni list RS, št. 49/1992 in nasl.).

Zakon o nezdružljivosti opravljanja javne funkcije s pridobitno dejavnostjo, ZNOJF-1 (Uradni list RS, št. 20/2006).

Zakon o preprečevanju korupcije, ZPKor (Uradni list RS, št. 2/2004).

Zakon o sodniški službi (Uradni list RS, št. 19/1994 in nasl.).

U-I-57/06-28 (Uradni list RS, št. 46/2006).

U-I-250/96 (Uradni list RS, št. 70/1996).

U-I-48/95 (Uradni list RS, št. 58/1995).

Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/1991-I in nasl.).

---

<sup>972</sup> Tudi avtorjevo.

# **Jernej Letnar Černič<sup>973</sup> Business and human rights after Kiobel**

## **ABSTRACT**

Corporations have so far had a troublesome relationship with human rights. Transnational corporations are paying ever more attention to human rights in relation to the employees and residents of the countries in which they operate. Unfortunately, there are still cases where corporations are directly or indirectly involved in human rights violations. The main question concerns whether and where victims can claim any kind of responsibility for corporate human rights violations

*Key words* : business and human rights, Kiobel, transnational corporations, victims of human rights violations

## **Podjetja in človekove pravice po odločitvi v zadevi Kiobel**

### **POVZETEK**

Večina korporacij si doslej ni prizadevala za spoštovanje in varovanje človekovih pravic. Transnacionalne korporacije posvečajo vse več pozornosti človekovim pravicam v zvezi z delavci in prebivalci držav, v katerih delujejo. Žal pa še vedno obstajajo primeri, ko so družbe posredno ali neposredno vpletene v kršenje človekovih pravic. Med glavna nerešena vprašanja sodi, kje lahko žrtve uveljavljajo kakršnokoli odgovornost za kršitve človekovih pravic s strani podjetij.

*Ključne besede*: podjetja in človekove pravice, Kiobel, transnacionalne korporacije, žrtve kršitev človekovih pravic

### **Introduction**

Corporations have so far had a troublesome relationship with human rights. Transnational corporations are paying ever more attention to human rights in relation to the employees and residents of the countries in which they operate. Unfortunately, there are still cases where corporations are directly or indirectly involved in human rights violations. The main question

---

<sup>973</sup> Assistant Professor of Human Rights Law, Graduate School of Government and European Studies, Kranj, Slovenia. This article was written under the auspices of the two-year project on “Corporate human rights obligations under economic and social human rights” financed by the Slovene Research Agency (1.8.2013-31.7.2015).



concerns whether and where victims can claim any kind of responsibility for corporate human rights violations. This short note examines the decision of the United States Supreme Court in *Kiobel v Royal Dutch Petroleum*<sup>974</sup> from the perspective of the field of business and human rights.

### **Background and kiobel Decision**

The US Alien Tort Statute (ATS) has provided one of the few channels for an individual to bring an action for damages against corporations for alleged human rights violations by having knowledge of or directly assisting in such violations. The US Congress enacted the ATS as part of section 9 of the Judiciary Act of 1789. The relevant section provides as follows: “the district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.”<sup>975</sup> International non-governmental organizations in the field of human rights have therefore put their hopes in domestic legal systems, particularly in the legal system of the United States which has so far been a relatively favorable forum for claims against transnational corporations for human rights violations. More specifically, the ATS has been of the few forums to allow also non-US victims of human rights violations to enforce the accountability of transnational corporations for violations committed outside US territory. All that has been necessary is that a corporation is established in US territory or does business there.

US courts have so far dealt more than 100 ATS cases brought against corporations. Several claims are currently pending against several corporations for, *inter alia*, alleged involvement in crimes against humanity, war crimes, torture and forced labor and, to date, 13 claims against corporations have been settled.<sup>976</sup> In two cases the victims were successful.<sup>977</sup> US courts have dealt with a number of cases against corporations. However, most of them have not resulted in a positive outcome for the victims.<sup>978</sup>

---

<sup>974</sup> *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, No. 10-1491, slip op. at 5 (U.S. Sup. Ct. April 17, 2013).

<sup>975</sup> Alien Torts Claims Act of 1789, 28 U.S.C. § 1350. Judiciary Act of 1789, ch. 20, § 11, 1 Stat. 73, 78. Human rights claims against corporations can also be brought in the United States under the Torture Victims Protection Act, 28 USC, Section 1350.

<sup>976</sup> See MD Goldhaber, Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scorecard, UC Irvine Law Review, 2013, Vol. 3:127, at 128-129.

<sup>977</sup> *Licea v. Curacao Drydock Co.*, 584 F. Supp. 2d 1355 (S.D.Fla. 2008), *Aguilar v. Imperial Nurseries*, No. 3-07-cv-193 (JCH), 2008 WL 2572250. Cited in Michael D. Goldhaber, Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scorecard, UC Irvine Law Review, 2013, Vol. 3:127, at 128.

<sup>978</sup> See, for instance, *Khulumani v. Barclay Nat. Bank Ltd.*, United States Court of Appeals, Second Circuit, October 12, 2007, 2007 WL 2985101.

The ATS was hit with a powerful punch when on April 17, 2013 the US Supreme Court delivered its long-awaited decision in the case of *Kiobel et al. v Royal Dutch Petroleum Co.* In this case, a group of Nigerian citizens claimed that a subsidiary of the Royal Dutch Petroleum Company and Shell Transport and Trading Company, p.l.c., was responsible due to its alleged cooperation with the Nigerian military forces in human rights violations in the province of Ogoniland. More specifically, the petitioners alleged that “throughout the early 1990’s, ..., Nigerian military and police forces attacked Ogoni villages, beating, raping, killing, and arresting residents and destroying or looting property...” and that the “respondents aided and abetted these atrocities by, among other things, providing the Nigerian forces with food, transportation, and compensation, as well as by allowing the Nigerian military to use respondents’ property as a staging ground for attacks.”<sup>979</sup> The US Court of Appeals of the Second Circuit in New York ruled that international law does not allow for corporate liability for human rights violations outside of US territory.<sup>980</sup> The complaint was then transferred to the United States Supreme Court. At the hearing, the following major issues emerged: whether the ATS allows for corporate liability and whether the same law allows for the enforcement of accountability for violations been committed outside US territory.<sup>981</sup>

The US Supreme Court primarily focused on the second question. It confirmed the presumption against the extraterritorial validity of the ATS. Moreover, they noted that “there is no indication that the ATS was passed to make the United States a uniquely hospitable forum for the enforcement of international norms.”<sup>982</sup> The judges agreed that US courts cannot be responsible for processing the claims of victims of alleged human rights violations outside of US territory. American courts will now only in exceptional cases consider actions against a company, and then only when the actions “and even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application...Corporations are often present in many countries, and it would reach too far to say that mere corporate presence suffices”.<sup>983</sup> In this instance, it is not perfectly clear what kind of claims “can displace the presumption against the extraterritorial application”. Judge Breyer resorted in his concurring opinion to foreign relations law and noted that jurisdiction can only be established if “(1) the alleged tort occurs on American soil, (2) the defendant is an American national, or (3) the defendant’s conduct substantially and adversely affects an important American national interest, and that includes a distinct interest in preventing the United States from becoming a safe harbor ... for a torturer or other common enemy of mankind.”<sup>984</sup> In

---

<sup>979</sup> *Kiobel*, at 2.

<sup>980</sup> 621 F. 3d 111 (2010). See also *Kiobel*, at 3.

<sup>981</sup> See Business & Human Rights Resource Centre, <http://www.business-humanrights.org/Documents/SupremeCourtATCARReviewBkgrd>; See also Curtis A. Bradley, Supreme Court Holds That Alien Tort Statute Does Not Apply to Conduct in Foreign Countries, ASIL Insight, April 18, 2013, <http://www.asil.org/insights130418.cfm>.

<sup>982</sup> *Kiobel*, at 12.

<sup>983</sup> *Ibid.*, at 14.

<sup>984</sup> Concurring opinion of Justice Breyer, at 1-2.

short, in the future plaintiffs will need to demonstrate a genuine link of the respective corporations with US territory.

While some commentators have described the decision as a shock to the international community in the field of human rights<sup>985</sup> and the possible death knell for claims against corporations as the US legal system has been one of the few to allow victims' actions for damages for extraterritorial violations of human rights, others have welcomed it as refreshing.<sup>986</sup> The decision is in fact neither of these. Victims' options were already quite limited before this decision as only a handful of forums exist where they can bring cases against corporations for alleged human rights violations. What is more, the US Supreme Court has not ruled on the possibility to bring claims against corporations, even though some commentators have argued that the court at least implicitly recognized corporate liability.<sup>987</sup> Such possibilities seem to remain open. Nor is the decision somehow different from other jurisdictions where victims also struggle to enforce any kind of responsibility for corporate conduct. For instance, on January 30, 2013 the District Court of the Hague dismissed an action against Royal Dutch Shell for alleged violations of its subsidiary in Nigeria.<sup>988</sup> Nonetheless, the Kiobel decision will have the greatest impact on individuals from countries with inoperative and inefficient legal systems as they are left empty-handed with regard to a potential forum for their claims. Domestic legal systems of the countries where violations are committed should primarily be responsible for their legal redress, yet they are for those most in need unable to deal with such cases. Proving the corporate liability for extraterritorial violations of human rights has thus so far been a difficult and thankless task.

## **International and National Human Right Law**

---

<sup>985</sup> Earthrights International, April 17, 2013, <http://www.earthrights.org/media/kiobel-v-shell-supreme-court-limits-courts-ability-hear-claims-human-rights-abuses-committed>. Also see Human Rights First, Kiobel Ruling Undermines U.S. Leadership on Human Rights, April 17, 2013. <http://www.humanrightsfirst.org/2013/04/17/kiobel-ruling-undermines-u-s-leadership-on-human-rights/>. See also Human Rights Watch, Supreme Court Limits Suits against Rights Abusers Abroad, <http://www.hrw.org/news/2013/04/29/us-supreme-court-limits-suits-against-rights-abusers-abroad>, April 23, 2013.

<sup>986</sup> US Council for International Business, Business Hails Supreme Court Ruling on Alien Tort Statute, April 17, 2013.

<sup>987</sup> J. Wells, Kiobel Insta-Symposium: Is Corporate Liability Jurisdictional?, May 8, 2013, <http://opiniojuris.org/2013/05/08/kiobel-insta-symposium-is-corporate-liability-jurisdictional/>

<sup>988</sup> District Court of the Hague, C/09/337050/ HA ZA 09-1580, January 30, 2013, [http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=BY9854&vrije\\_tekst=nigeria](http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=BY9854&vrije_tekst=nigeria).

International human rights law currently does not provide a mechanism whereby individuals can protect their rights vis-à-vis corporate conduct.<sup>989</sup> In most cases the victims therefore remain without the right to effective judicial protection at the international level, leaving victims to seek recourse in the domestic courts. National enforcement mechanisms play a vital role in protecting human rights. National constitutional courts have in the past reaffirmed the importance of human rights, including against corporations.<sup>990</sup> Several national jurisdictions have upheld human rights claims against corporations.<sup>991</sup> A number of national legal orders provide for corporate criminal responsibility for crimes against humanity and war crimes. In the French legal order, “legal persons may incur criminal liability for crimes against humanity pursuant to the conditions set out under Article 121-2.”<sup>992</sup> Similarly, corporations can be held criminally liable for international crime under Dutch law.<sup>993</sup> However, it is true that it is very difficult to prove such cases.<sup>994</sup> Further, the National Contact Points (NCPs) under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises may provide an avenue for the enforcement of some rights against corporations. A number of cases against corporations have so far been brought before respective NCPs.<sup>995</sup> However, such examples are only a few, whereas monitoring mechanisms in most national legal orders are at best ineffective and at worst only hold symbolic significance for the enforcement of human rights against corporations.

### **An alternative way forward: A bottom-up approach**

The traditional understanding of international law generally precludes the protection of human rights by actors other than a territorial state. However, giving real meaning to business and human rights asks for a novel approach, an approach which would not only take the rights of corporations and their owners into consideration, but also the human rights of ordinary people living ordinary lives. In order to achieve this, it is pertinent to break with the traditional paradigm of international law which has been created by states for state and non-state actors, and take the

---

<sup>989</sup> Larissa Van den Herik, Jernej Letnar Černič, *Regulating Corporations under International Law: From Human Rights to International Criminal Law and Back Again* (2010) 8 *Journal of International Criminal Justice* 725.

<sup>990</sup> *Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others* (CCT 39/09) [2009] ZACC 28; 2010 (3) BCLR 239 (CC) ; 2010 (4) SA 1 (CC) (October 8, 2009).

<sup>991</sup> See, for example, *Comision Estatal de Derechos Humanos, Nuevo Leon, Mexico*, CEDH/242/2011, December 31, 2012.

<sup>992</sup> French Criminal Code, Article 213 (3).

<sup>993</sup> Nicola Jägers, *Fafo study, The Netherlands*, <<http://www.fafo.no/liabilities/CCCSurveyNetherlands06Sep2006.pdf>>, at 16.

<sup>994</sup> See, for example, V. Azarov, *Investigative or Political Barriers? Dutch Prosecutor Dismisses Criminal Complicity Case against Riwal*, *Rights as Usual*, <http://rightsasusual.com/2013/05/investigative-or-political-barriers-dutch-prosecutor-dismisses-criminal-complicity-case-against-riwal/>, May 29, 2013.

<sup>995</sup> European Center for Constitutional and Human Rights, *A Comparison of National Contact Points – Best practices in OECD complaints procedures*, Berlin, November 2011, <http://www.ecchr.de/index.php/ecchr-publications/articles/a-comparison-of-national-contact-points-best-practices-in-oecd-complaints-procedures-1333.html>.

thorny road of creating international law from the lowest possible point. In order to develop the right medicine for the relationship between business and human rights, one has to look at the bottom — and employ a bottom-up approach also taking the needs of ordinary people into account is required.<sup>996</sup> Levit notes that “bottom-up lawmaking at once debunks the perceived hegemony of official, top-down international lawmaking — lawmaking that often occurs beyond the physical and metaphysical reach of its subjects — and showcases an alternative route to law that is inherently grounded and pluralist.”<sup>997</sup> Namely, law that is not created far away from ordinary people’s lives in different ivory towers, but which arises from various private and public initiatives. What may arise as problematic is that the stakeholders of business and human rights are different and fall into different categories. Human rights stakeholders most often include non-governmental organizations, public interest groups, victims’ organizations, trade unions, student organizations, consumer groups, academics and international organizations. On the other hand, the business sector includes organizations of employers, privately and state-owned corporations. Not only do states create international law, but indirectly by applying pressure so too do non-state actors such as non-governmental organizations, corporations and various other groups.<sup>998</sup> Such an order includes obligations on corporations to observe the human rights of individuals in home and host state. Such obligations may derive from soft law documents, yet they can include “hard” norms.<sup>999</sup> For example, paragraph 11 of the United Nations Guiding principles on business and human rights notes that corporations should respect human rights, which “means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved.”<sup>1000</sup> Some may argue that such an approach could create practical problems. However, there are several examples, for instance the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights<sup>1001</sup>, the UNCTAD principles on promoting responsible sovereign lending and borrowing<sup>1002</sup> and the

---

<sup>996</sup> S. Deva, *Regulating Corporate Human Rights Violations*, Rutledge, 2012.

<sup>997</sup> J. Koven Levit, *Bottom-Up International Lawmaking: Reflections on the New Haven School of International Law* (2007) 32 *Yale Journal of International Law* 393, at 409. Also see Janet Koven, *A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments* (2005) 30 *Yale Journal of International Law* 125.

<sup>998</sup> See, for instance, Steve Charnovitz, *Non-governmental organizations and international law*, 100 *American Journal of International Law* 348 (2006).

<sup>999</sup> J. Koven Levit, *Bottom-Up International Lawmaking: Reflections on the New Haven School of International Law* (2007) 32 *Yale Journal of International Law* 393, at 414.

<sup>1000</sup> Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, U.N. Doc. A/HRC/17/31 (March 21, 2011) (by John Ruggie), para. 11.

<sup>1001</sup> *Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights*, September 28, 2011.

<sup>1002</sup> UNCTAD principles on promoting responsible sovereign lending and borrowing, April 2012, <http://www.unctad.info/en/Debt-Portal/Project-Promoting-Responsible-Sovereign-Lending-and-Borrowing/About-the-Project/Principles-on-Responsible-Sovereign-Lending-and-Borrowing/>.

Guiding principles and business and human rights<sup>1003</sup>, that have been developed from the bottom up or at least with some involvement of civil society. Such actions could include internal and external pressure on corporations but also on states in the form of demonstrations, boycotts, pressure on social media, lobbying in public administration structures and other forms of social pressure. For example, a good example of a bottom-up approach would be obligation to secure the prior consent of an indigenous community in order for a corporation to invest in areas where a community lives.<sup>1004</sup> Such methods would also enforce from the bottom up corporate obligations to observe human rights. The latter informal methods could later turn into formal pressure on domestic and international institutions.

## Conclusion

The overall aim of this note was to examine the *Kiobel* decision from the perspective of the wider field of business and human rights. The field of business and human rights remain after *Kiobel* unchanged as possibilities to bring claims against corporations in any legal forum were already quite low. Nonetheless, the enjoyment of human rights is crucial for the survival and well-being of an individual. Not only states but also corporations are obliged to respect them. They should not infringe upon human rights when they invest and do business. Corporations and human rights are not two mutually exclusive notions. Suggesting that corporations have human rights obligations does not contradict the fundamental notion of corporate enterprise that corporations only exist to make a profit. On the contrary, it reinforces the core objective of corporations. Corporations must be held accountable for the failure to meet their human rights obligations. Yet it appears that those corporate obligations with respect to human rights are more or less without teeth as they do not provide clear sanctions in the event of violations. Therefore, the bottom-up approach could be realized by enabling the participation of civil society in drafting sources on corporate human rights obligations or enabling the participation of workers and victims' organizations in drafting internal policies. All in all, corporations must primarily ensure that they will not violate the human rights of individuals when doing business at home and abroad, with the result that human rights should be considered when already evaluating the economic and also human feasibility of a project.

---

<sup>1003</sup> Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, U.N. Doc. A/HRC/17/31 (March 21, 2011) (by John Ruggie).

<sup>1004</sup> Piplinks, Making Free Prior and Informed Consent a Reality: Indigenous Peoples and the Extractive Sector, 2013, <http://www.piplinks.org/report%3A-making-free-prior-and-informed-consent-reality-indigenous-peoples-and-extractive-sector>.

## Recenzija

### **Stefano Colloca (ed.) The Value of Truth. The Truth of Value. Milano: LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2013; 208 p. (Vojko Strahovnik)**

(University of Ljubljana and Faculty of Government and European Studies, Kranj)

The book *The Value of Truth. The Truth of Value* is an engaging collection of essays on the topic of truth, value and normativity. The book is the result of an international seminar *Nomologies I* held at the Residenza Golgi in Pavia in 2011 and sponsored by the University of Milano and the University of Pavia. It features 13 contributions by some leading authors in the field, giving rise to a comprehensive and well-structured investigation of the subject. A number of essays are written in English and others are in Italian. The collection is accompanied by two prefaces, one by the collection's editor Stefano Colloca and by Paolo di Lucia, who briefly introduce the contributions and place them in a wider framework of the debate. They explicate that the essays in the book can be broadly divided into two clusters, with the first dealing with the value of truth, particularly with the familiar is–ought distinction in the context of the distinction between ontic judgments concerning truth and deontic judgments concerning values. The second cluster addresses the truth of value and predominantly the search for an *analogon* to truth in the evaluative domain. The second preface by Valerio Marotta offers an insight into some historical aspects of the debate. Taken together, these provide a nice supplement that guides the reader when moving through the essays that follow. The contributions are divided into three sections or parts. Part I entitled Truth features five essays that range from themes from the history of philosophy to contemporary debates on the nature of truth and related questions. Part II entitled Value includes four essays focused on axiology, while part III entitled Norm contains four essays dealing with questions of normativity associated with truth and value. The book concludes with a brief presentation of the authors and a useful index of names.

Below I will briefly sketch out the main ideas, although space only permits me to deal a little more closely with just a few contributions. In the first essay entitled *Vero de dicto vs. vero de actu* Amedeo, Giovanni Conte starts by discussing the interpretation of the etymology of the Greek “*aletheia*” and later addresses the relationship between the predication of truth aiming at judgments or what is said (truth *de dicto*) and predications of truth aiming at acts like the act of testimony itself (truth *de actu*), the latter being significantly less investigated in the literature. He also demonstrates this difference with some examples from the Gospel of John (Johannes, 5:32, 8:14, and 21:24 as representing *de dicto* ascriptions of truth and Johannes 5:31, 8:13, and 8:17 truth *de actu*). In the essay entitled *Anselmo D'Aosta/Anselm of Canterbury: la duplice duplicità del vero*, Paolo di Lucia tackles the question of the relationship between the notion of truth as correspondence and truth as rectitude as these appear in the works of Anselm of Canterbury. The third essay by Matjaž Potrč entitled *The Value of Truth* discusses the ontological grounding of

truth ascriptions within a correspondence theory of truth and does so on the basis of distinguishing between truth as direct correspondence and truth as indirect correspondence. The former is ontologically committed to the existence of corresponding items in the world (entities, properties) stated by the sentence (consisting of nouns, predicates etc.). On the other hand, truth as indirect correspondence lacks such one-to-one commitment but still maintains correspondence with how things are in the world as a basis for ascribing the truth. This position arises from the following basic presuppositions. There are numerous sentences and statements that we use in our every-day life and also in scientific use of language that we take to be unproblematically true and quantify over entities that should not be countenanced within or compose the right minimal ontology. There is also no way to paraphrase these statements into ones that avoid commitment to problematic entities and no plausible way to identify the problematic entities with ontologically unproblematic ones. Truth is correct assertibility; a statement is true if and only if it is correctly assertible and for the truth of a statement two components are important, namely the world and contextually operative semantic standards. Potrč then goes on to investigate some consequences that follow from this distinction particularly for the field of deontic statements and deontic commitments. In the paper *La confutazione del relativismo* (a translation from the English version not previously published), John R. Searle deals with relativism about truth, which he defines as “the theory that the truth (or falsity) of any proposition is always relative to certain sorts of psychological attitudes on the part of the person who states, believes or otherwise judges the truth of the proposition” (p. 51). The contrary position is truth absolutism as a claim that truth is not dependent on the feelings and attitudes of the people who are making or assessing the truth claim. He goes on to show how truth relativism refutes itself, building upon a standard version of the counter-argument for relativism which puts into question the relativist’s thesis itself and shows that the problem is not just that you cannot coherently state relativism, the problem is that if you are a consistent relativist you cannot coherently state anything. One consequence of the relativity of truth is the relativity of reality (ontological relativism). Ontological relativism is implausible according to Searle and it turns into solipsism. The first part concludes with an essay by Wojciech Żelaniec *Truth-Value and Self-Reference: Against the Spectre of the ‘Revenge Liar’*, which addresses a special aspect of the Liar paradox. Żelaniec defends a position that sentences like “This sentence is false.” and “This sentence is true.” that supposedly generate paradoxes are best interpreted as not having a truth value at all and further provides some insight into the motivation for holding such a view. The mentioned sentences do not express any thought, they lack thought contents and therefore also thought objects. At the end of the essay, the author briefly responds to an objection made by Francesco Berto, which stipulates that any attempt to avoid the Liar and similar paradoxes by denying that they have a truth value, simply makes the paradox recur on another level.

Part II of the book is dedicated to the topic of value. In an essay entitled *Two Arguments for Axiological Scepticism*, Stefano Colloca discusses two standard (Sextus Empiricus, Blaise Pascal) sceptical arguments about the foundation of values. Both arguments are a version of the so-called argument from disagreement. Sextus Empiricus argues that it is impossible to attain knowledge on matters of values since any objective value assertion can be based merely on unsupported hypothesis, which is further undermined by the possibility of disagreement or an opposing view and accompanied by the lack of any hope of arriving at the final criterion that



would decide the matter. Colloca calls this *a priori* argument from possible disagreement and contrasts it with Pascal's *a posteriori* argument from actual disagreement about values and their foundation. Colloca concludes that the latter argument is not tenable and that, on the other hand, the former is; one cannot conclude from a mere supposed existence of disagreement the lack of a foundation of values, although one must notice that also such an argument can shift the burden of proof to the one defending such a foundation to at least put forward a position able to accommodate the existence of such disagreement. In essay 7 *Sullo scetticismo pratico e il cognitivismo assiologico*, Roberta De Monticelli deals with the topic of practical scepticism in the context of legal and moral philosophy, and especially in relation to practical norms as embedded in social and political institutions. In an essay entitled *La verità come valore logico*, Giuseppe Lorini discusses some of the aspects of truth as logical value and situates it in the wider context of investigation of logical values. In the last essay in this part entitled *Valori personali e valori impersonali. Sulla teoria dei valori di Alexius Meinong* Venanzio Raspa investigates Meinong's value theory through the distinction between personal and impersonal values.

Part III of the book deals with norms and normativity in the context of truth and value. Francesca De Vecchi in her essay *Eidetica e normatività in Edmund Husserl* discusses the relevance of Husserl's theory of ontological dependence relations for the theory of value. Lorenzo Passerini Glazel in his essay *Norm Atrophy and Nomotropic Behaviour. On a Mode of Inexistence of Norms* discusses an interesting aspect of the interplay between norms and social reality. Methodologically, he understands norm both as a point of departure and as a point of arrival with regard to the exploration of social reality. Another important topic is the rejection of the unjustified reduction of the operancy of norms to their effectiveness. "A norm, though, may operate on (may have influence on) the behaviour of an agent in many different ways, and many of those ways are not reducible to the effectiveness (regarded as fulfilment) of that norm" (p. 160). Passerini Glazel utilises the notion of nomotropic behaviour and shows how it surpasses the mere fulfilment of a given norm. He also focuses on other types of nomotropic behaviour as in the case where norm affects behaviour and our understanding of social reality even when it is not fulfilled. Another interesting aspect of these phenomena is the observance of our reactive attitudes and other consequences (e.g. imposition of sanctions, disapproval etc.) in cases where a norm is violated. All of this offers a valuable epistemological entry point into the existence and nature of norms and social reality. The essay concludes with a discussion of norm atrophy in relation to nomotropic behaviour. The book is rounded off with two essays engaged in dialogue with each other, the first essay is entitled *Mimetic Boundaries of Constitutive Rules* by Corrado Roversi and the second is *Repeal, Money (M1), Institutional Entities. Some Thoughts on Corrado Roversi's Mimetic 'Constitutive' Rules* by Edoardo Fittipaldi. The central point of the discussion is the constitutive power of rules and their mimetic limits together with the interaction of the mimesis of social practice and its teleology and deontology.

In conclusion, we can state that the book *The Value of Truth. The Truth of Value*. presents an appealing collection of essays tackling interesting points of the truth and value relationship. The essays included are informative, engaging and motivating. The collection as a whole is of interest and may be recommended to philosophers and students of philosophy interested in the theory of truth and value, philosophers working in the fields of normativity and to legal scholars. We may

conclude with a high commendation of the book and with an invitation to dwell on the themes it addresses.