

Skladnost mehkega prava EU z določenimi vidiki načela pravne države – tujek ali regulatorno orodje

*Verena Rošic Feguš**

POVZETEK

Načelo pravne države kot ena izmed temeljnih skupnih vrednot, na kateri temelji pravni red EU, predstavlja nujen predpogoj za zagotovitev spoštovanja temeljnih pravic, obstoja demokracije ter brez spoštovanja katerega je ogrožena pravna, politična in gospodarska podlaga delovanja EU. Ker načelo poleg držav članic zavezuje tudi vse institucije in druge organe EU, mora z njim biti usklajeno tudi sprejemanje pravnih aktov vseh vrst, vključno z mehkim pravom in novimi mehkejšimi oblikami regulacije, katerih vloga v zadnjih treh desetletjih vidno narašča. Prispevek skozi prizmo načela pravne države zato obravnava posamezne vidike mehkega prava EU in ugotavlja, da mehko pravo, čeprav delno skladno z načelom pravne države, zlasti z vidika postopka njegovega sprejema kriterijem načela pravne države v celoti ne zadosti. Iz tega razloga so v prispevku predlagane tudi spremembe, ki bi takšne pomanjkljivosti odpravile ter hkrati vodile do krepitev načela pravne države na ravni EU.

Ključne besede: načelo pravne države, mehko pravo EU, načelo sorazmernosti, demokratičnost, legitimnost

* doktorica pravnih znanosti, docentka na Evropski pravni fakulteti Nove Univerze, višja pravosodna svetovalka – strokovna sodelavka na Okrožnem sodišču v Mariboru. Ta prispevek je bil pripravljen v okviru raziskovalnega projekta ARRS, z naslovom Integralna teorija prihodnosti EU.

Consistency of EU Soft Law with certain aspects of the rule of law – Foreign object or regulatory tool of the future?

ABSTRACT

The rule of law as one of the fundamental values on which EU legal order is based represents an essential precondition for guaranteeing fundamental rights, democracy and without which legal, political and economic basis of the EU is endangered. As the rule of law binds the Member States as well as all EU institutions and other agencies it has to be taken into regard also when adopting legal acts of all kinds, hence also when adopting soft law and other new softer ways of regulation, the role of which has been increased in the last three decades. This contribution discusses EU soft law through the prism of the rule of law and determines that EU soft law, despite being partly in accordance with the rule of law, is, especially when considering the process of its adoption, not fully in conformity with this fundamental principle. The contribution then suggests some changes, which would eliminate these deficiencies and at the same time lead to the strengthening of the rule of law at the EU level.

Keywords: rule of law, EU soft law, principle of proportionality, democracy, legitimacy.

1. Uvod

Pridih integracije EU kot idealistične je danes praktično že zbledel, gospodarska in finančna kriza,¹ kriza identitete,² neučinkovitost evropske regulacije,³ odhod ene države članice iz EU,⁴ obstoj demokratičnega deficita na ravni EU⁵ ter vse močnejše zavedanje,

¹ Glej denimo Tosun, J., Wetzel, A., Zapryanova, G. (2014). The EU in Crisis: Advancing the Debate. *Journal of European Integration*, let. 36, št. 3, str. 195-211.

² Hodson, D., Puetter U. (2019). The European Union in disequilibrium: new intergovernmentalism, postfunctionalism and integration theory in the post-Maastricht period. *Journal of European Public Policy*, let. 26, št. 8, str. 1153-1171.

³ Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Evropskemu svetu in Svetu, Boljše pravno urejanje: doseganje boljših rezultatov za močnejšo Unijo. COM(2016)0615 final, 14. 9. 2016.

⁴ Schimmelfennig, F. (2018). Brexit: differentiated disintegration in the European Union. *Journal of European Public Policy*, let. 25, št. 8, str. 1154-1173.

⁵ Tsakatika, M. (2007). Governance vs. politics: the European Union's constitutive 'democratic deficit'. *Journal of European Public Policy*, let. 14, št. 6, str. 867-885; Hüller, T. (2016). Out of time? The

da posamezne države članice niso tako zelo demokratične, kot so se predstavljale v času vstopa v regionalno integracijo, pa so razkrile pomanjkljivosti evropskega integracijskega procesa ter pod vprašaj postavile legitimnost EU kot skupnosti temelječe na pravu in vrsti skupnih vrednot, med katerimi so demokracija, pravna država in temeljne človekove pravice (člen 2 PEU). *Conditio sine qua non* za učinkovito uporabo prava EU, za dobro delovanje EU kot območja svobode, varnosti in pravice ter notranjega trga, kjer se zakoni uporabljajo učinkovito in enotno,⁶ je rigorozno spoštovanje načela pravne države kot podstat, s katero je potrebno ocenjevati vsa ravnanja institucij EU in držav članic. Vsaka država članica kakor tudi vsaka institucija EU, organ ali agencija so tako zavezani s »pravili igre«, ki obsegajo ne samo Pogodbe, temveč tudi Listino o temeljnih pravicah in temeljna načela prava EU.⁷ Da je načelo pravne države predpogoj za zagotovitev spoštovanja temeljnih pravic, obstoja demokracije ter brez spoštovanja katerega je ogrožena pravna, politična in gospodarska podlaga delovanja EU⁸ soglaša tudi Sodišče EU, ki je že leta 1986 v znani zadevi *Les Verts* izpostavilo, da EU temelji na sistemu pravne države, v katerem so vsi akti držav članic in EU podrejeni sodnemu nadzoru skladnosti s temeljno »ustavno« Pogodbo.⁹ Primerov sodne prakse, kjer Sodišče EU izpostavi nujno dolžnost spoštovanja pravne države je v zadnjih več kot 30-ih letih ogromno. Pomembnost pravne države kot osrednjega pomena za pravni red EU pa Sodišče EU poudarja tudi v najnovejši sodni praksi.¹⁰ Tega se zaveda tudi Evropska komisija kot varuhinja PEU in PDEU, ki je v posledici sistemskih izzivov kršitve pravne države na Poljskem in Madžarskem z namenom razvoja učinkovitih mehanizmov, ko načelo pravne države na nacionalni ravni ni spoštovano, pričela z iniciativo okrepitve načela pravne države in razvojem meha-

democratic limits of EU democracy. *Journal of European Public Policy*, let. 26, št.10, str. 1407-1424.

⁶ Tretji odstavek oddelka I Sporočila Komisije »Krepitev pravne države v Uniji«, Načrt za ukrepanje. COM(2019) 343 final, 17. 7. 2016.

⁷ Lenaerts, K. (2019). Overview of the Case Law of the Court of Justice of the European Union with Respect to the Rule of Law. *Rule of Law in Europe, Perspectives from practitioners and academics*, str. 70-79, str. 71.

⁸ Tretji odstavek oddelka I Sporočila Komisije »Krepitev pravne države v Uniji«, Načrt za ukrepanje, *op. cit.*

⁹ Sodišče Evropske unije, zadeva 294/83, *Parti écologiste »Les Verts« proti Evropskemu parlamentu*, 1986, ECLI:EU:C:1986:166.

¹⁰ Sodišče Evropske unije, zadeva C-619/18, *Evropska komisija proti Republiki Poljski*, 2019, ECLI:EU:C:2019:615, točki 46 in 47; zadeva C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses proti Tribunal de Contas*, 2018, ECLI:EU:C:2018:117, točka 29-32; zadeva C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company proti Her Majesty's Treasury in drugim*, 2018, ECLI:EU:C:2017:236, točka 72.

nizmov za ukrepanje na ravni EU v primerih nespoštovanja tega temeljnega načela.¹¹ Zadnji dokument izdan po javni razpravi z deležniki v tem oziru je Načrt za ukrepanje v EU v obliki sporočila Komisije, izdan v juliju 2019.¹²

Čeprav je v prvi vrsti spoštovanje načela pravne države v domeni držav članic,¹³ odgovornost za njegovo spoštovanje v enaki meri leži tudi na institucijah EU, saj mora, kot zgoraj omenjeno, tudi vsako ravnanje institucij EU (pa tudi organov in agencij EU) biti usklajeno s tem vrednostnim merilom. Med te logično spada tudi sprejemanje pravnih aktov vseh vrst, zaradi česar je načelu potrebno zadostiti tudi v primeru sprejemanja mehkega prava in novih decentraliziranih oblik vladanja (oziroma bolje upravljanja). Trend nastajanja mehkega prava od preloma tisočletja naprej ne pojenja, z njim pa vznikajo številna vprašanja, vezana na pravne učinke mehkega prava, (ne)zmožnost njihovega sodnega nadzora, pristojnost za sprejem ter njihove skladnosti s temeljnimi vrednostnimi merili vzpostavljenimi z »ustavnimi načeli« prava EU.¹⁴

V primerjavi z zavezujočim pravom in stanjem brez prava je namreč mehko pravo¹⁵ srednja pot: je odločitev za več od neregulacije, a za manj od stroge formalne obveznosti, ki jo s seboj prinaša zavezujoče pravo.¹⁶ Ločeno od tega pa je iz okoliščin delovanja mehkega prava in pravnih učinkov, ki jih ti akti znotraj pravnega sistema EU ustvarjajo, razvidno, da je, kljub pogosti opredelitvi mehkega prava kot »širokega sivega območja« med pravom in ne-pravom, v praksi dejanska razlika med zavezujočim in mehkim pravom manjša od zagovarjane.¹⁷

To stališče je najboljše ponazoriti s primerom. Predpostavimo, da Evropska komisija na področju državnih pomoči (kjer ima

¹¹ Glej: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-framework_en (26. 4. 2020).

¹² Sporočilo Komisije »Krepitev pravne države v Uniji«, *op. cit.*

¹³ Kot to poudarja Evropska komisija v zgoraj omenjenem sporočilu. Glej oddelek III. sporočila.

¹⁴ V tem oziru glej denimo: Snyder, F. (1993). *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*. EU Working Paper Law št. 5; Trubek, D.M., Trubek, L.G. (2007). *New Governance & Legal Regulation: Complementarity, Rivalry and Transformation*. Legal Studies Research Paper Series, Paper št. 1047; Eliantonio, M. (2018). *Soft Law in Environmental Matters and the Role of the European Courts: Too Much or Too Little of It?*. Yearbook of European Law, let. 37, št. 1, str. 496–524.

¹⁵ Čeprav pravni teoriji enotnega stališča kaj mehko pravo sploh je, še ni uspelo doseči, je v tem prispevku izraz mehko pravo uporabljan za pravne akte brez formalno zavezujoče moči, sprejete s strani institucij EU (t.i. institucionalno mehko pravo). Najpogostejši akter sprejemanja mehkega prava je Evropska komisija.

¹⁶ Guzman, A. T., Meyer, T. (2011). *International Soft Law*, Journal of Legal Analysis, let. 2, št. 1, str. 171–225, str. 181–182.

¹⁷ Guzman, A.T., Meyer, T. (2011), str. 182.

široko diskrecijo za izvrševanje in uporabo prava EU) sprejme smernice, denimo, o kriterijih dopustne regionalne državne pomoči. Takšne smernice so mehko pravo in strogo formalno niso zavezujoče za države članice – slednje lahko nacionalnim podjetjem podeljujejo državne pomoči ne-upoštevajoč ta pravila. Vendar pa bo v primeru takšnega nespoštovanja reagirala Evropska komisija. Upoštevajoč pravila mehkega prava bo sprejela individualno (zavezujočo) odločitev (sklep), s katero bo nacionalno državno pomoč razglasila za nedopustno s pravom EU in jo zato prepovedala. Čeprav je torej državam članicam načeloma ohranjena pravica do oblikovanja novih ukrepov državnih pomoči, ki ne ustrezajo standardom, vzpostavljenim skozi mehko pravo, je takšna pravica le pravica na papirju. Evropska komisija države članice s sprejemom zavezujočega sklepa o nedopustnosti državnih pomoči dejansko prisili k prilagoditvi sprejetih ukrepov standardom Evropske komisije.¹⁸ Posledično so, zato ker je za države članice predrago, da postavljenih (mehkih) standardov in pravil ne bi spoštovale, v praksi mehka pravila praviloma spoštovana.

Gre za pristop reguliranja skozi vnaprejšnje informiranje, za kar se v pravni teoriji uporablja izraz »regulation by information«¹⁹ ali »regulation by publication« ter omogoča reguliranje področja brez uporabe prisilnih mehanizmov (zavezujočega prava).²⁰ Stranke, v pravno sfero katerih bi individualni sklep utegnil poseči, namreč svoje ravnanje prilagodijo prej sprejetim merilom in tako znatno zmanjšajo možnost kasnejših negativnih odločitev Evropske komisije. Ker lahko od sprejetih pravil Evropska komisija odstopi samo v primeru utemeljenega razloga,²¹ to strankam daje zagotovilo o načinu izvrševanja politike, varuje pa tudi nji-

¹⁸ V pravni teoriji se ta položaj slikovito opisuje tudi z izrazom »voluntary must« (»prostovoljna prisila«).

¹⁹ Cosma, H.A., Whish, R. (2003). Soft Law in the Field of EU Competition Policy. European Business Law Review, let. 14, št. 1, str. 25-56, str. 31.

²⁰ Ibidem. Avtorica Velluti v tem oziru uporablja tudi izraz »sunshine regulation«. Velutti, S. (2013). Exploring Possible Encounters between New Governance, Law and Constitutionalism in the European Union. Beijing Law Review, let. 4, št. 1, str. 8-19, str. 10.

²¹ Navezujoč se na temeljna načela prava EU (načelo legitimnih pričakovanj, načelo zaupanje v pravo, načelo enakega obravnavanja) je Sodišče EU že večkrat zavzelo stališče, da so institucije EU dolžne spoštovati pravila, ki so si jih zastavile same, saj bo ravnanje temu nasprotno predstavljalo bistveno kršitev postopka, odločitev pa bo posledično razveljavljena. Gre za t.i. samo-zavezujoče učinke aktov mehkega prava. Odstop od na ta način sprejetih pravil je možen samo v primeru utemeljenega razloga. Glej sodno prakso Sodišča EU: zadeva 282/81, *Salvatore Ragusa proti Komisiji Evropskih skupnosti*, 1983, ECLI:EU:C:1983:105, str. 1245, točka 18; zadeva T-33/91, *Calvin E. Williams proti Računskemu sodišču Evropskih skupnosti*, 1992, ECLI:EU:T:1992:114, str. II-2499, točka 66 sodbe; zadeva T-154/09, *Manuli Rubber Industries SpA (MRI) proti Evropski komisiji*, 2013, ECLI:EU:T:2013:260, točka 115 sodbe in v njih citirana sodna praksa.

hova legitimna pričakovanja. V primeru nepripravljenosti države članice za prilagoditev ukrepov državne pomoči je Evropska komisija nadalje predvidela tudi izrazite negativne spodbude za potencialne prejemnike takšne pomoči, pri čemer bosta načeloma že sama grožnja po nadaljevanju postopka nadzora in zaveza po povrnitvi prejete prednosti, zadostovali na način, da prejemniki sploh ne bodo zahtevali prejema sredstev ali prednosti, izvirajoče iz takšnega nedopustnega ukrepa.²² Priznati je torej treba, da država članica realne možnosti izbire na področju s široko diskrecijo Evropske komisije dejansko nima. Pravila mehkega prava pa so za sprejem negativne odločitve uporabljena na enak način, kot če bi šlo za zavezujoča pravila (tudi v tem primeru bi Evropska komisija s sklicevanjem na takšna določila, sprejela negativno stališče). Kljub različni pravni naravi pravil za države članice ali za Evropsko komisijo razlike torej ni.

Takšen položaj pa ni omejen samo na področje državnih pomoči kot področje izključne pristojnosti EU, temveč ga je delno najti tudi na področjih deljene pristojnosti EU (npr. na področju varstva okolja)²³ in v pristopu Sodišča EU. Sodišče EU namreč mehkeemu pravu priznava različne stopnje normativne intenzitete (od uporabe mehkega prava kot sredstva potrditve razlage do priznavanja samozavezujočih učinkov mehkega prava za institucijo EU v določenih primerih).²⁴ Pri tem pa v primeru deklaracij Sveta (ali združenih deklaracij Sveta in druge institucije EU), ki zajemajo razlago zavezujočega prava ter so podane na seji, na kateri je zakonodajni predlog sprejet (ob izpolnitvi še nekaterih dodatnih pogojev, vzpostavljenih skozi sodno prakso),²⁵ to pri sprejemanju

²² Blauberger, M. (2009). From Negative to Positive Integration? European State Aid Control Through Soft and Hard Law. *West European Politics*, let. 32, št. 4, str. 719–737, str. 729–730.

²³ Scott, J. (2011). In Legal Limbo: Post-legislative Guidance as a Challenge for European Administrative Law. *Common Market Law Review*, let. 48, št. 2, str. 329–355, str. 349–352.

²⁴ Glej sodno prakso Sodišča EU denimo združeni zadevi 286/82 in 26/83, *Graziana Luisi in Giuseppe Carbone proti Ministero del Tesoro*, 1984, ECLI:EU:C:1984:35, str. 377 ali združene zadeve T-374/94, T-375/94, T-384/94 in T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, nekdanji European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) in Société nationale des chemins de fer français (SNCF) proti Komisiji Evropskih skupnosti*, 1998, ECLI:EU:T:1998:198, str. II-3141, v katerih je mehko pravo uporabljeno kot sredstvo potrditve razlage podane na podlagi zavezujočega prava; zadevo 148/73, *Raymond Louwage in Marie-Thérèse Moriame, poročeni Louwage, proti Komisiji Evropskih skupnosti*, 1974, ECLI:EU:C:1974:7, str. 81, ali zadevo C-409/00, *Kraljevina Španija proti Komisiji Evropskih skupnosti*, 2003, ECLI:EU:C:2003:92, str. I-1487, v katerih je Sodišče EU ugotovilo samozavezujoč učinek aktov mehkega prava sprejetih s strani Evropske komisije.

²⁵ Dodaten pogoj je, da je v zakonodajnem aktu podano sklicevanje na takšen akt mehkega prava. Če slednje je podano, deklaracija ali razlagalni akt Evropske komisije služi za razlago subjektivnega namena zakonodajalca, v kolikor pa takšnega sklicevanja ni, pa Sodišče EU deklaracijo Sveta uporabi kot sredstvo za razlago objektivnega smotra zakonodajnega akta, med ko uporabo razlagalnega akta

svoje odločitve praviloma v celoti upošteva. Deklaracija Sveta v tem primeru služi kot sredstvo podaje razlage (pravilo mehkega prava je tisto pravilo, na katerem temelji odločitev Sodišča EU), na podlagi njenih določil pa Sodišče EU razlaga pravo EU in sprejme odločitev, ki predstavlja precedens. Rezultat je enak, kot če bi Sodišče EU pravila, ki jih je našlo v nezavezujoči deklaraciji, našlo v aktu zavezujočega prava, denimo direktivi. Po rezultatu torej praktične razlike ni.

Čeprav je treba priznati, da je normativni vpliv mehkega prava nedvomno nižji od normativnega vpliva zavezujočega prava, je vendarle iz zgoraj omenjenega razvidno, da obe vrsti prava dejansko uporabljata enake mehanizme izvrševanja,²⁶ oziroma je v praksi mehanizem izvrševanja mehkega prava enak mehanizmu izvrševanja zavezujočega prava. Ker je rezultat glede na vrsto prava nespremenljiv, bi hipotetično torej v takšnih primerih lahko govorili o mehkem pravu kot o pojavu dejanske »zakonodaje skozi zadnja vrata«.²⁷ Glede na to, da mora vsako sleherno delovanje institucije EU biti skladno z zahtevami načela pravne države, kakšen je torej status mehkega prava skozi prizmo načela pravne države?

V prispevku je skozi analizo primerjave posameznih značilnosti mehkega prava z zahtevami pravne države zagovarjano stališče, da je sprejemanje mehkega prava po eni strani v celoti skladno z načelom sorazmernosti kot podnačelom pravne države, medtem ko je nasprotno po drugi strani vprašljiva njegova skladnost s tistimi zahtevami pravne države, ki so bolj procesne narave in se nanašajo zlasti na postopek sprejemanja pravnih aktov te vrste, pri čemer pa bi z vpeljavo določenih sprememb mehko pravo pomanjkljivosti lahko odpravilo, zadostilo vsem zahtevam pravne države ter bi posledično skupaj z zavezujočo regulacijo lahko predstavljalo regulatorno orodje prihodnosti prava EU.

Evropske komisije zavrne. Glej sodno prakso Sodišča EU v zadevah: zadeva C-292/89, *The Queen proti Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen*, 1991, ECLI:EU:C:1991:80, str. 745; zadeva C-368/96, *The Queen proti The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 (ki jo zastopa The Medicines Control Agency), ex parte Generics (UK) Ltd, The Wellcome Foundation Ltd in Glaxo Operations UK Ltd in drugim*, 1998, ECLI:EU:C:1998:583, str. 7967; zadeva C-329/95, *VAG Sverige AB*, 1997, ECLI:EU:C:1997:256, str. 2675; zadeva C-104/01, *Libertel Groep BV proti Benelux-Merkenbureau*, 2003, ECLI:EU:C:2003:244; zadeva C-356/06, *Elaine Farrell proti Alan Whitty, Minister for the Environment, Ireland, Attorney General in Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI)*, 2007, ECLI:EU:C:2007:281, str. I-3067 in v njih navedena sodna praksa.

²⁶ Guzman, A.T., Meyer, T. (2011), str. 182.

²⁷ Rose, R., Page E.C. (2001). *Lawmaking Through the Back Door*. London: European Policy Forum, str. 20.

2. Mehko pravo kot mehanizem vzpostavitve sorazmernosti, pravne varnosti in predvidljivosti

Načelo sorazmernosti kot podnačelo pravne države, ki v zvezi z vrsto in naravo pravnega akta EU terja presojo intenzivnosti in oblike ukrepa EU v smislu ocene zadostnosti ukrepov mehke narave za doseg zastavljenega cilja, z zakonodajo kot zadnjo možnost regulacije,²⁸ je eno izmed zahtev pravne države, ki najbolj očitno napeljuje k uporabi mehkega prava. S tem se načeloma strinja tudi pravna teorija²⁹, saj v slednji ni zaslediti stališča, da bi uporaba mehkega prava nasprotovala načelu sorazmernosti. Prednost uporabi mehkega prava pred zavezujočim pravom daje tudi *Protokol o uporabi načel subsidiarnosti in sorazmernosti*, ko poudarja, da mora biti vsa zakonodaja utemeljena na načelu sorazmernosti in subsidiarnosti s kvantitativnimi in kvalitativnimi kazalci.³⁰ Enake usmeritve podajajo še *Bela knjiga o evropskem vladanju* iz leta 2001, *Akcijski načrt Evropske komisije* iz leta 2002 in *Medinstitucionalni sporazum o boljši zakonodaji* iz leta 2003.³¹ Le v primeru nujne potrebe

²⁸ Chalmers, D. (1998). *European Law, Law and EU Government*. Dartmouth: Ashgate, str. 223. Načelo sorazmernosti je jasen primer oblikovanja pravnega načela skozi sodno prakso Sodišča EU, ki v tej najprej pridobi implicitno, nato pa še dokončno in celotno, eksplicitno podporo v zakonodaji in izvršni oblasti. Iz sodne prakse se je načelo ukoreninilo v primarnem pravu EU (že v letu 1992 sta Maastrichtska pogodba in kasneje leta 1997 tudi Amsterdamska pogodba načelo sorazmernosti izrecno zapisali v PEU oziroma Pogodbo o ES) in je v ureditvi po Lizbonski pogodbi zajeto v členu 5 PEU in Protokolu št. 2 – Protokol o uporabi načel subsidiarnosti in sorazmernosti. Za »rojstvo« načela sorazmernosti kot metode tolmačenja ter opredelitve njegove vsebine, kot jo poznamo danes, sicer velja odločitev Sodišča EU v zadevi *Internationale Handelsgesellschaft* (zadeva 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, str. 1125, točke 12 – 15 sodbe), v kateri je Sodišče EU načelo prvič opredelilo kot »splošno pravno načelo«. Odločitvi je sledil kontinuiran razvoj načela, danes pa je v sodni praksi ustaljeno, da načelo sorazmernosti zahteva, da akti EU »ne prestopijo meje tistega, kar je primerno in potrebno za uresničitev legitimnih ciljev, ki jih ima obravnavana ureditev, pri tem pa velja, da je treba takrat, ko je mogoče izbrati med več ponujenimi primernimi ukrepi, izbrati tistega, ki je najmanj omejujoč, in da povzročene neprijetnosti ne smejo biti čezmerne glede na zastavljene cilje« (točka 3 sodbe v zadevi *Internationale Handelsgesellschaft*). Ali povedano drugače, »da bi dognali, ali je določeno pravo Skupnosti [sedaj EU] usklajeno z načelom sorazmernosti je potrebno dognati, prvič, ali sredstva, ki jih uporablja za doseg cilja ustrezajo pomembnosti cilja; in drugič, ali so nujna za njegovo uresničitev.« Sodbe sodišča v zadevah: zadeva C-210/00, *Käserei Champignon Hofmeister*, Recueil, 2002, ECLI:EU:C:2002:440, str. I-6453, točka 59; združene zadeve C-184/02 in C-223/02, *Španija in Finska proti Parlamentu in Svetu*, 2004, ECLI:EU:C:2004:497, str. I-7789, točka 57; zadeva C-558/07, *S P C M in drugi*, 2009, ECLI:EU:C:2009:430, str. I-5783, točka 41; združene zadeve 279,280,285 in 286/85, *Rau proti Komisiji Evropskih skupnosti*, 1987, ECLI:EU:C:1987:154, str. 1125, točka 6 in druge.

²⁹ Glej denimo Chalmers, D. (1998), str. 223.

³⁰ Člen 5 Protokola.

³¹ *Bela knjiga o evropskem vladanju*. COM (2001) 428 fin., 25. julij 2001; Sporočilo Evropske komisije, *Akcijski način za poenostavitev in izboljšanje zakonodajnega okolja*. COM 278 fin., 5. junij 2002; *Medinstitucionalni sporazum o boljši pripravi zakonodaje*. 2003/C 321/01. Ur. l. EU C 321, 31. 12. 2003, str. 1-5.

in neizogibnosti ter neobstoja druge enako učinkovite, vendar manj omejujoče metode za doseg zastavljenega cilja,³² bi se torej EU morala poslužiti zakonodaje. V vseh ostalih primerih bi regulacija, sledeč načelu sorazmernosti, morala potekati skozi mehke/mehkejše mehanizme. Vse navedeno seveda velja zgolj v primeru, ko EU s primarno zakonodajo ni izrecno omejena z določeno obliko samega instrumenta (denimo da ni izrecno določeno, da je potrebno sprejeti uredbo ali direktivo (kot to določa člen 24 PDEU ali člen 46 PDEU), temveč je določeno le, da je potrebno sprejeti »ukrepe« (kot določeno denimo v členu 74 PDEU). Dalje pa bi se, v primeru, da se sprejem zakonodaje vendarle izkaže za potrebnega, EU sorazmerno morala omejiti na vzpostavitev zavezujočih minimalnih ukrepov (t.i. okvirni ukrepi; *angl.* »framework measures«) pred natančnimi harmonizacijskimi ukrepi. V luči načela sorazmernosti bi nato podrobnejša in bolj tehnična pravila morala biti vsebovana v mehkem pravu, prav tako pa bi državam članicam morala dajati več možnosti izbire, saj se zatekanje k enemu samemu procesu integracije, temlječ na eni sami strukturi, zaradi večkratnih širitev EU in vrste novih pristojnosti, ki zahtevajo raznolikost in fleksibilnost tako

³² Gre za tripartitni test sorazmernosti, ki ga je razvilo Sodišče EU in ki temelji na treh načelih: 1) *n. primernosti* (*angl.* »suitability«, »appropriateness«); kriterij zadeva razmerje med uporabljenimi sredstvi in doseženim ciljem. Uporabljena sredstva morajo biti primerna ukrepom, torej razumno verjetna, da bo z njihovo uporabo možno doseči zastavljeni cilj; 2) *n. nujnosti*; skozi ta kriterij se presojajo konfliktni si interesi ter ali je določen ukrep nujen (legitimen) za doseg legitimnega cilja oziroma ali obstajajo drugi manj omejujoči ukrepi, ki bi kljub temu dosegli enak cilj. Sodišče EU tako v tem okviru ocenjuje škodljive posledice ukrepov, ki nosijo breme ustreznosti in pravne zaščite, ter določijo, ali so posledice opravičljive v luči zasledovanja objektivnega cilja. Izbrati je potrebno manj omejujoče sredstvo, sposobno ustvariti enak učinek (*angl.* »the less restrictive alternative test«). Dodatno pa mora biti tudi v primeru, če manj omejujoče sredstvo ne obstaja, določeno, da uporabljeno sredstvo nima pretiranih posledic na prosilčeve interese (*t.i.* »sorazmernost v ožjem (strogem) smislu«); 3) *n. sorazmernosti stricto sensu* (sorazmernost v strogem pomenu besede) ali drugače imenovan *kriterij stroge proporcionalnosti*; Sodišče EU se ga poslužilo šele, ko sta podana prejšnja dva kriterija in vključuje tehtanje interesov posameznika nasproti generalnim interesom EU ter primerjavo nastale škode, pri čemer bodo v vsakem primeru upoštewane okoliščine konkretnega primera. Kljub zastavljenim kriterijem Sodišče EU tripartitnega testa ne uporabi vedno v celoti, prav tako pa ga v določenih primerih (denimo kadar ukrep zadeva temeljne svoboščine), še dodatno konkretizira ali posamezne kriterije nadomesti (v primerih izvajanja sodnega nadzora na področjih, kjer imajo institucije EU široka pooblastila za zaščitne ukrepe (kot je to denimo na področju skupne kmetijske politike) ali ko je državam članicam podeljena široka diskrepcija pri implementaciji predpisov EU, kriterij nujnosti nadomesti vprašanje izrazite neprimernosti ukrepa v razmerju do zastavljenega cilja). Glej zadeve: zadeva T-119/95, *Alfred Hauer proti Svetu Evropske unije in Komisiji Evropskih skupnosti*, 1998, ECLI:EU:T:1998:161, str. II-2713, točka 39; zadeva C-169/91, *Council of the City of Stoke-on-Trent in Norwich City Council proti B & Q plc*, 1992, ECLI:EU:C:1992:519, str. I-6635, točka 15; zadeva C-350/97, *Wilfried Monsees proti Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten*, 1999, ECLI:EU:C:1999:242, str. 2921, točka 28; zadeva C-350/99, *Canal Satellite Digital SL proti Administración General del Estado, ob udeležbi Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS)*, 2002, ECLI:EU:C:2001:84, str. I-607, točka 33; zadeva C-55/94, *Reinhard Gebhard proti Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, 1995, ECLI:EU:C:1995:411, str. I-4165, točka 37 in druge.

politik kot pravnih odzivov, ni videno in ne deluje kot učinkovito in ustrezno.³³ Mehki ukrep, ki omogoča dosego zastavljenega cilja, vendar je hkrati bistveno manj obremenjujoč od zakonodaje, s seboj pa prinaša še dodatne pozitivne lastnosti, kot so fleksibilnost in odzivnost v primeru sprememb, bo tako praviloma zadostil ustavnim merilom načela sorazmernosti kot podnačela pravne države.

Ker mehka pravna pravila preprečujejo politični vpliv na individualne odločitve, opredeljujejo ohlapna zavezujoča pravna pravila ter zapolnjujejo pravne praznine, njihovo uporabo podpirajo tudi načela jasnosti in določnosti predpisov (pravne varnosti) ter načelo pravne predvidljivosti in zaupanja v pravo, vsa kot podnačela pravne države. Z vsebinsko materijo, ki jo zapolnjuje mehko pravo namreč zavezujoča določila postanejo jasna (jasnejša), določna (določnejša), posledično pa je onemogočena tudi možnost različnih razlag. Glede na obstoj samo-zavezujočega učinka mehkega prava za sprejemno institucijo EU ter dejstvo, da je od takšnih pravil mogoče odstopiti le v primeru obstoja utemeljenega razloga, mehka pravna pravila strankam dajejo zagotovilo o načinu izvrševanja politike (predvidljivost prava), varujejo legitimna pričakovanja ter posledično omogočijo načrtovanje, kako naj se posamezniki vedejo v prihodnje (zaupanje v pravo).³⁴ Nadalje je zaradi obstoja samozavezujočega učinka mehkih pravil, sprejetih za izvrševanje diskrecije ali nadzora nad izvrševanjem zakonodajnih določil EU, zagotovljeno tudi enako obravnavanje, saj je na podlagi mehkih norm zagotovljeno, da bodo osebe v podobnih situacijah obravnavane enako, kadar pa bodo obravnavane različno, pa bo takšno razlikovanje moralo biti objektivno utemeljeno,³⁵ zato je uporaba mehkega prava v celoti skladna tudi z načelom enakega obravnavanja kot formalnim načelom pravne države.

³³ Velluti, S. (2009). New Governance and EU Constitutionalism: Friends or Foes? European Union Studies Association (EUSA), Biennial Conference 23.-25. april 2009, str. 6.

³⁴ Pavčnik, M. (2007). Teorija prava. Ljubljana: GV Založba, str. 627.

³⁵ Wouters, J. (2001). Constitutional Limits of Differentiation: The Principle of Equality v de Witte, B., Hanf D., Vos, E. (ur.). The Many Faces of Differentiation in EU Law. Antwerpen: Intersentia, str. 301-345, str. 311.

3. Postopek sprejemanja mehkega prava: neskladnost z demokratični mehanizmi načela pravne države

Nasprotno pa je na drugi strani sprejemanje pravnih aktov z vse prej kot zanemarljivimi pravnimi učinki (zlasti na področjih svobode, varnosti in pravice, kjer so temeljne pravice posameznikov najbolj ogrožene) brez vsaj okvirno predpisanega postopka sprejema, ki bi zajemal ustrezne demokratične mehanizme, s katerimi bi bila onemogočena samovolja (praviloma) Evropske komisije,³⁶ nasprotuje procesnim zahtevam načela pravne države (sprejem pravnih aktov mimo predstavnikov ljudstva, brez obvezne javne razprave in transparentnosti),³⁷ saj pomeni odstop od pravnih norm predstavniške demokracije. V nje so pravna pravila načeloma legitimna zgolj, če lahko izkažejo, da je bil njihov sprejem (praviloma) izglasovan z večino glasov predstavnikov ljudstva, zbranih v predstavniškem telesu in da so bila sprejeta po vnaprej določenem sprejemnem (zakonodajnem) postopku,³⁸ upoštevajoč pri tem še dodatno okoliščino, da je načeloma izpodbijanje pravnih aktov mehke narave, ki ne ustvarjajo zavezujočih pravnih učinkov (četudi ti znatno vplivajo na pravni položaj posameznika) v okviru ničnostne tožbe omejeno,³⁹ tozadevno pa se v tem oziru zastavi tudi dilema o ustreznem spoštovanju načela učinkovitega varstva pravic, ki prav tako predstavlja sestavni del načela pravne države.⁴⁰ Primarno in sekundarno pravo EU namreč formaliziranega postopka sprejemanja mehkega prava praviloma ne

³⁶ Čeprav države članice s prenosom svojih suverenih pravic za zagotovitev ciljev EU zagotovo niso imele v mislih, da bo EU okrepala mimo njih oziroma z njimi v nasprotju, je dejansko z mehkim pravom do tega prišlo: ločena od njenih državljanov se EU skozi mehko pravo samo-razvija in samo-napreduje, takšno ravnanje pa pravna teorija v določeni meri ovrednoti kot obliko dobrohotnega absolutizma ali samovolje EU. Nickel, R. (2006). Participatory Governance and European Administrative Law: New Legal Benchmarks for the New European Public Order. EUI Working Papers, Law št. 2006/26, str. 15.

³⁷ V pravni literaturi je to praviloma poudarjena kot druga slabost mehkega prava nasploh. Prva slabost je odsotnost prisilnosti. Prim. Gersen, J.E., Posner E.A. (2008). Soft Law, Public Law and Legal Theory. Working Paper št. 213, str. 20.

³⁸ Sabel, C.F., Zeitlin, J. (2008). Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU. European Law Journal, let. 14, št. 3, str. 271–327, str. 276.

³⁹ Kadar akt mehkega prava ne ustvarja zavezujočih pravnih učinkov, bo ničnostna tožba zoper takšen akt nedopustna. Bo pa kljub temu vprašanje zakonitosti takšnega akta mehkega prava mogoče zastaviti v okviru vprašanja za predhodno odločanje. Podrobneje glej Korkea-aho, E. (2018). National Courts and European Soft Law: Is Grimaldi still good law?. Yearbook of European Law, let. 37, št.1, str. 470–495 in Eliantonio, M., Stefan, O. (2018). Soft Law Before the European Courts: Discovering a «common pattern»?. Yearbook of European Law, let. 37, št. 1, str. 457–469.

⁴⁰ Tridimas, T. (2006). The General Principles of EU Law, Oxford: Oxford University Press, str. 4.

predvidevata. Ker je pristojnost za sprejem mehkega prava s strani Evropske komisije ali Sveta praktično neomejena,⁴¹ je sprejem teh aktov možen brez obveznega posvetovanja z drugimi zadevnimi institucijami oziroma ob izoginitvi dolgotrajnim pogajanjem potrebnim za doseg ustreznega soglasja za sprejem pravnega akta. Tako je iz analize različnih pravnih aktov mehke narave (zlasti iz uvodnih delov teh aktov) razvidno, da Evropska komisija in Svet denimo sporočila, akcijske programe, deklaracije, smernice, resolucije,⁴² kodekse ravnanja in prakse ter razlagalna sporočila in obvestila sprejemata samoiniciativno brez vključitve ostalih institucij EU. Prav tako posebnemu postopku sprejema Evropska komisija ne sledi v okviru sprejemanja priporočil in mnenj, čeprav gre za obliki mehkega prava, predvideni v členu 288 PDEU. Izjema je podana le kadar direktiva ali uredba predpisujeta postopek, ki mu mora slediti Evropska komisija (delegacija).⁴³ Nasprotno pa se pri sprejemu priporočil po ustaljenem sprejemnem postopku ravna Svet, kot je to razbrati že iz pričetka priporočil: navedbi pravne podlage namreč sledi opis postopka, ki mu je Svet sledil pri sprejemu.⁴⁴ Iz zunanjih priporočil Sveta, izhaja, da Svet postopa na podlagi predloga ali osnutka priporočila Evropske komisije.⁴⁵ Mnenje običajno podajo še Evropski parlament in pogosto tudi Ekonomsko-socialni odbor, občasno pa tudi Odbor

⁴¹ Pravna teorija si je enotna, da je pristojnost za sprejem mehkega prava zastavljena izredno široko. Splošna pravna podlaga za sprejem mehkega prava vseh vrst s strani Evropske komisije je vsebovana v izvršitvenih pooblastilih Evropske komisije (prvi odstavek člena 17 PEU oziroma prejšnji člen 211 Pogodbe o ES), Evropska komisija pa dodatnega posebnega pooblastila ne potrebuje. Izjema velja le v primeru obstoja izrecne pravne podlage – v luči pravnega varstva, institucionalnega ravnesja in demokratičnosti je pristojnost Evropske komisije po splošnem določilu takrat derogirana (omejena); mehko pravo je tedaj potrebno sprejeti na bolj specifični pravni podlagi. Tako Smit, H., Herzog, P. (2002). *The Law of the European Community: A Commentary on the EEC Treaty*. Knjiga št. 5, New York: Matthew Bender & Co., str. 634; von der Groeben, H. et al. (1991). *Kommentar zur EWG-Vertrag*. Band 4. Artikel 189-248. Baden-Baden: Nomos, str. 274; Senden, L. (2004). *Soft Law in the European Community Law*. Oregon: Hart Publishing, str. 199-201. Enako velja za pristojnost Sveta, kot izhaja iz 16. člena PEU, saj je potrebno vse kar je priznati Evropski komisiji, priznati tudi Svetu. Krausser, H.P. (1991). *Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages*, Berlin: Duncker und Humblot, str. 88.

⁴² Svet sicer v okviru sprejemanja resolucij v posameznih primerih vključuje tudi druge institucije EU, vendar je takšno ravnanje le izjema. Glej denimo Resolucijo Sveta z dne 29. junija 1995 o učinkovitosti enotni uporabi prava Skupnosti in o kaznih za kršitve prava EU na skupnem trgu. Uradni list EU C 188, 22. 07. 1995, str. 1-3.

⁴³ Kot je to denimo v členu 117 PDEU.

⁴⁴ V posameznih primerih je postopek sprejemanja priporočil Sveta predviden v PDEU – denimo člen 121 PDEU.

⁴⁵ Kar je iz Priporočil Sveta razvidno z navedbo: »*ob upoštevanju priporočila Evropske komisije*«, glej denimo Priporočilo Sveta z dne 10. julija 2012 v zvezi z nacionalnim programom reform Avstrije za leto 2012 in mnenje Sveta o programu Avstrije za stabilnost za obdobje 2011–2016 (2012/C 219/01). Ur. l. EU C 219, 24. 07. 2012, str. 1-4.

regij, temu pa nato sledi postopek posvetovanja.⁴⁶ V postopek sprejema priporočil tako Svet vključi tudi druge institucije EU ter njihova stališča upošteva, v določenih primerih, čeprav ne konsistentno, pa v postopek vključi še tretje deležnike.⁴⁷ Za razliko od drugih aktov mehkega prava je Evropska komisija doslednejša, ko sprejema sporočila in obvestila, ki vsebujejo pravila ravnanja za naslovnike in so sprejeta zaradi razvoja v zakonodaji, sodni praksi in sprememb v politiki; praviloma se Evropska komisija pri njihovem sprejemu drži ustaljenega postopka, in sicer na način, da najprej objavi osnutek akta, zainteresirane stranke povabi k podaji komentarjev in predlogov, takšne odzive pa kasneje objavi v obliki sporočil, čeprav ni nujno, da so v aktu mehkega prava ti predlogi dejansko tudi upoštevani.⁴⁸

Z izjemo priporočil Sveta, deloma resolucij Sveta ter odločitvenih obvestil in sporočil Evropske komisije, se torej v praksi institucije EU za sprejem mehkega prava in o njegovi vsebini odločajo na lastno pobudo, ustaljenega postopka sprejemanja, če se ga institucija EU že posluži, ni, prav tako sta izključena posvetovanje, javna razprava in glasovanje o vsebini pravnih pravil. Razen v primeru, ko je postopek sprejemanja izrecno predpisan v primarnem pravu EU, institucije EU nič ne zavezuje, da bi (če se je že dejansko ravnala po ustaljenem postopku) se tega zmeraj držala oziroma ga upoštevala (sankcij ni), prav tako ne obstaja zaveza po upoštevanju podanih argumentov in pripomb. Takšna neformalnost in pomanjkanje zagotovila o spoštovanju določenega

⁴⁶ Tako je na primer iz Priporočila Sveta o izvajanju širših smernic ekonomskih politik držav članic, katerih valuta je euro, razvidno, da je Svet sledil naslednjemu postopku sprejema: upošteval je priporočilo Evropske komisije in sklepe Evropskega sveta ter opravil postopek posvetovanja z Ekonomsko-finančnim odborom, kot razvidno iz slednjega:

» Svet Evropske unije –
ob upoštevanju Pogodbe o delovanju Evropske unije in zlasti člena 136 v povezavi s členom 121(2) Pogodbe,
ob upoštevanju priporočila Evropske komisije,
ob upoštevanju sklepov Evropskega sveta,
po posvetovanju z Ekonomsko-finančnim odborom...«

⁴⁷ Tako je na primer Svet v Priporočilu Sveta 87/371/EGS t dne 25. junija 1987 o usklajenem uvajanju javnih vseevropskih celičnih digitalnih kopenskih mobilnih komunikacij v Skupnosti. Ur. l. EU L 196, 17.7.1987, str. 81-84 razvidno, da je Svet ob sprejemu priporočila upošteval tudi pozitivno mnenje SOG-T (Senior Official Group on Telecommunications), pozitivno mnenje predstavnikov telekomunikacijskih uprav, podanega na Evropski konferenci uprav za pošto in telekomunikacije (CEPT) ter pozitivno mnenje proizvajalcev telekomunikacijske opreme držav članic za sprejem takšnega priporočila.

⁴⁸ Glej denimo Obvestilo Evropske komisije o nedoločitvi ali znižanju kazni v primerih kartelnih sporazumov. Ur. l. EU C 207, 18.7.1996; Obvestilo Komisije Smernice o uporabi člena 81 Pogodbe ES za sporazume o horizontalnem sodelovanju (2001/C 3/02). Ur. l. EU C3, 6.1.2001, str. 2-30 in Obvestilo o uporabi pravil konkurence ES za čezmejna nakazila (95/C 251/03). Ur. l. EUC 251, 27.9.1995, str. 3-10.

demokratskega postopka sprejemanja pravnega akta, ki ustvarja znatne pravne in dejanske učinke, zlasti ni skladna z načelom zakonitosti kot sestavino načela pravne države.⁴⁹

4. Zagotovitev skladnosti mehkega prava z zahtevami pravne države – predlogi sprememb

Pogled na mehko pravo skozi zahteve pravne države je pokazal, da mehko pravo, čeprav v pravni teoriji pogosto hvaljeno po svoji učinkovitosti in možnosti ukrepanja kadar zavezujoče pravo tega ne zmore,⁵⁰ ni brez pomanjkljivosti. Vendar pa navedeno *per se* ne pomeni, da je mehko pravo »slabo« oziroma da bi njegovo uporabo bilo potrebno opustiti. Pomanjkljivosti mehkega prava v zvezi z načelom pravne države se namreč nanašajo na »procesne« zahteve, t.j. na postopek sprejemanja mehkega prava, ne pa na njegovo mehko naravo ali vsebino.⁵¹ Na podlagi argumenta *a contrario* bi zato neskladnosti s posameznimi zahtevami pravne države bilo mogoče odpraviti že z uvedbo ustreznega postopka sprejemanja mehkega prava vseh vrst. Takšna pravila bi morala biti določena v primarnem pravu EU (PDEU kot ustavni listini), pri čemer pa bi predpisan postopek, v luči spoštovanja fleksibilnosti in smotra mehkega prava, primerjalno s klasičnim zakonodajnim postopkom, logično moral biti krajši in manj formaliziran. Glede na to, da Evropski parlament predstavlja in zastopa interese državljanov EU, od možnosti njegovega vplivanja na vsebino in obliko sprejetih pravnih aktov ter njegovega sodelovanja v postopku sprejema pa je odvisna stopnja demokratične legitimnosti, bi v takšen postopek sprejema (morda v obliki posvetovanja ali sodelovanja) nedvomno bilo potrebno vključiti to institucijo,⁵² in to vsaj v primeru, ko se z mehkim pravom določa-

⁴⁹ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the Rule of Law adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011), dostopno na: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e) (29. 4. 2020), str. 10.

⁵⁰ Po idejni zasnovi zagovornikov uporabe mehkega prava naj bi mehka legalizacija EU državam članicam omogočala, da pravna pravila in način njihove implementacije prilagodijo svojim raznolikim nacionalnim okoliščinam (prožnost, prilagodljivost), vodila do večje transparentnosti, raznolikosti in učinkovitosti pravnega reda EU, vse to pa naj bi omogočalo boljše upravljanje (»*governance*«) namesto vladanja (»*government*«). Abbott, K.W., Snidal, D. (2000). Hard and Soft Law in International Governance. International Organization, let. 54, št. 3, str. 421-456, str. 445.

⁵¹ Rose, R., Page, E.C. (2001), str. 21.

⁵² Da Evropski parlament v postopek sprejemanja mehkega prava po sedanjih ureditvah ni vključen

jo nova pravila ravnanja na ravni EU oziroma natančneje pravila ravnanja, s katerimi se zapolnjujejo ohlapne pravne določbe ali določa način izvrševanja podeljene diskrecije Evropske komisije. V primerih, ko akti mehkega prava zgolj ponavljajo pravila, ki so že vsebovana v obstoječem zavezujočem pravu EU, namreč ogrožanja demokratične legitimnosti in pravne države ni; tega za pravne akte, ki vzpostavljajo nova pravila ravnanja, ki imajo nato na ravni EU v posameznih primerih učinek kot zavezujoče pravo, ni mogoče reči: nesodelovanje Evropskega parlamenta tedaj ogroža demokratično legitimnost in s tem sprejemljivost ravnanj EU s strani državljanov. Prav tako bi veljalo razmisliti o ustrezni vključitvi zaveze po čim širšem posvetovanju z vsemi deležniki,⁵³ zavezo po obrazložitvi zakaj posamezni predlogi institucij EU v končnem aktu niso bili upoštevani in obvezno objavo predloga, rezultatov posvetovanja in obrazložitve med različnimi izbirami v denimo obliki zelene knjige ali sporočila. V luči preglednosti in seznanitve državljanov s sprejetim pravom, pa bi veljalo določiti še obvezno objavo sprejetega mehkega prava v Uradnem listu EU (serija C). Z določitvijo takšnega postopka sprejemanja bi bilo istočasno zagotovljeno tudi sodno varstvo pred Sodiščem EU (v primeru nespoštovanja določil, tožba na ugotovitev ničnosti, člen 263 PDEU), na ta način pa v polni meri zagotovljen dostop do sodišča in učinkovito varstvo pravic.

Za zagotovitev skladnosti mehkega prava z zahtevami pravne države bi bil mogoč tudi pristop iz drugega zornega kota: v luči težnje po fleksibilnosti in spreminjajoče se narave regulatornih mehanizmov v EU, kjer se vse bolj utrjuje zavedanje, da zavezujoča zakonodaja (zlasti na občutljivih političnih področjih) ciljev čimbolj tesne integracije med državami članicami ni (več) zmožna dosegati, zaradi česar morata zavezujoče in mehko pravo delovati skupaj (se medsebojno dopolnjevati), bi morda veljalo nekoliko prilagoditi tudi današnje dojemanje pravne države. Strogo razumevanje legalnosti, v okviru česar je legalnost razumljena kot

v zadostni meri – v smislu, da bodisi z njim sploh ni opravljeno bodisi da njegovi argumenti niso upoštevani v zadostni meri. je razvidno tudi iz številnih kritik Evropskega parlamenta. Prim. Resolucija Evropskega parlamenta z dne 4. septembra 2007 o institucionalnih in pravnih vidikih uporabe instrumentov »mehkega prava« ((2007/2028(INI)).

⁵³ Danes namreč ne glede na to, da je Evropska komisija večkrat poudarila, da teži k čim širšemu posvetovanju z vsemi zainteresiranimi strankami, (denimo v Sporočilu Evropske komisije »Proti okrepljeni kulturi posvetovanja in dialoga – splošna načela in minimalni standardi za posvetovanje z zainteresiranimi strankami s strani Komisije« (COM (2002) 704 final, 11. 12. 2002) obveze, da takšno posvetovanje dejansko izvede ni.

pravo, ki vzpostavlja sistem pravnih pravil, sprememba katerih je možna zgolj skozi popolnoma formaliziran postopek, v primeru njegove kršitve pa predvideno neposredno varstvo pred sodiščem, morda ni več v celoti združljivo z današnjo kompleksno naravo EU. Del pravne teorije, s katerim soglaša tudi avtorica tega prispevka, zato utemeljeno poudarja, da čeprav mehko pravo ne sovпада s *Kelsenovo* definicijo prava kot »ustvarjanje visoko določenih normativnih spoznanj, dopolnjenih z institucionalizirano prisilo«, ⁵⁴ so novi načini regulacije družbenih odnosov v EU izzvali vlogo prava v integracijskem procesu, potreba po hitrem in večkratnem regulativnem poseganju pa zato zahteva razvoj novega koncepta legalnosti in s tem novega (širšega) razumevanja načela pravne narave. ⁵⁵ Že dalj časa trajajoč trend uporabe mehkega prava zato v tem oziru morda vendarle ne pomeni grožnje razpadu pravne države, temveč na ravni EU spodbuja in usmerja k njeni ponovni preučitvi in s tem okrepitvi.

V enem ali drugem primeru bi, ob upoštevanju dejstva, da se do aktov te vrste vse bolj ogreva tudi Sodišče EU ter jim posledično priznava vedno intenzivnejše pravne učinke ter sočasne številne nejasnosti in nedorečenosti povezane z akti te vrste, razpravo o aktih mehkega prava – postopku njihovega sprejemanja, njihovem učinkovanju in okoliščinah, kdaj do njihovega sprejema s strani institucije EU prihaja – veljalo vključiti tudi v okvir sedaj odvijajoče se razprave o krepitvi načela pravne države na ravni EU. Slednje po dosedanjem načrtu v razpravo ni vključeno: čeprav Evropska komisija v Sporočilu o krepitvi pravne države iz julija 2019 zapiše, da bo kot varuhinja Pogodb »sprejemala ustrezne in sorazmerne ukrepe za zagotovitev spoštovanja prava EU, ter vlagala v krepitev zmogljivosti EU v zvezi s tem«, ⁵⁶ posebne pozornosti mehkemu pravu v tej razpravi (dosedaj) ni bilo namenjeno, ⁵⁷ to pa po mnenju avtorice, glede na to, da gre za razpravo s širokim krogom občinstva in strokovne javnosti, vsaj v določenem

⁵⁴ Kelsen, H. (2005). Čista teorija prava: uvod v problematiko pravne znanosti, Ljubljana: Cankarjeva založba, str. 34.

⁵⁵ Dawson, M. (2009). Soft Law and the Rules of Law in the European Union: Revision or Redundancy. EUI Working Paper RSCAS, 2009/24, str. 2 in 14 in Dawson, M. (2009). EU law 'transformed'? Evaluating accountability and subsidiarity in the 'streamlined' OMC for Social Inclusion and Social Protection. v Kröger, S. (ur.), What we have learnt: Advances, pitfalls and remaining questions in OMC research. European Integration online Papers (EIoP), št. 1, str. 4.

⁵⁶ Oddelek V. Sporočila Komisije »Krepitev pravne države v Uniji«, *op. cit.*

⁵⁷ Iz podatkov na spletni strani niti ne izhaja, da naj bi to bilo v načrtu. https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/initiative-strengthen-rule-law-eu_en (3. 5. 2020)

obsegu predstavlja izgubljeno priložnost za (vsaj delno) razjasnitev statusa in učinkovanja mehkega prava na ravni EU in s tem posledično krepitve načela pravne države na ravni EU.

LITERATURA IN VIRI

MONOGRAFIJE

- Damian Chalmers, *European Law, Law and EU Government*, Dartmouth/Ashgate, Aldershot, 1998.
- Hans von der Groeben H. in drugi, *Kommentar zur EWG-Vertrag*, Band 4, Artikel 189-248, 4. izdaja, Nomos, Baden-Baden, 1991.
- Hans Kelsen, *Čista teorija prava: uvod v problematiko pravne znanosti*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 2005.
- Hans P. Krausser, *Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages*, Duncker und Humblot, Berlin, 1991.
- Marijan Pavčnik, *Teorija prava*, 3. izdaja, GV Založba, Ljubljana, 2007.
- Richard Rose, *Edvard Page, Lawmaking Through the Back Door*, European Policy Forum, London, 2001.
- Linda Senden, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oregon, 2004.
- Hans Smit, Peter Herzog, *The Law of the European Community: A Commentary on the EEC Treaty*, knjiga št. 5, Matthew Bender & Co., New York, 2002.
- Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2. izdaja, Oxford University Press, Oxford, 2006.

ČLANKI

- Kenneth W. Abbott, Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, International Organization, let. 54, št. 3 (2000), str. 421-456.
- Michael Blauberger, *From Negative to Positive Integration? European State Aid Control Through Soft and Hard Law*, West European Politics, let. 32, št. 4 (2009), str. 719-737.
- Håkon A. Cosma, Whish Richard, *Soft Law in the Field of EU Competition Policy*, European Business law Review, let. 14, št. 1 (2003), str. 25-56.
- Mark Dawson, *Soft Law and the Rules of Law in the European Union: Revision or Redundancy*, EUI Working Paper RSCAS, 2009/24 (2009), Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Firenze.
- Mark Dawson, *EU law 'transformed'? Evaluating accountability and subsidiarity in the 'streamlined' OMC for Social Inclusion and Social Protection v Kröger S. (ur.)*, What we have learnt: Advances, pitfalls and remaining questions in OMC research, European Integration online Papers (EIoP), Special Issue 1, let. 13 (2009).
- Mariolina Eliantonio, Oana Stefan, *Soft Law Before the European Courts: Discovering a »common pattern«?*, Yearbook of European Law, let. 37, št. 1 (2018), str. 457-469.
- Mariolina Eliantonio, *Soft Law in Environmental Matters and the Role of the European Courts: Too Much or Too Little of It?*, Yearbook of European Law, let. 37, št. 1 (2018), str. 496-524.
- John E. Gersen, Eric A. Posner, *Soft Law, Public Law and Legal Theory Working Paper št. 213*, The Law School, University of Chicago, 2008.
- Andrew T. Guzman, Timothy Meyer, *International Soft Law*, Journal of Legal Analysis, let. 2, št. 1 (2011), str. 171-225.
- Jan Klabbbers J., *The Redundancy of Soft Law*, Nordic Journal of International Law, let. 65, št. 2 (1996), str. 167-182.
- Emilia Korkea-aho, *National Courts and European Soft Law: Is Grimaldi still good law?*, Yearbook of European Law, let. 37, št. 1 (2018), str. 470-495.
- David Hodson, Puetter Uwe, *The European Union in disequilibrium: new intergovernmentalism, postfunctionalism and integration theory in the post-Maastricht period*, Journal of European Public Policy, let. 26, št. 8 (2019), str. 1153-1171.
- Thorsten Hüller, *Out of time? The democratic limits of EU democracy*, Journal of European Public

- Policy, let. 23, št.10 (2016), str. 1407-1424.
- Koen Lenaerts, Overview of the Case Law of the Court of Justice of the European Union with Respect to the Rule of Law, Rule of Law in Europe, Perspectives from practitioners and academics, EJTN, Bruselj, 2019, str. 70-79.
- Rainer Nickel R, Participatory Governance and European Administrative Law: New Legal Benchmarks for the New European Public Order, EUI Working Papers, Law, št. 2006/26 (2006), European University Institute, Department of Law, Firenze.
- Charles F. Sabel, Jonathan Zeitlin, Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU, *European Law Journal*, let. 14, št. 3 (2008), str. 271-327.
- Frank Schimmelfennig, Brexit: differentiated disintegration in the European Union, *Journal of European Public Policy*, let. 25, št. 8 (2018), str. 1154-1173.
- Joanne Scott, In Legal Limbo: Post-legislative Guidance as a Challenge for European Administrative Law, *Common Market Law Review*, let. 48, št. 2 (2011), str. 329-355.
- Francis Snyder, Soft Law and Institutional Practice in the European Community, EUI Working Paper Law, št. 5 (1993), European University Institute, Firenze.
- Jale Tosun, Anne Wetzel, Galina Zapryanova, The EU in Crisis: Advancing the Debate, *Journal of European Integration*, let. 36, št.3 (2014), str. 195-211.
- David M. Trubek, Louise G. Trubek, New Governance & Legal Regulation: Complementarity, Rivalry and Transformation, Legal Studies Research Paper Series, Paper št. 1047 (2007), University of Wisconsin Law School, Winsconsin.
- Myrto Tsakatika M, Governance vs. politics: the European Union's constitutive 'democratic deficit', *Journal of European Public Policy*, let. 14, št. 6 (2007), str. 867-885.
- Samantha Velluti, New Governance and EU Constitutionalism: Friends or Foes?, EUSA Papers, 2009.
- Samantha Velutti S., Exploring Possible Encounters between New Governance, Law and Constitutionalism in the European Union, *Beijing Law Review*, let. 4, št. 1 (2013), str. 8-19.
- Jan Wouters J., Constitutional Limits of Differentiation: The Principle of Equality v de Witte B., Hanf D., Vos E. (ur.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2001, str. 301-345.