

številka 7-8/2013

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Pravnik letnik 68 (130)

Ljubljana 2013
letnik 68 (130)
številka 7-8
strani 457–618

izdaja
Zveza društev pravnikov Slovenije

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik **68** (130)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka **7-8/2013**

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

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

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

Uredniški odbor:

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

Mednarodni uredniški odbor:

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

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Jezikovni pregled in oblikovanje:

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

Pravnik

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

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

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

Naklada: **560 izvodov**

Izide 12 števil na leto.

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

Naročila

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

Letna naročnina (cene z DDV):

- za pravne osebe 80,02 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za posameznike 60,05 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za študente 25,03 EUR, posamezni zvezek 8,00 EUR
- za tujino 160,05 EUR, posamezni zvezek 34,00 EUR

IBAN: SI56 0292 2025 7264 074

VSEBINA

Članki

Benjamin Flander	Nietzsche in filozofija prava (poskus uvoda) – 461
Jasna Hudej	Problem izbire pravne podlage pri odločanju o izbrisni tožbi zaradi sprememb zemljiškoknjžne zakonodaje – 491
Miha Trampuž	Avtorskopравни in znanstveni citat – 515
Nejc Brezovar	(U)pravič(e)nost znižanja starostne meje za pridobitev volilne pravice – 543
Sebastjan Zbičajnik	Uporaba pravičnosti v mednarodnih sodnih sporih – 577
Sabina Zgaga	Upravičenje mednarodnega hudodelstva zaradi silobrana – 589

Avtorski sinopsisi – 607

Navodila za avtorje – 619

CONTENTS

Articles

- | | |
|---------------------|--|
| Benjamin Flander | Nietzsche and the Philosophy of Law (An Attempt of Introduction) – 461 |
| Jasna Hudej | Problem of Choice of the Legal Basis in Deciding upon a Claim for Removal from the Land Register Arising from the Changes in Land Register Law – 491 |
| Miha Trampuž | Quotations in Copyright Law and in Science – 515 |
| Nejc Brezovar | Justification of the Lowering of the Voting Age – 543 |
| Sebastjan Zbičajnik | Principle of Justice in the International Judicial Disputes – 577 |
| Sabina Zgaga | Justification of an International Crime on the Basis of Self-Defence – 589 |

Authors' Synopses – 607

Guidelines for Authors – 623

NIETZSCHE IN FILOZOFIJA PRAVA (POSKUS UVODA)¹

Benjamin Flander,

univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, docent za teorijo prava in države na Fakulteti za varnostne vede Univerze v Mariboru

»... vsi moji spisi so trnki ... Če se ni nič
ujelo, nisem jaz kriv. Ni bilo rib ...«

(Nietzsche, 1989: 245)

1. PROLOG

Vprašanje, ki se zastavi domala samo po sebi, je na dlani: ima Nietzsche sploh kaj opraviti s pravom ali vsaj s filozofijo prava? In narobe: ima pravo ali vsaj filozofija prava sploh kaj opraviti z Nietzschejem? Na prvi pogled nemara res bolj malo. »Pajčevinar duha« praviloma niti pri tistih pravniki, ki veljajo za pravne filozofe, ne vzbudi nikakršne pozornosti. Če odmislimo redke izjeme, pri Nietzscheju ne najdejo ničesar, kar bi jih zanimalo, zato ga kratko malo ignorirajo. Še huje, kontroverzni nemški mislec je za pravniški *mainstream* kratko malo nekoristen ali celo škodljiv nihilist, ker naj bi kategorično zavračal vse najpomembnejše ideje in vrednote liberalne pravne in politične filozofije: idejo družbene pogodbe, demokracijo, liberalizem, pravno državo, enako(pravno)st, človekove pravice in tako naprej. Skratka, z Nietzschejem

¹ Razprava predstavlja skrajšano in predelano poglavje moje doktorske disertacije *Post-modernizem v filozofiji prava* (Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2010). Pripravljam tudi znanstveno monografijo, ki bo Nietzschejev filozofski opus sistematično in celovito aktualizirala v sferi pravne misli. Knjižica o tem, kako pravnik – ki je oziroma bi vsaj moral biti *per definitionem* tudi pravni filozof – *postane, kar je*, naj bi (čeprav nastaja v času, ki bi teorijo in refleksijo najraje kar ukinil) luč sveta ugledala ob koncu leta.

pravni filozof in tem bolj praktik, ki samega sebe jemlje resno, nima kaj početi. Nekateri Nietzscheju sicer priznavajo, da tu in tam navrže kakšno krepko in za pravo zanimivo misel, v celoti vzeto pa je njegov prispevek k pravu in filozofiji prava nepomemben. Litowitz na primer meni, da glede na to, da Nietzsche ni razglabljal o problemih, ki se porajajo pri uporabljanju oziroma razlagi pravnih aktov ter vlogi, ki jo imajo pri tem sodnik, tožilec, pravni zagovornik ipd., njegovi uvidi v pravnem diskurzu niso neposredno uporabni. Njegova »zunanja« kritika prava bi lahko nekatere pravne igralce (zlasti zakonodajalca) v najboljšem primeru nagovorila k temu, da bi vnovič premislili nekatere samoumevne pravne kategorije (npr. pravice, lastnino, krivdo, kaznovanje ipd.). Nietzschejeva »filozofija prava« je po njegovem v najboljšem primeru »negativna jurisprudenca«.²

Kljub vsemu se je tu in tam, še zlasti v zadnjih desetletjih, kakšen pravnik vendarle »ujel na trnek«. Nietzschejeva kritika moderne dobe in moderne znanosti, njegov imoralizem, njegova (anti)teorija resnice, njegova kritika moderne metafizike, njegov koncept »svobodnega duha« in še zlasti njegov uvid v nekatere temeljne pravne pojme in kategorije čedalje bolj pronica tudi v refleksijo prava. Krog piscev, pravnih teoretikov in filozofov (mimogrede: tudi kakšen piščoč praktik bi se našel), ki menijo, da je bil Nietzsche tudi pravni filozof ali vsaj da so njegovi uvidi relevantni tudi za refleksijo prava, se je v zadnjem času že tako razširil, da njihovih spoznanj na tem mestu ni mogoče celovito in pregledno prikazati (to tako ali tako ni naš namen). Za ilustracijo: »ničejanci« so se, na primer, že pred več kot desetletjem (oktobra 2001) zbrali na simpoziju z naslovom »Nietzsche in pravna teorija«. Cardozo School of Law – med fakultetami velja za »meko« kritične pravne refleksije –, ki je dogodek organizirala, je njihove prispevke zbrala in objavila v zborniku Cardozo Law Review. Avtorji prispevkov, kot se zdi, prisegajo na pravnofilozofski potencial postmodernizma, poststrukturalizma, teoretske psihoanalize, dekonstruktivizma, »kritičnih pravnih premišljevanj« (angl. *critical legal studies*) in nekaterih drugih miselnih tokov, ki se odkrito spogledujejo z Nietzschejevo filozofsko zapuščino. Leta 2008 je pri založbi Ashgate v zbirki Filozofi in pravo (*Philosophers and Law*)³ izšel zbornik z istim naslovom, ki sta ga uredila Mootz in Goodrich.⁴

² Glej Douglas E. Litowitz: *Postmodern Philosophy and Law*. University Press of Kansas, Kansas 1997, str. 30.

³ V tej zbirki so se znašla dela, ki so posvečena tako »klasikom« (v naslovih naletimo na imena, kot so Aristotel, Platon, Locke, Rousseau, Kant, Marx, Hobbes, Hume in Hegel) kot tudi nekaterim »mlajšim« filozofom (Gadamer, Wittgenstein, Derrida, Foucault idr.).

⁴ Glej Francis J. Mootz III in Peter Goodrich (ur.): *Nietzsche and Law*. Ashgate Publishing Limited, Hampshire 2008. Urednika sta prispevkom, ki so bili objavljeni v Cardozo Law Review, dodala nekatere nove, še neobjavljene razprave. Precej obsežen zbornik je razdeljen na tri vsebinske sklope: (1) politična filozofija, genealogija, pravo; (2) pravna

Njun izbor zajema besedila, ki razumljivo in pregledno osvetlijo potencial, ki ga ima Nietzschejeva misel v območju pravnega in pravnofilozofskega diskurza, poleg teh pa srečamo tudi nekatera težje razumljiva besedila, ki so, kot se zdi, napisana za »posvečene« bralce.

Da zanimanje za Nietzschejevo misel tako strmo narašča tudi v pravni znanosti in filozofiji prava, po svoje preseneča. »Pajčevinar duha« se namreč – glede tega njegovim »kritikom« ne kaže oporekati – bolj poredkoma loteva »čiste« refleksije prava. Zgoščeni vpogledi v pravne pojave in pravnofilozofske probleme, ki jih najdemo pri pruskem mislecu, ne tvorijo pregledne in organizirane celote, saj so razpršeni po celotnem Nietzschejevem opusu. »Podzemnež« – v nasprotju s Kelsnom, Hartom, Dworkinom itd. – ne zasnuje normativne pravne teorije, ki bi ponudila pozitivno pravnoteoretično podlago za delovanje pravnega sistema kot celote ali vsaj kakšnega njegovega segmenta. Prav tako bi v njegovih spisih zaman iskali sistematično pravnofilozofsko refleksijo, ki bi bila na primer primerljiva z uvidi, ki so jih oblikovali Kant, Hegel in nekateri drugi filozofski velikani. Kljub temu že ob površnem branju vidimo, da je bil Nietzsche – če se na njegovo erudicijo ozremo nekonvencionalno – tudi pravni filozof.⁵ Kot »filozof življenja«⁶ se izreče o tako rekoč vsem, kar je (pre)človeškega, pri čemer je večina tistega, o čemer piše, tudi tako ali drugače pozitivno pravno regulirana. Še več, nekateri pojmi in kategorije, na primer razum, spoznanje, resnica, morala, vrednote, subjekt, znanost, moderna doba/družba ipd., ki so v središču Nietzschejeve misli, so nesporno tudi kategorije pravoznanstvenega in pravnofilozofskega diskurza. Precej pozornosti nameni tudi pojmom, ki jim gre pomembno, če že ne središčno mesto v politični in pravni misli (na primer državi, družbeni pogodbi, demokraciji, liberalizmu, enakosti itn.), in tem bolj tistim, ki so že tradicionalno predmet pravnofilozofske refleksije in pravne politike, z njimi pa se sreča tudi marsikateri pravni praktik (tu merim na fragmente in aforizme, v katerih pruski mislec problematizira nekatere ključne pravne pojme in kate-

hermenevtika in (3) kritika prava. V četrtem delu je dodan prevod (W. Kaufmann) Nietzschejeve razprave *Mi učenjaki*, ki je sicer eno od poglavij spisa *Onstran dobrega in zlega*.

⁵ Od ortodoksnega pojmovanja pravne znanosti in njenih disciplin, ki za pravne znanstvenike in filozofe šteje izključno tiste, ki so priskrbeli »konsistentno normativno teorijo prava« in jim je ta status širokogrudno namenila »uradna« pravna znanost, se v tem članku distanciramo. Postavljanje rigidnih zunanjih meja pravne znanosti oziroma filozofije prava in puritanska skrb za »red diskurza« v filozofiji prava ima nastavke redčenja diskurza (s tem seveda ne trdimo, da je vse, kar je izrečenega o pravu, hkrati že filozofija prava).

⁶ Po standardni klasifikaciji filozofije naj bi Nietzsche – skupaj s Schopenhauerjem in Kierkegaardom – pripadal filozofski šoli, ki so jo poimenovali filozofija življenja (nem. *Lebensphilosophie*). Nastala naj bi kot reakcija na vzpon pozitivizma v filozofiji ob koncu 19. stoletja.

gorije, na primer pravico, zločin in zločinca, svobodno voljo, dolg, krivdo, odgovornost, kazen, kaznovanje, žrtev, kaznovalno pravičnost, enakost, vzročno zvezo itn.). Navsezadnje Nietzsche v svojih besedilih – neredko dokaj misteriozno – odgovarja, če ne neposredno, pa vsaj implicitno, tudi na nekatera najbolj temeljna vprašanja teorije in filozofije prava: kaj je (nem. *sein*) oziroma kaj/kakšno bi moralo biti (nem. *sollen*) pravo (podobno se sprašuje tudi o državi), kaj je njegova (njuna) vloga v družbi, kaj je oziroma kakšna bi morala biti vloga in poslanstvo pravodajalcev in razlagalcev prava, kakšno vlogo imata filozofija prava in pravna znanost, kdo ali kaj sta oziroma bi morala biti pravni znanstvenik in filozof in tako naprej.

Ni težko ugotoviti, kaj pri Nietzscheju – slednji sicer to, da »ne znajo od njega jemati«, šteje za pravilno – najbolj odvrča pravne znanstvenike in filozofe: najbrž vse tisto, zaradi česar je Nietzsche to, kar je, eden najbolj originalnih in – nemara prav zato tudi eden najbolj – kontroverznih mislecev:⁷ njegov nenavaden slog mišljenja in pisanja, njegov (večinoma nameren oziroma namenski) radikalizem, njegov ikonoklazem, njegov »nihilizem«, njegov »iracionalizem«, njegova »megalomanija«, njegov svobodni duh, njegova brezkompromisnost, neposrednost in razposajenost (beri dionizičnost), njegova ostra kritika moralnih (krščanskih), intelektualnih (razsvetljenstvo in moderna znanost) in institucionalnih (demokracija, liberalizem, enakost itn.) temeljev moderne družbe, to, da je, kot rečeno, o pravi in pravnofilozofskih problemih pisal razdrobljeno, da ni razvil celovite, jasne in koherentne normativne teorije prava, da je zastopal nekatera nezaslišana stališča, in še bi lahko naštevali. Najsi bo njegova jurisprudenca bolj ali manj »pozitivna« ali »negativna«, dejstvo je, da so njegove pravnofilozofske intervencije dobrodošle, ker osvetlijo nekatere bližnjice in stranpote sodobne (»liberalne«) teorije prava, pa tudi zato, ker tiste pravne teoretike, ki jih »oster zrak« Nietzschejevih spisov ne odvrne, nagovarjajo k predrugačenju pogledov na nekatere »večne« in na videz neproblematične »resnice« iz ustaljenega repertoarja liberalne pravne ideologije. Nietzschejev prispevek k filozofiji prava je dobrodošel stimulans za kritično problematizacijo in rekonstrukcijo nekaterih splošno sprejetih pravnih doktrin in konceptov ter iskanje novih odgovorov na številna ključna pravnofilozofska in pravno-politična vprašanja.

Prikaz – v tem članku sicer kratek in povrhnji – »obrazov« Nietzschejeve refleksije prava in implikacij, ki jih ima ta v sodobni teoriji in filozofiji prava, bo

⁷ Prim. Alenka Zupančič: Nietzsche: Filozofija dvojega. Društvo za teoretsko psihoanalizo, zbirka *Analecta*, Ljubljana 2001, str. 8–10. Glej tudi Benjamin Flander: Vaja iz »višje« penologije. Nietzschejeva genealogija kazni II, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, (2011) 2, str. 125–140.

lažji zalogaj, če se uvodoma – v mejah prostora, ki ga imamo na razpolago – malce razgledamo po njegovi filozofski zapuščini. Sam za svoje spise pravi, da »imajo oči za resnice, ko so doslej ostale neme ...«. ⁸

2. NIETZSCHEJEVA KRITIKA MODERNE (K »FILOZOFIJI JUTRIŠNJEGA IN POJUTRIŠNJEGA DNE«)

Poenostavljeno (celovitega vsebinskega prikaza v tem članku ne moremo podati) in nemara tudi malce klišejsko lahko Nietzschejevo misel označimo za neizprosno kritiko moderne dobe. »Pajčevinar duha« ostro kritizira domala vso zahodno miselno tradicijo: njene ideje, ideale in vrednote, vse, kar je imela za »trdno« in »zanesljivo«, še posebej njeno vero v razum. Razgradi temeljne pojme filozofije, znanosti, kulture, religije, umetnosti, etike, estetike, prava, države, politike in tako rekoč vse najpomembnejše moderne fenomene: liberalizem, demokracijo, tržnokapitalistično ideologijo in prakso (imenuje jo »hrup tržnega kramarstva«), krščanstvo, socializem, komunizem, nacionalizem, evropejstvo, modernega človeka (»dobrega človeka«, »zadnjega človeka«, »čredno žival«), moderno znan(stven)ost (njene tipične predstavnike – »idealne učenjake« – je označil za »čredne živali znanosti«), moderne institucije in še kaj bi se našlo. Moderna družba in njena krščansko-razsvetljenska tradicija sta po Nietzscheju – kratko malo – nihilistični in dekadentni. ⁹ V modernih idealih je zaznal propadanje »močnega«, »imenitnega« človeka. Nihilizem razkriva ravno tam, kjer bi ga najmanj pričakovali – v vrednotah, na katerih zahodna družba utemeljuje mit o svoji civilizacijski in kulturni (več)vrednosti.

Kritika idealov (»malikov«), vrednot in institucij moderne dobe ter problematizacija moderne znanosti in filozofije sta torej stalnici v vseh njegovih najpomembnejših delih. Najbrž ne bo odveč, če jih za tiste, ki so zgolj naključni bralci Nietzschejevih besedil oziroma se z njimi sploh še niso srečali, naštejemo: *Rojstvo tragedije iz duha glasbe* (1872) (v svojem prvem velikem delu razlikuje med dvema aspektoma v grški umetnosti – apoliničnim in dionizičnim, ki po njegovem ponazarjata nasprotna temeljna tipa umetniškega in občečloveškega izkustva; po njegovem videnju naj bi v moderni Evropi apolinično z nastopom razsvetljenstva tako rekoč absolutno prevladalo nad dionizičnim, kar razume kot zgodovinsko usodno napako moderne družbe; racionalizem naj bi pato-

⁸ Glej Friedrich Nietzsche: Somrak malikov ali kako filozofiramo s kladivom. Primer Wagner: problemi glasbenikov. Ecce homo: kako postaneš, kar si. Antikrist: prekletstvo nad krščanstvo. Ljubljana. Slovenska matica, Ljubljana 1989, str. 271.

⁹ Glej F. Nietzsche, nav. delo (1989), str. 86–88.

loško (pre)vladal v vseh domenah človekove eksistence, celo v umetnosti);¹⁰ *Času neprimerna premišljevanja* (1873) (gre za zbirko štirih polemičnih esejev, za katere v avtobiografiji *Ecce homo* retrospektivno zapiše, da so »od sile bojeviti«; v tej knjigi se, med drugim, zgodi Nietzschejev »prelom« z nemštvom: do Nemcev, nemške kulture in naposled tudi do nemške filozofije je začutil izraziti odpor; krepitev nemškega rajha in nacionalne samozavesti – njegovi sodobniki so v tem videli »zmagoslavje nacije« – za Nietzscheja ni bila kulturni dogodek, temveč – v očitnem nasprotju s prepričanjem njegovih kritikov, da je bil naklonjen nemškemu imperializmu – »nekaj nevarnega«);¹¹ *Človeško, prečloveško* (1878–79) (deset let po izidu tega dela je v avtobiografiji zapisal, da se je s to knjigo osvobodil nepripadajočega v svoji naravi – idealizma);¹² *Jutranja zarja* (1881) (ob rob temu besedilu je v predgovoru poudaril, da je cilj te knjige prevrednotenje dominantne morale in moralnih vrednot, ki po njegovem navsezadnje tičijo tudi za vsemi drugimi, na videz avtonomnimi vrednotami, svoje pisanje pa primerja z dejavnostjo krta, ki »počasi in z milo neizprosno vrta, rije in izpodkopava, ki ga vidimo, če imamo oči za takšno globinsko delo«);¹³ *Vesela znanost* (1882) (svojo zadnjo zbirko aforizmov v avtobiografiji označi za »oporečno neoporečno knjigo« – v njej je, med drugim, prvič eksplicitno izpostavil tezo o »večnem vračanju enakega«, ki jo pozneje omenja kot svojo »najtežjo misel«, v znamenitem 125. fragmentu pa je razglasil »smrt Boga«);¹⁴ *Onstran dobrega in zlega* (1886) (s časovne distance o tem besedilu pove, da je ta knjiga »oddih po zapravljanju dobrote« in da je »v vsem bistvenem kritika modernosti, modernih znanosti, umetnosti in politike«);¹⁵

¹⁰ Glej Kevin R. Hill: *Nietzsche: A Guide for the Perplexed*. Continuum International Publishing Group, London 2007, str. 18–19.

¹¹ Glej F. Nietzsche, nav. delo (1989), str. 212–217.

¹² Prav tam, str. 218. »Naslov pravi: tam, kjer vi vidite idealne reči, vidim jaz človeško, oh le prečloveško.«

¹³ Glej F. Nietzsche: *Jutranja zarja: misli o moralnih predsodkih*. Slovenska matica, Ljubljana 2004, str. 7.

¹⁴ Glej F. Nietzsche, nav. delo (1989), str. 229. Z izjavo, da je »Bog mrtev«, Nietzsche misli na smrt Boga v kulturnem smislu, in to v najširšem pomenu te besede. Nietzschejev »morilec Boga« je »modernej človek« (njegov Zaratustra ga poimenuje »zadnji človek« in »najgrši človek«). »Rešitev«, ki jo vidi Nietzsche, ni v racionalizaciji življenja in znanstvenem iskanju odgovorov na vprašanja, ki se zastavljajo človeku, temveč v tem, da se modernej človek, ki je postal »čredna žival«, dvigne nad samega sebe. Prosto po Nietzscheju velja narediti obrat od pasivnega k dejavnemu, ustvarjalnemu, aktivnemu nihilizmu ter zaničevanje življenja (neredko v imenu dominantne morale in vrednot) nadomestiti s pritrjevanjem. Življenje je rast in samopreseganje. »Človeška narava« kot kulturni konstrukt moderne dobe je, kot se zdi, tisto, kar moramo po Nietzscheju preseči.

¹⁵ Glej F. Nietzsche, nav. delo (1989), str. 246. Spis ima devet poglavij: O predsodkih filozofov, Svobodni duh, Religiozno bitje, Izreki in medigre, K naravoslovju morale, Mi učenjaki, Naše vrline, Ljudstva in domovine in Kaj je odlično.

H genealogiji morale (1887) (ta knjiga je med vsemi njegovimi deli najbolj relevantna za filozofijo prava, zlasti filozofijo kazenskega prava);¹⁶ *Primer Wagner* (1888) (Nietzsche pojasni, da ga ne zadrži nobena stvar, da Nemcem ne bi povedal nekaj krepkih – v tem besedilu mu, kot pravi, ne gre samo za to, da sproži v Wagnerja svoj težki top, gre za napad na Nemce, ki so po njegovem v duhovnih stvareh čedalje bolj leni in bornih instinktov);¹⁷ *Somrak malikov* (1888) (ta knjiga – Nietzsche jo je podnaslovil Kako filozofirati s kladivom – je, med drugim, iskriva in duhovita kritika nekaterih pomembnih mislecev moderne dobe; čeprav so nekateri v tem »ikonoklastičnem« besedilu prepoznali znamenja, ki naj bi napovedovala Nietzschejev duševni zlom, ta opazka, kot se zdi, ni najbolj na mestu, saj gre za zelo organizirano besedilo, brez pretirane samopoveličevanja, ki ga – tega ne gre zanikati – opazimo v avtobiografiji in njegovih zadnjih pismih);¹⁸ *Antikrist* (1888) (tu naj zadostuje opomba, da se v tej knjigi pod površino nekaterih udarnih za/stavkov skriva sofisticirana in artikulirana problematizacija zgodovinskega in civilizacijskega pomena, ki ga zahodna družba pripisuje krščanstvu); *Tako je govoril Zaratustra* (1883) (ta knjiga »za vse in za nikogar« – njegovo največje delo in brez dvoma tudi njegova daleč največja uspešnica – je prava pravcata eksplozija idej ter hkrati hibrid različnih žanrov: literature, psihologije in filozofije). Za časa življenja je (v skromnem številu izvodov v samozaložbi ali po tem, ko je s skrajnimi napori našel založnika) objavil tudi precejšnje število razprav in dve skladbi za orkester, posthumno pa so v režiji njegove sestre in njegovega asistenta Petra Gasta izšli fragmenti iz zapuščine, ki so naslovljeni *Volja do moči*.

Med intelektualci, ki se imajo za humaniste, je precej razširjeno stališče, da je Nietzschejeva misel (podobno naj bi veljalo tudi za njegovo refleksijo prava) sicer zanimiva v svoji radikalnosti, a hkrati tako skrajna, da z njo nimamo kaj početi.¹⁹ Po njihovem naj bi bil Nietzsche moralni in kulturni nihilist ter obenem aristokratski skrajnež. Zagovarjal naj bi nasilje, nestrpnost, laži, diskriminacijo itd. V svojih spisih naj bi žalil in preziral šibke, ženske, jude in kristjane. Za svojega naj bi ga vzeli celo nacisti. Ko je bojda zapisal, da morajo šibki in neuspešni izginiti, da jim moramo pri tem pomagati, in da bi bilo še bolje, če bi jim pri tem pomagal vihar, naj bi natanko to tudi zares mislil. Občutek za mero naj bi v svoji neizprosni kritiki izgubil ravno v odnosu do krščanstva (neupravičeno naj bi ga predstavil kot religijo resentimenta, kot sublimacijo jeze

¹⁶ Knjiga vključuje tri razprave: prva ima naslov Dobro in zlo, dobro in slabo, druga je naslovljena Krivda, slaba vest in sorodna vprašanja in tretja Kaj pomenijo asketski ideali?

¹⁷ Glej F. Nietzsche, nav. delo (1989), str. 252.

¹⁸ »Tale mali spis je velika vojna napoved ... to pot ne gre za časne, temveč za večne malike ...« Prav tam, str. 8.

¹⁹ Prim. A. Zupančič, nav. delo (2001), str. 8–10.

šibkih, ki je uničila starodavno kulturo in ki zdaj uničuje moderno družbo). Edino, kar naj bi bilo v Nietzschejevih knjigah in razpravah vrednega, je po mnenju njegovih kritikov to, da je razkrival dolgo skrite resnice in kršil stare miselne tabuje.²⁰

Bolj rafinirani kritiki Nietzschejeve filozofije²¹ ugotavljajo, da je njegov »mega« projekt »prevrednotenja vrednot« preveč velikopotezen; v moderni etiki po njihovem ne potrebujemo revolucije. Ideja »nadčloveka«, ki naj bi jo ponujal kot epohalno rešitev, naj bi bila prej ali slej iluzija. Njegova kritika črednih vrednot in črednega človeka (»zadnjega človeka«) naj ne bi bila izvirna, ker je prisotna pri vseh pomembnih filozofih. Na problem modernega »nihilizma«, o katerem zelo veliko piše, naj ne bi dal nobenega odgovora. Po prepričanju Nietzschejevih kritikov njegovi paradoksní odgovori na filozofski problem resnice problema ne razrešijo, ampak poglobijo: pruskemu filozofu naj ne bi šlo za resnico, temveč za to, da bi vse, česar se loteva, speljal na psihološko-antropološko realnost, ob kateri se vse idealno, bitno in resnično poniža, osmeši in sesuje samo vase (realnost sama naj bi bila pri tem zgolj metodično sredstvo Nietzschejeve kritike). Nietzschejev ikonoklazem naj bi v svoji prevratnosti dosegel skrajni rob zmožnosti mišljenja, na katerem naposled konča v onemotnosti. Z Nietzschejem naj bi se zgodil svetovno zgodovinski neizogibni konec filozofije (»smrt filozofije«). Sila nihilističnega »prevrednotenja vseh vrednot« naj bi bila konec koncev samouničevalna. V tej luči so nekateri v Nietzscheju prepoznali glasnika epohalnega gibanja proti modernizacijskim procesom, proti domnevnemu splošnemu nazadovanju in propadanju modernega človeka (»zadnjega človeka«), pri čemer naj bi bila Nietzschejeva misel tudi sama simptom dekadentne modernizacije. Njegova »donkihотовska« kritika moderne znanosti naj bi zgodovino zahodnega mišljenja smešila s tem, da jo razglasi za metafiziko (sekularizirano religijo), a naj bi bila kljub antiidealizmu, naturalizmu in podobnim nastavkom tudi sama izrazito metafizična. Njegovi odgovori na filozofski problem (znanstvene) resnice naj bi se stereotipno ponavljali, izpodbijali naj bi svoje lastne predpostavke, zato po mnenju kritikov ne prinesejo »filozofskega olajšanja«.²²

²⁰ Zdi se (ne samo meni), da se za tovrstnimi, po večini bedastimi (dis)kvalifikacijami skrivajo »intelektualci«, ki se zlahka prepoznajo v njegovi kolosalni kritiki čredne znanstvenosti (morda jih moti Nietzschejevo sporočilo, da dá njegova misel »številnim vso pravico, da se prečrtajo«). Širše glej B. Flander: Postmodernizem v filozofiji prava. Doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2010 (glej zlasti poglavji Nietzsche: postmodernizem *avant la lettre*, str. 160–220, in Nietzsche: predigra k pravni filozofiji prihodnosti, str. 332–431). Glej tudi isti: Vaja iz »višje« penologije. Nietzschejeva genealogija kazni I., v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, (2010) 4, str. 351–364.

²¹ Glej npr. Ivan Urbančič, v: F. Nietzsche: Vesela znanost. Slovenska matica, Ljubljana 2005, str. 319–320. Glej tudi B. Flander, nav. delo (2011).

²² Prav tam.

Na prvaka med svobodnimi duhovi in na njegov opus se da po mojem (in ne samo mojem) videnju ozreti tudi precej drugače. Kos na primer meni, da se Nietzschejeva misel tako rekoč spontano upira običajni deskripciji in znanstveni klasifikaciji. V njegovih spisih se (včasih celo v istem besedilu) prepletajo različni žanri, od tematske študije, kritične razprave in polemike do aforistike, pa tudi različne diskurzivne naravnosti (spoznavno-teoretični problem resnice, kritika znanosti, družbeno-kulturno kritika, anatomija in kritika morale, krščanstva itn.). Nietzsche – tako Kos – ne stavi na »enciklopedično zakroženost« in suhoparno znanstven(išk)o katalogiziranje, temveč na »veselo znanost«. Odpor do »sistema« (ki implicira tako zanikovalen kot graditeljski element) je vpisan v samo strukturo Nietzschejevega mišljenja, kar je gotovo eden od razlogov, da je zgodovina njegove recepcije tako kompleksna in protislovna.²³ Pozoren bralec (mimogrede: Nietzsche od svojega bralca zahteva, da je »rojen, zaprisežen in ljubosumen prijatelj samote, lastne najgloblje, najbolj polnočne samote«)²⁴ prej ali slej opazi, da njegova besedila prinašajo veliko več kot brezkompromisno kritiko modernosti. Kljub zavračanju s strani filozofskega in družboslovnega *mindseta* se je o njem in njegovem delu v dobrem stoletju nabralo na tisoče knjig, neprešteto število člankov in razprav, po vsem svetu potekajo simpoziji in konference, ki so posvečeni njemu, množijo se univerzitetni profesorji in raziskovalci, ki so specializirani za preučevanje »Nietzscheja« (»*Nietzsche scholars*«, »*nietzscheans*« ipd.), v svetovnem spletnem vesolju obstaja prava mala »Nietzschejeva atmosfera« in še bi lahko naštevali (ko gre za preštevane citatov, so pred njim le še Platon, Aristotel, Avgustin, Descartes, Locke, Hume in Kant).²⁵

Nietzsche je, skratka, v humanistiki in družboslovju nespregledljivo zaznamoval preteklo in začetek novega stoletja. Bolj ali manj prepoznavne sledi njegove misli odmevajo v različnih – neredko nasprotujočih si – filozofskih tokovih in teoretskih paradigmah (npr. ontologiji, spoznavni teoriji, eksistencializmu, kritični teoriji, poststrukturalizmu, psihoanalizi in še kje). Zdi se, da je še posebej tesna povezava, ki se je vzpostavila med Nietzschejem in sodobnimi kritičnimi smermi v družboslovju (kot bomo videli, tudi v filozofiji prava).²⁶ Zaradi značilnosti Nietzschejevih del je popolnoma razumljivo, da se nobeno

²³ Glej Matevž Kos: Nietzschejevo berilo: izbrani odlomki. Mladinska knjiga, Ljubljana 2002, str. 252–253.

²⁴ Glej F. Nietzsche, nav. delo (1989), str. 271.

²⁵ Glej K. R. Hill, nav. delo (2007), str. 2.

²⁶ Kritični potencial Nietzschejeve filozofije je, v vsej svoji kompleksnosti, precej bolje kot v nemški kritični teoriji »recikliran« pri Francozih. Sledi Nietzschejeve misli v drugi polovici 20. stoletja srečamo pri Bataillu, Lacanu, Deleuzu, Foucaultu, Derridaju, Lyotardu in nekaterih drugih piscih, ki so pod »zastavo« poststrukturalizma nadaljevali dekonstrukcijo moderne.

novo »branje« ne more izogniti temu, da ne bi bilo, v večji ali manjši meri, »interpretacija interpretacije«. Tako lahko v obsežnem naboru Nietzschejevih razumevanj srečamo levo-liberalno, konservativno, marksistično, feministično, kritično-teoretično, postmodernistično in še bi lahko naštevali. Opaziti je tudi očitne politično-ideološke instrumentalizacije Nietzschejevih del (tako na »levi« kot na »desni«), ki so njegove najpomembnejše problematizacije, koncepte in ideje pogosto izolirale, vzele iz konteksta in zlorabile v doktrinarne in politične namene.²⁷

Svojim gorečim kritikom odgovarja tudi Nietzsche sam, saj pravi, da mora biti njegov bralec »navajen živeti v ledu in visokogorju«.²⁸ Nietzschejeva vedrost oziroma, kot sam pravi, vesela znanost je »plačilo za dolgo, hrabro, delavno in podzemsko resnost, ki ni za vsakogar«.²⁹ Njegovi pogledi »zvenijo kot norosti, včasih tudi kot zločini«, za nameček pa so njegovi spisi tudi »zanke in mreže za neprevidne ptice«.³⁰ Alenka Zupančič ob rob takšnim in podobnim Nietzschejevim opazkam (Nietzsche med drugim na primer zapiše, da je »najstrahotnejši človek, kar jih je kdaj bilo«, da to »ne izključuje, da je tudi najdobrotnejši«, in da se bo z njim »svet preklal na dvoje«) pripominja, da je takšne in podobne intervencije zavestno in spretno doziral. Tu se moramo po njenem namesto lahkotnega postavljanja diagnoze megalomanije vprašati, kakšno je njihovo pravo sporočilo. Kaj se tu zares dogaja v diskurzu?³¹ Nietzsche se – v nasprotju s precej razširjenim prepričanjem – nikakor ne identificira z »razgrajachi« in »mojstri velikih besed«. Od tod po mnenju Zupančičeve njegove besede: »Mi imoralisti! – Ta svet, za katerega gre nam, v katerem se moramo mi bati in ljubiti, ta skoraj nevidni in neslišni svet ...« Hrbtna stran Nietzschejevega »filozofiranja s kladivom« sta *tišina* in *odtenek* – te plati njegovega pisanja – tako Zupančičeva – površen bralec (ki je tako rekoč po definiciji tudi Nietzschejev odločni »kritik« – op. B. F.) po navadi ne opazi. Pri Nietzscheju ne gre za eksplozijo, ampak za implozijo diskurza. Njegova refleksija doseže točko notranjih meja diskurza. In prav to točko naj bi pruski mislec »aktiviral« kot potencial kreacije, kot potencial (filozofske) refleksije »jutrišnjega in

²⁷ Glej M. Kos, nav. delo (2002), str. 269–272.

²⁸ »Kdor zna dihati zrak svojih spisov, ve, da gre za zrak višin, za *močni* zrak. Mora biti ustvarjen zanj, drugače nevarnost ni majhna, da se v njem prehladi.« Glej F. Nietzsche, nav. delo (1989), str. 156.

²⁹ Glej F. Nietzsche: Onstran dobrega in zlega: predigra k filozofiji prihodnosti. H genealogiji morale: polemični spis. Slovenska matica, Ljubljana 1988, str. 213.

³⁰ Med »neprevidne ptice« je prišteval svoje morebitne oboževalce. Nietzsche ni želel posnemovalcev, temveč bralce – angažirane, natančne, izkušene in potrpežljive bralce (glej prav tam, str. 38).

³¹ Širše glej A. Zupančič, nav. delo (2001), str. 8–10. Glej tudi B. Flander, nav. delo (2011).

pojutrišnjega dne«. Zato Nietzschejeva filozofija v nasprotju z dobro zasidranim prepričanjem ni skrajna (in terminalna), temveč ravno narobe: je začetna, inavguralna.³² Skozi prizmo nemetafizične in neidealistične kritike modernosti (njenih vrednot/morale, njene vere v znanost, njenega subjekta itn.) začrta morebitna nova obzorja (razumevanja) človeka in sveta. Zdi se, da zapisano v bistvenem velja tudi za njegovo filozofsko refleksijo prava.

3. NIETZSCHE IN FILOZOFIJA PRAVA

3.1. Obrazi Nietzschejeve refleksije prava

Nietzsche trdi, da je dvojnik, da ima še drugi obraz poleg pravega in morda še tretjega.³³ To zagotovo velja tudi za njegovo refleksijo prava – tudi ta ima dva obraza in morda še tretjega. Prvega nam kaže tisti Nietzsche, ki najbolj temeljna vprašanja prava (izvor, pojem in družbeno funkcijo prava) povezuje z nasiljem in prisilo.

Linarelli v zvezi s tem pojasni, da Nietzsche zavrača stališče liberalne pravne ideologije, ki nas prepričuje, da je pravo racionalen protipol iracionalne politične moči. Njegov genealoški uvid pokaže, da je pravo (»kot vse, kar je v povezavi s človekom velikega«) v svojem izvoru utemeljeno na surovosti in nasilju, ne na razumu (nasprotno naj bi veljalo za politiko oziroma oblastno administriranje, ki je prej racionalno kot ne). Človekov spomin in človekova zavest sta se, če se nanju ozremo skozi Nietzschejeva očala, izoblikovala na surovosti, ki jo človek izkazuje človeku skozi zgodovino. Skozi čas se je na tej surovosti izoblikovala tudi človeška morala: surovost in nasilje po Nietzscheju oblikuje spomin, ta pa moralo. (Pra)izvor moralnih in posledično pravnih pravil in dolžnosti po Nietzscheju, skratka, ni razum, temveč – tako Linarelli – kratko malo kri. Po Nietzscheju naj bi zunanje, heteronomne pravne norme potrebovali »šibki«, medtem ko naj bi bili imenitni in močni posamezniki, ljudje imenitne morale, sposobni oblikovati in živeti v skladu z lastnimi, avtonomnimi pravili.³⁴ Podobna »čustva« Nietzsche goji tudi do države in njenega

³² Prav tam.

³³ Glej Walter Kaufmann: *The Portable Nietzsche*. Penguin Books, New York 1982, str. 103–104.

³⁴ Glej John Linarelli: *Nietzsche in Law's Cathedral: Beyond Reason and Postmodernism*, v: F. J. Mootz III in P. Goodrich (ur.), nav. delo, str. 237–272. Linarelli kot primer, ki naj bi Nietzschejevo tezo o tesni povezavi med izvorom prava in nasiljem podkrepil, navaja pravila o prenosu lastnine na nepremičnini v srednjeveškem *common law*. Prenos lastnine na nepremičninah je potekal po posebnem obličnem postopku (*livery of seisin*). V postopku je moral biti prisoten otrok, ki je bil med ceremonialom izpostavljen mučenju s strani odraslega, da bi si ta dan zapomnil za vse življenje in da bi na ta način predstavljal

izvora, ki ga liberalna teorija utemeljuje na ideji družbene pogodbe. Država je po njegovem nastala in delovala kot tiranija. Takole pravi:

»Uporabil sem besedo 'država': po sebi se razume, koga sem s tem mislil – krdelo zveri, zavojevalsko in gospodovalno raso, ki vojaško organizirana brez pomislekov položi svoje strašne šape na številčno močnejše, vendar še ne izoblikovano prebivalstvo. Tako se na svetu začne 'država': smešno je zanesenjaštvo, ki je dopuščalo, da se 'država' začne s 'pogodbo'. Kdor lahko ukazuje, kdor je po naravi gospodar, kdor se pokaže nasilnega v dejanju – kaj ima ta opraviti s pogodbo!«³⁵

To je, kot se zdi, tisti Nietzschejev obraz, ki je marsikoga napeljal k sklepu, da je bil pruski mislec nihilist, s katerim resna pravna misel nima kaj početi. Toda Nietzsche ima, kot rečeno, več obrazov. Precej bolj kompleksnega in večplastnega nemški filozof predstavi v *Genealogiji*:

»Končno pa, ozrmo se v zgodovino: v kateri sferi neki je doslej sploh bila domača uporaba prava, tudi pristna potreba po pravu? Morda v sferi reaktivnih ljudi? Nikakor ne, pač pa v sferi aktivnih, močnih, spontanih, agresivnih. Historično gledano je pravo boj proti reaktivnim instinktom, vojna z njimi s strani aktivnih in agresivnih moči, ki so uporabile svojo moč delno zato, da zaustavijo in umirijo razbrzdanost reaktivnega patosa in da ga prisilijo k poravnavi. Povsod, kjer se izpolnjuje pravičnost, kjer se pravičnost drži pokonci, vidimo neko močnejšo moč, ki išče sredstva, da prekine nesmiselno divjanje resentimenta med šibkejšimi (najsi bo skupinami ali posamezniki) ... deloma tako, da izpuli objekt resentimenta iz rok maščevanja, deloma tako, da ... postavlja na mesto maščevanja boj proti

»živ zapis« (*living record*) prenosa lastnine na zemljišču z enega na drugega lastnika. Terminologija takšnega prenosa lastnine se je v angleškem *common law* ohranila vse do danes, ceremonial z eksplicitnim nasiljem pa je postopoma izginil. Linarelli, ki se sklicuje na Williamsona, ob tem ugotavlja, da promet s stvarmi, tako nepremičnimi kot premičnimi, v pravnem smislu temelji na ideji »jemanja talcev«. To naj bi dokazoval primer srednjeveških kraljev, ki so si mir zagotavljali z izmenjavo svojih otrok. Če je bil denimo kraljev sin na gradu ali v grofiji njegovega rivala, ga je to bolj kot karkoli drugega odvrčalo od morebitnega vojaškega napada. Podobno po njegovem prepričanju velja tudi za moderna (dandanašnja) pravno urejena dolžniško-upniška razmerja: kreditojemalec, ki najame stanovanjski kredit, kot pogodbeni stranka s svobodno voljo pristane v vlogi dolžnika, ki mora banki oziroma kreditodajalcu dati »talca« – hipotečno jamstvo na nepremičnem premoženju. Sprega med pravom in nasiljem, ki demantira tezo, da je pravo »moč argumenta«, ki nadomesti »argument moči«, se po Linarelliju nazorno kaže tudi v javnopravni sferi, na primer v kaznovanem pravu. Z grožnjo nasilja (se pravi s potencialnim nasiljem) je po njegovem prežet celoten moderni pravni sistem, ki je kot takšen pretežno prisilen in nasilen sistem pravil.

³⁵ Glej F. Nietzsche, nav. delo (1988), str. 273.

sovražnikom miru in reda, deloma tako, da ... predlaga, morda prisili k spravi, deloma tako, da povzdigne določene ekvivalente škode v normo, na katero je potlej resentment za vedno napoten. Toda odločilno, kar najvišja oblast počne in uveljavlja in to vedno počne, čim je dovolj močna za to, je vzpostavitev zakona, imperativno razlaganje, kaj je iz njenega zornega kota sploh dovoljeno, kaj je prav, kaj je prepovedano in kaj ni prav: v tem, ko po vzpostavitvi zakonov obravnava nasilno vmešavanje in samovoljna dejanja posameznikov ali skupin kot kršitev zakona, kot upor zoper najvišjo oblast samo, odvrča občutek svojih podložnikov od naslednje takšne z zločinom povzročene škode in s tem trajno doseže nasprotno od tistega, kar želi vsako maščevanje, ki vidi in dopušča edinole gledišče oškodovanega -: odslej se bo oko privajalo na vedno bolj neosebno ocenjevanje dejanja, celo oko oškodovanega.«³⁶

Tu se po mojem videnju Nietzschejevo genealoško spraševanje o izvoru pravnega urejanja močno približa tistemu pogledu v moderni pravni teoriji, ki nas prepričuje, da je pravo ambivalenten družbeni pojav, da vendarle ni zgolj in samo podaljšek gole moči in samovolje, da ima skratka tudi svojo drugo plat, ki se kaže v omejevanju samovolje in moči. Do podobnega sklepa nas pripelje Nietzschejev uvid, ki se osredotoča na problem narave prava/pravnega urejanja in funkcije, ki jo ima oziroma ki naj bi jo imelo pravo v človeški družbi:

»Potemtakem obstajata 'pravica' in 'krivica' šele od vzpostavitve zakona ... ne od akta poškodovanja. Govoriti o pravici in krivici na sebi je brez vsakega smisla – poškodovanje, posiljevanje, izkoriščanje, uničevanje na sebi seveda ne more biti nič 'krivičnega' – kolikor življenje esencialno, namreč v svojih temeljnih funkcijah fungira poškodujoče, posiljujoče, izkoriščujoče, uničujoče in se ga celo ne da zamisliti brez tega karakterja. Priznati si moramo še celo nekaj bolj zaskrbljujočega: da so lahko, gledano z najvišjega biološkega stališča, pravna stanja vedno samo izjemna stanja, kot delne restrikcije pristne, k moči stremeče življenjske volje, in so podrejena temu skupnemu smotru kot posamična sredstva, namreč kot sredstva za ustvarjanje višjih enot moči. Suvereno in splošno zamišljen pravni red, ne kot sredstvo v boju kompleksov moči, ampak kot sredstvo proti vsakemu boju nasploh ... po ... šabloni, po kateri mora vsaka volja jemati vsako voljo kot enako, bi bil življenju sovražen princip, uničevalec in razkrojevalec človeštva, atentat na človekovo prihodnost, znak utrujenosti, skrita pot k niču.«³⁷

Ob rob prikazanim in nekaterim drugim Nietzschejevim uvidom v pravno-filozofske teme in probleme Philippe Nonet ugotavlja, da se Nietzschejeva

³⁶ Prav tam, str. 262.

³⁷ Prav tam.

dela eksplicitno dotikajo nekaterih najbolj temeljnih vprašanj jurisprudence. Po njegovem videnju je v središču Nietzschejeve misli vprašanje, kaj je bistvo pozitivnega prava, torej vprašanje, ki od nekdanj zaposluje pravne teoretike in filozofe. Nonet opozarja, da zanj pri iskanju odgovorov na to vprašanje ni pomembno, kaj je Nietzsche zapisal in kaj ne. Bolj pomembno se mu zdi, da pisec to in druga pravnofilozofska vprašanja samostojno problematizira v perspektivi Nietzschejeve misli. Pravo, ki je kot družbeni pojav sicer proizvod »volje do moči« (*sein*), je v ničejanski perspektivi – tako Nonet – hkrati pojav, ki stremi za ideali, za »višjim svetom« (*sollen*), pri čemer je ravno to tista razsežnost prava, ki zahteva njegovo »pozitivnost« in »formalizacijo«. Težnja po uokvirjanju nastajanja in uporabljanja pozitivnega prava s postopki in obličnostmi ter še posebej težnja, da bi bilo pozitivno pravo kolikor mogoče jasno in nedvoumno (*ubi ius incertum, ibi ius nullum*), ki je v sodobni pravni teoriji nič manj kot aksiom, v sebi skriva – tako Nonet – svojevrsten nihilizem pozitivnega prava in pravnih pozitivistov (pozitivist ima po njegovem – z Nietzschejem rečeno – »raje določen nič kot nedoločen nekaj«). Ta oblika volje do nič, ta nihilizem je po njegovem videnju odločilno zaznamoval moderno pravno zgodovino.³⁸

Tudi Marianne Constable trdi, da je Nietzsche nedvomno mislec, ki je pomemben za filozofijo prava. Njegovo kritiko metafizike v zahodni znanosti in filozofiji, ki naj bi bila posebej izpostavljena v *Somraku idolov*, po njenem lahko beremo tudi kot kritično zgodovino filozofije prava. Nietzsche naj bi pokazal, kako je v zgodovini filozofije prek Platona, krščanstva, kantianizma in utilitarizma »pravi« oziroma »resnični« svet po »smrti Boga« postopoma posta(ja)l navidezni svet. Constablova meni, da smemo to Nietzschejevo formulo uporabiti tudi, ko gre za zgodovino pravnofilozofske misli: tudi ta se je skozi čas čedalje bolj oddaljevala od »idealnega« pravnega sveta k pravu, ki ga dojemamo kot družbeni pojav, od metafizike jusnaturalizma k sociološki jurisprudence. Današnji pravni filozofiji se po njenem videnju zastavlja podobno vprašanje, kot ga Nietzsche zastavi modernosti: ali premik od metafizične (prek mehanicistične – op. B. F.) k sociološki jurisprudence, ki se je zgodil v 19. in 20. stoletju, nakazuje pot v nihilizem ali, nasprotno, pomeni jutranjo zarjo, ki kaže na to, da bo »staro« preseženo in nadomeščeno z »novim«.³⁹

Nathan Widder je še bolj ekspliciten: po njegovem videnju Nietzschejeva refleksija v segmentu, ki je pravnofilozofsko zanimiv, poziva k afirmaciji raz-

³⁸ Širše glej Philippe Nonet: What is Positive Law, v: F. J. Mootz III in P. Goodrich (ur.), nav. delo, str. 3–35.

³⁹ Glej Marianne Constable: Genealogy and Jurisprudence: Nietzsche, Nihilism, and the Social Scientification of Law, v: F. J. Mootz III in P. Goodrich (ur.), nav. delo, str. 37–76.

ličnosti in mikropolitiki in kot taka pomeni pomemben prispevek k prenovi teorije in prakse demokracije. Widder »razume« teoretike demokracije, ki Nietzscheju (ob njem na primer tudi Foucaultu in Deleuzu) odrekajo kakršnokoli »pozitivno« vrednost za sodobno pravno in politično filozofijo; Nietzsche in družina jim sporočajo, da je njihov koncept demokracije premalo demokratičen.⁴⁰ Podobno razmišlja Lawrence J. Hatab. Nietzschejev uvid v strukturo človeške družbe se po njegovem razumevanju sklicuje na agonistično naravo družbenih odnosov in kot tak začrta prostor predrugačene/alternativne družbene refleksije, tj. »intenzivirane« pravne in politične filozofije, ki ni nujno nezdržljiva s ključnimi koncepti liberalne teorije/ideologije (npr. z idejo oziroma konceptom delitve in samo/omejevanja oblasti, vladavine prava, vzpostavljanja in varstva posameznikove relativne avtonomije in svobode ipd.). Po Hatabu Nietzschejeva »brezkompromisna« kritika prinaša miselna (filozofska) oprijemališča za radikalnejšo zasnovo teh konceptov.⁴¹

Da je bil Nietzsche filozof, ki je relevanten za refleksijo prava, menijo tudi številni drugi pisci. F. J. Mootz III na primer opozarja, da je Nietzsche v kritično pravno refleksijo vnesel dvom, ali ni »vladavina prava« zgolj še eden v vrsti mitov liberalne pravne in politične ideologije, ki v prvi vrsti prikriva dejansko naravo odnosov moči in oblasti v družbi. To je po njegovem videnju pravne teoretike spodbudilo k temu, da sporočila njegove kritike bodisi ignorirajo ali kategorično zavračajo bodisi ob njih »glasno veseljačijo«. Mootz III je prepričan, da je Nietzschejeva kritika predvsem demonstracija konstruktivne moči destrukcije, ki doslej v prevladujočem tipu pravnofilozofske refleksije ni bila priznana. Pisec meni, da bi kritična pravna misel morala izhajati iz Nietzschejevega modela pravnofilozofske kritike in Gadamerjeve pravnofilozofske hermenevtike (ta je po njegovem dober korektiv Nietzschejeve radikalne kritike). Destrukcija je po Mootzevem prepričanju pomembna naloga kritične pravne filozofije. Slednjo razume kot »ustvarjalno preseganje« obstoječega v refleksiji in življenju prava. Kritična jurisprudenca bi se po njegovem morala odreči tako univerzalnim vrednostnim in metodološkim konceptom, ki naj bi usmerjali pravne igralce od zgoraj navzdol (ta pristop oziroma ta način refleksije – postmodernistična pravnofilozofska kritika mu je prilepila oznake, kot so »logonomocentrizem«, »pravna metafizika« ipd. – je, kot se zdi, v »uradni« liberalni teoriji in filozofiji prava tako rekoč samoumeven – op. B. F), kot tudi

⁴⁰ Glej Nathan Widder: *The relevance of Nietzsche to Democratic Theory: Micropolitics and the Affirmation of Difference*, v: F. J. Mootz III in P. Goodrich (ur.), nav. delo, str. 78 in 95.

⁴¹ Glej Lawrence J. Hatab: *Breaking the Contract Theory: The Individual and the Law in Nietzsche's Genealogy*, v: Herman V. Siemens in Vasti Roodt (ur.): *Nietzsche Power and Politics*. Walter de Gruyter, Berlin, New York 2008, str. 169–189.

ezoteričnemu teoretskemu razglabljanju, ki je v svojem hlinjenju samozadostnosti nedovzetno za eksistenco prava.⁴²

Naslednji v vrsti tistih, ki opozarjajo na Nietzschejev prispevek h (kritični) filozofiji prava, je Linarelli (nanj sem se skliceval že prej). Ta med drugim ugotavlja, da je Nietzschejeva kritika utilitarizma plodna zemlja za učinkovito kritiko ekonomske analize prava (angl. *law and economics*). Za ekonomsko analizo prava – po mnenju pisca je ta smer v sodobni pravni teoriji vse bolj dominantna – je med drugim značilno to, da matematične in analitične metode in postopke ugotavljanja »resnice«, ki se uporabljajo v ekonomski znanosti, nekritično oziroma premalo reflektirano prenaša na področje prava. Ekonomska analiza skuša »razložiti«, »ugotoviti« in »predvideti« ekonomske učinke in posledice udejanjanja pravnih norm in postopkov pravnega odločanja v vseh segmentih družbe. Tovrstna analiza prava po Linarelliju ni nič drugega kot »novi utilitarizem«, ki je očitna tarča Nietzschejeve kritike.⁴³ Njegov »bojni pohod« proti utilitarizmu in njegovim agentom najdemo v uvodnih taktih *Genealogije*. Za »podzemneža« – kot Nietzsche samega sebe rad poimenuje – je utilitarizem filozofija slabega okusa, ker je ahistoričen in instrumentalen. Prepričanje, da je »dobro« (oziroma – v ekonomskem besednjaku – dobrina) predvsem tisto, kar je koristno, naj bi po Nietzscheju spadalo v domeno čredne morale resentimenta (utilitarist v želji, da bi dosegel optimalno korist in blagostanje, podleže črednemu nagonu in morali). Nietzschejev koncept imenitne morale, za katero se – tako Linarelli – kaže prizadevati, ima pri posamezniku in/ali skupini izrazito »notranje« implikacije in kot tak posameznika/skupine

⁴² Glej Francis J. Mootz III: Responding to Nietzsche: The Constructive Power of Destruction, v: F. J. Mootz III in P. Goodrich (ur.), nav. delo, str. 143–144. Na povezavo med Nietzschejem in Gadamerjem je na primer opozoril tudi P. C. Smith. Ničejanska kritika razuma po njegovem videnju pokaže, da je pravna argumentacija nadaljevanje vojne z drugimi sredstvi in da pravno razreševanje sporov ni oziroma ne more biti nepristransko: tisti, ki pravno razsoja v sporu, na primer sodnik, je udeleženi v razmerjih družbene moči in oblasti, v katerih je ta spor nastal. Iz teh razmerij ne more izstopiti. V ničejanski kritični perspektivi je pravno mišljenje in argumentiranje vedno izraz takšne ali drugačne volje do moči. Te radikalno–kritične zastavke po piščevem prepričanju prepričljivo nadgradi Gadamerjev hermenevitični pristop, ki je prav tako izziv ustaljenemu razumevanju pravnega diskurza. Pravni filozof, ki je hermenevtik, po Smithovem prepričanju prepozna derivativno naravo pravnega mišljenja in argumentiranja in se ob pripoznanju njegovih omejitev zaveda, da je pravni diskurz del širšega etično-političnega diskurza (glej P. C. Smith: From Strife to Understanding: Pathological Argument in Nietzsche and Gadamer, v: F. J. Mootz III in P. Goodrich (ur.), nav. delo, str. 140–141).

⁴³ Glej J. Linarelli, nav. delo, str. 237–272. Pisec meni, da, je ekonomska analiza prava sicer pomemben prispevek k interdisciplinarnemu znanstvenemu preučevanju prava, kljub temu pa je po njegovem nesporno, da prakticira nedopustno in dolgoročno škodljivo podrejanje prava ekonomskim imperativom.

ne zreducira na instrumentalno raven: kar je dobro v domeni imenitne morale, nima (skoraj) nič opraviti s koristnostjo (angl. *utility*).⁴⁴

Nietzsche je po Linarellijevem mnenju do utilitarizma neizprosno kritičen v vseh njegovih ključnih predpostavkah in prvinah. Na najbolj temeljni ravni ga odklanja zato, ker se ne strinja s podmeno, da med dobrim in zlim obstaja jasna razlika, oziroma s tem, da lahko oboje razločno razmejimo. Drugače rečeno: Nietzsche zavrača preproste definicije, ki jih utilitarizem uporablja s ciljem, da bi utrdil aksiom »maksimizacije koristi« in, posledično, »največjega dobrega največjega števila« (angl. »*the greatest good for the greatest number*«). Nietzsche nasprotuje družbenemu ustroju, ki bi temeljil na »sreči in blagostanju največjega števila«. To bi bila zanj konstelacija, ki človeka pomanjšuje ter ga dela smešnega in podlega. Politična filozofija, ki se ustavi pri ekonomskem (utilitarističnem) merjenju človekovega blagostanja, je politična filozofija najslabše vrste. Linarelli iz navedenega izpelje sklep, da je tudi filozofija ali pač teorija prava, ki se osredotoča izključno na utilitaristično merjenje učinkovitosti in koristnosti pravnih norm in postopkov, v ničejanski perspektivi teorija nižje vrste.⁴⁵

3.2. Tostran in onstran pozitivizma in jusnaturalizma

Linarelli meni, da je bil Nietzsche na prvi pogled »pravni pozitivist«. ⁴⁶ Na to naj bi napeljevali tako njegovi eksplicitni uvidi v pojem prava kot tudi njegova kritika metafizike in idealizma (metafiziko in idealizem na primer primerja z grajsko ječo – človek, ki si ne upa spustiti se v globino svoje duše, beži iz sebe v drugo obzorje – op. B. F.). K Nietzschejevi »pravnofilozofski poziciji« je po njegovem prispevala konceptualizacija prava, ki je v Nemčiji in Franciji prevladala ob koncu 19. stoletja (tj. nemško-avstrijski pozitivizem).⁴⁷ Kljub temu lahko po njegovem ravno pozitivizmu, ki je konec 19. in v začetku 20. stoletja pravo razglasil za (domala matematično) znanost, izpostavimo najostrejši ničejanski kritiki.

⁴⁴ Prav tam. F. Nietzsche – tako Linarelli – ob tem ne zanika, da je čredni nagon, ki hlata predvsem po vsem, kar je ali utegne postati koristno, pomemben za človeško družbo, saj ohranja (čredno) skupnost.

⁴⁵ Prav tam. Linarelli (prav tam) pripominja, da je irski dramatik George Bernard Shaw, kot je splošno znano, v enem izmed svojih del zapisal misel, ki bi jo toplo pozdravil tudi Nietzsche: »Razumni ljudje se prilagodijo svetu, nerazumni pa, nasprotno, svet skušajo prilagoditi sebi – napredek človeštva torej sloni na nerazumnih ljudeh.«

⁴⁶ Prav tam.

⁴⁷ Prav tam.

To stališče Linarelli utemelji s kratko demonstracijo Nietzschejeve kritike moderne znanosti. Po Nietzscheju – tako Linarelli – bivajočega ne bi smeli zreducirati na razumsko preračunljivost in znanstveno preverljivost; življenja namreč ne kaže oropati njegove raznovrstnosti in protislovnosti. Dovzetnost in spoštovanje vsega, kar je skrito, negotovo, celo neizrekljivo, kar presega posameznikov »horizont«, je po njegovem drža pravega gentlemana in znamenje dobrega okusa. Znanost – v nasprotju s tem – po Nietzscheju s svojimi metodami raziskuje predvsem »povrhnje in zunanje razsežnosti bivanja«, tisto, kar je najbolj očitno, »kožo bivajočega«. Tovrstna znanstvena interpretacija sveta je po njegovem prepričanju »ena najbolj neumnih razlag sveta«. Zdi se – ugotavlja Linarelli –, da Nietzscheja skrbi predvsem to, da bi svet, če bi človeka, družbeno življenje, umetnost ipd. podredili strogi znanstveni metodi, postal mehanski in kot tak nesmiseln. Nietzsche je zavračal analitično metodo znanosti in sistematično mišljenje (»sistematiki so lažnivci«), od tod tudi njegov odklon do nemških znanstvenikov in nemške znanosti (v drugi polovici 19. stoletja je bil v Nemčiji in tudi sicer na kontinentu pozitivizem v izjemnem vzponu). Nemška znanost je imela oziroma ima po njegovem mnenju »slabo vest«. Na površini je znanstvenikovo delo prikazano kot proces objektivnega, nezainteresiranega odkrivanja resnice, kot hladna, čista, božanska dialektika, realno pa gre pri znanstvenem postopku za domneve, za abstrahirane in filtrirane »srčne želje« znanstvenikov, ki jih naknadno skušajo utemeljiti z »razumom«. Toda razum in razumski razlogi so izključno instrumentalna kategorija, ker ne morejo pojasniti, kaj je »dobro«; lahko so kvečjemu v službi »dobrega«. Znanstvena metoda je po Nietzscheju kratko malo postopek prikrivanja predsodkov. »Logiki so vraževerni in tudi logika je vraževerna.«⁴⁸ Te opazke lahko po Linarellijevem mnenju pripišemo tradicionalnemu pravnemu pozitivizmu in njegovim ostalinam v sodobni liberalni pravni teoriji. Normativistična pravna teorija, ki je, kot rečeno, v začetku 20. stoletja pravo definirala kot znanost, je zasnovala »čisto teorijo prava« in klasično metodo uporabe prava oziroma razlage pravnih aktov. Ta metoda je bila oprta na podmeno, da je postopek, po katerem se pravni igralec dokoplje do vsebine pravnega pravila, strogo znanstven (silogističen) in da je kot tak izključno rezultat razuma.⁴⁹

Linarelli ima najbrž prav. Nietzschejev apel pozitivistom in dogmatikom v znanosti je bržčas aktualen tudi, ko gre za pravne znanstvenike in filozofe. Vsem tistim, ki jim gre (je še kaj takšnih?) za čisto pravno znanost (očiščeno morale, vrednot, politike, ideologije itn.), Nietzsche sporoča, da racionalizem, ki se sklicuje na spoznavni apriorizem, ni nič drugega kot laična religioznost. Resnica v klasičnem racionalističnem smislu je fantazma. »Ne moremo k no-

⁴⁸ Širše glej prav tam.

⁴⁹ Prav tam.

beni drugi realnosti kot samo k realnosti naših nagonov ... Vsa verjetnost, vsa mirna vest, ves videz resnice izvira šele od čutov ...⁵⁰ Razlika med »resnico« in »lažjo« spada v obzorje razlike med »dobrim in zlim«, tj. v območje morale, zato moralne vrednote tičijo za vsemi drugimi, na videz avtonomnimi vrednotami. Tudi spoznavne vrednote, tj. vrednote znanosti in znanstvenosti, so zato navsezadnje moralne vrednote.⁵¹ »... imamo vse razloge za upanje, da je vse dogmatiziranje v filozofiji [prava – op. B. F.], pa naj se dela še tako slovesno, še tako dokončno in končno veljavno, nemara vendarle samo žlahtna otročarija in začetništvo.«⁵² Dogmatiki [med pravniki oziroma pravnimi znanstveniki] so prosto po Nietzscheju »poguben tip človeka«, ker zmotno izhajajo iz predpostavke, da obstaja spoznavni gon, ki slepo teži po resnici, in od njega ločen svet praktičnih interesov. Po Nietzscheju skozi vso zgodovino [pravne] filozofije in znanosti v zakulisju »čistih teoretikov« delujejo instinkti: boj različnih spoznavno-teoretičnih konceptov/modelov je boj določenih instinktov (vitalnosti, propada, stanov in etnosov); t. i. spoznavni gon je treba, če ga hočemo pravilno razumeti, speljati nazaj na vrednostno-interesno motiviran prisvajalni in obvladovalni gon.⁵³

Tudi Nietzschejev odgovor jusnaturalistom, ki govorijo o »naravi stvari« in »naravnem pravu«, iz katere(ga) naj bi izvirale in »na sebi« obstajale absolutne vrednote (Aristotel), je nedvoumen: »Najbolj bledeči med bledečimi, gospodje metafiziki, so Boga spremenili v 'absolutum', tj. 'stvar na sebi'«. ⁵⁴ Vera klasičnih naravnopravnikov⁵⁵ v neposredne gotovosti je prosto po Nietzscheju moralna naivnost. Tistim, ki so trdili ali nemara še vedno trdijo, da iz narave stvari prepoznamo resnično pravo in da je to pravo nespremenljivo, večno in univerzalno, odgovarja: »Kako bi moglo kaj nastati iz svojega nasprotja? Na primer resnica iz zmote. [...] Volja po resnici iz volje po prevari. [...] Za metafizike taki nastanki niso mogoči. Največ vredne stvari morajo imeti po njihovem mnenju lasten vir – iz tega minljivega sveta, iz te zmede slepila in pozele-nja jih ni mogoče izpeljati. [...] Nasprotno, njihov vzrok mora tičati v naročju biti, v neminljivem, v skritem bogu, v 'stvari na sebi' – tu in nikjer drugje.«⁵⁶

⁵⁰ Glej F. Nietzsche, nav. delo (1988), str. 43 in 77–78.

⁵¹ Prav tam, str. 287.

⁵² Prav tam, str. 7.

⁵³ Glej Ivan Urbančič, v: F. Nietzsche, nav. delo (1989), str. 372.

⁵⁴ F. Nietzsche, nav. delo (1989), str. 286–287.

⁵⁵ O klasičnem naravnem pravu in naravnopravni teoriji glej npr. Marijan Pavčnik: Teorija prava: prispevek k razumevanju prava (4., pregledana in dopolnjena izdaja, 1. natis). GV Založba, Ljubljana 2011, str. 482–494.

⁵⁶ Glej F. Nietzsche, nav. delo (1989), str. 286–287. Nietzschejev odgovor na stališče klasičnih naravnopravnikov, da je (krščanski) Bog edini gospodar in zakonodajalec, da je

Tudi do »sekularne« racionalistične različice naravnopravne teorije je Nietzsche neprizanesljiv. Ta teorija, kot je znano, temelji na prepričanju, da obstajajo naravnopravna pravila in načela, ki jih odkriva razum, da je naravno pravo, ki ga spozna razum, splošno veljavno in nesporno vsebinsko pravilno, da ima človekov razum moč, da spozna, kaj je zanj koristno in kaj škodljivo, in da sta poglobitni zapovedi naravnega zakona in morale »delaj dobro« in »izogibaj se zlu« (tako na primer Grotius).⁵⁷ Tudi prepričanju, da je krivično vse, kar je v nasprotju z občestvom bitij, ki uporabljajo razum, Nietzsche kakopak nasprotuje. Zanj je racionalizem, ki se sklicuje na spoznavni apriorizem, »nevarna, življenje spodkopavajoča sila«. Alternativa religiozni morali po njegovem ne sme biti v novih (npr. racionalnih) metafizičnih moralnih idealih. Od Platona naprej, od nastanka filozofije kot metafizike naprej se po Nietzschejevem mnenju filozofi prehitro nekritično zadovoljijo s predpostavkami morale. Najhujša, najdalgotrajnejša in najnevarnejša vseh zmot dogmatikov je bila po njegovem Platonova iznajdba »dobrega na sebi«: »Tako spregovoriti ... se pravi postaviti resnico na glavo in zatajiti perspektivnost, sam temeljni pogoj vsega življenja.«⁵⁸ Doslej po njegovem nismo niti najmanj podvomili o tem, da je »dobro« več vredno kot »zlo«, čeprav bi v »dobrem« lahko ležal tudi simptom nazadovanja, tako da bi bila prav morala nevarnost nad nevarnostmi.⁵⁹ Moralno perspektivo (v refleksiji prava) je zato treba prosto po Nietzscheju nadomestiti z imoralno pozicijo. Morala kot »dobro na sebi« ne more prihajati iz onostranstva (od Boga) ali sekularnih (racionalnih) metafizičnih idealov, ker je po Nietzscheju človekova presežnost onkraj dobrega in zlega.

Če privolimo v to, da obstajajo naravni zakoni, do katerih se lahko »dokoplje« z razumom, se – v ničejanski perspektivi – prepustimo praznoverju (moderna »racionalna« miselna tradicija je po Nietzschejevem mnenju prepojena s praznoverjem). Sklicevanje na »naravne zakone« je – če pogledamo skozi Nietzschejeva očala – pretežno interesno motivirana različica »interpretacije« sveta, ki je samo ena v množici različnih možnih interpretacij. Ko naravnopravni teoretiki omenjajo »naravo«, to počnejo s predsodkom in namenom, da bi podprli in legitimirali svoj »politični in etični program«. Povedano drugače, naravnopravna teorija, ki si prizadeva, da bi pravni red utemeljila na (človekovi) naravi, v resnici počne ravno nasprotno: določa vsebino (človekove)

izvor, promulgator in razsodnik »višjega prava« (Cicero, Akvinski), najdemo v predgovoru h *Genealogiji* (v njem je zapisal, da je »že kot trinajstletni deček Bogu izkazal čast in ga naredil za očeta zla«).

⁵⁷ Širše o racionalistični različici naravnopravne teorije glej npr. M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 488–493.

⁵⁸ Glej F. Nietzsche, nav. delo (1988), str. 8.

⁵⁹ Prav tam, str. 212–213.

narave. Skozi idejo o »naravnem pravu« prosto po Nietzscheju določena volja do moči (in z njo določena vrednostna in politično-ideološka vizija družbe) oblikuje svoja izhodišča in na ta način ustvarja avtoritativni temelj svoje »legitimnosti«. V moderni dobi prosto po Nietzscheju na splošno spregledujemo, da so naše interpretacije sveta zgolj in samo konvencije in da jih prelahkotno projiciramo v zunanji svet; teorijo spreminjamo v realnost in obratno.⁶⁰

Z opiranjem na Nietzscheja lahko »odgovorimo« tudi Finnisovi sodobni izpeljanki jusnaturalizma.⁶¹ Na njegov seznam absolutnih dobrin oziroma vrednot Nietzsche odgovarja podobno kot drugim metafizikom: objektivne stvarnosti, torej tudi objektivnih/absolutnih »vrednot na sebi«, ni. Nekatere Finnisove absolutne dobrine (na primer njegov nabor »osnovnih zahtev praktične razumnosti«) bi Nietzsche najverjetneje označil za »vstajo proti odličnim vrednotam«. Finnis kot eno najbolj pomembnih navaja načelo, da nihče nikoli ne sme ravnati na način, ki bi ogrozil osnovne dobrine, ne glede na morebitne koristi takšnega ravnanja. Kot primer takšnega ravnanja omenja laž, ker ta nasprotuje resnicoljubnosti.⁶² Nietzsche na to odgovori, da »o tem, kaj je 'resnicoljubnost', ni bil še nihče zadosti resnicoljuben« in da »je v laži nedolžnost, ki je znamenje dobre vere v stvar«.⁶³ Vera v »neposredne gotovosti« je po njegovem moralna naivnost, ki »... je nam filozofom v čast: ampak – ne bodimo vendar samo moralni ljudje ... saj je samo moralni predsodek, da je resnica več vredna kakor videz; ne more biti življenja, če ne na podlagi perspektivčnih vrednotenj in navideznosti. [...] Ja, kaj nas sploh sili k domnevi, da obstaja bistveno nasprotje med 'resničnim' in 'zlaganim'?«⁶⁴

Na Finnisovo načelo praktične razumnosti, po katerem mora vsak posameznik (in tem bolj tisti, ki se ima ali ga imajo za intelektualca – op. B. F.) oblikovati racionalen življenjski načrt, Nietzsche odgovarja, da je – nasprotno – ravno nepremišljenost, neprevidnost, srčnost itn. tisto, kar ohranja komaj razumljeno svobodo, vedrino življenja in življenje samo.⁶⁵ Življenje je, po Nie-

⁶⁰ Nietzsche ni bil samo kritik, temveč, po svoje, tudi protagonist naravnopravne teorije (mimogrede: nekateri, denimo Martin Heidegger, mu tudi sicer očitajo, da je bil navkljub vsej kritiki dogmatikov in metafizikov prav on sam največji ali nemara celo zadnji metafizik). Protagonist zato, ker nesporno ima idejo oziroma vizijo »dobrega«, tj. dobrega »na sebi«, pri čemer ta vizija temelji na etičnih predpostavkah oziroma imperativih, ki so pogoj za tisto, čemur, med drugim, pravi »imenitna morala«.

⁶¹ Glej John Finnis: *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press, Oxford, New York 2011. Ključne poudarke Finnisove izpeljave naravnopravne teorije povzemam po J. Linarelli, nav. delo, str. 237–272.

⁶² Glej prav tam.

⁶³ Glej F. Nietzsche, nav. delo (1988), str. 42.

⁶⁴ Prav tam.

⁶⁵ Prav tam, str. 32.

tzscheju, rast in samopreseganje. Že prej smo zapisali, da je »človeška narava« kot kulturni konstrukt tisto, kar moramo po Nietzscheju, kot se zdi, preseči. Tudi Finnisovi zahtevi po odsotnosti izključujočih preferenc glede temeljnih dobrin/vrednot bi Nietzsche skoraj zagotovo ugovarjal. Po njegovem videnju je človekova temeljna vrednota »volja do moči« in »samopreseganje«, ki sta bistveni komponenti njegovega zasnutka »nadčloveka«, čeprav Nietzsche, po drugi strani, vztraja, da »višji človek« ne obvisi na ničemer razen na sebi in svoji samosvojesti. Enako velja tudi za Finnisovo zahtevo po odsotnosti izključujočih referenc glede soljudi: Nietzsche je kot filozof imenitnega človeka oziroma »svobodnega duha« cenil neprimerno bolj kot črednega »zadnjega človeka«. Glede načela »previdnosti pri partikularnih življenjskih projektih« se Finnis in Nietzsche – čeprav na povsem različnih predpostavkah – v glavnem strinjata. Čeprav je »svobodni duh« objesten kot ptica, se mora znati obvarovati: to je za Nietzscheja najmočnejši preizkus neodvisnosti.⁶⁶

Ideja/teorija o obstoju naravnega prava in tem bolj Finnisova izpeljanka te ideje je za Nietzschejev filozofski okus – če malce špekuliramo – obenem preveč »krščanska« in preveč »sokratična«. Linarelli na primer meni, da bi Finnisov ideal temeljnih dobrin in praktične razumnosti v ničejanski optiki človeško življenje sprevrgel v »nekaj, kar je še najbolj podobno Evripidovi drami« (Nietzsche je Evripida razglasil za »rablja« grške tragedije, ker naj bi iz grške dramatike odstranil dionizične prvine).⁶⁷ Po njegovem bi Nietzsche Finnisovi teoriji zelo verjetno očital apoliničnost in nedovzetnost za njej nasprotno dimenzijo človeškega življenja – dionizičnost.⁶⁸ S to poanto Linarelli po mojem videnju nakaže, da implikacije ničejanske kritike moderne teorije in filozofije prava sežejo še precej dlje od kritike (sodobne) racionalistične naravnopravne teorije.

Apolinični princip, ki naj bi po Nietzscheju prevladal v moderni umetnosti in moderni znanosti (glej prej), je, kot se zdi, prevladal tudi v moderni pravni znanosti in filozofiji prava. Principa apoliničnega in dionizičnega pri Nietzscheju kot rečeno ponazarjata nasprotna temeljna tipa občečloveškega izkustva, ki jima načeloma lahko pridružimo tudi umetniško in znanstveno izkustvo. Nietzsche apolinično pojmuje kot razumnost in sorazmernost, dionizično pa naj bi, nasprotno, pomenilo človekovo instinktivno in imaginativno dimenzijo. Pojem apolinično izraža težnjo po enotnem, ki meri, dela

⁶⁶ Glej prav tam, str. 32–51, 107–125 in 125–149.

⁶⁷ Glej J. Linarelli, nav. delo, str. 248. V Evripidovih delih so – tako Nietzsche – zgodbe o junaških, imenitnih ljudeh zamenjale zgodbe o običajnem človeku, ki mu, kot rečeno, Nietzsche pravi »čredni«, »zadnji«, »grdi človek« ipd.

⁶⁸ Prav tam.

jasno, pregledno, razločno, nedvoumno, konsistentno, hierarhično, učinkovito itn.⁶⁹ Na drugi strani pojem dionizično opredeljuje veselje do spočenjanja, do novega, neustaljenega, ne-rednega, neobičajnega in nenavadnega, občutek nujnosti ustvarjanja in razgrajevanja. Iz tega potemtakem sledi, da pojem dionizično odraža ekspresivni, sublimni in imaginativni vidik pravnofilozofske refleksije, pojem apolinično pa njeno formalnologično in racionalno komponento. Zdi se, da je (bil) antagonizem teh dveh naravnih sil v vsej zgodovini pravne misli gibal njenega razvoja in da se oba principa z različno stopnjo intenzivnosti v različnih paradigmah in smereh pojavljata skozi vso zgodovino teorije in filozofije prava. V dominantnih smereh modernega pravoznanstva je – če parafraziramo Nietzscheja – prevladal »apolinični« princip (beri: racionalnost), dionizični princip, tj. domišljija (imaginacija), sublimacija in podobni »goni«, pa je odrinjen na stranski tir (primer takšne smeri v moderni pravni teoriji je bila »čista teorija prava«, med novejšimi smermi pa zlasti »ekonomska šola prava« – obe sta bili prej izpostavljeni v luči ničejanske kritike). Podobno velja tudi za tiste novejšje smeri v liberalni teoriji prava, ki so nekakšna mešanica pozitivizma in racionalistične naravnopravne teorije, precej manj pa za tiste, ki se – denimo Dworkinova »interpretativna teorija prava« – bolj ali manj utemeljeno pozicionirajo onstran obojega – pozitivizma in jusnaturalizma.⁷⁰

V tem, da je apolinično (beri: racionalizem) v filozofiji prava domala absolutno prevladalo nad dionizičnim, bi morali – prosto po Nietzscheju – prepoznati precejšnjo zagato in najbrž tudi vzrok današnje krize prava in pravnega mišljenja. Vitalna, živa filozofija prava (Nietzsche bi dejal »vesela pravna znanost«) je sinteza apoliničnega in dionizičnega in kot taka potencial pravne oziroma pravnofilozofske sublimacije in imaginacije. Imaginacija in skozi njo »tragična modrost« sta prosto po Nietzscheju, kot se zdi, tista komponenta pravnofilozofske refleksije, ki je etično in kulturno bolj dragocena od racionalistične pravnofilozofske vednosti, kar seveda ne pomeni, da slednja ni pomembna. Pot – četudi zasilna – iz krize, v kateri se je znašla moderna refleksija prava, je morda nakazana prav na njenih robovih, v prezrtih in marginaliziranih idejah in pogledih – tam, kjer pravoznanstveni in pravnofilozofski mainstream praviloma prepozna »negativno jurisprudenco«, tj. nekoristne, škodljive in nevarne ideje, se nemara skriva njegov največji potencial. Navsezadnje kar pri Nietzscheju (*sic!*).⁷¹

⁶⁹ Glej B. Flander: *Kriza prava: odbléski kritične jurisprudencje*. Fakulteta za varnostne vede, Univerza v Mariboru, Ljubljana 2012, str. 174–176.

⁷⁰ Glej prav tam.

⁷¹ Glej prav tam.

3.3. Nietzschejeva genealogija kazni (implikacije Nietzschejeve refleksije prava v filozofiji kazenskega prava)

O pomenu Nietzschejeve misli za filozofijo kazenskega prava in razumevanje problema kaznovanja sem pisal že pred časom,⁷² zato kaže na tem mestu zgolj na kratko ponoviti nekatere temeljne ugotovitve. Podobno kot za njegovo refleksijo prava na splošno tudi za njegovo refleksijo kazni in kaznovanja velja, da jo je (kazensko)pravna znanost v preteklosti bolj ali manj prezrla in da od nje – kot bi rekel Nietzsche – »ni znala jemati«. V monografijah, razpravah in tem bolj učbenikih s področja kazenskega prava in penologije se citiranje najpomembnejših protagonistov refleksije kaznovanja praviloma izteče brez omembe »pajčevinarja duha« (izjema, ki potrjuje pravilo, so prispevki postmodernističnih pravnih filozofov). To je po svoje razumljivo, saj Nietzsche – v nasprotju z Beccariem, Benthamom, Kantom, Heglom, Hartom in nekaterimi drugimi velikani filozofije prava – v svojih spisih ne razgrne sistematične pravnofilozofske refleksije kaznovanja. Kljub temu je nesporno, da kazen in kaznovanje problematizira v skoraj vseh svojih besedilih (njegovi uvidi so večinoma razdrobljeni, neredko tudi dokaj izmuzljivi in zagonetni), zanj neobičajno celovito pa se tej tematiki posveti v *Genealogiji*.⁷³

V čem je torej bistvo Nietzschejeve refleksije kazni, če jo soočimo s »konvencionalno« liberalno teorijo kazni in kaznovanja? Kaj pomeni misliti kazen in kaznovanje v ničejanski perspektivi? V katero (če sploh katero) tradicionalno ali netradicionalno smer filozofije kaznovanja (retributivizem, utilitarizem, klasicizem, pozitivizem, neopozitivizem, abolicionizem, restorativizem, marksizem, neomarksizem, postmodernizem itn.) spada Nietzschejeva refleksija kaznovanja? Čeprav njegov uvid ni revolucionaren, je očitno, da se precej oddalji od »uradne« kazenskopravne teorije in filozofije kaznovanja. Misliti kaznovanje v ničejanski perspektivi(čnosti) pomeni misliti neesencialistično in imoralistično, tj. onstran ustaljenih (tradicionalnih) načinov opredeljevanja »bistva« kazni, njene (ne)legitimnosti in njene funkcije.⁷⁴

Nietzsche ni niti retributivist niti utilitarist in še manj križanec obojega (»čute je treba stegovati po novi hrani, novem soncu in novi prihodnosti, ker je svet še bogat in neodkrit«).⁷⁵ Retributivna teorija/ideologija kaznovanja – njena žlahtna predstavnika sta denimo Kant in Hegel – temelji na predpostavki, da je kaznovanje poplačilo (retribucija) »dolga« storilca do družbe (njegov dolg je nastal, ko je posegel v njene kazenskopravno varovane temeljne vrednote) in

⁷² Glej B. Flander, nav. delo (2011), str. 125–140.

⁷³ Glej prav tam.

⁷⁴ Prav tam.

⁷⁵ F. Nietzsche, nav. delo (2005), str. 375.

do konkretne žrtve. Kazen v očeh retributivistov ne more biti nikoli uporabljena samo kot sredstvo za doseg nečesa, kar je koristno bodisi za prestopnika bodisi za družbo; naložiti jo je treba zgolj zato, ker je bil storjen zločin, saj človeškega bitja ne smemo obravnavati samo kot sredstvo – če to storimo, mu odrečemo naravo svobodnega bitja. Krivda je za retributivista obenem nujen in zadosten pogoj (upravičenosti) kaznovanja, ne glede na morebitno (ne)koristnost kazni. Vsako razumevanje kaznovanja, ki ne bi dosledno temeljilo na retribuciji, je za retributivista odklon od stroge zahteve pravičnosti. Bilo bi tudi nemoralno, ker bi do subjekta kaznovanja izkazovalo nespoštljiv odnos (upoštevalo bi ga kot sredstvo, ne kot svobodno bitje in cilj na sebi). Ta ideologija kaznovanja se, dalje, v večini svojih izpeljav opira na starozidovsko načelo *ius talionis* (»oko za oko«, »zob za zob«). Po tem načelu je legitimna tista oblika oziroma način kaznovanja, ki temelji na čim večji simetriji med zločinom oziroma prestopkom in kaznijo zanj. Za morilca je skladno s tem načelom in retributivno teorijo kaznovanja edina (u)pravič(e)na kazen smrtna kazen. Kant je, na primer, menil, da bi morali biti v družbi, ki bi s soglasjem njenih članov razpadla, pred njenim razpadom vsi obsojeni morilci usmrčeni, v nasprotnem primeru ta družba ne bi bila zares pravična.⁷⁶

V nasprotju z retributivisti Nietzsche načeloma ne zavrača možnosti, da družba z zločincem in zločinom, ki ga je storil, sklene kompromis. Pravičnost, ki se na primitivni stopnji razvoja začne z retributivno logiko »vse je odplačljivo, vse se mora poplačati«, se po Nietzscheju na višji razvojni ravni konča s tem, da »zna pogledati skozi prste« in tistega, ki svojih »dolgov« do družbe in njenih članov ni zmožen plačati, pusti pri miru. Konča se – »kot vse dobre stvari na zemlji« – s samoukinitvijo (ta samoukinitvev pravičnosti, tako Nietzsche, sliši na ime milost). Še več, po Nietzscheju si sme zdrava in močna družba privoščiti »najiminitnejši luksuz, ki ga lahko ima – da storilca sploh ne kaznuje«.⁷⁷ Morala, na katero se opirajo retributivisti, je po Nietzschejevem prepričanju morala resentimenta (tj. morala nižje vrste, suženjska morala), ki pravičnost utemeljuje na občutku prizadetosti. Nietzsche nasprotuje predpostavki retributivne ideologije kaznovanja, po kateri zlo, ki ga je storil zločinec oziroma prestopnik, *sine qua non* pooblašča skupnost, da tudi njemu prizadene zlo, ne da bi pri tem ravnala nepravilno – domovine pravičnosti (kaznovanja) po njegovem namreč ne smemo iskati v reaktivnih občutkih. Nietzsche je, kot se zdi, v nasprotju z retributivisti prepričan, da tudi krivda sama po sebi še ne

⁷⁶ Glej B. Flander, nav. delo (2011), str. 125–140.

⁷⁷ Prav tam. Tu, kot rečeno, jedrnato povzemam spoznanja analize, ki sem jih podrobneje predstavil v razpravi Vaja iz »višje« penologije: Nietzschejeva genealogija kazni, zato so neposredne reference na Nietzschejeve misli tukaj namerno opuščene (bralec jih bo našel v omenjeni razpravi).

zadostuje za izrek in izvršitev kazni, saj tisti, ki sodijo in kaznujejo, nimajo toliko opravičiti s »krivcem« kot s povzročiteljem škode oziroma z bolj ali manj neodgovornim primerkom usode (»Kos granita ni odgovoren za to, da je granit ...«).⁷⁸

Retributivisti se torej sklicujejo na to, da je v družbi kazen neizogibna za zagotavljanje morale, pravičnosti in svobode, pri čemer vsi po vrsti zagovarjajo kaznovalno represijo *in extremis* (tj. smrtno kazen). »Nihilistu« Nietzscheju, v nasprotju z njimi, za omenjene svetinje humanizma na prvi pogled ni kaj dosti mar, a kljub temu kaznovalnemu nasilju ne zaploska (mimogrede: Nietzsche je neke v svojih spisih Kanta označil za »pajčo nesrečo s krščansko dogmatskim drobovjem«). Če se še tako trudimo, v njegovih besedilih ne najdemo fragmenta, ki bi ga napravil za apologeta smrtne kazni. Nietzsche, podobno kot Hegel, nasprotuje utilitarističnemu stališču, da kazen kot zlo, ki sledi zločinu, potencialno proizvaja nekaj »dobrega«, denimo preprečuje ponovitev oziroma storitev zločina storilcu ali drugim posameznikom. Nietzsche bi se s Heglom najbrž strinjal, da zasnovati kazen na načelu posamičnega ali splošnega zastraševanja oziroma odvracanja pomeni »oponašanje človeka, ki dvigne palico nad psa«, vse prej kot soglašal pa bi s njegovo tezo, da je pri zločinu ravno kazen tisto, na čemer naj bi temeljila pravo in pravica (Hegel je prepričan, da zločin ustvari krivico, kazen pa jo izniči, pri čemer naj bi bila kazen storilčeva pravica). Nietzsche na to heglovsko dialektiko ne pristaja: njegov pogled na kazen in kaznovanje je, kot rečeno, neesencialističen in imoralističen ter potemtakem tudi »antiheglovski«. Kazen je po njegovem vse prej kot pravica; primerja jo s pošastjo in plevelom, ki do neke mere sicer kroti človeka, a ga bolj kot to hkrati tudi poneumlja.⁷⁹

Tudi temeljnim premisam utilitarne ideologije je Nietzsche vse prej kot naklonjen. Utilitarist je, v nasprotju z retributivistom, pragmatik: zastraševalni, prevzgojni, resocializacijski ali kakšen drug namen oziroma učinek kazni je v utilitarni optiki pomembnejši od retribucije. Ta ideologija kaznovanja moralnosti in legitimnosti kaznovanja ne utemeljuje z izvirnim zlom zločinskega dejanja, temveč s prispevkom kaznovanja k dobrobiti družbe (izhaja iz premise, da je družbena korist moralno potreben in obenem tudi zadosten razlog in pogoj za kaznovanje). Utilitarno ideologijo kaznovanja so, med drugim, posvojili tako imenovani humanisti (ti sicer neradi govorijo o zastraševanju – beseda, ki jim je bolj pri srcu, je odvracanje), ki se jim mudi postaviti tudi dodatni temeljni pogoj upravičenosti kaznovanja – krivdo (*Nulla poena sine culpa!*).⁸⁰ Nietzsche

⁷⁸ Širše glej prav tam.

⁷⁹ Glej prav tam.

⁸⁰ Glej prav tam.

(prej smo pokazali, da je utilitarni ideologiji že v načelu nenaklonjen) utilitarni teoriji kaznovanja nasprotuje s stališčem, da kazen človeka sicer do neke mere kroti (edini smoter iz utilitarističnega repertoarja utemeljevanja kazni, ki mu kot potencialno učinkovitemu pusti priprta vrata, je zastraševanje, ki pa po njegovem – tako kot kazen sama – v prvi vrsti poneumlja), vendar ga ne dela boljšega (prej nasprotno). Nietzsche potemtakem torej dvomi predvsem o tisti utilitaristični različici upravičevanja kaznovanja, ki smoter kazni prepozna v prevzgoji in resocializaciji obsojenca.⁸¹

Po Nietzscheju je kazen preobložena z (utilitarnimi) koristnostmi, ki niso uradno pripoznane. Po njegovem videnju je danes nemogoče določno reči, zakaj se pravzaprav kaznuje: zgodovina »izrabljanja kazni za najrazličnejše smotre« je po njegovem pojem kazni kristalizirala v enotnost, ki jo je težko razvozlati, analizirati in definirati. Zdi se, da prosto po Nietzscheju k problemu kaznovanja (v izhodišču) ne smemo pristopiti utilitaristično, temveč iz najširšega možnega nabora zornih kotov oziroma – v jeziku, ki ga uporablja Nietzsche – perspektivno. Kolikor več različnih oči bo filozof kazenskega prava znal upreti v svojo »stvar«, toliko popolnejši bo njegov »pojem« te stvari, njegova »objektivnost«. Po drugi strani Nietzsche trdi, da tisti, ki kazen upravičujejo s takšnimi in drugačnimi smotri oziroma koristmi, neredko napačno razumejo razmerje med »izvorom« in »namenom«. Če parafraziramo Nietzscheja, je koristnost oziroma namembnost kazni samo znak za to, da je v nekem času in prostoru določena volja do moči prevladala nad drugo in kazni vtisnila pomen neke funkcije. Zgodovina nekega pojava, denimo kazni, je zato v ničejanski perspektivi neprekinjena veriga vedno novih interpretacij. V kazni se skozi čas prerazporeja množica pomenov, ki se v različnih okoliščinah zgošča v enotnost, ki jo je težko razvozlati in definirati (definirati je po Nietzscheju mogoče zgolj to, kar nima zgodovine). Skratka, kazen ima, če jo gledamo skozi Nietzschejeva očala, vedno več namenov oziroma funkcij, pri čemer njene namenski ni mogoče omejiti na paradigmo uradno/avtoritativno razglašanih (in predpisanih) smotrov. Ključno Nietzschejevo sporočilo »humanistom«, ki upravičeno (sorazmerno) kazen upravičujejo s takšnimi in drugačnimi smotri in nameni, je, kot se zdi, naslednje: nemogoče je z gotovostjo trditi, zakaj se pravzaprav v določenem času in prostoru sploh kaznuje. Neprestano poteka boj za prevlado določene resnice o kaznovanju nad drugo – smotri kaznovanja so proizvod diskurzov (volje do) moči in oblasti. Še več: kazen se med drugim »hrani« s smotri, ki so latentni in nimajo kaj dosti zveze z »uradnimi« nameni kaznovanja.⁸²

⁸¹ Glej prav tam. Glej tudi Zoran Kanduč: Nekateri vidiki krize kaznovalnega sistema, v: *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, Ljubljana, (1993) 4, str. 338–352.

⁸² Širše glej prav tam.

Je Nietzsche (ki med drugim zapiše, da ni hujšega plevela od kaznovanja, in ljudi dobre volje pozove, naj pomagajo, da se bo pojem kazni, ki se je bohotno razrasel po svetu, z njega odstranil) potemtakem abolicionist? Je utopist, ki se izreče za ukinitve kazni? Zdi se, da ne. »Pajčevinar duha« ne zavrača možnosti, da bi v nekaterih primerih kazen zapora (»sprememba zraka«) na zločinca in tiste (posameznike ali dobrine), ki bi jih utegnil ogroziti, delovala blagodejno. V tem, da bi zločinec določen čas živel prikrajšan za svobodo, da bi bil zavarovan pred sabo in svojim »tiranskim nagonom«, Nietzsche vidi potencialno »prednost«, vendar ob tem pripomni, da mora to ostati skrajno sredstvo (*ultima ratio*). Po njegovem je treba storiti vse, da se zločincu »povrne pravi pogum in svoboda srca«. Zločincu je treba pokazati, kako »lahko škodo, ki jo je nemara zadal nemu, izravna in preseže z dobrim dejanjem, ki ga stori drugemu ali nemara skupnosti«. (Tu se Nietzsche po mojem videnju predstavi kot zagovornik tistega, kar sodobna refleksija kaznovanja imenuje »restorativna« oziroma »transformativna pravičnost«.) To po njegovem kaže storiti »kar se da obzirno«, po možnosti tako, da bosta neoporečnost njegovega dobrega glasu in njegovo prihodnje življenje čim manj ogrožena (tu se zoperstavi stigmatizaciji storilca bodisi kot smotru bodisi kot stranskemu učinku kaznovanja). Čas za kaj takega, ugotavlja Nietzsche, očitno še ni prišel (podobno lahko ugotovimo sto dvajset let pozneje – op. B. F.).⁸³

Kljub temu da bi bilo škodo možno v številnih primerih v celoti ali vsaj delno popraviti, se, kot ugotavlja Nietzsche, hočemo prestopniku maščevati in s tem namenom uporabimo sodišča. To za zdaj še drži pokonci naše – tako Nietzsche – »nagnusne kazenske ureditve«, skupaj »z njihovo kramarsko tehtnico« in »odmerjanjem kazni za krivdo«. »Pajčevinar duha« se sprašuje, ali tega ne bi mogli preseči. Občutek življenja bi bil po njegovem neprimerno lažji, če »bi se skupaj z verovanjem v krivdo rešili tudi starega nagona po maščevanju«, če bi »delali dobro njim, ki so nas žalili«, in če bi »po krščansko blagoslavljali naše sovražnike«. Pojem greha bi po njegovem kazalo »spraviti s sveta in za njim še pojem kazni«. Ti dve pošasti bi morali po Nietzscheju »v prihodnje živeti kje drugje, ne med ljudmi, če že hočeta živeti in ju ne bo pokončal njun lastni gnus«.⁸⁴

Da je utopist, ki zagovarja ukinitve kazni, za Nietzscheja ne moremo reči, je pa gotovo zagovornik njene »skrajno varčne uporabe«, »minimalne uporabe kazenskega prava« in alternativnih načinov ukvarjanja z zločinci/storilci, se pravi smotrov, ki jih dandanes zagovarjajo le tako imenovani zmerni abolicionisti. Ko gre za (vero v) kaznovanje in izrekanje kazni, se kaže, če prisluhnemo Nie-

⁸³ Glej prav tam.

⁸⁴ Glej prav tam.

tzscheju, čim bolj brzdati, vendar ne zato, ker je – kot nas poučijo humanisti – kazni »zlo na sebi«, ampak zato, ker se »posvečuje« bodisi z moralo sužnjev (resentiment) bodisi s »kramarsko« filozofijo, ki človeka pomanjšuje.⁸⁵

Prikaz velja končati z mislijo, s katero smo sklenili tudi poglavje v članku, katerega spoznanja smo tukaj skušali povzeti: kljub tonu, ki je na prvi pogled že kar radikalno abolicionističen, Nietzsche, kot rečeno, ne trdi, da bi »žival-človek« lahko shajala brez kazni. Trdi nekaj drugega, precej bolj usodnega: »da je do sedaj vzgojo človeškega roda vodila domišljija ječarjev in rabljev« in da sta pojma krivde in kazni (ki po njegovem izvirata iz morale resentimenta) več kot zgodovinska stalnica – sta eno od torišč bojda superiorne kulture, ki naj bi se začela s smrtjo na križu in ki tudi zaradi svoje obsesije s »krivdo« in »kaznijo« strumno koraka po poti nihilizma.⁸⁶

4. NAMESTO SKLEPA

Nietzsche je brez dvoma izrazilo samosvoj pravni mislec. Prvaka med svobodnimi duhovi bi namreč težka umestili v to ali ono pravnofilozofsko šolo ali smer. Nekateri so v njem, kot smo videli, prepoznali pravnega pozitivista, drugi jusnaturalista, tretji pravnega pragmatika, četrti postmodernista itn. Tudi tu imajo – ko gre za Nietzscheja – vsake oči svojega »malarja«. Čeprav iz nekatereh njegovih eksplicitnih uvidov v pojem prava in pravne oziroma pravnofilozofske kategorije na prvi pogled nemara res veje pozitivističen duh, bi bila, ko gre za Nietzscheja, oznaka »pozitivist« bistveno preozka: do pozitivizma (in z njim povezane vere v znanstveno vednost) je bil izrazito kritičen. Podobno velja tudi za razmerje, ki naj bi obstajalo med njim in jusnaturalizmom. Nietzsche je pravni filozof, ki je, podobno in obenem drugače kot na primer kakšen Dworkin, tostran in onstran obojega: pozitivizma in jusnaturalizma, kot tistih (na prvi pogled nasprotujočih si) koordinat, ki v takšnih in drugačnih odtenkih od nekdanj zarisujeta teren pravnofilozofskega diskurza. Po mojem mnenju Nietzscheja lahko – če mu že moramo pripeti »etiketo« – označimo za

⁸⁵ Glej prav tam. Nietzsche v enem od fragmentov *Somraka malikov* pravi, da je »'svobodna volja' najbolj razkričana umetnija teologov, kar jih je, da bi z njo ljudem po svoje naprtili 'odgovornost', se pravi, 'jih napravili odvisne od sebe ... – Povsod, kjer iščejo odgovornost, po navadi iščejo instinkt *sle po kaznovanju in sojenju*. Postajanju so vzeli nedolžnost, ko so vsakršno takost speljali nazaj na voljo, na namene, na dejanja odgovornosti: nauk o volji je bil v bistvu izumljen zaradi kaznovanja, se pravi, ker *hočemo najti krivdo*. [...] Danes ... si mi imoralisti... na vso moč prizadevamo spet spraviti s tega sveta pojem krivde in kazni in očistiti od njih psihologijo, zgodovino, naravo, družbene institucije ...« Glej F. Nietzsche, nav. delo (1989), str. 42–43.

⁸⁶ Glej B. Flander, nav. delo (2011), str. 125–140.

hermenevtika⁸⁷ ali nemara še bolje za »pravnega metafilozofa«. ⁸⁸ Nietzschejeva refleksija prava, ki je, kot smo videli, navdihnila nemajhno število pravnih teoretikov in filozofov (zlasti tistih, ki pripadajo kritični paradigmi v filozofiji prava),⁸⁹ je obenem »negativna« (kritična, dekonstruktivna) in »pozitivna« (afirmativna, konstruktivna). Ruši nekatere stare pravnofilozofske »resnice« in gradi nove. Tisti, ki ga imajo kratko malo za »škodljivega nihilista« in »nebodigatreba« v refleksiji prava, njegovih spisov najbrž niso brali ali pa jih niso prav dobro razumeli. Pravni filozof Nietzsche je nihilist, ki je – v nasprotju s tipom pravnika in pravnega filozofa, ki dandanes prevladuje – nihilizem presegel (*sic!*).

⁸⁷ Tako npr. uvodnik v F. J. Mootz III in P. Goodrich, nav. delo, str. xvi.

⁸⁸ Če bi sledili tistim, ki Nietzscheja označujejo za antifilozofa, bi ga lahko opredelili tudi kot pravnega antifilozofa. Predpone anti- tu ne gre razumeti kot nasprotovanje filozofiji prava kot taki ali v imenu česa drugega. Prav tako ne gre, vsaj ne v ključnem pomenu te predpone, za kategorično odklanjanje njenih bolj ali manj splošno sprejetih predpostavk in stališč. Diskurz, ki ga vodi pravni antifilozof, ne nastaja na osnovi že uveljavljenih pravil pravnega filozofiranja, o njem ni mogoče soditi s pomočjo neke določajoče sodbe o tem, kaj pravno filozofiranje je. Ta pravila so – med drugim – tisto, kar njegov diskurz stalno problematizira in redefinira.

⁸⁹ Širše o razmerju med Nietzschejem in kritično teorijo prava glej Adam Gearey: *We fearless: Nietzsche and Critical Legal Studies*, v: F. J. Mootz III in P. Goodrich, nav. delo, str. 291–338.

PROBLEM IZBIRE PRAVNE PODLAGE PRI ODLOČANJU O IZBRISNI TOŽBI ZARADI SPREMEMB ZEMLJIŠKOKNJIŽNE ZAKONODAJE*

Jasna Hudej,

*univerzitetna diplomirana pravnica, višja pravosodna svetovalka
na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije*

1. UVOD

Pravna varnost, ki je ena bistvenih prvin pravne države, zahteva notranje usklajen in relativno stabilen (trajen) pravni sistem. Vendar pa to ne pomeni, da se pravo ne sme spreminjati. Spremembe zakonodaje, zlasti v primerih, ko to narekujejo spremenjene družbene razmere, so namreč nujne, da lahko pravo opravlja svojo funkcijo. Pri posegih v obstoječo pravno ureditev mora zakonodajalec spoštovati človekove pravice in temeljne svoboščine ter upoštevati načelo prepovedi retroaktivne veljave pravnih aktov in načelo zaupanja v pravo. Po ustaljeni ustavni presoji ravno slednje načelo posamezniku zagotavlja, da mu država njegovega pravnega položaja ne bo poslabšala arbitrarno, torej brez stvarnega razloga, utemeljenega v prevladujočem in legitimnem javnem interesu.¹ Kadar nova pravna ureditev posega v trajajoča razmerja oziroma upravičena pravna pričakovanja, mora zakonodajalec ob upoštevanju novo zastavljenih ciljev predvideti prehodno ureditev, ki naj omogoči čim manjšo prizadetost obstoječih pravnih položajev in čim lažji prehod na novo ureditev.

* Stališča v tem prispevku niso nujno tudi stališča ustanove, v kateri je avtorica zaposlena. Za strokovno diskusijo se zahvaljujem sodnici Višjega sodišča v Ljubljani mag. Metodi Orehar Ivanc.

¹ Prim. npr. odločbe Ustavnega sodišča Republike Slovenije (v nadaljevanju Ustavno sodišče) U-I-141/01 z dne 29. junija 2001, U-I-270/08 z dne 7. novembra 2008 in U-I-19/05 z dne 17. marca 2005.

Do posega v obstoječe pravne položaje lahko pride tudi zaradi spreminjanja določb v zvezi z izbrisno tožbo. Zdi se, da zakonodajalec pri sprejemanju Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1)² tega ni upošteval oziroma zaznal, saj ima prehodna določba, ki bi jo bilo mogoče uporabiti pri izbrisni tožbi (prvi odstavek 246. člena ZZK-1), značilnosti prehodne določbe, s katero se običajno rešuje spreminjanje procesne ureditve. Zato se je tudi v sodni praksi pojavilo vprašanje, ali je mogoče izbrisno tožbo presoati po določbah ZZK,³ čeprav se je sojenje začelo oziroma poteka v času veljavnosti ZZK-1.⁴ Zastavljeno vprašanje ima zaradi vsebinskih razlik med ureditvama izbrisne tožbe v ZZK in ZZK-1 pomembne pravne posledice za odločitve v konkretni zadevi.

Sodna praksa na omenjeno vprašanje glede uporabe ZZK po uveljavitvi ZZK-1 ne daje jasnega in enotnega odgovora. Čeprav gre za zahtevno in glede na obstoječo sodno prakso dokaj pogosto pravno vprašanje, v strokovni literaturi v zvezi s tem ni bilo zadostnega odziva.⁵ V prispevku zato poskušam najti rešitev, ki bi ob upoštevanju prej navedenih ustavnih načel lahko predstavljala ustrezen prehod med navedenima zemljiškoknjižnima ureditvama. Čeprav se pri razlagi osredotočam le na lastninsko pravico kot temeljno stvarno pravico, je zavzeta stališča mogoče smiselno uporabiti tudi za druge stvarne pravice (13. člen Stvarnopravnega zakonika; SPZ⁶).

Po uvodni predstavitvi pomena izbrisne tožbe in vsebinskih razlik med ureditvama tega instituta v ZZK in ZZK-1 v prispevku prikažem različna stališča, ki jih glede uporabe zemljiškoknjižnega zakona zavzema sodna praksa v primerih, ko je do posameznih, s prehodom lastninske pravice povezanih dejstev (npr. vložitev predloga za vknjižbo; vknjižba pravice v zemljiški knjigi; nastanek pravnega razmerja) prišlo v času veljavnosti zakona, ki ob odločanju o izbrisni tožbi ne velja več. Osrednji del prispevka namenjam iskanju odgovora na prej zastavljeno vprašanje, pri čemer ločeno obravnavam dva pravna položaja, do katerih lahko pride pri pravnoposlovni pridobitvi lastninske pravice, in sicer položaj, ko je izbrisna tožba vložena zoper neposrednega pridobitelja,

² Ur. l. RS, št. 58/03 in nasl.

³ Ur. l. RS, št. 33/95 in nasl.

⁴ Vprašanje se v sodni praksi ni pojavilo šele ob prehodu na sedaj veljavno zemljiškoknjižno ureditev – do podobnih pravnih dilem je prišlo že ob uveljavitvi ZZK, ki je nekatera vprašanja, povezana z izbrisno tožbo, uredil drugače kot Pravila zakona o zemljiških knjigah (Službene novine Kraljevine Jugoslavije, št. 146/LIII/307 z dne 1. julija 1930; v nadaljevanju ZZK-30), ki so se pred tem uporabljala v slovenskem pravnem prostoru.

⁵ Do obravnavane problematike se je opredelil le višji sodnik Tomaž Pavčnik v prispevku Izbrisna tožba (analiza prakse višjih sodišč), v: Pravosodni bilten, št. 1/2012, str. 165–175, v katerem sistematično in poglobljeno analizira nekatere v praksi pogoste dileme glede izbrisne tožbe.

⁶ Ur. l. RS, št. 87/02 in nasl.

in položaj, ko se ta tožba vlaga zoper dobrovernega nadaljnjega pridobitelja. Pri neposrednem pridobitelju je rešitev povezana s presojo pravne sprejemljivosti ureditve tega položaja po ZZK, pri dobrovernem nadaljnjem pridobitelju pa je izhodišče v ugotovitvi, da je zaradi načela zaupanja v pravo treba ustrezno varovati tudi dejanskega lastnika nepremičnine, čigar položaj se je z uveljavitvijo ZZK-1 poslabšal. Položaja, ko je izbrisna tožba vložena proti nedobrovernemu nadaljnjemu pridobitelju, posebej ne obravnavam, saj sta ureditvi ZZK in ZZK-1 v tem delu enotni. V zaključnem delu prispevka predstavljam še prehod med ureditvama izbrisne tožbe pred novelo ZZK-1C⁷ in po njej, pri čemer izpostavljam položaj obligacijskega upravičenca, ki ga novelirano besedilo izrecno uvršča med upravičene vlagatelje izbrisne tožbe.

2. POMEN IZBRISNE TOŽBE IN VSEBINSKE RAZLIKE MED UREDITVAMA TEGA INSTITUTA V ZZK IN ZZK-1

Da bi lahko razumeli posledice vsebinskega spreminjanja zakonodaje glede izbrisne tožbe, je treba najprej pojasniti pomen oziroma pravno naravo izbrisne tožbe. Pravna teorija⁸ izbrisno tožbo obravnava kot posebno stvarnopravno tožbo,⁹ ki je namenjena odpravi materialnopravno neveljavne vknjižbe (243. člen ZZK-1).

Za pravilno razumevanje pomena izbrisne tožbe pri pravnoposlovnih pridobitvah lastninske pravice je treba upoštevati učinke načela kavzalnosti, ki je uveljavljeno v našem pravnem sistemu (40. člen SPZ).¹⁰ Zaradi kavzalnega odnosa med razpolagalnim in zavezovalnim poslom odprava zavezovalnega posla (npr. razveljavitev pogodbe) nujno vodi do prenehanja učinkov razpolagalnega posla (do razveljavitve zemljiškoknjižnega dovolila). Z odpravo zavezovalnega posla je torej ustvarjen položaj, kot da do spremembe imetnika

⁷ Ur. l. RS, št. 25/11.

⁸ Gl. npr. Tatjana Josipović: Zemljišnoknjižno pravo. Informator, Zagreb 2001, str. 270; Renato Vrenčur: Prenovljena ureditev izbrisne tožbe, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2010, str. 1031; Matjaž Tratnik in Renato Vrenčur: Zemljiškoknjižno pravo v teoriji in praksi. Inštitut za nepremičninsko pravo, Maribor 2008, str. 50; Matjaž Tratnik, v: Andrej Berden in drugi: Zemljiškoknjižno pravo: izbrana poglavja (2. zvezek). Studio Linea, Maribor 2000, str. 146; Tone Frantar, v: Nina Plavšak, Tone Frantar in Miha Juhart: Zakon o zemljiški knjigi s komentarjem. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1998, str. 360.

⁹ Prim. tudi Jasna Hudej: Časovna (ne)omejenost izbrisne tožbe: na primeru lastninske pravice, v: Pravniki, št. 7-8/2012, str. 526–528.

¹⁰ Podrobneje o kavzalnem sistemu Matjaž Tratnik in Renato Vrenčur: O sistemu abstraktne in kavzalne tradicije v stvarnem pravu, v: Pravniki, št. 6–8/1999, str. 333–350, ter Nina Plavšak in Renato Vrenčur, v: Nina Plavšak, Miha Juhart in Renato Vrenčur: Obligacijsko pravo: splošni del. GV Založba, Ljubljana 2009, str. 700–703.

lastninske pravice v razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem (notranje razmerje) ni prišlo. Zato odsvojitelj, katerega lastninska pravica je zaradi materialno neveljavne vknjižbe kršena, za varstvo svojega položaja v razmerju do pridobitelja ne potrebuje izbrisne tožbe.¹¹ Varstvo v tem razmerju doseže že z odpravo pravnega temelja (npr. z razveljavitvijo zavezovalnega posla), ki je bil podlaga za vknjižbo, in z morebitno reivindikacijsko tožbo, če je prišlo tudi do spremembe posesti nepremičnine (92. člen SPZ). Če pa želi odsvojitelj doseči polno učinkovanje svoje lastninske pravice, torej tudi v razmerju do tretjih dobrovernih oseb, ki se v pravnem prometu zaneajo na podatke o pravicah v zemljiški knjigi, mora poskrbeti še za izbris materialno neveljavne vknjižbe pridobitelja. To pa doseže z uveljavitvijo izbrisnega zahtevka po 243. členu ZZK-1.¹² Če odsvojitelj opusti vložitev tega zahtevka, tvega izgubo lastninske pravice zaradi učinkov načela zaupanja v zemljiško knjigo (10. člen SPZ in 8. člen ZZK-1). Z izbrisno tožbo tako odsvojitelj (dejanski lastnik), v čigar pravico je bilo poseženo z materialno neveljavno vknjižbo, doseže varstvo lastninske pravice tudi v razmerju do oseb, ki jih varuje načelo zaupanja v zemljiško knjigo. Pravno naravo izbrisne tožbe je zato v primerih, ko jo vlaga stvarnopravni upravičenec, mogoče primerjati z naravo reivindikacijske tožbe.¹³ Razlika je le v tem, da z uveljavljanjem reivindikacijskega zahtevka prikrajšani odsvojitelj varuje temeljna (materialna) upravičenja, ki izvirajo iz lastninske pravice (pravica do posedovanja stvari, pravica do uporabe in uživanja stvari; 37. člen SPZ), medtem ko z uveljavljanjem izbrisne tožbe doseže zunanjo razpoznavnost svojega lastniškega položaja, s tem pa tudi formalno možnost nadaljnjega razpolaganja¹⁴ z lastninsko pravico (načelo pravnega prednika; 9. člen ZZK-1). Z izbrisno tožbo tako prikrajšani odsvojitelj prepreči učinkovanje načela za-

¹¹ To velja tudi za varstvo odsvojitelja v razmerju do vseh tistih oseb, ki jih ne varuje načelo zaupanja v zemljiško knjigo (10. člen SPZ).

¹² Tako Nina Plavšak: Izbrisna tožba, v: Zbornik – 2. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava, Kranjska Gora, 7. in 8. junij 2010, GV Založba, Ljubljana 2010, str. 44–46.

¹³ Prim. Miha Juhart, v: Miha Juhart, Matjaž Tratnik in Renato Vrenčur: Stvarno pravo. GV Založba, Ljubljana 2007, str. 202–203, in J. Hudej, nav. delo, str. 528–530.

¹⁴ Prikrajšani odsvojitelj, ki je uspel z odpravo pravnega temelja, na katerem temelji materialno neveljavna vknjižba pridobitelja (npr. uspešna razveljavitve pogodbe), lahko že pred uveljavljanjem varstva z izbrisno tožbo razpolaga z lastninsko pravico na nepremičnini in morebitnemu novemu kupcu veljavno izstavi zemljiškoknjižno listino, sposobno za vknjižbo. Z odpravo pravnega temelja ima odsvojitelj zaradi načela kavzalnosti namreč znova položaj lastnika in s tem tudi (materialno) upravičenje, da s svojo pravico razpolaga. V zemljiško knjigo pa se bo novi kupec na podlagi izstavljenih zemljiškoknjižnih listin seveda lahko vpisal šele takrat, ko bo odsvojitelj z izbrisno tožbo uspel vzpostaviti prejšnje lastniško stanje in tako tudi formalno pridobiti možnost razpolaganja s svojo lastninsko pravico (9. člen ZZK-1). Prikazana situacija je namenjena teoretični ponazoritvi, v praksi pa verjetno ni pogosta, saj je kupec zaradi nepravilnega zemljiškoknjižnega stanja izpostavljen velikemu tveganju.

upanja v zemljiško knjigo in s tem izgubo svoje lastninske pravice. Zato ima spreminjanje pogojev za vložitev izbrisne tožbe lahko pomembne posledice za obstoj lastninske pravice odsvojitelja.

Do pomembnih sprememb je pri izbrisni tožbi prišlo z uveljavitvijo ZZK-1. Ta zakon je namreč odpravil rok za vložitev izbrisne tožbe v razmerju do neposrednega pridobitelja in prepovedal vlaganje te tožbe zoper dobrovernega nadaljnega pridobitelja (243. člen in tretji odstavek 244. člena ZZK-1). Položaj odsvojitelja (dejanskega lastnika) v razmerju do materialno neveljavno vknjiženega neposrednega pridobitelja se je z novo ureditvijo bistveno izboljšal, saj varstvo njegove lastninske pravice z izbrisno tožbo ni več časovno omejeno (drugi odstavek 102. člena ZZK). Slabši pa je zato po novi ureditvi položaj neposrednega pridobitelja. Po prejšnji ureditvi je namreč s potekom relativno kratkega roka za vložitev izbrisne tožbe nastopila neizpodbojna domneva¹⁵ o veljavnosti, pravilnosti, popolnosti in verodostojnosti (čeprav materialno neveljavnega) vpisa v zemljiški knjigi.¹⁶ V razmerju do dobrovernega nadaljnega pridobitelja lastninske pravice pa se je položaj dejanskega (pravega) lastnika poslabšal. Medtem ko je lahko po prejšnji ureditvi izbrisno tožbo vložil še določen čas (v nekaterih primerih celo tri leta) po vložitvi predloga za vknjižbo lastninske pravice v korist dobrovernega nadaljnega pridobitelja (tretji in četrty odstavek 102. člena ZZK), je po novi ureditvi, ki daje absolutno prednost načelu zaupanja v zemljiško knjigo in varstvu dobrovernih nadaljnjih pridobiteljev, takšna tožba prepovedana. Zaradi omenjenih vsebinskih razlik med ureditvama izbrisne tožbe v ZZK in ZZK-1 je torej pomembno, kateri zakon uporabi sodišče kot podlago za odločanje v konkretni zadevi.

3. PREDSTAVITEV RELEVANTNE SODNE PRAKSE¹⁷

Sodna praksa višjih sodišč glede uvodoma zastavljenega vprašanja o možnosti uporabe ZZK po uveljavitvi ZZK-1 ni enotna. V starejši praksi¹⁸ je mogoče zaslediti stališče, da je treba izbrisno tožbo presoјati po pravilih, ki so veljala ob

¹⁵ Prim. T. Frantar, v: N. Plavšak, T. Frantar in M. Juhart, nav. delo, str. 364–368.

¹⁶ Očitno je šlo za poseben zakoniti način pridobitve lastninske pravice. Več o tem v razdelku 4.1.

¹⁷ Čeprav so v tem razdelku predstavljene tudi odločitve sodišč, ki se nanašajo na položaje, ki niso predmet tega prispevka (to je na prehodne položaje med ureditvama po ZZK-30 in ZZK (ZZK-1) oziroma na položaje, ki niso povezani s pravnoposlovno pridobitvijo lastninske pravice na nepremičnini), to ne zmanjšuje njihove relevantnosti pri ponazorjanju stališč sodne prakse. Stališča v teh zadevah namreč temeljijo na izhodiščih, na katera položaji, obravnavani v tem prispevku, ne vplivajo.

¹⁸ Gl. npr. odločbo VSL II Cp 414/99 z dne 5. januarja 2000.

vložitvi te tožbe. V novejši sodni praksi¹⁹ pa višja sodišča večinoma poudarjajo, da ZZK-1 ni predvidel, kako se v prehodnem obdobju rešuje vprašanje uporabe prejšnjih pravil, ki so rok za vložitev izbrisne tožbe (različno) določala, oziroma novih pravil, ki tega roka ne določajo več. Ker ZZK-1 ni predpisal retroaktivne veljavnosti nove zakonodajne ureditve, ki se nanaša na pravočasnost vložitve izbrisne tožbe, je treba po večinskem stališču višjih sodišč pravočasnost izbrisne tožbe, četudi je ta vložena v času veljavnosti ZZK-1, presojati po predpisih, ki so veljali v času izpodbijane *vknjižbe*. Nekatere odločbe²⁰ poudarjajo, da je treba pravočasnost izbrisne tožbe presojati glede na določila zakona, ki je veljal v času, ko je bil *predlagan izpodbijani zemljiškoknjižni vpis*. Uporaba sedaj veljavnega zakona bi po presoji sodišč posegla v ustaljena pravna razmerja oziroma bi omejila pravno varnost, ki je bila s potekom prekluzivnih rokov zagotovljena vknjiženim zemljiškoknjižnim lastnikom ne glede na materialnopravno neveljavnost njihove vknjižbe. Odločba VSL I Cpg 1319/2011 z dne 13. decembra 2011 prej povzeto večinsko stališče nadgrajuje in opozarja, da je pravočasnost izbrisne tožbe mogoče presojati po predpisih, ki so veljali v času vložitve predloga za vknjižbo oziroma ob vknjižbi, le v primeru, ko se je triletni prekluzivni rok po ZZK iztekel že pred uveljavitvijo ZZK-1. Če pa se je ta rok iztekel šele po uveljavitvi ZZK-1, gre po presoji višjega sodišča za primer dopustne neprave retroaktivnosti, saj *uporaba ZZK-1* ne posega v dejansko stanje, ki bi v celoti pripadalo preteklosti (nezaključeno dejansko stanje).

Tudi odločbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije (v nadaljevanju Vrhovno sodišče) ne dajejo jasnega in enotnega odgovora na zastavljeno vprašanje. Tako npr. iz odločbe II Ips 323/2007 z dne 26. avgusta 2010 izhaja, da je treba kot trenutek, od katerega je odvisna uporaba zakona, po katerem se presoja izbrisna tožba, šteti trenutek *vknjižbe* v zemljiško knjigo. Enako stališče je zavzeto v odločbi II Ips 839/2007 z dne 15. novembra 2007. Tudi iz odločbe III Ips 120/2004 z dne 13. septembra 2005 je razvidno, da je pri presoji pravne podlage za odločitev o izbrisni tožbi relevanten trenutek vknjižbe, pri čemer sodišču oporo za tako stališče predstavlja prehodna določba prvega odstavka 246. člena ZZK-1. Drugačno stališče zavzema odločba II Ips 375/2006 z dne 27. novembra 2008, ki uporabo zakona veže na trenutek *vložitve izbrisne tožbe*. Tako je sodišče v tej zadevi kot pravno podlago uporabilo določbe ZZK, saj je bila izbrisna tožba vložena pred uveljavitvijo ZZK-1. Odločba II Ips 225/2000 z dne 26. oktobra 2000 pa nasprotno uporabo zakona glede izbrisne tožbe pre-

¹⁹ Gl. npr. odločbe VSL I Cp 794/2010 z dne 23. junija 2010, VSK Cp 579/2008 z dne 7. aprila 2009, VSM I Cp 1048/2008 z dne 17. junija 2008 in VSL I Cp 726/2010 z dne 23. junija 2010.

²⁰ Gl. npr. odločbi VSL II Cp 213/2011 z dne 1. junija 2011 in VSL II Cp 287/2010 z dne 9. junija 2010.

soja po času nastanka pravnega razmerja med strankami postopka. Vrhovno sodišče v tej odločbi pritruje razlagi, da je treba uporabiti pravila ZZK iz leta 1930, saj je sporno pravno razmerje nastalo v času veljavnosti teh pravil. Poudarja še, da ZZK ne predpisuje retroaktivne veljavnosti glede vprašanja pravočasnosti prej vloženih pravnih sredstev. Na podlagi obrazložitve v zadevi II Ips 385/2002 z dne 22. maja 2003 pa je mogoče sklepati, da je Vrhovno sodišče kot relevanten trenutek štelo *vložitev predloga za vknjižbo*. Zaradi odsotnosti prehodne ureditve ob uveljavitvi ZZK, ki je nekatera vprašanja, povezana z izbrisno tožbo, uredil drugače kot pravila ZZK-30, je Vrhovno sodišče v tej odločbi opredelilo pravila, po katerih naj bi se v prehodnem obdobju reševalo vprašanje različne dolžine starih (bistveno daljših) in novih rokov za vložitev izbrisne tožbe. Rešitev je sprejelo ob sklicevanju na stališča, ki so se v sodni praksi izoblikovala pri spreminjanju zakonodaje glede zastaralnih in priposestvovalnih rokov. Opozorilo je, da je upoštevanje različne dolžine rokov odvisno od dejanske situacije. Če so se stari roki iztekli pred uveljavitvijo novega zakona, novih rokov ni bilo mogoče uporabiti, čeprav je bila tožba vložena po uveljavitvi novega zakona. Če so ob uveljavitvi novega zakona prejšnji roki še tekli, so se nove zakonske določbe upoštevale tako, da se roki niso mogli izteči pozneje, kot je znašal novi krajši rok od uveljavitve novega zakona naprej. Če pa je bil preostanek starega roka ob uveljavitvi novega zakona krajši od novega roka, so se upoštevali stari roki. Drugačno stališče, ki bi upoštevalo krajše roke iz novega zakona za vknjižbe, za katere je bil predlog vложен pred uveljavitvijo tega zakona, bi po presoji Vrhovnega sodišča v določenih situacijah lahko privedlo do (nedovoljenega) retroaktivnega učinka zakona (prvi odstavek 155. člena Ustave Republike Slovenije; URS²¹).

4. IZBOR USTREZNE PRAVNE PODLAGE PRI ODLOČANJU O IZBRISNI TOŽBI

Predstavljeno stanje v sodni praksi je z vidika pravne varnosti nesprejemljivo. Vprašljiva je tudi pravilnost zavzetih stališč, kar bom obrazložila v nadaljevanju prispevka, ko bom predstavila odgovor na vprašanje, ali je mogoče izbrisno tožbo presojati po določbah ZZK, čeprav se je sojenje začelo oziroma še poteka v času veljavnosti ZZK-1. Ker je predlagana rešitev odvisna od statusa osebe, proti kateri se vlaga izbrisna tožba, sta položaja, pri katerih je prišlo do vsebinskih sprememb med ureditvama po ZZK in ZZK-1, obravnavana ločeno, in sicer položaj, ko je izbrisna tožba vložena zoper neposrednega pridobitelja (razdelek 4.1.), in položaj, ko se ta tožba vlaga zoper dobrovernega nadaljnega pridobitelja (razdelek 4.2.). Položaja, ko se izbrisna tožba vlaga proti nedobro-

²¹ Ur. l. RS, št. 33/91-I in nasl.

vernemu nadaljnjemu pridobitelju, posebej ne obravnavam, saj sta ureditvi v tem delu enotni.

4.1. Izbrisna tožba v razmerju do neposrednega pridobitelja

Po prvem odstavku 244. člena ZZK-1 je izbrisni zahtevek mogoče vložiti proti sistemu, v čigar korist je bila izvedena materialnopravno neveljavna vknjižba (podobno tudi prvi odstavek 102. člena ZZK). Če se omejimo na pravnoposlovni prenos lastninske pravice na nepremičnini, je to neposredni pridobitelj oziroma sopogodbjenik osebe, katere lastninska pravica je bila z izpodbijano vknjižbo prizadeta.

ZZK-1 izbrisnega zahtevka proti neposrednemu pridobitelju časovno ne omejuje, s čimer ustrezno upošteva stvarnopravno naravo izbrisne tožbe. Če je vknjižba lastninske pravice materialno neveljavna zaradi ničnosti pogodbe, ki je bila podlaga za vknjižbo neposrednega pridobitelja, do prenosa lastninske pravice sploh ni prišlo. Zaradi ničnosti zavezovalnega posla (pogodbe) namreč tudi razpolagalni posel (zemljiškooknjižno dovolilo) nima pravnih učinkov (sistem kavzalnosti²²). Lastnik nepremičnine je tako še vedno odsvojitelj, zato lahko ta v primeru, če je prišlo do prehoda posesti, od neposrednega pridobitelja zahteva vrnitev nepremičnine (92. člen SPZ). Ker uveljavljanje lastninskega (reivindikacijskega) zahtevka kot temeljnega stvarnopravnega zahtevka ni časovno omejeno (tretji odstavek 92. člena SPZ), tudi vložitev izbrisne tožbe, s katero odsvojitelj (dejanski lastnik) ponovno doseže *erga omnes* učinkovanje svoje lastninske pravice, ne more biti vezana na rok. Varstvo lastninske pravice mora biti namreč enakovredno zagotovljeno tako v notranjem kot tudi zunanjem razmerju.²³ Časovno neomejeno varstvo odsvojitelja je v ZZK-1 zagotovljeno tudi v primeru, ko je vknjižba postala materialno neveljavna šele potem, ko je bila opravljena (npr. zaradi uspešne razveljavitve izpodbijne pogodbe ali zaradi razveze pogodbe; tretji odstavek 243. člena ZZK-1). Ker z naknadno odpravo pravnega temelja, ki je bil podlaga za vknjižbo lastninske pravice neposrednega pridobitelja, nastane položaj, kot da do prenosa lastninske pravice ni prišlo, mora imeti odsvojitelj kot ponovni lastnik nepremičnine tudi v tem primeru časovno neomejen izbrisni zahtevek, s katerim doseže razpoznavnost svojega lastniškega položaja tudi navzven (v razmerju do tretjih oseb). Ureditve po ZZK-1, ki izbrisne tožbe časovno ne omejuje, izhaja torej iz pravilnega izhodišča, da je izbrisno tožbo mogoče vložiti, dokler obstaja pravica vlagate-

²² O stališčih teoretikov in o argumentih, ki govorijo v prid kavzalnemu sistemu tudi v času veljavnosti Zakona o temeljnih lastninskopravnih razmerjih (Ur. l. SFRJ, št. 6/80 in nasl.; ZTLR), podrobneje M. Tratnik in R. Vrenčur, nav. delo (1999), str. 345–349.

²³ Prim. J. Hudej, nav. delo, str. 528–530.

lja, ki je zaradi neveljavne vknjižbe kršena. Seveda ni izključeno, da neposredni pridobitelj izpolni pogoje za pridobitev lastninske pravice po kakšnem drugem pravnem temelju (npr. s priposestvovanjem). V tem primeru odsvojitelj izgubi možnost vložitve izbrisne tožbe, vendar ne zato, ker bi bila izbrisna tožba časovno omejena, temveč zaradi izgube svoje lastninske pravice.

Podrobnejša predstavitev razlogov, zaradi katerih bi bila časovna omejenost izbrisne tožbe v razmerju do neposrednega pridobitelja problematična, je bila potrebna zaradi analize ureditve po ZZK, ki je vložitev izbrisnega zahtevka v tem razmerju omejevala s triletnim prekluzivnim rokom (drugi odstavek 102. člena ZZK). Prekluzivni rok za vložitev izbrisne tožbe po ZZK je po mojem mnenju veljal tako v razmerju do dobrovernega kot tudi v razmerju do nedobrovernega neposrednega pridobitelja.²⁴ Morebitna razlaga, da bi morala biti zaradi časovne neomejenosti izbrisne tožbe zoper nedobrovernega nadaljnje-ga pridobitelja tudi izbrisna tožba zoper nedobrovernega neposrednega pridobitelja časovno neomejena, bi bila glede na jasnost zakonskega besedila v drugem in petem odstavku 102. člena ZZK in glede na strukturo tega člena po mojem mnenju težko sprejemljiva.²⁵ Drugi odstavek 102. člena ZZK se namreč nanaša na osebo, ki je pridobila pravico neposredno z izpodbijano vknjižbo, pri čemer ne izvzema nedobrovernih neposrednih pridobiteljev, kot je to storjeno pri tretjih osebah, ki so pravice pridobile na podlagi izpodbijane vknjižbe (nadaljnji pridobitelji; tretji, četrti in peti odstavek 102. člena ZZK).

Nerazumljivo je, zakaj je ZZK časovno omejeval izbrisno tožbo odsvojitelja, katerega lastninska pravica je bila z materialno neveljavno vknjižbo kršena (npr. zaradi ničnosti, uspešne razveljavitve ali razveze pogodbe). Razlago, da je ZZK takemu odsvojitelju po izteku prekluzivnega onemogočal, da doseže učinkovanje lastninske pravice v polnem obsegu (torej tudi do tretjih oseb), medtem ko je bilo varstvo njegove lastninske pravice z reivindikacijsko tožbo proti neposrednemu pridobitelju neomejeno (tretji odstavek 37. člena ZTLR oziroma tretji odstavek 92. člena SPZ), lahko takoj ovržemo, saj bi bila takšna stvarnopravna ureditev, ki ne bi zagotavljala enakovrednega varstva v notranjem in zunanjem razmerju, pravno nesprejemljiva.²⁶ Kako torej ob jasnem izhodišču, da izbrisna tožba zoper neposrednega pridobitelja ne more biti časovno omejena, pojasniti pomen prekluzivnega roka za vložitev izbrisne tožbe

²⁴ Enako tudi M. Tratnik, v: A. Berden in drugi, nav. delo, str. 160–161.

²⁵ Drugačno stališče zastopa T. Pavčnik, nav. delo, str. 174–175. Avtor opozarja, da ZZK roka za vložitev izbrisne tožbe zoper nedobroverno tretjo osebo ne predvideva, zato mora po analognem sklepanju oziroma toliko bolj (*a fortiori*) časovna neomejenost izbrisne tožbe veljati tudi v razmerju do nedobrovernega neposrednega pridobitelja.

²⁶ O nesprejemljivosti časovnega omejevanja izbrisne tožbe po drugem odstavku 102. člena ZZK podrobneje J. Hudej, nav. delo, str. 533–535.

po drugem odstavku 102. člena ZZK? Glede na stališča, zastopana v strokovni literaturi,²⁷ je ZZK z iztekom prekluzivnih rokov vzpostavljala domnevo o popolnosti in pravilnosti vpisa v zemljiški knjigi. Z iztekom prekluzivnega roka se vknjiženi pravici ni dalo več oporekati, kar pomeni, da je zakon očitno določal poseben zakoniti način pridobitve lastninske pravice na nepremičnini. Odsvojitelj, katerega lastninska pravica je bila z vknjižbo neposrednega pridobitelja kršena, je po preteku treh let to pravico izgubil, neposredni pridobitelj pa je kljub materialno neveljavni vknjižbi postal lastnik nepremičnine. Če je torej zakon zgolj s potekom triletnega roka uvedel poseben zakoniti pridobitni način lastninske pravice (nekakšno »tabularno priposestevanje«), pa lahko ugotovimo, da takšen pridobitni način, ki ne zahteva dobre vere vknjižene osebe niti posesti nepremičnine, ni ustrezen oziroma ne odtehta izgube lastninske pravice odsvojitelja.²⁸ Na neustreznost omenjenega pridobitnega načina kaže tudi primerjava s pogoji za priposestevanje lastninske pravice na nepremičnini (drugi in četrti odstavek 28. člena ZTLR oziroma drugi odstavek 43. člena SPZ). Četudi je bil neposredni pridobitelj dobroveren, je bilo zaradi neprimerljivosti pravnih položajev sporno izenačevanje roka po drugem odstavku 102. člena ZZK in dobe, ki je morala poteči za priposestevanje lastninske pravice na premičninah (prvi odstavek 28. člena ZTLR oziroma prvi odstavek 43. člena SPZ).

Menim, da je ZZK z uvedbo pridobitnega načina, ki ni zahteval dobre vere pridobitelja niti posesti nepremičnine, temveč se je zadovoljil le s potekom triletnega roka, nesorazmerno posegel v lastninsko pravico odsvojitelja. Ureditev izbrisne tožbe v razmerju do neposrednega pridobitelja tako ni bila le neprimerna, kot je mogoče zaslediti v teoriji,²⁹ temveč tudi ustavno nedopustna z vidika varstva zasebne lastnine in načela enakosti (33. in 14. člen URS). Ker ZZK-1 to pomanjkljivost odpravlja in izbrisne tožbe časovno ne omejuje, je treba raziskati, ali obstaja pravna podlaga, ki bi v vseh primerih, ko je izbrisna tožba vložena zoper neposrednega pridobitelja, omogočala takojšnjo uporabo določb ZZK-1. Preden analiziramo možne pravne podlage za uporabo določb ZZK-1, je treba opozoriti, da takojšnje (retroaktivno) učinkovanje ZZK-1 pri tem položaju ni problematično.³⁰

²⁷ Prim. npr. T. Frantar, v: N. Plavšak, T. Frantar in M. Juhart, nav. delo, str. 366, in Jan Zobec: Priposestevanje in zemljiška knjiga, v: Pravna praksa, št. 39-40/2001, priloga, str. V-VI.

²⁸ O neustavnosti takšne, izrecno neurejene, oblike priposestevanja tudi T. Pavčnik, nav. delo, str. 175.

²⁹ Kritično o roku za vložitev izbrisne tožbe v razmerju do neposrednega pridobitelja tudi M. Tratnik, v: A. Berden in drugi, nav. delo, str. 160-161.

³⁰ Uporaba novih zakonskih določb v tekočih sodnih postopkih je sicer značilna za prehodne določbe, s katerimi se običajno rešuje spreminjanje procesne ureditve. Pri spre-

Takojšna opustitev uporabe prej veljavnih zakonskih določb glede izbrisne tožbe, ki imajo materialnopravne učinke, je upravičena le v primeru, če se s tem nedopustno ne posega v upravičenja tistih pravnih subjektov, ki so se zanesli na to, da jim pravo njihovega pravnega položaja ne bo poslabšalo brez utemeljenega razloga (varstvo pridobljenih pravic oziroma upravičenih pravnih pričakovanj). Pri posegih v obstoječo pravno ureditev mora namreč zakonodajalec spoštovati človekove pravice in temeljne svoboščine ter upoštevati načelo prepovedi retroaktivne veljave pravnih aktov (155. člen URS) in načelo zaupanja v pravo (2. člen URS). Položaj, ki bi tukaj lahko bil prizadet, je položaj neposrednega pridobitelja, katerega vknjižba je bila z iztekom triletnega roka po drugem odstavku 102. člena ZZK absolutno varovana. Če se je rok za vložitev izbrisne tožbe iztekel že v času veljavnosti ZZK (npr. leta 2000), se je lahko neposredni pridobitelj glede na takratno zakonsko ureditev zanesel na nedotakljivost svojega zemljiškoknjižnega položaja oziroma na že pridobljeno lastninsko pravico. Ker pa zaupanje neposrednega pridobitelja v ta položaj zaradi očitno nesorazmernega posega v lastninsko pravico odsvojitelja ni stvarno upravičeno, menim, da ni ovire za retroaktivni poseg v že pridobljeno pravico neposrednega pridobitelja oziroma za dopustitev izbrisne tožbe odsvojitelja še v času veljavnosti ZZK-1.³¹ Od splošne in načelne prepovedi retroaktivnosti je namreč mogoče odstopiti takrat, kadar zaupanje posameznika v določen pravni položaj ne uživa pravnega varstva zato, ker ni stvarno upravičeno.³² V primeru, ko je izražen resen dvom o ustavni skladnosti določene pravne ureditve, ker je ta v očitnem nasprotju s pravnim sistemom, ravno načelo pravne države (2. člen URS) zahteva, da se situacija razčisti s povratno veljavo novega zakona.³³ Tako ni mogoče pritrditi stališču nekaterih višjih sodišč, da bi uporaba sedaj veljavnega zakona omejila pravno varnost, ki je bila s potekom prekluzivnih rokov zagotovljena vknjiženim zemljiškoknjižnim lastnikom ne glede na materialnopravno neveljavnost njihove vknjižbe.³⁴ Enako (oziroma še toliko bolj) velja sprejeta razlaga

membu procesne ureditve ni ustavne zahteve, da bi se sodni postopek moral končati po procesnih pravilih, po katerih se je začel. Ne gre namreč za vprašanje pridobljenih pravic, saj pravila o teku postopka niso pravica stranke. Z ustavnopravnega vidika je zato dopustna ureditev, da nova procesna pravila začnejo veljati takoj, torej tudi za tekoče sodne postopke. Prim. npr. odločbo Ustavnega sodišča U-I-307/11 z dne 12. aprila 2012.

³¹ Tudi (upravičeno) pridobljene pravice ne uživajo absolutnega varstva. Vanje je po ustaljeni ustavnosodni presoji mogoče poseči v skladu s tretjim odstavkom 15. člena URS. Prim. npr. odločbe U-I-65/08 z dne 25. septembra 2008, U-I-307/11 z dne 12. aprila 2012 in U-I-340/96 z dne 12. marca 1998.

³² Prim. tudi odločbo Ustavnega sodišča II Ips 1069/2008 z dne 21. februarja 2013.

³³ Tako Lovro Šturm, v: France Arhar in drugi: Komentar Ustave Republike Slovenije. Fakulteta za podiplomske in evropske študije, Kranj 2002, str. 1041.

³⁴ Gl. npr. odločbo VSL II Cp 213/2011 z dne 1. junija 2011.

v primeru, ko je triletni rok za vložitev izbrisne tožbe sicer začel teči v času veljavnosti ZZK, iztekel pa se je šele po uveljavitvi ZZK-1. Tudi v tem primeru je zaradi nesorazmernega posega v lastninsko pravico odsvojitelja pravno neupoštevno sklicevanje neposrednega pridobitelja, da je v času veljavnosti ZZK že pridobil na zakonu temelječe pričakovanje, da bo po izteku triletnega prekluzivnega roka absolutno varovan.³⁵

Pri iskanju pravne (formalne) podlage³⁶ za takojšnjo uporabo določb ZZK-1 je treba izhajati iz prehodne določbe prvega odstavka 246. člena ZZK-1, po kateri se določbe tega zakona uporabljajo za vsa razmerja, v katerih zemljiškoknjižno sodišče do uveljavitve tega zakona še ni odločilo o vpisu. Uporaba novega zakona (ZZK-1) je po citirani prehodni določbi torej vezana na trenutek odločitve o vpisu (npr. na trenutek vknjižbe).

Glede na pojasnilo v zakonodajnem gradivu,³⁷ da se ta določba nanaša tudi na uporabo novih izvedbenih materialnopravnih določb, bi bilo mogoče sklepati, da zajema tudi določbe o izbrisni tožbi. Takšno razlago je mogoče zaslediti tudi v sodni praksi. Po stališču, ki ga je ob sklicevanju na prvi odstavek 246. člena ZZK-1 zavzelo Vrhovno sodišče v odločbi III Ips 120/2004 z dne 13. septembra 2005, je treba izbris vknjižbe presoјati po določbah tistega zakona, ki je veljal v času vknjižbe. Ob izhodišču, da je bilo časovno omejevanje izbrisne tožbe v razmerju do neposrednega pridobitelja po prej veljavni ureditvi ustavno sporno, opisana (jezikovna) razlaga prehodne določbe, ki podaljšuje protiustavno stanje, za ta položaj ne more biti sprejemljiva. Iz enakega razloga ni mogoče pritrditi niti tistemu delu sodne prakse, ki opore za uporabo ZZK sicer ne išče v navedeni prehodni določbi, temveč do enake rešitve (to je relevantnosti vknjižbe) pride z drugačnimi razlagami.³⁸ Enako je mogoče reči tudi za sodno prakso, ki uporabo ZZK veže na trenutek vložitve predloga za vknjižbo v korist pridobitelja.

³⁵ Tudi T. Pavčnik (nav. delo, str. 174–175) ne vidi ovire za takojšnjo uporabo ZZK-1 pri izbrisni tožbi, kar pa utemelji z nekoliko drugačnimi razlogi. Po njegovem stališču gre pri odločanju o izbrisni tožbi, s katero se izpodbija vknjižba, ki je bila opravljena v času veljavnosti ZZK, za primer neprave retroaktivnosti, zato je treba presoditi, ali bi uporaba ZZK-1 v takih primerih lahko ogrozila načelo zaupanja v pravo. Avtor opozarja, da pravice tretjih varuje načelo zaupanja v zemljiško knjigo, v pravico tistega, ki je napačno vknjižen, pa z izbrisno tožbo po ZZK-1 ne more biti poseženo, saj napačno vknjiženi pridobitelj zgolj s potekom prekluzivnega roka ne more pridobiti nobene pravice. Po mnenju avtorja je lahko poseženo le v videz njegove pravice.

³⁶ Do vprašanja, kje najti pravno podlago, ki utemeljuje takojšnjo uporabo ZZK-1, se T. Pavčnik (nav. delo, str. 174–175) ne opredeli. Ukvarja se le s primernostjo (ustavno dopustnostjo) takojšnje uporabe ZZK-1.

³⁷ Poročevalec Državnega zbora z dne 12. marca 2003.

³⁸ Gl. 3. razdelek tega prispevka.

Takojšnjo uporabo določb ZZK-1 bi pri obravnavanem položaju lahko utemeljila razlaga, da se določba prvega odstavka 246. člena ZZK-1, ki določa takojšnjo uporabo novih določb v zemljiškoknjižnih postopkih, smiselno uporablja za vse postopke, v katerih se uporabljajo zemljiškoknjižna pravila³⁹ – torej tudi v pravdnem postopku, v katerem se o izbrisni tožbi odloča še po uveljavitvi ZZK-1.⁴⁰ Takojšnjo uporabo določb ZZK-1 bi bilo mogoče utemeljiti tudi z razlago, ki je glede na besedilo navedene prehodne določbe prepričljivejša, in sicer da ZZK-1 dejansko ne vsebuje prehodne določbe, ki bi se nanašala na izbrisno tožbo in bi podaljšala uporabo ZZK v obdobje veljavnosti ZZK-1. Če novi predpis (ZZK-1) glede uporabe ZZK pri izbrisni tožbi »molči«, to pomeni, da učinkuje takoj in ga je treba uporabiti za vse, tudi že prej nastale, vendar še ne razsojene primere oziroma pravna razmerja.⁴¹ Če opisani razlagi nista sprejemljivi in omenjena prehodna določba velja tudi za izbrisno tožbo (izbris vknjižbe je treba presojati po določbah zakona, ki je veljal v času vknjižbe), je edina rešitev, da sodišča sprožijo presojo ustavnosti navedene prehodne določbe, ker ta v primeru, ko se izbrisna tožba vlaga zoper neposrednega pridobitelja, podaljšuje protiustavno stanje.

Zaključiti je mogoče, da bi bilo treba v vseh pravnih postopkih, v katerih je izbrisna tožba vložena zoper neposrednega pridobitelja, izbrisno tožbo presojati po določbah ZZK-1,⁴² in to tudi v primeru, ko je do posameznih, s preходом lastninske pravice povezanih dejstev (npr. do vložitve predloga za vknjižbo, do vknjižbe) prišlo v času veljavnosti ZZK. Kakršnakoli razlaga, ki bi

³⁹ Taka razlaga prvega odstavka 246. člena ZZK-1 je bila v odločbi Vrhovnega sodišča II Ips 348/2007 z dne 11. marca 2010 izrecno izpostavljena. Vrhovno sodišče se do njene pravilnosti ni opredelilo, saj je revizijo zavrnilo iz drugih razlogov.

⁴⁰ Smiselna razlaga prvega odstavka 246. člena ZZK-1 rešuje le situacije, v katerih je do odločitve o izbrisni tožbi prišlo po uveljavitvi ZZK-1.

⁴¹ Le če je s prehodno ureditvijo v novem zakonu podaljšana uporaba prej veljavnega zakona, je ta zakon mogoče uporabiti tudi po uveljavitvi novega zakona. Prim. npr. 1060. člen Obligacijskega zakonika (Ur. l. RS, št. 83/01 in nasl; OZ). Gl. tudi Nomotehnične smernice: podlage za izdelavo pravnih predpisov. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2004, str. 108. Takšno razumevanje pomena prehodnih določb je mogoče razbrati tudi iz odločbe Vrhovnega sodišča II Ips 1069/2008 z dne 21. februarja 2013 in npr. iz odločbe Ustavnega sodišča U-I-79/12 z dne 7. februarja 2013. Drugačno razumevanje pomena prehodnih določb pa izhaja iz odločbe II Ips 1022/2008 z dne 29. novembra 2012, v kateri je Vrhovno sodišče presodilo, da je treba ob odsotnosti prehodne ureditve v novem zakonu pravno razmerje, ki je nastalo pred uveljavitvijo tega zakona, presojati po pravilih, ki so veljala v času nastanka tega pravnega razmerja.

⁴² Enako stališče zastopa tudi T. Pavčnik (nav. delo, str. 174–175). Avtor sicer ne obravnava ločeno položaja, ko je izbrisna tožba vložena zoper neposrednega pridobitelja, in položaja, ko se ta tožba vlaga zoper nadaljnega dobrovernega pridobitelja.

omogočila uporabo ZZK v času po uveljavitvi ZZK-1, bi bila po mojem mnenju nesprejemljiva, saj bi dejansko podaljševala protiustavno stanje.⁴³

4.2. Izbrisna tožba v razmerju do dobrovernega nadaljnjega pridobitelja

Zahtevek za izbris izpodbijane vknjižbe se lahko uveljavlja tudi proti osebi, v korist katere je bila glede na izpodbijano vknjižbo vknjižena oziroma predznakovana pridobitev ali izbris pravice (drugi odstavek 244. člena ZZK-1). Gre za nadaljnjega (posrednega) pridobitelja oziroma sopogodbnika osebe, katere vknjižba je materialno neveljavna.⁴⁴ Podobno ureditev je poznal tudi ZZK (tretji, četrti in peti odstavek 102. člena), z razliko, da je vložitev izbrisne tožbe v določenem roku dopuščal tudi proti dobrovernemu nadaljnemu pridobitelju.⁴⁵ Ta možnost je po sedANJI ureditvi z določbo tretjega odstavka 244. člena ZZK-1 izrecno izključena, s čimer je omogočeno takojšnje učinkovanje načela zaupanja v zemljiško knjigo (10. člen SPZ in prvi odstavek 8. člena ZZK-1). Vknjižba dobroverne osebe, ki pridobi lastninsko pravico na podlagi načela zaupanja v zemljiško knjigo, tako ni več »pogojna« oziroma odvisna od tega, ali bo v zakonsko določenem roku (tretji in četrti odstavek 102. člena ZZK) vložena izbrisna tožba.⁴⁶

Z iztekom rokov, določenih v ZZK, se vknjiženi pravici ni več dalo oporekati. Dejanski (pravi) lastnik nepremičnine, katerega lastninska pravica je bila z vknjižbama neposrednega in nadaljnjega pridobitelja kršena, je po preteku rokov, določenih v tretjem in četrtem odstavku 102. člena ZZK, to pravico izgubil, lastnik nepremičnine pa je postal že vknjiženi nadaljnji pridobitelj,

⁴³ Glede odločitve, ne pa tudi glede razlogov, je tako mogoče pritrditi praksi višjih sodišč, ki vsaj v primerih, ko se je rok za vložitev izbrisne tožbe iztekel šele po uveljavitvi ZZK-1, presojo izbrisne tožbe opira na določbe ZZK-1. Prim. npr. odločbo VSL I Cpg 1319/2011 z dne 13. decembra 2011.

⁴⁴ Pojem nadaljnjega pridobitelja je najlažje ponazoriti s konkretnim primerom. Oseba A, ki je dejanski in zemljiškoknjižni lastnik nepremičnine, proda to nepremičnino osebi B (neposredni pridobitelj), ki se kot lastnik vpiše v zemljiško knjigo. Pozneje se izkaže, da je prodajna pogodba, sklenjena med A in B, nična. Zaradi načela kavzalnosti oseba B ni postala lastnik nepremičnine in je torej njena vknjižba materialno neveljavna. Še preden pride do zemljiškoknjižne izvedbe posledic neveljavne pogodbe, oseba B kot zemljiškoknjižni lastnik proda nepremičnino osebi C, ki ima v predstavljeni situaciji položaj nadaljnjega (posrednega) pridobitelja v smislu drugega odstavka 244. člena ZZK-1.

⁴⁵ V četrtem odstavku 5. člena ZZK je bilo sicer, enako kot v 8. členu ZZK-1, določeno, da kdor v pravnem prometu pošteno ravna in se zanese na podatke o pravicah, ki so vpisani v zemljiški knjigi, zaradi tega ne sme trpeti škodljivih posledic.

⁴⁶ O pomenu izteka roka za vložitev izbrisne tožbe po ZZK gl. J. Zobec, nav. delo, str. V–VI.

ki se je v dobri veri zanesel na zemljiškoknjižne podatke. Ta pridobitni način ustreza današnji izvirni pridobitvi lastninske pravice na podlagi načela zaupanja v zemljiško knjigo (10. člen SPZ), s to razliko, da so zaradi prepovedi izbrisne tožbe zoper dobrovernega nadaljnega pridobitelja pogoji za pridobitev lastninske pravice na tej podlagi bistveno olajšani. Navedena razlika med ureditvama izbrisne tožbe je posledica drugačnega dojemanja pomena varstva pravnega prometa in načela zaupanja v zemljiško knjigo.⁴⁷ Prej veljavna ureditev je do izteka rokov, določenih v tretjem in četrtem odstavku 102. člena ZZK, dajala prednost zunajknjižnemu pravnemu stanju nepremičnin pred položajem tistih, ki so se v dobri veri zanesli na zemljiškoknjižne podatke, sedaj veljavna ureditev pa daje absolutno prednost načelu zaupanja v zemljiško knjigo.

ZZK-1 je torej temeljito posegel v način pridobitve lastninske pravice na podlagi načela zaupanja v zemljiško knjigo, saj ni le skrajšal roka, ki je moral poteci, da bi bil dobroverni nadaljnji pridobitelj absolutno varovan, temveč je izbrisno tožbo zoper takega pridobitelja prepovedal. Takojšnja pridobitev lastninske pravice na podlagi načela zaupanja v zemljiško knjigo oziroma odvzem možnosti vložitve izbrisne tožbe pa na drugi strani pomeni takojšnjo izgubo lastninske pravice dejanskega (pravega) lastnika nepremičnine. Ker ima nova ureditev pomembne materialnopravne posledice za položaj dejanskega lastnika, menim, da bi zakonodajalec moral predvideti prehodno ureditev, ki bi ob novo zastavljenih ciljih (večji pomen varstva pravnega prometa) ustrezno upoštevala tudi prej veljavno ureditev.⁴⁸ Pravilnost stališča, da bi zakonodajalec za ta položaj moral predvideti prehodno ureditev, je najlažje ponazoriti s primerom, ko bi zakonodajalec rok za vložitev izbrisne tožbe samo skrajšal. V tem primeru bi bilo jasno, da mora biti prehod med zakonoma ustrezno urejen. To je nenazadnje potrdila že sodna praksa⁴⁹ ob uveljavitvi ZZK, ki je v primerjavi s prej veljavno ureditvijo v ZZK-30 skrajšal roke za vložitev izbrisne tožbe.⁵⁰ Če mora biti prehodna ureditev predvidena v primeru, ko bi se rok za

⁴⁷ Gl. J. Hudej, nav. delo, str. 533–535.

⁴⁸ Zahteva po prehodni ureditvi, ki bi podaljšala uporabo ZZK po uveljavitvi ZZK-1, pri tem položaju, drugače kot pri položaju, obravnavanem v razdelku 4.1., ni problematična. Prejšnja ureditev, ki je dejanskemu lastniku omogočala varstvo njegove lastninske pravice še v rokih, določenih v 102. členu ZZK, je namreč pomenila manj intenziven in zato z vidika načela sorazmernosti sprejemljivejši poseg v lastninsko pravico dejanskega lastnika, kot ga predstavlja današnja ureditev, ki izbrisno tožbo pri tem položaju prepoveduje.

⁴⁹ Prim. odločbo Vrhovnega sodišča II Ips 385/2002 z dne 22. maja 2003.

⁵⁰ S tega vidika je lahko vprašljiva prehodna določba v SPZ (drugi odstavek 269. člena SPZ), ki dopušča situacijo, da lastnik nepremičnine zaradi skrajšanja priposestvalne dobe za dobrovernega posestnika zgolj z uveljavitvijo SPZ izgubi lastninsko pravico. Če je torej dobroverni posestnik na dan uveljavitve SPZ izvajal priposestvanje že toliko časa, kolikor traja priposestvalna doba za dobrovernega lastniškega posestnika po SPZ, je bila pravica priposestvana z dnem uveljavitve SPZ. Ker pa si je po mnenju komentatorjev

vložitev izbrisne tožbe le skrajšal, ni dvoma, da mora biti prehod med zakonom urejen, ko nova ureditev odvzema možnost vložitve izbrisne tožbe.

Omenjeno je že bilo, da je zakonodajalec prehodno obdobje med ZZK in ZZK-1 uredil s prehodno določbo v 246. členu ZZK-1, po kateri se določbe tega zakona uporabljajo za vsa razmerja, v katerih zemljiškoknjižno sodišče do uveljavitve tega zakona še ni odločilo o vpisu. Glede na zakonodajno gradivo⁵¹ bi bilo mogoče sklepati, da se ta prehodna določba nanaša tudi na izbrisno tožbo, vprašanje pa je, ali vsebuje ustrezno merilo pri izboru pravne podlage za odločitev o izbrisni tožbi, vloženi zoper dobrovernega nadaljnega pridobitelja.

Že obravnavana jezikovna razlaga prvega odstavka 246. člena ZZK-1 (gl. razdelek 4.1.), po kateri je treba izbris vknjižbe presoati po določbah tistega zakona, ki je veljal v času vknjižbe,⁵² je sicer na prvi pogled prepričljiva, vendar po mojem mnenju tudi za ta položaj pravno nesprejemljiva. Po tej razlagi je treba o izbrisni tožbi vselej odločati po ZZK-1, če je bila vknjižba opravljena v času veljavnosti tega zakona. To med drugim pomeni, da je treba upoštevati tudi določbo tretjega odstavka 244. člena ZZK-1, ki prepoveduje vlaganje izbrisnega zahtevka zoper dobrovernega nadaljnega pridobitelja. Če upoštevamo, da je prej veljavni zakon dejanskemu lastniku dopuščal izbrisno tožbo zoper takšnega pridobitelja (v določenih primerih tudi v roku treh let od vložitve predloga za vknjižbo – četrti odstavek 102. člena ZZK), je jasno, da bi ob upoštevanju navedene razlage, ki pri presoji pravne podlage izhaja iz trenutka vknjižbe, lahko dejanski lastnik zaradi počasnejšega dela sodišča, ki bi o predlogu za vknjižbo dobrovernega nadaljnega pridobitelja odločilo po uveljavitvi ZZK-1, izgubil možnost vložitve izbrisne tožbe, s tem pa tudi lastninsko pravico. Če bi torej uporabo zakona vezali na trenutek vknjižbe, ki je predmet izpodbijanja, bi bila odločitev o izbrisni tožbi odvisna od ažurnosti zemljiškoknjižnega sodišča – to pa ni okoliščina, ki bi lahko upravičila različno obravnavanje podobnih pravnih položajev (14. člen URS).⁵³ Ker vknjižba ne more biti relevantna pri izboru pravne podlage za odločitev o izbrisni tožbi, vloženi zoper dobrovernega nadaljnega pridobitelja, ni mogoče pritrditi niti tistemu delu sodne

zakona (M. Juhart, v: M. Juhart in drugi: Stvarnopravni zakonik (SPZ): s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 1045–1046) težko zamisliti položaj, ko dobroverni posestnik ne bi bil hkrati tudi zakoniti posestnik (za dobrovernega in zakonitega posestnika se položaj z uveljavitvijo SPZ ni spremenil), ta ugotovitev verjetno nima večje praktične vrednosti.

⁵¹ Gl. op. 37.

⁵² Prim. npr. odločbo Vrhovnega sodišča III Ips 120/2004 z dne 13. septembra 2005.

⁵³ Da obdobje negotovosti pravnega razmerja ne more biti odvisno od ažurnosti zemljiškoknjižnega sodišča, je v zadevi II Ips 1082/2008 z dne 17. februarja 2011 presodilo tudi Vrhovno sodišče. Stališče je bilo sicer zavzeto v zvezi z vprašanjem določitve trenutka, od katerega teče rok za izpodbijanje pogodbe, ki je bila podlaga za prenos lastninske pravice. Prim. tudi odločbo Ustavnega sodišča Up-492/11 z dne 9. maja 2013.

prakse, ki trenutku po vknjižbi (vložitev izbrisne tožbe) pripisuje odločilno težo.⁵⁴ Rešitve za ta položaj ne more predstavljati niti smiselna razlaga,⁵⁵ po kateri bi se prehodna določba iz prvega odstavka 246. člena ZZK-1, ki določa takojšnjo uporabo novih določb v zemljiškoknjižnih postopkih, smiselno uporabila za vse postopke, v katerih se uporabljajo zemljiškoknjižna pravila (gl. razdelek 4.1.). Takojšna uporaba ZZK-1 v pravnem postopku, v katerem se odloča o izbrisni tožbi, vloženi še v času veljavnosti ZZK, bi namreč v nasprotju z načelom zaupanja v pravo posegla v upravičenja dejanskega lastnika.

Ugotoviti je mogoče, da obstoječa prehodna določba iz prvega odstavka 246. člena ZZK-1 ne daje ustavno sprejemljivega merila pri izboru pravne podlage za odločitev o izbrisni tožbi, vloženi zoper dobrovernega nadaljnega pridobitelja. To je nenazadnje tudi razumljivo, saj je glede na besedilo omenjene prehodne določbe ZZK-1 očitno, da je imel zakonodajalec v mislih le tiste določbe, ki jih uporablja zemljiškoknjižno sodišče pri odločanju o predlogih za vpis, medtem ko prehoda med ZZK in ZZK-1 glede izbrisne tožbe ni uredil. To pomeni, da izbrisna tožba dejanskega lastnika od uveljavitve ZZK-1 dalje proti dobrovernemu nadaljnjemu pridobitelju ni več dovoljena, četudi je dejanskemu lastniku to pravno varstvo ob uveljavitvi ZZK-1 že pripadalo. Takšna rešitev pa z vidika načela zaupanja v pravo ni sprejemljiva. V nadaljevanju prispevka zato skušam odgovoriti na vprašanje, kakšna bi morala biti prehodna ureditev v ZZK-1 glede izbrisne tožbe zoper dobrovernega nadaljnega pridobitelja, ki bi ustrezno upoštevala tudi prej veljavno ureditev.

Če izhajamo iz cilja zakonske spremembe, ki daje večji pomen varstvu pravnega prometa in načelu zaupanja v zemljiško knjigo, ni dvoma, da se navedeni zakonski cilj nanaša na promet, ki temelji na zavezovalnem poslu, sklenjenem po uveljavitvi ZZK-1. Ker pa prenos lastninske pravice ni rezultat enega dejanja, ampak gre za večfazni proces (sklenitev zavezovalnega posla – razpolagalni pravni posel – vložitev predloga za vknjižbo oziroma njegov prejem na sodišču),⁵⁶ se postavlja vprašanje, ali je mogoče novemu zakonu podrediti tudi promet, ki se je začel v času veljavnosti ZZK, končal pa po uveljavitvi ZZK-1.⁵⁷

⁵⁴ Gl. 3. razdelek tega prispevka.

⁵⁵ Prim. odločbo Vrhovnega sodišča II Ips 348/2007 z dne 11. marca 2010. Gl. tudi op. 39.

⁵⁶ Prim. Jan Zobec, v: Matej Avbelj in drugi: Komentar Ustave Republike Slovenije, dopolnitev A. Fakulteta za podiplomske in evropske študije, Kranj 2011, str. 464–465.

⁵⁷ Kupoprodajna pogodba med zemljiškoknjižnim (a ne dejanskim) lastnikom in nadaljnjim pridobiteljem je sklenjena npr. leta 2001, do izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila in vložitev predloga za vknjižbo v korist nadaljnega pridobitelja pa pride v letu 2005.

Ker so z uveljavitvijo ZZK-1 lahko prizadeti le interesi dejanskega lastnika (ZZK-1 mu odvzema možnost vložitve izbrisne tožbe zoper dobrovernega nadaljnega pridobitelja), je treba pri razrešitvi navedene dileme izhajati iz varstva njegovega položaja, ki mu ga nudi načelo zaupanja v pravo (2. člen URS). Menim, da je položaj dejanskega lastnika treba varovati najmanj od trenutka, ko je pridobil upravičenje do vložitve izbrisne tožbe. Glede na zakonsko besedilo tretjega in četrtega odstavka 102. člena ZZK je to trenutek vložitve predloga za vknjižbo v korist nadaljnega pridobitelja, ko začne teči tudi rok za vložitev izbrisne tožbe. Res je, da škoda, ki se sicer odpravlja z izbrisno tožbo, nastane šele z vknjižbo, vendar pa je zaradi varovanja vrstnega reda (zaznamba izbrisne tožbe) izbrisno tožbo treba dopusti že ob vložitvi predloga za vknjižbo.⁵⁸ To pomeni, da bi morala prehodna določba v ZZK-1 dejanskemu lastniku omogočiti izpodbijanje vknjižbe, ki je bila v korist nadaljnega pridobitelja opravljena po uveljavitvi ZZK-1, če bi vknjižba temeljila na predlogu, vloženem v času veljavnosti ZZK. V nasprotnem primeru bi dejanski lastnik z uveljavitvijo ZZK-1 izgubil pričakovano varstvo svoje lastninske pravice v razmerju do nadaljnega pridobitelja. Za dejanskega lastnika z vidika varstva zaupanja v pravo torej ni ovire, da bi se novi ZZK-1 uporabil tudi v tistih primerih, ko se je pravni promet z nepremičnino začel sicer pred uveljavitvijo ZZK-1, do njegovega zaključka (vložitve predloga za vknjižbo v korist nadaljnega pridobitelja) pa je prišlo po uveljavitvi tega zakona.

Glede na predstavljene argumente je mogoče zastopati stališče, da bi morala prehodna ureditev ZZK-1 v primeru, ko je bil predlog za vknjižbo v korist dobrovernega nadaljnega pridobitelja vložen že v času veljavnosti ZZK, dejanskemu lastniku nepremičnine omogočiti varstvo z izbrisno tožbo pod pogoji, določenimi v ZZK. Res pa je, da omenjeni predlog prehodne ureditve ustrezno varuje le položaj dejanskega lastnika nepremičnine, ne upošteva pa neenake obravnave dobrovernih nadaljnjih pridobiteljev, do katere bi po uveljavitvi ZZK-1 ob takšni ureditvi lahko prišlo. Da bi omogočili čim manjšo prizadetost obstoječih položajev in hkrati čim lažji prehod na novo ureditev (zmanjšanje neenakosti med dobrovernimi nadaljnjimi pridobitelji), bi bil predlog prehodne ureditve lahko naslednji: v primerih, ko je bil predlog za vknjižbo v korist dobrovernega nadaljnega pridobitelja vložen že pred uveljavitvijo ZZK-1, bi dejanskemu lastniku nepremičnine dopustili izbrisno tožbo zoper takega pridobitelja, vendar z omejitvijo, da izbrisne tožbe po izteku določenega (npr. enoletnega) roka od uveljavitve ZZK-1 ne bi bilo več mogoče vložiti. Dejanski rok

⁵⁸ Če je izbrisna tožba vložena, preden zemljiškoknjižno sodišče odloči o predlogu za vknjižbo, bi moralo pravdno sodišče postopek prekiniti do pravnomočnosti odločitve o vknjižbi. Tudi v teoriji (M. Tratnik in R. Vrenčur, nav. delo (2008), str. 51) je zastopano stališče, da je izbrisno tožbo mogoče vložiti v primeru, ko vknjižba še ni realizirana, ampak je s plombo zgolj objavljen začetek zemljiškoknjižnega postopka.

za vložitev izbrisne tožbe bi bil tako odvisen od konkretne situacije – če se do uveljavitve ZZK-1 prejšnji rok še ni iztekel, se roki ne bi mogli izteči pozneje kot npr. eno leto po uveljavitvi ZZK-1, če pa bi bil preostanek starega roka ob uveljavitvi novega zakona krajši od enoletne omejitve, bi se upoštevali stari roki.⁵⁹

Opisana rešitev, ki pravno podlago za odločitev o izbrisni tožbi veže na trenutek vložitve predloga za vknjižbo v korist nadaljnega pridobitelja, pa bi lahko bila problematična z vidika neenake obravnave dejanskih lastnikov, saj sta njihovo upravičenje do vložitve izbrisne tožbe in s tem njihova lastninska pravica odvisna od okoliščine, na katero ne morejo vplivati. To neenakost bi lahko odpravili, če bi napotili na uporabo ZZK tudi v primerih, ko je bila v času ZZK v korist nadaljnega pridobitelja opravljena le začetna faza pravnega prometa z nepremičnino (to je sklenitev posla med zemljiškoknjižnim lastnikom in nadaljnjim pridobiteljem), preostale faze prenosa lastninske pravice pa so se zvrstile po uveljavitvi ZZK-1. Res pa je, da bi se ob takšni razlagi krog dobrovernih nadaljnjih pridobiteljev, zoper katere bi bilo mogoče vložiti izbrisno tožbo, še povečal, kar bi bilo z vidika ciljev nove ureditve verjetno nesprejemljivo. Pomembna okoliščina, ki govori proti nadaljnjemu širjenju varstva dejanskih lastnikov, pa je tudi ta, da bi lahko dejanski lastnik, če bi bil dovolj skrben in bi pravočasno poskrbel za izbris zemljiškoknjižnega lastnika, preprečil njegovo nadaljnje razpolaganje z nepremičnino. Zaradi teh pomislov se mi zdi razlaga, ki veže uporabo zakona na trenutek vložitve predloga za vknjižbo, vendarle ustrežnejša.

Čeprav analiza položaja dobrovernega nadaljnega pridobitelja glede na čas uveljavitve ZZK-1 verjetno ni v celoti aktualna za reševanje konkretnih primerov izbrisne tožbe, pa to ne zmanjšuje vrednosti ugotovitev v tem delu prispevka. Ugotovitve so namreč lahko koristne za zakonodajalca pri prihodnjem spreminjanju zakonodaje, ki se nanaša na stvarnopravne položaje, kot tudi za sodno prakso pri reševanju tistih primerov, pri katerih je zaradi zakonske spremembe prišlo do spremembe pogojev za pridobitev stvarne pravice.

5. IZBRISNA TOŽBA IMETNIKA OBLIGACIJSKE PRAVICE (243. člen ZZK-1)

V prejšnjih razdelkih je bila razprava osredotočena na prehod med ureditvama izbrisne tožbe po ZZK in ZZK-1, v tem razdelku pa bo obravnavan še prehod med ureditvama izbrisne tožbe pred novelo ZZK-1C in po njej, in sicer z vidika vprašanja aktivne stvarne legitimacije za vložitev izbrisne tožbe.

⁵⁹ Podobno rešitev je sodna praksa sprejela v zvezi s skrajšanjem rokov za vložitev izbrisne tožbe proti neposrednemu pridobitelju za prehodno obdobje med ZZK-30 in ZZK. Prim. odločbo Vrhovnega sodišča II Ips 385/2002 z dne 22. maja 2003.

Pred novelo ZZK-1C je zakon v prvem odstavku 243. člena določal, da lahko izbrisno tožbo vloži oseba, katere pravica na nepremičnini je bila z vknjižbo kršena. Glede na besedilo citiranega člena v sodni praksi in teoriji⁶⁰ ni bilo sporno, da je za vložitev izbrisne tožbe poleg osebe, ki je že bila vknjižena v zemljiški knjigi, aktivno stvarno legitimirana tudi oseba, katere pravica na nepremičnini je bila prizadeta, čeprav še ni bila vpisana v zemljiško knjigo (originarni pridobitelji pravic – zakonec glede skupnega premoženja, poštteni graditelj na tujem zemljišču glede tega zemljišča in tisti, ki je nepremičnino izvenknjižno priposestvoval).⁶¹ Sodna praksa in teorija sta sicer že pred uveljavitvijo ZZK-1C priznavali aktivno legitimacijo za vložitev izbrisne tožbe predkupnemu upravičencu, ko je prišlo do kršitve njegove obligacijske (predkupne) pravice.⁶² Nepoenoteno pa je do sprejema ZZK-1C ostalo stališče glede vprašanja, ali so za vložitev izbrisne tožbe aktivno legitimirane tudi osebe, ki imajo šele pravni naslov za pridobitev lastninske pravice.⁶³ Po novelirani ureditvi ni več dvoma, da so izbrisno tožbo poleg stvarnopravnih upravičencev upravičeni vložiti tudi imetniki obligacijskih pravic – torej osebe, ki razpolagajo le z zavezovalnim pravnim poslom (prvi in četrti odstavek 243. člena ZZK-1).

Z novelo ZZK-1C, ki natančno razčlenjuje pravne položaje, v katerih je mogoče vložiti izbrisno tožbo, naj bi se po mnenju zakonodajalca razrešilo marsikatero sporno pravno vprašanje, ki se je v praksi pojavilo zaradi presplošne formulacije prejšnjega zakonskega besedila. Čeprav že besedilo prej veljavnega 243. člena ZZK-1 aktivne legitimacije ni omejevalo samo na osebe, katerih vknjižena pravica je bila kršena, so v praksi nastajale težave pri razlagi tega pravila. Ker je predvidljivost odločanja o vsebini pravnih razmerij pomemben vidik pravne varnosti, je bilo po presoji zakonodajalca treba v prvem odstavku

⁶⁰ Prim. M. Tratnik in R. Vrenčur, nav. delo (2008), str. 56–57, in Miha Juhart: Dobrovernost kot pogoj za učinkovanje načela zaupanja v zemljiško knjigo, v: *Izbrane teme civilnega prava II*, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti, Ljubljana 2007, str. 162–164.

⁶¹ To stališče je del teorije (T. Frantar, v: N. Plavšak, T. Frantar in M. Juhart, nav. delo, str. 361–362) zastopal že v času veljavnosti ZZK, enako pa je sodna praksa interpretirala prej veljavni paragraf 68 ZZK-30 (prim. VS SRS II Ips 232/80 in 233/80 z dne 22. januarja 1981; Poročilo VS SRS 1981/1). Nekateri teoretiki so nasprotno trdili, da izvenknjižni pridobitelj ni upravičen do vložitve izbrisne tožbe, saj mu ta tožba ne prinese želenega učinka, ker s tem še ne pride do vknjižbe pravice v njegovo korist (M. Tratnik, v: A. Berden in drugi, nav. delo, str. 153).

⁶² Prim. npr. odločbe VS RS II Ips 80/2007 z dne 28. junija 2010, II Ips 41/2008 z dne 10. februarja 2011, II Ips 527/99 z dne 20. aprila 2000 in III Ips 26/2003 z dne 22. junija 2004. Drugačno, vendar po mojem mnenju nepravilno, stališče je bilo zavzeto v odločbi II Ips 287/2008 z dne 27. novembra 2008. Prim. tudi M. Tratnik in R. Vrenčur, nav. delo (2008), str. 58.

⁶³ Podrobneje o tem odločba Vrhovnega sodišča II Ips 44/2007 z dne 10. maja 2010.

243. člena ZZK-1 predpostavke izbrisne tožbe razčleniti tako, da je aktivna legitimacija povsem jasno in nedvoumno opredeljena. Z vknjižbo pridobitve stvarne pravice je tako lahko kršena stvarna ali obligacijska pravica.⁶⁴ Glede na povzeti zapis iz zakonodajnega gradiva je mogoče sklepati, da je navedena sprememba 243. člena ZZK-1 le pojasnjevalne narave oziroma da je že prej veljavno zakonsko besedilo omogočalo razlago, da so za vložitev izbrisne tožbe aktivno legitimirani tudi imetniki obligacijskih pravic.⁶⁵ Stališče, da je že prej veljavno zakonsko besedilo imetniku obligacijske pravice omogočalo vložitev izbrisne tožbe, je mogoče zaslediti tudi v teoriji.⁶⁶ Ob takšnem izhodišču, ko torej ne gre za vsebinsko spremembo prvega odstavka 243. člena ZZK-1, zakonodajalec utemeljeno ni predvidel prehodne določbe v ZZK-1C glede aktivne legitimacije pri izbrisni tožbi.

Tudi če bi zastopali nasprotno stališče, da prej veljavno besedilo 243. člena ZZK-1 obligacijskemu upravičencu ni omogočalo vložitve izbrisne tožbe, odsotnost prehodne ureditve v ZZK-1C vsaj glede tistih obligacijskih upravičencev, ki imajo nepremičnino v posesti, ne more biti problematična. Treba je namreč upoštevati, da je (večinska) sodna praksa v primeru večkratnega razpolaganja z nepremičnino imetniku obligacijske pravice (prvemu pridobitelju), ki mu je bila prepuščena tudi posest, priznavala stvarnopravno varstvo proti drugemu nedobrovernemu pridobitelju, in sicer ugovor prodane stvari in zahtevek za izstavitve zemljiškoknjžne listine, ki je prvemu pridobitelju omogočil vknjižbo njegove pravice v zemljiško knjigo.⁶⁷ Sodna praksa je tako obligacijskemu upravičencu, ki je imel nepremičnino v posesti, že ves čas zagotavljala po vsebini najmanj enakovredno varstvo, kot mu ga sedaj nudi izbrisna tožba. Dilemo o razlagi prej veljavnega besedila prvega odstavka 243. člena ZZK-1 je zato vsaj glede tistih obligacijskih upravičencev, ki imajo nepremičnino v posesti, treba razumeti kot dilemo o obliki (in ne o vsebini) varstva takšnega položaja. Za presojo primernosti odločitve zakonodajalca, ki v

⁶⁴ Poročevalec Državnega zbora z dne 23. decembra 2010.

⁶⁵ Tako tudi Matjaž Tratnik in Renato Vrenčur v uvodnih pojasnilih k Zakonu o zemljiški knjigi (ZZK-1): neuradno prečiščeno besedilo, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2011, str. 80–84.

⁶⁶ Tako npr. M. Juhart, nav. delo, str. 162–164, in Renato Vrenčur: Večkratna odsvojitve iste nepremičnine, Delovno gradivo za Civilnopravno sodniško šolo, 1. izvedba, Čatež, 22.–24. marec 2010, str. 6–7.

⁶⁷ Prim. npr. odločbe VS RS II Ips 66/90 z dne 31. maja 1990 ter VS SI II Ips 215/86 in II Ips 216/86 z dne 6. novembra 1986. Povzeto po Tone Frantar: Stvarno pravo. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1993, str. 102–107 in 111–112. Podrobneje tudi R. Vrenčur, nav. delo (2010, Večkratna odsvojitve ...), str. 1–6, ter Jasna Hudej in Iztok Ščernjavič: Ponovni premislek o nekaterih temeljnih izhodiščih stvarnega prava pri prenosu lastninske pravice na nepremičninah, v: Pravna praksa, št. 3/2012, priloga, str. IV–V.

ZZK-1C ni predvidel prehodne ureditve, je tako nepomembno, ali je že prej veljavno besedilo prvega odstavka 243. člena ZZK-1 obligacijskemu upravičencu priznavalo legitimacijo za vložitev izbrisne tožbe. Navedena dilema bi torej lahko bila relevantna le za tiste upravičence, ki razpolagajo le s pravnim naslovom za pridobitev lastninske pravice, ne pa tudi s posestjo nepremičnine. Ti položaji namreč po večinskem stališču sodne prakse pred ZZK-1C niso bili stvarnopravno varovani. Vendar pa ob dejstvu, da pri izbrisni tožbi po ZZK-1 na pasivni strani vselej nastopa le nedobroverni pridobitelj, zadržkov za takojšnjo uporabo spremenjene določbe prvega odstavka 243. člena ZZK-1 tudi pri teh položajih ni videti. V praksi tako ne bi smelo biti vprašljivo, da lahko izbrisno tožbo vložijo tudi tisti upravičenci, katerih obligacijske pravice izvirajo iz razmerij pred uveljavitvijo ZZK-1C.

6. SKLEP

Sodna praksa na vprašanje, ali je mogoče izbrisno tožbo presoati po določbah ZZK, čeprav se je sojenje začelo oziroma poteka v času veljavnosti ZZK-1, ne daje jasnega in enotnega odgovora. Pravno podlago za odločitev večinoma utemeljuje s sklicevanjem na različne, z izbrisno tožbo povezane okoliščine (npr. na trenutek vknjižbe, vložitve predloga za vknjižbo, vložitve izbrisne tožbe). Opisano stanje v sodni praksi vsekakor ne nudi pravne varnosti oziroma ne omogoča predvidljive obravnave, saj se posameznik ne more zanesti na že sprejete odločitve v primerljivih zadevah. Zaradi pomembnih vsebinskih razlik med ureditvama izbrisne tožbe v ZZK in ZZK-1 je izbor pravne podlage lahko ključnega pomena za odločitev v konkretni zadevi.

V prispevku sem zato skušala poiskati rešitev, ki bi lahko predstavljala ustrezen prehod med navedenima zemljiškoknjižnima ureditvama. Pri položaju, ko je izbrisna tožba vložena zoper neposrednega pridobitelja, zaradi ustavne vprašljivosti ureditve po ZZK ne vidim ovire za takojšnjo uporabo ZZK-1, ki odpravlja protiustavno stanje. Pravno podlago za takojšnjo uporabo ZZK-1 je mogoče utemeljiti z ustrezno razlago prehodne določbe po prvem odstavku 246. člena ZZK-1 ali z razlago, ki je po mojem mnenju pravilnejša, da prehodne določbe, ki bi se nanašala na izbrisno tožbo in ki bi podaljšala uporabo ZZK tudi po uveljavitvi ZZK-1, ZZK-1 dejansko ne vsebuje. Če sprejmemo razlago, da ZZK-1 ne ureja prehoda glede izbrisne tožbe, izbrisna tožba dejanskega lastnika od uveljavitve ZZK-1 dalje proti dobrovernemu nadaljnjemu pridobitelju ni več dovoljena, četudi je dejanskemu lastniku to pravno varstvo ob uveljavitvi ZZK-1 že pripadalo. Ker takšna rešitev z vidika načela zaupanja v pravo ni sprejemljiva, je v prispevku predstavljena prehodna ureditev, ki bi ob novo zastavljenih ciljih (večji pomen varstva pravnega prometa) ustrezno

upoštevala tudi prej veljavno ureditev. Položaj dejanskega lastnika nepremičnine bi bilo mojemu mnenju treba varovati najmanj od trenutka, ko je bil vložen predlog za vknjižbo v korist dobrovernega nadaljnega pridobitelja. Prehodna določba v ZZK-1 bi zato morala dejanskemu lastniku omogočiti izpodbijanje vknjižbe, ki je bila v korist nadaljnega pridobitelja opravljena po uveljavitvi ZZK-1, če bi vknjižba temeljila na predlogu, vloženem v času veljavnosti ZZK. Razpravo pri tem položaju zaključim s predlogom, ki v prehodnih primerih varuje položaj dejanskega lastnika in hkrati zmanjšuje neenakost obravnave dobrovernih nadaljnjih pridobiteljev, do katere bi prišlo zaradi varovanja dejanskega lastnika. V zaključnem delu prispevka obravnavam še prehod med ureditvama izbrisne tožbe pred novelo ZZK-1C in po njej. Glede na odsotnost prehodne ureditve je mogoče zastopati stališče, da lahko izbrisno tožbo vložijo tudi tisti upravičenci, katerih obligacijske pravice izvirajo iz razmerij, nastalih pred uveljavitvijo ZZK-1C.

AVTORSKOPRAVNI IN ZNANSTVENI CITAT

Miha Trampuž,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
Avtorska agencija za Slovenijo*

Čeprav spada citat med najbolj tradicionalne omejitve avtorske pravice, saj jo spremlja od njenih samih začetkov, pravilno citiranje avtorskih del vse do danes ni izgubilo aktualnosti. Sporni primeri iz prakse kažejo, da so kljub dolgi tradiciji, obsežni sodni praksi in doktrini še vedno neupoštevana oz. sporna nekatera osnovna pravila citiranja ali pa vsaj njihova pravilna izvedba. Kršitev enih ali drugih pogosto pripelje do temne plati citata – v plagiat, ki je v zadnjih letih pritegnil precejšnjo pozornost javnosti. Zato bi rad v tem prispevku opozoril na nekatera osnovna pravila citiranja, in sicer z vidika avtorskega prava in znanstvene publicistike, ter na z njimi povezana vprašanja.

I. UMESTITEV CITATA V PRAVNEM SISTEMU

Citat ali navedek povezujemo s svobodo citiranja in z njo povezanimi dolžnostmi, ki pomeni enega od vidikov nekaterih človekovih pravic in svoboščin – svobode izražanja, svobode znanstvenega in umetniškega ustvarjanja, pravic iz ustvarjalnosti. Institut citiranja je postavljen v splošnem interesu zaradi duhovne komunikacije in konfrontacije;¹ pri tej komunikaciji in konfrontaciji po eni strani omejuje pravice avtorjev citiranih del, po drugi strani pa do njih kaže spoštovanje, saj upošteva njihove ideje, njihovo delo.² S citatom se v delo

¹ Prim. L. Koman Perenič, nav. delo, str. 5; E. Ulmer, nav. delo, § 67, II; Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, nav. delo, § 51, tč. 6. Enako ustaljena nemška sodna praksa, prim. zlasti Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1986, str. 60 – *Geistchristentum*; BGH GRUR 1987, str. 363 – *Filmzitat*; BGH GRUR 1994, str. 802 – *Museumskatalog*; BGH GRUR 2010, str. 630 – *Vorschaubilder*; BGH GRUR 2011, str. 417 – *Kunstaussstellung im Online-Archiv*.

² Tako K. Šugman, nav. delo, str. 39, glede razmerja do avtorjev. Glede razmerja do bralca pa avtorica opozarja, da je navajanje koristno in spoštljivo tudi do njega, saj mu olajša iskanje drugih virov, opozori na drugačna mnenja, mu omogoči, da si sam ustvari svoje mnenje ... (prav tam).

pritegne tuja misel, s katero se daje potrditev, ponazoritev, podkrepitev ali zavrnitev za lastno.³ Citiranje tujih avtorskih del, drugih varovanih vsebin, idej, načel, odkritij, podatkov ipd. srečamo na praktično vseh področjih. Skupna vsem so v prvi vrsti etična pravila citiranja, katerih osnovno vodilo je jasno razmejevanje med lastnimi in tujimi dosežki. Ta pravila se nato odražajo v različnih področnih pravnih ureditvah.

Avtorsko pravo najbolj podrobno ureja pravila citiranja in ga zato upravičeno obravnavamo kot *sedes materiae* za področje citata. Avtorskopравни citat pomeni, da je pod določenimi pogoji mogoče tuje avtorsko delo ali predmet sorodnih pravic prosto uporabiti (ga reproducirati, distribuirati, javno prikazovati, dajati na voljo javnosti itd.), in sicer *a*) brez predhodnega dovoljenja njegovega avtorja oz. imetnika in *b*) brez plačila honorarja oz. nadomestila (prim. 51. člen Zakona o avtorski in sorodnih pravicah, ZASP-UPB3, Ur. l. RS, št. 16/2007, 68/2008, v nadaljevanju ZASP).⁴ V avtorskem pravu to imenujemo *prosta uporaba*, zato govorimo tudi o *privilegiju* ali *svobodi* citiranja. Sistemsko spada citat med vsebinske omejitve avtorske pravice, katerih naloga je, da zagotovijo ravnotežje med avtorsko pravico in širšim javnim interesom.⁵ Citat je posebna omejitev s svojimi pogoji, ki je neodvisna od drugih primerov omejitev v ZASP,⁶ kot vse omejitve pa je vezana na splošne pogoje iz 46. člena ZASP. Osnovni namen pravil o avtorskopravnem citatu je varovanje del drugih avtorjev, tj. njihovih moralnih in zlasti materialnih interesov. Tudi v okviru avtorskega prava so se izoblikovala posebna pravila za umetniški, glasbeni, filmski, likovni itd. citat.

Med naslednjimi področji sta znanost in raziskovalna dejavnost. Tu se avtorskopravna pravila citiranja uporabljajo analogno. T. i. *znanstveni citat* se torej večinoma prekriva z avtorskopравnim, le da je njegov predmet širši, saj zajema tudi dela in dosežke raziskovalcev in znanstvenikov, ki jih avtorsko pravo ne varuje, npr. dela v javni domeni, ideje, odkritja, formule, podatke, grafe, folklorna dela ipd. Z avtorskopравnim ga veže prej omenjena etična vloga, zato je kot tak pomemben del metodike in etike znanstvenoraziskovalnega dela. S

³ Tako sodba VS RS II Ips 213/2008 z dne 26. februarja 2009.

⁴ Gl. sodbo Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 4863/2008 z dne 24. junija 2009: pravica do citiranja je dana mimo in lahko celo proti volji avtorja, za to uporabo se ne plačuje nadomestila.

⁵ Več o vsebinskih omejitvah avtorske in sorodnih pravic v slovenskem pravu gl. Trampuž, Oman in Zupančič, nav. delo, str. 141–171; Miha Trampuž: Novosti pri vsebinskih omejitvah avtorske pravice, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2009, str. 1220–1234; Maja Bogataj Jančič: Avtorsko pravo v digitalni dobi. Založba Pasadena, Ljubljana 2008, str. 75–86; Maja Bogataj Jančič: Avtorskopravne ovire digitalizacije javnih knjižnic, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2009, str. 1242 in nasl.

⁶ Tako smiselno sodba VS RS II Ips 276/2006 z dne 9. oktobra 2008 glede razmerja med citatom po 51. členu in omejitvijo iz 50. člena ZASP.

tega vidika je pravilen znanstveni citat jamstvo za samostojnost in neodvisnost raziskovalnega dela, kar ima poseben pomen v habilitacijskih postopkih in pri izpitnih pravilih v okviru izobraževalnih in znanstvenih ustanov.

Na področju medijskega prava se *tiskovni citat* (z resnično ali neresnično vsebino) pogosto pojavlja v medijskem prostoru, vključno z oglaševanjem. Kot tak je pogost predmet postopkov za objavo popravka oz. tiskovnih tožb, kar je povezano s pravom *osebnostnih pravic* (35. člen Ustave Republike Slovenije, v nadaljevanju Ustava). S citatom se namreč lahko storijo kršitve teh pravic, npr. z objavljanjem in pripisovanjem izjav, ki jih citirana oseba ni dala, ali z navajanjem tujega citata brez resnega distanciranja od njegove vsebine.

Kršitev pravil o pravilnem citiranju na omenjenih področjih ima za posledico upravno, civilno in kazensko pravno varstvo ter njihove sankcije. Zaradi omejitve prostora slednjih v tem prispevku ne obravnavam. Iz enakih razlogov se v nadaljevanju omejujem predvsem na pravila avtorskega prava (po slovenskem, evropskem in konvencijskem pravu), saj so ta najbolj razdelana in tudi širše (analogno) uporabljiva na področju znanosti. Ko pišem o avtorskih delih, so hkrati mišljeni tudi predmeti sorodnih pravic, saj pravila citiranja veljajo tudi za njih (drugi odstavek 4. člena ZASP).

II. PRAVNI VIRI

Poleg veljavnih 51. in 46. člena ZASP, ki sta osrednji pravni vir za obravnavanje citata, je treba upoštevati še naslednje vire:

1. Mednarodne konvencije – V konvencijskem pravu je pomembna predvsem Bernska konvencija za varstvo književnih in umetniških del,⁷ in sicer tako z vidika substančnega prava (prvi in tretji odstavek 10. člena določata za citat podobne vsebinske pogoje kot naš ZASP, drugi odstavek 9. člena dovoljuje reproduciranje v določenih posebnih primerih) kot tudi z vidika kolizijskega prava (drugi odstavek 5. člena določa načelo nacionalnega obravnavanja, s čimer velja za citiranje tujih avtorskih del v Sloveniji slovensko pravo). Citirane določbe 10. člena veljajo za klasično in tudi kogentno omejitev avtorske pravice v tej konvenciji.⁸

2. Evropske direktive – V pravu Evropske unije je citat prvenstveno urejen v členu 5(3)(d) Direktive InfoSoc.⁹ Kot številni drugi evropski instituti avtor-

⁷ Ur. l. SFRJ, MP, št. 14/75, 4/86; Ur. l. RS, št. 24/92.

⁸ Tako S. Ricketson in J. Ginsburg, nav. delo, tč. 13.38, 13.42.

⁹ Direktiva 2001/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2001 o uskladitvi določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi, UL L 167/10 z dne 22. junija 2001, corr. L 6/70 z dne 10. januarja 2002.

skega prava pa tudi ta ureditev ni prinesla polne harmonizacije med državami članicami,¹⁰ saj predpisane omejitve niso obvezne, omejujejo le nekatere materialne pravice, prav tako pa ta direktiva ne posega v druge evropske direktive.¹¹

3. Uzance – Pravila citiranja urejajo tudi številne uzance v najširšem pomenu te besede. Na prvem mestu velja omeniti standard Mednarodne organizacije za standardizacijo (ISO), ki ga je prevzel tudi Slovenski inštitut za standardizacijo, in sicer SIST ISO 690:2010 Informatika in dokumentacija – Smernice za bibliografske navedbe in citiranje virov informacij (v nadaljevanju ISO Standard 690:2010).¹² Ta standard obravnava predvsem bibliografske navedbe, iz svoje uporabe izrecno izključuje pravno citiranje, sloge citiranja pa prikazuje le primeroma. Ne glede na to je uporabljen tudi pri citiranju pravnih pisanih znanstvenih del. Poleg ISO Standarda obstajajo številne druge uzance, ki jih sprejemajo posamezna združenja, izobraževalne in raziskovalne ustanove itd.

III. VRSTE CITATOV

Pri citiranju govorimo o nosilcu citata oz. glavnem delu, v katerem citiramo (t. i. nosilec citata ali glavno delo), in tujem delu kot delu drugega avtorja, iz katerega citiramo (t. i. predmet citata ali na kratko citat).

1. Bibliografske navedbe – Citat oz. navedek v najširšem smislu lahko obsega najprej bibliografsko navedbo nekega vira, brez navajanja (avtorskoppravno: reproduciranja, javnega izvajanja, dajanja na voljo javnosti itd.) same vsebine tujega avtorskega dela. Kot je bilo prikazano prej, obstajajo številne uzance glede vsebine in sloga bibliografskih navedb. Bibliografska navedba (podatki, ki opisujejo neki vir ali njegov del ter so dovolj točni in podrobni, da se ta vir lahko identificira in locira)¹³ praviloma avtorskoppravno ni varovana – niti kot

¹⁰ Prim. 31. in 32. uvodno izjavo Direktive InfoSoc, in M. M. Walter in S. von Lewinski, nav. delo, tč. 11.5.10.

¹¹ Gl. 50. uvodno izjavo, drugi stavek Direktive InfoSoc, po katerem 5. in 6. člen Direktive Sveta 91/250/EGS z dne 14. maja 1991 o pravnem varstvu računalniških programov (prvotna verzija, UL L 122/42 z dne 17. maja 1991) izključno določata omejitve izključnih pravic iz te direktive. Iz tega sledi, da npr. citat računalniških programov ni mogoč, kar je v nasprotju z Bernsko konvencijo.

¹² Prim. <www.sist.si> (5. 7. 2013). ISO Standard 690:2010 je nadomestil prejšnja ISO Standarda 690:1996 Dokumentacija – Bibliografske navedbe (Vsebina, oblika in zgradba) in 690-2:2003 (2. del: Elektronski dokumenti ali njihovi deli).

¹³ Definicija po ISO Standardu 690:2010, tč. 2.15 (ki pa je širša od tu obravnavane, saj naj bi po opombi v standardu obsegala tudi opombe, kritičen pregled ali stališče, vsebovano v besedilu).

avtorsko delo¹⁴ niti kot baza podatkov¹⁵ niti kot podatkovna baza.¹⁶ Zato je njena uporaba prosta.¹⁷ Enako velja za postavitve naslovov tujih spletnih strani in tam vsebovanih avtorskih del v obliki t. i. hiperpovezav.¹⁸ Bibliografsko navedbo lahko spremlja vrednostna sodba avtorja glavnega dela, ki kaže na njegov citirni namen (npr. besede – *enako*, *pravilno*, *nepravilno*, *zmotno* – kot ocena stališča citiranega avtorja), vendar tudi to ni avtorskopravno relevantno. Glede na vse navedeno pri bibliografskih navedbah ne gre za avtorskopravni citat.

2. Avtorskopravni citati – Primarna skrb avtorskega prava glede citata meri na varstvo ekonomskih interesov avtorja citiranega dela pred neupravičenim izkoriščanjem njegovega dela. Svoboda citiranja namreč ne sme nasprotovati običajni uporabi njegovih del, beri: ne sme konkurirati¹⁹ njegovi pravici, da sam izkorišča oz. dovoli izkoriščati svoja dela. Seveda so varovani tudi njegovi moralni interesi (predvsem avtorstvo), vendar nadaljevanje tega prispevka pokaže, da je zakonodajo, sodno prakso in doktrino zaposloval predvsem prvi vidik.

Avtorskopravni citat obsega navajanje (prevzemanje) tujih varovanih del ali njihovih delov v lastnem delu. V avtorskem pravu svobodni citat obravnavamo v njegovem razmerju do izključnih avtorskih pravic. Spada med temelje duhovnega ustvarjanja, ki z vidika interesnih položajev rešuje konflikt med

¹⁴ Če zanemarimo, da je lahko po 6. členu ZASP tudi naslov *per se* avtorsko delo, kar pa v praksi ni pogosto. V primeru obstoja naslova kot avtorskega dela bi pa za njegovo uporabo v okviru bibliografskih navedb morali iskati ustrezno podlago v veljavnem ZASP, v prvi vrsti v okviru citata po 51. členu. – Posamezna bibliografska enota (navedba) ima standardizirano vsebino (ime avtorja, naslov dela, izdaja dela, kraj in založnik itd.), prim. ISO Standard 690:2010, tč. 4, in Aneks B, Tabele B.1 do B.5, in zato ni varovana kot pisano delo po 5. členu ZASP.

¹⁵ Zbirka/baza podatkov po 8. členu ZASP bi bila lahko posamezna enota ali pa zbirka bibliografskih navedb kot zbirka zbirk. Vendar prva ni varovana iz razlogov iz prejšnje opombe, druga pa praviloma tudi ne, saj je tudi njena struktura (izbor, razporeditev, usklajitev) običajno standardizirana. Seveda pa obstajajo tudi bibliografske zbirke ali baze podatkov z individualno (kreativno) strukturo, ki so varovane z avtorsko pravico.

¹⁶ Varstvo s sorodno pravico po 141.a členu ZASP (podatkovne baze) bo glede na restriktivno interpretacijo Sodišča EU težko prišlo v poštev, od več zadev tega sodišča primeroma navajam zadevo C-203/02 z dne 9. novembra 2004, *The British Horseracing Board v. William Hill* – koledarji konjskih dirk, ECDR 2005, str. 3.

¹⁷ Enako Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, nav. delo, § 51, tč. 7.

¹⁸ Prim. Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 2003, str. 958 – *Paperboy*.

¹⁹ Tako izrecno člen 70/1 italijanskega avtorskega zakona, <www.dirittodautore.it> (5. 7. 2013). Nemška sodna praksa poudarja, da se avtorju citiranega dela s citiranjem ne smejo zožiti možnosti njegovega izkoriščanja, prim. Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1959, str. 200 – *Verkehrskinderlied*; BGHZ 50, str. 153 – *Kandinsky*; Višje deželno sodišče OLG Hamburg GRUR 1970, str. 40 – *Heintje*; BGH GRUR 1987, str. 364 – *Filmzitat*; BGH GRUR 1985, str. 60 – *Geistchristentum*.

več ustavnimi pravicami in svoboščinami: na eni strani je avtorjeva pravica iz ustvarjalnosti (60. člen Ustave), po kateri je zajamčeno, da bo avtor odločal o izkoriščanju svojega dela; na drugi strani svoboda izražanja (39. člen Ustave) in svoboda znanstvenega ustvarjanja (59. člen Ustave) kot dva izmed temeljev svobodnega komuniciranja. Avtorjevemu izključnemu lastništvu nad njegovo stvaritvijo tako stojijo nasproti upravičeni interesi posameznikov in javnosti glede svobodnega pretoka informacij, poleg tega pa tudi svoboda drugih ustvarjalcev, da se soočijo z avtorjevim delom.

Avtorskopравни citat se nanaša samo na tiste kategorije, ki so varovane po ZASP (torej avtorska dela, predmeti sorodnih pravic). Avtorsko pravo ne ureja nevarovanih vsebin (npr. idej, znanstvenih odkritij), za njih veljajo – če sploh – pravila znanstvenega citata (gl. točko 3 v nadaljevanju). Po slovenskem avtorskem pravu je mogoče citirati vsa avtorska dela,²⁰ in sicer avtorska dela določene kategorije v istovrstni kategoriji del (*kategorialno istovrstno citiranje*) ali v drugi kategoriji del (*kategorialno križno citiranje*).

Drugače kot splošna definicija citata²¹ in prejšnja pravna ureditev²² ZASP ne razlikuje med povzemanjem in citiranjem; ne določa, da je citat dobesedna (*verbatim*) navedba tujega dela. Zato lahko obsega dobesedno (avtorskopravno: reproduciranje) ali povzemajoče (avtorskopravno: predelava) navajanje. Eno in drugo pa je treba jasno razmejiti od lastnega pisanja z grafičnimi ali oblikovnimi kazalci.

3. Znanstveni citati – Primarna skrb pravil znanstvenoraziskovalnega dela glede citata meri na etično jasno razmejevanje med lastnimi in tujimi dosežki avtorjev. Seveda so z njimi varovani tudi materialni interesi avtorjev, vendar nadaljevanje tega prispevka pokaže, da je doktrino najbolj zaposloval predvsem prvi vidik.

Nevarovana dela (npr. ker je potekel rok varstva po 59. členu ZASP), nevarovane stvaritve (npr. ideje, načela, odkritja, uradna besedila, folklorna dela po 9. členu ZASP), nevarovani elementi iz sicer varovanih del, podatki in drugo

²⁰ Pritrdilno sodba VS RS II Ips 213/2008 z dne 26. februarja 2009; sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 4863/2008 z dne 24. junija 2009.

²¹ Veliki slovar tujk: 2002, 1. izdaja, Cankarjeva založba, Ljubljana (str. 165), in Slovar slovenskega knjižnega jezika, Spletna izdaja, Inštitut za slovenski jezik Frana Ramovša ZRC SAZU, <bos.zrc-sazu.si/sskj.html> (5. 7. 2013), označujeta pod geslom *citat* dobesedno navedbo tujega besedila.

²² Gl. 6. točko prvega odstavka 49. člena jugoslovanskega zakona o avtorski pravici (ZAP/1978), po kateri je bilo mogoče brez dovoljenja in brez plačila avtorja **dobesedno** (poudaril M. T.) navajati odlomke iz objavljenega književnega, umetniškega ali znanstvenega dela (*omissis*).

podobno gradivo ne uživajo avtorskoprnega varstva. Če ni drugih predpisov, jih je zato mogoče prosto uporabiti brez omejitev, ki jih pozna avtorsko pravo. Vendar pa tu nastopijo pravila znanstvenoraziskovalnega dela, ki tudi za te kategorije postavlja pravila citiranja. Ta se zgledujejo po avtorskem pravu, tako da je avtorskopravni citat tudi pomemben del metodike znanstvenega dela.²³

IV. SLOG CITIRANJA

Slog (način, tehnika) citiranja informativno prikazuje že omenjeni ISO Standard, predvsem pa številni sklopi pravil (uzance), ki jih v raziskovalni skupnosti za svoje sodelavce sprejemajo in predpisujejo posamezne univerze, fakultete, raziskovalne ustanove, založniki, uredništva revij, strokovna združenja itd. Za Slovenijo dajem kot primer Pravno fakulteto v Ljubljani;²⁴ v ZDA so npr. v uporabi pravila MLA (Modern Language Association), APA (American Psychological Association) ali pa Chicago Style (The Chicago Manual of Style).²⁵ Za pravnike je postal že tradicionalen sistem Bluebook.²⁶ Včasih je slog za bibliografsko navedbo nekega dela predlagan kar v samem delu (običajno v kolofonu). Uzance za citiranje so zelo obsežne in se precej razlikujejo, zato jih v tem prispevku ne obravnavam.

Ne glede na številne uzance in odločitve o njihovem izboru velja glavno načelo, da se je v konkretnem delu treba držati enovitega sloga, formata in oštevilčenja.²⁷ Prav tako se je treba izogibati pregostemu številu citatov (citatalogija) ali obsedenosti s citiranjem (citatomanija), pri izbranih citatih pa moramo skrbeti za njihovo preglednost in razumljivost na način, da sta nedvoumna tako citirni namen glavnega dela (ali gre za ponazoritev, soočenje ali napotitev) kot tudi vsebina konkretnega citata. V praksi se včasih dogaja, da ni jasno, čemu služi uporabljen citat in kakšno je mnenje glavnega avtorja o stališčih v citatu (strinjanje, delno strinjanje ali nestrinjanje s tujim avtorjem, kritika ipd.). Število izbranih citatov je odvisno od konkretne problematike, citatološka obravnava (pregosto dokazovanje s citati) je lahko poučna, vendar naj bo omejena. V tem sestavku uporabljam slog citiranja, ki ga določa uredništvo revije *Pravnik*.

²³ Tako sodba VS RS II Ips 213/2008 z dne 26. februarja 2009.

²⁴ Gl. K. Šugman, nav. delo, str. 40, 45–57.

²⁵ Povzeto po Harvard Guide to Using Sources, <sites.harvard.edu/> (5. 7. 2013).

²⁶ Bluebook – A uniform system of citation, ki je prvič izšel leta 1926, trenutno pa velja njegova 19. izdaja, gl. <legalbluebook.com> (5. 7. 2013).

²⁷ Tako ISO Standard 690:2010, Temeljna načela za oblikovanje navedb, tč. 3.5; enako K. Šugman, nav. delo, str. 46.

V. AVTORSKOPRAVNI POGOJI CITIRANJA

Bistvo citata in temeljno pravilo pri njegovi implementaciji je, da glavni avtor niti materialno niti moralno ne konkurira tujemu avtorju. Zato mora v prvem koraku jasno razmejevati med lastnimi dosežki (stvaritvijo) in dosežki drugih oseb.²⁸ Ko na ta ali drug način ugotovimo, kaj in koliko je bilo prevzetega, je treba v drugem koraku oceniti, ali je bil prevzem tuje dobrine v osnovi in po obsegu upravičen. Ta pravila so konkretizirana s posebnimi (51. člen ZASP) in splošnimi (46. člen ZASP) pogoji citiranja. Po stališču Sodišča EU se pogoji za citat sicer razlagajo restriktivno v korist avtorja, vendar pa tako, da se zagotovi učinkovitost te omejitve in njen namen; treba je doseči pravično ravnotežje med pravicami in interesi avtorjev na eni in pravicami uporabnikov varovanih vsebin na drugi strani.²⁹

Člen 51 ZASP določa *posebne* pogoje za citiranje (objavljeno delo, obseg citata, citirni namen, navedba vira in avtorstva). Ti se delno prekrivajo s *splošnimi* pogoji iz 46. člena ZASP, ki prav tako morajo biti izpolnjeni (omejenost po namenu, skladnost z dobrimi običaji, nenasprotovanje običajni uporabi dela, nenasprotje z zakonitimi interesi avtorja).³⁰ Zadnja navedena pogoja predstavljata drugo in tretjo stopnjo t. i. tristopenjskega testa (gl. člen 9/2 Bernske konvencije, člen 5/5 Direktive InfoSoc, 46. člen ZASP) ter se vsebinsko delno prekrivata s pogojem dobrih običajev.³¹ Namen splošnih pogojev je predvsem preprečevanje neupravičene eksploatacije tujega dela pod krinko citata. Lahko imajo vlogo samostojnega pogoja, ki se uporablja kumulativno s posebnimi pogoji; lahko pa so dodatni korektivi, v luči katerih se vsakič presojuje posebni pogoji neke omejitve in ta omejitev kot celota. Splošni pogoji iz 46. člena ZASP v obeh vlogah pomembno pomagajo pri presoji dovoljenosti citata. V nadaljevanju na primeru citata skupaj obravnavam posebne in splošne pogoje.

²⁸ Ta ugotovitev je tako jasna, da spada med splošne resnice in je niti ni treba ponazoriti s citati. Kljub temu primeroma navajam (nepotreben citat): Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, nav. delo, § 51, tč. 15; K. Šugman, nav. delo, str. 39–41. Enako ISO Standard 690:2010, tč. 3.1, Temeljna načela za oblikovanje navedb; nadalje tč. 10.2: The reference should identify the part of the item that is cited (Navedba naj identificira del predmeta, ki je citiran), prevod M. T.

²⁹ Ustaljena praksa Sodišča EU, gl. npr. zadeve C-5/08 *Infopaq v Danske Dagblades* z dne 16. julija 2009, tč. 56; C-403/08 in C-429/08 *Football Association Premier League v QC Leisure* z dne 4. oktobra 2011, tč. 162–164; C-145/10 *Eva-Maria Painer v Standard Verlag* z dne 1. decembra 2011, tč. 132–135.

³⁰ Stališče je potrjeno s sodbo VS RS II Ips 276/2006 z dne 9. oktobra 2008.

³¹ Tako Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, nav. delo, § 51, tč. 24a; S. Ricketson in J. Ginsburg, nav. delo, tč. 13.41.

1. Obstoj kreativnega nosilca citata

Kot je bilo pojasnjeno na začetku III. razdelka, pomeni izraz »nosilec citata« tisto delo ali tisto kreativno vsebino, v katerem oz. v kateri je citirano neko drugo (tuje) delo.

a) *Zakonska ureditev pogoja* – V primerjalnem pravu je pogoj, da mora biti nosilec citata varovano avtorsko delo, lahko izrecno določen³² ali pa zakonodaja o tem molči.³³ Po stališču Sodišča EU je to vprašanje nerelevantno; če tiskovno sporočilo, ki citira neko delo, ni avtorskopravno varovano književno delo, to ni ovira za uporabo citata.³⁴

Tu gre za vprašanje, ali imata obstoj in kvalifikacija (z vidika stopnje kreativnosti) nosilca citata kakšen vpliv na pravila citiranja. Menim, da je za (veljavno) citiranje praktično vedno potreben obstoj nosilca citata na določeni stopnji kreativnosti. Nižanje te stopnje oz. dequalifikacija nosilca citata lahko odvzame podlago za pravilno citiranje, saj lahko vodi v neobstoj nosilca citata, kar bi v končni fazi pripeljalo do samostojnega izkoriščanja citiranega dela *per se* in s tem v očitno kršitev njegovih pravic z vsemi posledicami. V zvezi z navedenim stališčem Sodišča EU je torej po mojem vendarle treba izhajati iz nekega kreativnega nosilca oz. medija, v katerem se citat pojavlja. Pri tem ni bistveno, ali je ta nosilec oz. medij varovan (o tem je Sodišče EU odločalo) ali nevarovan (o tem Sodišče EU ni odločalo), npr. zaradi poteka rokov varstva, zaradi statusa znanstvenega odkritja, uradnega besedila ipd. Pogoj, da naj bo ta medij kreativen, izhaja iz več okoliščin, kar bolj ali manj jasno potrjujeta tudi citirana sod-

³² Tako npr. francoski Code de la propriété intellectuelle (člen L 122-5, tč. 3a); avstrijski Urheberrechtsgesetz (npr. § 46. tč. 2.; § 54.(1), tč. 3a, 4), vendar pa zakon v nekaterih drugih primerih tega ne zahteva (npr. § 46, tč. 1); nemški Urheberrechtsgesetz (§ 51). Nemško avtorsko pravo je kljub noveli nemškega zakona (Gesetz 26. 10. 2007, BGBl. I, str. 2513), ki je pri citatu uvedla neke vrste generalno klavzulo, po večinskem mnenju pogoj kreativnega nosilca obdržalo, pritrdilno Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, nav. delo, § 51, tč. 20, 51, in Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 2010, str. 630 – *Vorschaubilder*, oba z nadaljnjimi viri.

³³ Tako npr. 51. člen ZASP, 70. člen italijanskega avtorskega zakona, 25. člen švicarskega avtorskega zakona. Tega pogoja prav tako ne omenjata Direktiva InfoSoc v členu 5(3)(d) in Bernska konvencija v členu 10/1. Primerjalnopravne podatke iz te in prejšnje opombe navajam zgolj informativno, saj prostor ne dopušča temeljitejše primerjalne analize.

³⁴ Zadeva C-145/10 *Eva-Maria Painer v Standard Verlag* z dne 1. decembra 2011, tč. 136-137. To je v skladu z doktrino, gl. Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, nav. delo, § 51, tč. 20; zato je možen citat tudi v okviru uradnih besedil kot nevarovanih stvaritev (prim. 9. člen ZASP). Po stališču generalne pravobranilke Verice Trstenjak ta pogoj ne spada v okvir prava Unije, lahko pa države članice ob določenih pridržkih prosto odločijo, da z njegovo uvedbo pravico citiranja v skladu z nacionalnim pravom oblikujejo ožje (gl. tč. 181 in 190 sklepnih predlogov).

ba Sodišča EU in sklepni predlogi generalne pravobranilke Verice Trstenjak.³⁵ Dejansko pa lahko pogoj kreativnega nosilca vendarle izvajamo tudi iz določb Direktive InfoSoc in Bernske konvencije. Tako bi citat brez kreativnega nosilca citata, *prvič*, očitno nasprotoval običajni uporabi citiranega dela in torej drugi stopnji v tristopenjskem testu (peti odstavek 5. člena Direktive InfoSoc, drugi odstavek 9. člena v zvezi z dobrimi običaji iz prvega odstavka 10. člena Bernske konvencije), saj bi v skrajnem primeru pomenil samostojno reproduciranje ali predelavo tujega avtorskega dela *per se*, z vsemi pravnimi posledicami.

Tak primer je bil obravnavan v zadevi v zvezi s predoglednimi sličicami v obliki t. i. *thumbnails*, ki jih generira iskalni program Google za slike. Program v avtomatiziranem postopku sestavi seznam zadetkov, v katerega se uvrstijo slike, najdene na spletu, pri čemer se vsaka najdena slika reproducira v močno zmanjšanem obsegu. Nemška sodna praksa je ugotovila (tudi po uvedbi generalne klavzule v noveli zakona 2007), da v takem primeru ni pogojev za citat, saj se sličice generirajo in prikazujejo javnosti zaradi samih sebe, tak postopek generiranja pa ne služi olajšanju duhovne razprave pri lastnih izvajanjih uporabnika citata (v tem primeru Googla). Uporaba sličic se tako izčrpa zgolj z njihovim prikazom, kot jih je našel iskalni program. Citirni namen pa zahteva notranjo povezavo med uporabljenimi tujimi deli in lastnimi mislimi tistega, ki citira (Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 2010, str. 630 – *Vorschaubilder*).³⁶

Kdor uporabi tuje delo kar takó, samo zase, ne citira, temveč ga preprosto samostojno eksploatira (in s tem krši pravice njegovega avtorja). To se npr. zgodi pri uporabi več tujih duhovnih dobrin pod plaščem množice citatov in zaradi njih samih, toda brez dodanega lastnega dosežka,³⁷ ali pri shranitvi in tiskanju kratkih odlomkov (11 besed) tujega besedila (*snippets*), kar imenujemo delno reproduciranje,³⁸ ali če je glavno delo v bistvu le predelava citiranega dela (npr.

³⁵ Prim.: sodbo v tč. 120 (*die mit Kommentaren oder Kritik versehen werden* – ki so oskrbljeni s komentarji ali kritikami), tč. 136 (*nicht urheberrechtlich geschützten Gegenstand* – avtorskoppravno nevarovanem predmetu); sklepni predlogi v tč. 186 (*Interesse an einer freien geistigen Auseinandersetzung* – interes za svobodno duhovno razpravo), tč. 188 (*nicht urheberrechtlich geschützte Werke* – avtorskoppravno nevarovana dela), vse prevodi M. T.

³⁶ Tako tudi sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 4863/2008 z dne 24. junija 2009. – Kljub navedenemu nemško sodišče v konkretnem primeru ni našlo protipravnosti v ravnanju Googla, saj je avtoričino namestitev slik na spletno stran štelo kot njeno enostavno privolitev v opisano Googlovo uporabo, gl. GRUR 2010, str. 628, 631–632.

³⁷ Tako ustaljena praksa nemškega Zveznega sodišča, gl. npr. BGH GRUR 1973, str. 218 – *Handbuch moderner Zitate*; BGH GRUR 1986, str. 60 – *Geistchristentum*; BGH GRUR 1994, str. 802 – *Museumskatalog*.

³⁸ Prim. odločbo Sodišča EU v zadevi C-5/08 *Infopaq v. DDF (I)* z dne 16. julija 2009, tč. 48, 51.

podlaga za variacije³⁹ glavnega dela). – Pogoji obstoja kreativnega nosilca citata izhaja, **drugič**, iz citirnega namena po ZASP (ponazoritev, soočenje ali napotitev) in po Direktivi InfoSoc (npr. kritika, ocena), gl. točko 4 v nadaljevanju. Treba se je vprašati, kje s citatom ponazarjamo, soočamo, napotujemo, kritiziramo, ocenjujemo, kje se zgodi ta citirni namen? Če ni kreativnega nosilca, »citat« obvisi v zraku; ni medija, v katerem se pojavlja »citat« in v katerem se zgodi namen, zaradi katerega smo ga sploh smeli uporabiti. Temelj za svobodo citata je vendar v svobodni intelektualni razpravi, s čimer se strinjajo vsi. Vsaka razprava pa je že po definiciji dvostranska in obojestransko kreativna, kar praktično vedno pripelje do kreativnega nosilca citata; slednji se sooči s tem, kar Zvezno sodišče Nemčije imenuje lastne misli, lastna izvajanja tistega, ki citira.⁴⁰ Brez slednjega bi nekdo npr. lahko ponatisnil odlomke člankov same zase, odlomke knjig same zase, razglednice celih fotografij in celih likovnih del samih zase, pa se izgovarjal na to, da zgolj ponazarja in napotuje na ta dela, da na ta način zgolj razpravlja in citira ...⁴¹ – Zadnji primer kaže, **tretjič**, da bi bil neobstoj kreativnega nosilca citata tudi v nasprotju z dobrimi običaji, ki jih zahtevajo ZASP, Direktiva InfoSoc in Bernska konvencija. Sodišče EU se v citirani sodbi (ozko) ukvarja le z avtorskopravno varovanostjo nosilca citata, pri tem pa je zamudilo priložnost, da bi – podobno kot je to storilo nemško Zvezno sodišče v *Vorschaubilder* – vsaj v razlogih izrecno podprlo obstoj tega pogoja. Menim, da namen člena 5(3)(d) Direktive govori v prid razlagi, da je citat možen le v okviru nosilca citata, ki je kreativen (ob tem pa morda tudi varovan ali nevarovan). Pri čemer takega pogoja ni treba posebej predpisati v nacionalni zakonodaji, saj izhaja že iz Direktive InfoSoc in Bernske konvencije. Doktrina in sodna praksa poudarjata, da je privilegij oz. svoboda citiranja dana v zvezi z novim ustvarjanjem, na voljo je tistemu, ki sam spravi skupaj osebno duhovno stvaritev,⁴² ki sam prispeva bistven lastni dosežek,⁴³ ali povedano drugače – ki ima svoje lastne misli.

³⁹ Tako nemško Zvezno sodišče BGH GRUR 1994, str. 802 – *Museumskatalog*, ko razlaga pojem samostojnosti glavnega dela v razmerju do citata. Kadar citat pomeni podlago za variacije glavnega dela, gre v bistvu za čisto predelavo v smislu 7. člena ZASP, ne pa za citat – v tem smislu nepravilno M. Trampuž, v: M. Trampuž, B. Oman in A. Zupančič, nav. delo, str. 159.

⁴⁰ BGH GRUR 2008, str. 693, 696 – *TV-Total*; BGH GRUR 2010, str. 630 – *Vorschaubilder*; BGH GRUR 2011, str. 417 – *Kunstaussstellung im Online-Archiv*.

⁴¹ Primer takega neobstoječega kreativnega nosilca oz. nedovoljenega citata smo imeli pred leti v Sloveniji v neki predvolilni kampanji, kjer so se pojavili letaki s slogani (kot odlomki avtorskih del), vendar sami zase, brez obstoja nosilca citata.

⁴² Tako Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, nav. delo, § 51, tč. 20.

⁴³ Tako Vrhovno sodišče Avstrije OGH z dne 31. januarja 1995, RIS – Justiz – Rechtsatz für 4Ob1/95, www.ris.bka.gv.at (5. 7. 2013).

b) *Zbirka kot nosilec citata* – Posebno razlago zahteva položaj, ko se kot glavno delo pojavi zbirka. Slednja je seveda avtorsko delo po 8. členu ZASP in torej potencialni kreativni nosilec citata.⁴⁴ Vendar pa je njena posebnost, da se varstvo nanaša na njeno (kreativno) strukturo in se ne razteza na njene elemente, ki so – če gre za avtorska dela – že tako ali tako varovani po splošnem pravilu iz 5. člena, po izrecni določbi drugega odstavka 8. člena pa njihove pravice ne smejo biti prizadete (beri: jih je treba posebej urejati). Vsebinsko je težko predstavljivo, da bi bila (abstraktna in celostna) struktura zbirke nosilec za soočenje ali ponazoritev s posamičnim njenim elementom kot »citatom«; vrh tega to neposredno preprečuje drugi odstavek 8. člena, saj bi bil s tako interpretacijo povsem izvotljen. Iz tega sledi, da v tem primeru tudi ni izkazan citirni namen. Zato ni mogoča razlaga, da je zbirka glavno delo, njeni elementi pa citati; treba je pridobiti dovoljenje avtorjev del v zbirki.⁴⁵ Citati v zbirki pa so seveda mogoči v okviru posamičnega elementa zbirke kot nosilca citata (torej kot elementa elementa). Vse navedeno velja tudi za t. i. *mashups* kot multimedijske zbirke različnih predobstojećih digitalnih vsebin.⁴⁶

Izjemo od pravila, da mora za citat obstajati kreativni nosilec, bi lahko našli v zaključnem stavku prvega odstavka 10. člena Bernske konvencije, da citati obsegajo »vključno citate iz časopisnih člankov in periodičnega tiska v obliki povzetkov tiska«. Po eni strani to pravilo kaže na zbirko citatov brez kreativnega nosilca (saj sama zbirka to ne more biti, gl. prejšnji odstavek); po drugi strani pa pravilo ni povsem jasno, saj ne razlikuje med citatom in povzetkom.⁴⁷ Zgodovinska razlaga pokaže, da je prvotno pravilo (Bruseljsko besedilo, 1948), iz katerega je nastalo zdaj veljavno Stockholmsko besedilo (1967), jasno govorilo o citatih iz tiska, ki da se vključijo v povzetke tiska (torej kot nosilce teh citatov). To pravilo je bilo nato na Stockholmski konferenci poenostavljeno v danes veljavno obliko, ki pa je že takrat vzbujala dvome.⁴⁸ Te dvome potrjuje tudi Direktiva InfoSoc, ki citiranega zaključnega stavka iz člena 10/1 Bernske konvencije sploh ni implementirala. Upoštevajoč zgodovinski razvoj te določbe, posebnosti povzetkov tiska (poleg reproduciranja pogosto obsegajo tudi

⁴⁴ V praksi se je to vprašanje pogosto pojavilo pri muzejskih razstavah kot zbirkah avtorskih del.

⁴⁵ Podobno Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1973, str. 216–218 – *Handbuch moderner Zitate*; nejasno Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, nav. delo, § 51, tč. 41, ki zbirk kot nosilcev citata *a priori* ne izključujeta, vendar pri tem ne razlikujeta zbirke in njenih elementov.

⁴⁶ Več o tem pri Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, nav. delo, § 51, tč. 53.

⁴⁷ Na to opozarjata S. Ricketson in J. Ginsburg, nav. delo, tč. 13.41 (str. 787): izdelava povzetka tiska ni isto kot izdelava citata iz tiska. Avtorja nato izhajata iz francoskega besedila »*revue de presse*«, ki naj bi pomenilo zgolj citate iz različnih člankov o isti temi.

⁴⁸ Več o tem prav tam, op. 109.

precejšnje predelave) in pomen svobode tiska je za rešitev problema primernejše, da se ta institut umesti v okvir svobode obveščanja, ne pa svobode citiranja.

2. Citat kot avtorsko delo ali druga varovana vsebina

Naslednji pogoj je, da predstavlja citat avtorsko delo, in sicer varovano, objavljeno in tuje. Vrh tega mora biti njegova vsebina prevzeta avtentično (verno).

a) *Varovano delo* – Citirano delo ali odlomek dela *per se* morata imeti lastnost avtorskoppravno varovanega dela⁴⁹ ali druge varovane vsebine (npr. kot predmeta sorodnih pravic).⁵⁰ To je logično, saj so nevarovani predmeti prosti in jih je mogoče neomejeno uporabiti, torej – *a maiori ad minus* – toliko bolj tudi citirati. Obstoj varovane vsebine je kompleksno in zahtevno področje, ugotavljamo ga po splošnih pravilih o individualni intelektualni stvaritvi s področja književnosti, znanosti in umetnosti, ki je izražena (prvi odstavek 5. člena ZASP),⁵¹ in po kriterijih za varstvo predmetov sorodnih pravic. Citirani odlomek (npr. neko znanstveno stališče z obrazložitvenim besedilom) kot tak mora uživati avtorskoppravno varstvo; če ga ne (npr. neko znanstveno stališče brez obrazložitvenega besedila, ideja, znanstvena teorija itd.), potem avtorskoppravno ni česa varovati.

Oprostitev avtorskoppravne obveznosti citiranja pa ne pomeni, da nekaterih od naštetih zadev oz. predmetov ni treba citirati. V tem primeru običajno nastopijo pravila znanstvenega citata, ki zahtevajo ustrezno citiranje, čeprav imamo opravka z avtorskoppravno nevarovanimi vsebinami. Te širše varovane vsebine so torej izven avtorskega prava, pa za njih kljub prej navedenemu veljajo pravila citiranja, in sicer na podlagi etičnih pravil znanstvenoraziskovalnega dela, ki so zajeta z ustreznimi uzancami. Taki primeri obveznega znanstvenega citiranja so npr. avtorska dela v prosti uporabi oz. javni domeni (npr. ker je potekel rok varstva po 59. členu ZASP), avtorskoppravno nevarovana dela in dosežki raziskovalcev in znanstvenikov (npr. ideje, načela, odkritja, znanstvene teorije, znanstveni zaključki itd., gl. 9. člen ZASP), uradna besedila (npr. predpisi, njihove uradne obrazložitve in uradni prevodi, sodne in druge odločbe, gl. 9. člen ZASP), folklorna dela (gl. 9. člen ZASP) ipd. Tako npr. znanstvene teorije niso varovane niti po avtorskem (9. člen ZASP) niti po patentnem (11. člen ZIL-1⁵²) pravu, pa jih je kljub temu treba citirati iz naslova znanstvenega citata.

⁴⁹ Tako Kammergericht Berlin GRUR 2003, str. 236 – *Das Leben, dieser Augenblick*.

⁵⁰ Npr. gibljive slike iz videograma po 133. členu ZASP ali iz RTV oddaje po 137. členu ZASP, prim. Deželno sodišče LG Berlin GRUR 2000, str. 797 – *Screenshots*.

⁵¹ O tem gl. M. Trampuž, nav. delo, str. 79–123.

⁵² Zakon o industrijski lastnini (ZIL-1-UPB3), Ur. l. RS, št. 51/06.

Končno ostanejo še vsebine, ki zaradi banalnosti, splošnosti in iz drugih razlogov ne spadajo niti pod avtorskopravna niti pod etično-znanstvena pravila citiranja. Ta meja se določa v vsakem primeru posebej in po običajih, upoštevajoč kategorije avtorskih del in druge okoliščine.

b) Objavljeno delo – Neobjavljenih avtorskih del ni dovoljeno citirati (51. člen ZASP). Pojem objave se interpretira po Bernski konvenciji, v tem smislu, da je bilo delo dano na voljo javnosti na zakonit način.⁵³ Po našem pravu so to tista dela, ki so z dovoljenjem avtorja postala dostopna javnosti (prvi odstavek 3. člena ZASP).⁵⁴ Gre za kakršnokoli obliko dostopnosti javnosti in torej širši pojem kot izdaja dela, v vsakem primeru pa se je moralo zgoditi z dovoljenjem avtorja. Avtor šele s prvo objavo odpre možnost, da se uveljavijo ta in večina drugih zakonitih omejitev njegove pravice. Tako npr. ni dovoljeno citirati iz neobjavljenega odvetniškega pripravljalnega spisa.⁵⁵ Omenjena določba potrjuje in implementira moralno avtorsko pravico prve objave (17. člen ZASP); ta je močnejša od citata, saj je ta ne more omejiti.

c) Tuje delo in njegova razmejenost – Citirano delo mora biti tuje, tj. od druge osebe, ne pa od avtorja glavnega dela (51. člen ZASP). Saj to je smisel in namen naše norme: obravnava tuja dela (pove, kdaj in kako jih lahko prosto uporabimo). Iz tega normativnega namena izvajamo temeljno značilnost citata, ki je v razmejevanju lastnih dosežkov od tujih. Zahteva po razmejenosti tujega dela od glavnega dela sicer izhaja tudi iz citirnega namena (gl. razdelek 5.4) in dolžnosti navedbe avtorstva (gl. točko (c) v 5. razdelku), vendar so to poznejše faze; njen prvi in pravi izvor je v dejstvu in pogoju tujosti citiranega dela. – Razmejenost citata mora biti konkretna, kar pomeni, da določen del glavnega dela obravnava določen, jasno razmejen del citiranega dela. To se kaže že v objektivnem oblikovanju glavnega dela, z njegovim obravnavanjem ali vsaj sklicevanjem na citat.⁵⁶ – Potem mora biti razmejenost obeh del v glavnem delu prepoznavna,⁵⁷ kar se doseže z različnimi tehnikami: z narekovaji, z oklepaji, z oznakami o začetku in koncu citata (zlasti pri govorjenih glavnih delih), z drugačno tipografijo, z ločenim odstavkom, s posredno dikcijo, z načinom

⁵³ Tako Sodišče EU v zadevi C-145/10 *Eva-Maria Painer v Standard Verlag* z dne 1. decembra 2011, tč. 126-127.

⁵⁴ Tako sodba VS RS II Ips 276/2006 z dne 9. oktobra 2008; sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 4863/2008 z dne 24. junija 2009.

⁵⁵ Tako Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1986, str. 739, 740 – *Anwaltsschriftsatz*.

⁵⁶ Tako Višje deželno sodišče OLG Köln GRUR 1994, str. 48, 49 – *Filmausschnitt*.

⁵⁷ Pri citatu se razpoznavno sledi namenu, da se v okviru glavnega dela sklicuje na prevzeto delo; v tem se citat razlikuje od plagiata ali nezavednega prevzemanja, gl. Vrhovno sodišče Avstrije OGH z dne 29. septembra 1987, RIS – Justiz – Rechtssatz für 4Ob313/86 (4Ob314/86); 4Ob72/90, www.ris.bka.gv.at (5. 7. 2013).

naracije ali na drug način, ki nedvoumno zagotovi to razmejitev. Tuje delo ne sme biti nerazločno integrirano v lastno delo, temveč mora biti razvidno, da gre za tuj dodatek, razpoznavno mora odstopati od lastnega dela.⁵⁸

V zvezi s pogojem tujega dela se pojavlja nekaj posebnih oz. mejnih vprašanj.

aa) Samocitat – Najbolj čista oblika, ko ne gre za tuje delo, je prevzemanje lastnih del. Citat nima smisla, kadar nekdo »citira« samega sebe. Zato je samocitat dovoljen, vsakdo lahko prosto uporabi svoje (prejšnje) delo, ne da bi za to moral uporabiti pravila in pogoje citiranja; to velja tako za avtorsko-pravni kot tudi znanstveni citat. Z vidika avtorskih pravic samocitat lahko pomeni kršitev pravic tedaj, če avtor z njimi ne razpolaga več, ker jih je bil izključno prenesel na tretje osebe. V tem primeru se seveda mora držati pravil citiranja. Tu gre torej za vprašanje avtorskega pogodbenega prava.

bb) Dvojna stvaritev – V tem primeru gre za avtorjevo lastno delo, s tem da obenem še neki drugi avtor ustvari oz. je ustvaril enako delo. Pojav, da dva različna avtorja brez poznavanja del drugega in neodvisno ustvarita enaki avtorski deli, se po človeških izkušnjah zdi skorajda izključen.⁵⁹ Vendar se tak pojav kljub majhnim možnostim lahko zgodi, zlasti pri kategorijah del z majhnimi kreativnimi možnostmi (dela majhnega obsega, funkcionalno vezana dela, prevodi pisanih del, obdelava predobstoječih folklornih del, množično proizvedena dela z nizkim pragom kreativnosti ipd.). Zato sodobno avtorsko pravo pri definiciji avtorskih del ne izhaja (več) iz pojma originalnosti v smislu absolutne svetovne novosti, temveč iz pojma individualnosti.⁶⁰ V primeru ugotovljene dvojne stvaritve sta varovani obe (enaki) deli različnih avtorjev z vsemi posledicami.

cc) Nezavedno prevzemanje – V tem primeru gre za hibriden način ustvarjanja v obliki avtorjevega nezavednega podoživljanja tujih del. Avtor dolga leta sprejema in ponotranji kulturne in druge stvaritve, ti sedimenti pa nato pridejo na dan, križani z njegovim lastnim ustvarjalnim izrazom, ne da bi se avtor tega zavedal. Pri nezavednem prevzemanju tujih del manjka subjektivni element zavestnega ravnanja, kljub temu pa (objektivno) še vedno gre za tuje delo in kršitev avtorskih pravic.⁶¹

⁵⁸ Deželno sodišče LG Berlin GRUR 2000, str. 797 – *Screenshots*.

⁵⁹ Tako Schricker/Loewenheim/Loewenheim, nav. delo, § 23, tč. 34, z napotitvijo na ustrezno nemško sodno prakso.

⁶⁰ Prim. prvi odstavek 5. člena ZASP, več o tem pri M. Trampuž, nav. delo, tč. 84.

⁶¹ Tako Schricker/Loewenheim/Loewenheim, nav. delo, § 23, tč. 32, z napotitvijo na ustrezno nemško sodno prakso.

č) *Citat v citatu in večkratni citat* – V moji praksi se je pojavilo vprašanje, kako obravnavati položaj, ko neki citat sočasno vsebuje dodatno avtorsko delo (npr. v citiranem filmskem odlomku se pokaže še neko likovno delo – citat v citatu) ali pa je citat sam po sebi sočasno tudi dodatno delo (npr. citirani odlomek prvotnega književnega dela je obenem prevod; citirano likovno delo je prefotoграфirano in torej obenem fotografija – večkratni citat). Omenjeni likovno delo ali prevod ali fotografija so takšna sočasna dodatna dela, pri citiranju primarnega avtorskega dela pa smo hočeš nočeš prisiljeni »citirati« tudi njih. V teh primerih gre za dve ali več sočasnih avtorskih del in na prvi pogled bi bila rešitev taka, da naj se vsa obravnavajo po pravilih za citate. To glede navedbe obojnega ali večkratnega avtorstva ter vira ne bi bilo problem; večji problem bi bil citirni namen, po katerem mora biti glavno delo vsebinsko povezano s citatom. V prej navedenih primerih pa se citirni namen nanaša na obravnavo primarnega filmskega odlomka (ne pa likovnega dela v njem) oz. na obravnavo primarnega književnega odlomka (ne pa njegovega prevoda) oz. na obravnavo primarnega likovnega dela (ne pa njegove fotografije). Iz tega vidimo, da je z vidika citirnega namena pomembno le primarno delo, omenjena dodatna avtorska dela pa so nebitvena; glavno delo se namreč želi ukvarjati s prvim, ne pa z drugimi. Zato je ta druga dela treba šteti kot nebitvene pritikline po 52. členu ZASP, katerih uporaba je prosta. Pri tem ne sme zavesti, da je npr. prevod ali fotografija ključna, da sploh obravnavamo (citiramo) primarno delo. Njune nebitvenosti ne presojamo s tega vidika, temveč glede na siceršnjo namembnost nekega predmeta – to pa je v našem primeru zgolj citat oz. citirni namen zgolj primarnega dela. Uvodoma sem že omenil, da je citat pravnosistemsko samostojna omejitev avtorske pravice, ki je neodvisna in obstaja poleg drugih omejitev iz členov 47–57 ZASP.

d) *Avtentičnost citata* – Navedba tujega dela ali njegovega odlomka mora biti avtentična, tj. vsebinsko in oblikovno korektna, verna izvirniku, vključno z njegovim kontekstom. Delni citati so že po definiciji iztrgani iz svojega prvotnega okolja (konteksta), kar zahteva ustrezno previdnost. Citiranega odlomka oz. dela praviloma ni dovoljeno predelati. Izjeme so možne, če in kolikor jih zahtevata samo povzemanje in citirni namen, npr. kot jezikovni prevod, transliteracijo (transkripcijo), parafrazo, prenos v posredni govor, skrajšavo, povzete, spremembo glasovne lege, glasbeno transponiranje, zmanjšanje formata, spremembo iz barvne v črno-belo tehniko, opustitev pesniške metrike itd. Vse to pa so proste predelave, ki so (ob dovoljenosti citata) dopustne tudi na podlagi 3. točke 53. člena ZASP. – Če so izpolnjeni drugi pogoji, je kršitev zahteve po avtentičnosti citata manj relevantna z avtorskopравnih vidikov (možna kršitev moralne pravice do spoštovanja dela) in bolj z vidika znanstvene etike, saj tujega avtorja lahko kaže v slabi ali napačni luči (možna kršitev njegovih osebnostnih pravic). Z vidika avtentičnosti je treba opozoriti na dva primera:

aa) Posredni citat – Z vidika avtorskega prava ni ovire, da se citat vzame iz vira, ki ni prvotno delo, temveč posreden vir, ki citira prvotnega (posredno citiranje). Pač pa se za področje znanosti upravičeno odsvetuje takšno citiranje iz »druge roke«, saj je v nasprotju z namenom citiranja in lahko nekorrektno.⁶² Če je le mogoče, je torej citirano vsebino treba vzeti neposredno iz samega vira; v nasprotnem primeru pa je treba dejstvo posrednega citata (posredni in neposredni vir) navesti v oklepaju ali kako drugače.⁶³

bb) Zastareli citat – Avtorskopravno ne gre za kršitev, če se citirajo stališča iz zgodnejših del nekega avtorja, od katerih se je ta distanciral. Velja pa pogoj, da se s tem ne sme ustvariti zmotnega vtisa, da citirani avtor vztraja pri svojem prvotnem stališču.⁶⁴ Z vidika znanstvenega citata je tako ravnanje nekorrektno, razen če za to obstaja poseben citirni namen, ki ga je treba ustrezno obrazložiti.

3. Obseg citata

Vprašanje obsega citata (kolikšno količino tujega dela je dovoljeno vzeti v svoje delo) je eden osrednjih problemov zakonodajne ureditve citiranja že od samih začetkov. Prva dilema je bila, ali je dovoljeno citirati celotna dela (polni citat) ali zgolj odlomke (delni citat); nadaljnja pa glede dopustnega obsega enega in drugega. Bruseljsko besedilo Bernske konvencije (1948) je dovoljevalo citiranje zgolj »kratkih« odlomkov, Stockholmska konferenca (1967) pa je nato ta pridevnik črtala.⁶⁵ Sploh se je treba izogibati računskemu ali drugemu količinskemu določanju tega obsega, kar je postalo že standardno stališče doktrine in sodne prakse.⁶⁶ Obseg citata urejajo pri nas predvsem splošni pogoji iz 46. člena ZASP (omejenost obsega po namenu, skladnost z dobrimi običaji, nenasprotovanje običajni uporabi dela, nenasprotje z zakonitimi interesi avtor-

⁶² Tako K. Šugman, nav. delo, str. 41, 45, 55.

⁶³ Tako ISO Standard 690:2010, tč. 4.1.1.; enako in podrobneje K. Šugman, nav. delo, str. 55 (na mestu citata morata biti navedena oba vira z oznako »cit. po«, v končnem seznamu literature pa le posredni vir).

⁶⁴ Tako Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, nav. delo, § 51, tč. 30.

⁶⁵ Prim. S. Ricketson in J. Ginsburg, nav. delo, tč. 13.40, 13.41.

⁶⁶ Gl. npr. E. Ulmer, nav. delo, § 67, II, 2, b; Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, nav. delo, § 51, tč. 44; S. Ricketson in J. Ginsburg, nav. delo, tč. 13.42. Enako npr. Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1986, str. 60 – *Geistchristentum*; BGH GRUR 1987, str. 364 – *Filmzitat*. – Tako neustrezno kvantifikacijo je npr. poznal § 26 starojugoslovanskega zakona o zaščiti avtorskega prava (1929), po katerem je bilo dovoljeno prevzeti tri strani, največ pa polovico tujega dela; ali člen 49/1, tč. 6 jugoslovanskega zakona o avtorski pravici (1978), po katerem skupna navedba vseh odlomkov tujega dela ni smela presežati 1/4 dela, v katerem (prav: iz katerega) so odlomki navedeni.

ja). Eden od ključnih kriterijev za določitev obsega citata je citirni namen (gl. razdelek 5.4).⁶⁷ Če je obseg citata prekoračen, je nezakonit celotni citat, ne pa samo deli, ki presegajo dovoljeno mejo.⁶⁸

Citat po svojem obsegu ne sme ogroziti običajne uporabe citiranega dela (46. člen ZASP). Z vidika glavnega dela mora biti citat bistveno manj obsežen od nosilca,⁶⁹ poseg v avtorsko pravico citiranega avtorja mora biti neznaten, brez opaznih ekonomskih negativnih posledic.⁷⁰ Če citat prinese preveč, toliko, da bi lahko uporabnik spoznal in užival citirano delo že v obliki citata⁷¹ ali da bi s tem bil dan določen nadomestek za nakup celotnega citiranega dela,⁷² je to očitno v nasprotju z običajno uporabo citiranega dela (46. člen ZASP). Pravi(čni) obseg citata je treba rešiti z uporabo in interpretacijo splošnih kriterijev citiranja (npr. dobri običaji, tristopenjski test⁷³ itd.) ter zaupati sodiščem, da bodo v njihovem okviru v vsakem konkretnem primeru našla rešitev. V prvem koraku pa je naš ZASP izrecno rešil začetno dilemo delni : polni citat – v 51. členu je določil, da je v *odlomkih* mogoče citirati vsa avtorska dela, za taksativnih šest kategorij del pa dovoljuje citiranje posamičnih *celotnih* del.

a) *Polni citat* – Citiranje *celotnih* avtorskih del je dovoljeno pri šestih kategorijah del: s področja fotografije, likovne umetnosti, arhitekture, uporabne umetnosti, industrijskega oblikovanja, kartografije. Razlog za takšno večjo zakonsko olajšavo je citirni namen, saj pri naštetih delih ta pogosto ne bi bil dosežen, če bi se lahko citirali samo odlomki (npr. razprava o določenem likovnem delu).⁷⁴ To zakonsko dovoljenje pa ne pomeni, da za teh šest kategorij ne veljata pogoj in nujnost presoje glede citirnega namena, običajne uporabe in dobrih običajev – še vedno je treba presojati, ali to ne bi bilo doseženo že z navedbo zgolj odlomkov. Nadaljnja zakonita omejitev obsega v tem primeru se nanaša na število del: dovoljeno je citirati le *posamična* (celotna) dela. Pojem »posamična« je vzet iz nemškega prava (§ 51 nemškega avtorskega zakona nemAZ), treba ga je presojati glede na obseg glavnega dela (nosilca citatov), glede na število vseh citiranih del (pogodbeno dovoljenih in nedovoljenih) in pravila iz 46. člena ZASP, ne pa glede na siceršnji celotni opus citiranega av-

⁶⁷ Tako tudi ISO Standard 690:2010, Temeljna načela za oblikovanje navedb, tč. 3.2.

⁶⁸ Tako Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, nav. delo, § 51, tč. 19; potrjeno v nemški sodni praksi, gl. BGH GRUR 2012, str. 822 – *Blühende Landschaften*.

⁶⁹ Nesporno v sodni praksi, gl. VS RS II Ips 213/2008 z dne 26. februarja 2009; VS RS II Ips 276/2006 z dne 9. oktobra 2008.

⁷⁰ Zvezno ustavno sodišče Nemčije BVerfG GRUR 2001, str. 151 – *Germania* 3.

⁷¹ Tako sodba VS RS II Ips 213/2008 z dne 26. februarja 2009.

⁷² Tako Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1986, str. 60 – *Geistchristentum*.

⁷³ Za to se izrecno zavzemata S. Ricketson in J. Ginsburg, nav. delo, tč. 13.41.

⁷⁴ Stališče je potrjeno s sodbo VS RS II Ips 276/2006 z dne 9. oktobra 2008.

torja.⁷⁵ Če se citirajo celotna dela (npr. likovna dela) samo enega avtorja, je mogoče prevzeti samo »nekaj malega« teh del (npr. štiri do pet); če pa je citiranih več avtorjev, je skupni obseg vseh citatov vseh avtorjev lahko večji.⁷⁶ Tako citiranje ne bo nasprotovalo običajni uporabi del in dobrim običajem (46. člen ZASP).

b) Delni citat – Citiranje *odlomkov* avtorskih del je dovoljeno za vsa dela v vseh delih. Velikost odlomka sega od spodnje meje, ko gre za nevarovane elemente dela (npr. beseda, nota, črta, kjer pravil o citiranju ne potrebujemo), preko varovanih drobnih fragmentov (npr. besedni *snippets*, slikovni *thumbnails*, glasbeni *samples* itd.) in večjih odlomkov pa vse do celotnih del izven privilegirane skupine šestih kategorij iz prejšnje točke.

Osnovno pravilo je, da gre res za odlomke (omejene dele tujih stvaritev), da je citat bistveno manj obsežen od nosilca citata, da ima v razmerju do nosilca le postransko vlogo, pomožni pomen,⁷⁷ da mu služi. Velikostno razmerje med obema deloma mora biti tako, da je nosilec citata (nosilno delo) glavna, citirano delo pa stranska stvar.⁷⁸ Težišče je na lastni duhovni stvaritvi,⁷⁹ sicer prevlada citirano delo in s tem njegovo (nedovoljeno) samostojno izkoriščanje. Včasih mora biti citirani odlomek daljši, da se verodostojno ponazori misel drugega avtorja in njeno posebno razpoloženje.⁸⁰ Ta vidik gre lahko izjemoma celo tako daleč (kar je sicer v izrecnem nasprotju z 51. členom ZASP), da je mogoče prevzeti tudi celotna pisana dela kot poln citat, če pretehtajo preostali posebni (npr. citirni namen) in splošni pogoji (npr. dobri običaji). To bi prišlo v poštev npr. pri pisanih delih majhnega obsega (npr. aforizmi, slogani, kratki verzi). Pri presoji je treba obseg citata najprej primerjati z obsegom glavnega dela, nato pa tudi z obsegom celotnega tujega dela, medtem ko primerjava z obsegom celotnega opusa citiranega avtorja ne pride v poštev.⁸¹ Po vsem navedenem pa ostaja kot zadnji in odločilen kriterij citirni namen (gl. točko 4 v

⁷⁵ Tako Zvezno sodišče Nemčije BGHZ 50, str. 157, 158 – *Kandinsky*.

⁷⁶ Tako E. Ulmer, nav. delo, § 67, II, 1.b; Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, nav. delo, § 51, tč. 34; enako glede nekaj malega del Zvezno sodišče Nemčije BGHZ 50, str. 158 – *Kandinsky*.

⁷⁷ Walter/von Lewinski, nav. delo, tč. 11.5.58, kjer von Lewinski uporabi besedo »ancillary«. Enako Vrhovno sodišče Avstrije OGH z dne 31. januarja 1995, RIS – Justiz – Rechtssatz für 4Ob1/95, www.ris.bka.gv.at (5. 7. 2013).

⁷⁸ Tako Zvezno sodišče Nemčije BGHZ 50, str. 155 – *Kandinsky*; BGH GRUR 1994, str. 803 – *Museumskatalog*.

⁷⁹ Tako E. Ulmer, nav. delo, § 67 II.

⁸⁰ Tako Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1986, str. 61 – *Geistchristentum*. Podobno glede razpoloženja Vrhovno sodišče Avstrije OGH z dne 31. januarja 1995, RIS – Justiz – Rechtssatz für 4Ob1/95, www.ris.bka.gv.at (5. 7. 2013).

⁸¹ Tako Zvezno sodišče Nemčije BGHZ 50, str. 148, 158 – *Kandinsky*.

nadaljevanju). Čeprav računsko določanje obsega ni merodajno, za orientacijo navajam nekaj primerov iz sodne prakse:

Citat je dovoljen, ko nosilec citata obsega 376 strani, citat oz. odlomki tožnikovega avtorskega dela v njem pa pet strani (sodba VS RS II Ips 213/2008 z dne 26. februarja 2009). – Eden ali dva stavka citiranega dela nepopolno izkazujeta in ponazarjata poseben pomen tega dela, zato je dopusten večji obseg citata (Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1986, str. 60 – *Geistchristentum*). – Dovoljeno je citiranje ene celotne kitice pesmi brez glasbenih not, ki ima skupno tri kitice (Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1959, str. 197, 200 – *Verkehrskinderlied*). – Navajanje šest vrstic nekega besedila pesmi, ki skupaj obsega petnajst vrstic, je dovoljeno (Višje deželno sodišče OLG Hamburg GRUR 1970, str. 38, 40 – *Heintje*). – Citati besedil Klause Kinskega so preobsežni in zato nedovoljeni, če obsegajo 1/3 gledališke predstave, ki skupno traja 50 minut (Višje deželno sodišče OLG Köln GRUR-RR 2010, str. 143–147 – »*Wie ein Tier in einem Zoo*«). – Dovoljeno je citiranje štirih strani besedil Bertholda Brechta v 75 strani obsegajoči drami Heinerja Müllerja »*Germania 3 Gespenster am toten Mann*«, izdani v knjižni obliki (Zvezno ustavno sodišče Nemčije BVerfG GRUR 2001, str. 150 – *Germania 3*). – Reproduciranje 69 slik Kandinskega (od skupno 314 reprodukcij) v knjigi o njegovi dobi v Münchnu presega dovoljen obseg citata, vrh tega pa tudi ni bil izpolnjen citirni namen, saj med besedilom knjige in reprodukcijami ni bilo miselne povezave (Zvezno sodišče Nemčije BGHZ z dne 3. aprila 1968, 50, str. 149, 155 – *Kandinsky*).

4. *Animus citandi*

Citirni namen je na splošno določen že v 46. členu ZASP, v 51. členu pa je še posebej razdelan. Izkazan mora biti pri vsakem citiranju, pri čemer ne zadošča kakršenkoli namen, temveč se zahteva poseben »citirni« namen: zakon ga opredeljuje kot ponazoritev, soočenje ali napotitev. Glede na preostale pogoje za citiranje je citirni namen najpomembnejši, saj vpliva na osnovo za citiranje (ali je sploh dovoljeno), na način citiranja (razmejitev od glavnega dela) in na obseg citiranja (v kakšnem obsegu je dovoljeno). Bistvo citirnega namena je v tem, da med obema deloma obstaja notranja vsebinska povezava.⁸² Pri tem ne zadošča povezava med deloma kar povprek, temveč med konkretnimi, jasno

⁸² Gl. L. Koman Perenič, nav. delo, str. 5, in sodba VS RS II Ips 213/2008 z dne 26. februarja 2009. Enako in ustaljeno nemška sodna praksa, gl. npr. Zvezno sodišče Nemčije BGHZ 50, str. 154 – *Kandinsky*; BGH GRUR 1986, str. 60 – *Geistchristentum*; Višje deželno sodišče OLG Köln GRUR 1994, str. 47, 48 – *Filmausschnitt*; Deželno sodišče LG Berlin GRUR 2000, str. 797 – *Screenshots*; Zvezno ustavno sodišče Nemčije BVerfG GRUR 2001 str. 149, 151 – *Germania 3*; BGH GRUR Int 2008, str. 693, 696 – *TV-Total*; Zvezno sodišče Nemčije

razmejenimi mesti (odlomki) obeh del. Pogoj citirnega namena kot vsebinske interakcije bo npr. izpolnjen, če se napovednik citata v glavnem delu sklicuje na citirano delo in poleg tega vsebuje neko vsebinsko ali vrednostno sodbo avtorja glavnega dela o stališčih avtorja citiranega dela (opisano npr. z uvodnimi besedami: *enako, pritrdilno, tako tudi; drugače, zavrnilno; nepravilno, nejasno* ipd.), pri čemer pa bo tudi zgolj napotitev (besede: *tako, primerjaj, glej* itd.) zadostila temu pogoju. Toda tako (dodatno) izrecno sklicevanje na tuje delo v napovedniku citata v glavnem delu znotraj že citiranega odlomka je lahko pretirano, saj notranja povezava izhaja že iz vsebinske interakcije obeh odlomkov, vrh tega pa je sklicevanje izvedeno že na podlagi obveznosti o navajanju avtorja in vira po drugem odstavku 51. člena ZASP v obliki opombe (gl. točko 5). – Pri ugotavljanju citirnega namena izhajamo iz glavnega dela, njega ponazarjamo, soočamo, iz njega napotujemo. Vendar je s tem avtomatično zajeto tudi citirano delo, saj se s citatom ponazarja tudi slednje. To velja toliko bolj za soočanje in napotitev. – Končno mora biti citat tudi *potreben*, kar se sicer presoja glede na subjektivne razmere tistega, ki citira. Ne gre za to, da je citat nujno potreben, mora pa biti glede na okoliščine in ob upoštevanju običajev objektivno upravičen; relevantno pa tudi ni, ali bi se ponazoritev drugega avtorskega dela lahko dosegla na drug način.⁸³

a) *Ponazoritev* je mišljena kot dodatno pojasnilo glavnega dela. Pri tem morata biti obe mesti avtorskih del notranje povezani. Ta pogoj velja za izpolnjen, če se citat pojavlja v obliki izpostavljene navedbe, tj. kot *motto* glavnega dela⁸⁴ ali kot *epigraf*.

b) *Soočenje* je prav tako interakcija obeh del oz. njunih odlomkov, kjer si deli postavita ogledalo. Soočenje večinoma obsega kritiko citiranega dela, lahko tudi pohvalo in potrditev lastnih misli v glavnem delu ali pa zgolj predstavitev citiranega dela (če gre za glavno delo, govorimo o ponazoritvi, gl. prejšnjo točko (a)). Kritiko in recenzijo (kritični pregled) kot citirni namen izrecno omenja Direktiva InfoSoc (člen 5/3(d)). Sporno je, ali in v kolikšni meri lahko citat postane sredstvo umetniškega izražanja in umetniškega oblikovanja glavnega dela in če tako njegovo vlogo lahko uvrstimo pod pojem soočenja; več o

BGH GRUR 2010, str. 630 – *Vorschaubilder*; BGH GRUR 2011, str. 417 – *Kunstaussstellung im Online-Archiv*; BGH GRUR 2012, str. 819, 822 – *Blühende Landschaften* itd.

⁸³ Tako sodba VS RS II Ips 213/2008 z dne 26. februarja 2009.

⁸⁴ Tako Kammergericht Berlin, GRUR 2003, str. 236 – *Das Leben, dieser Augenblick*. *Motto* ali *epigraf* (enako velja za *avviso* in *hommage*) kot citata običajno ponazarjata/soočata/napotujeta na celotno glavno delo ali njegove večje dele. Menim, da so ne glede na to izpolnjeni pogoji razmejenosti, konkretnosti in določenosti takih citatov, če njihova vsebina korespondira z vsebino glavnega dela; toliko bolje, če glavno delo nato tudi izrecno obravnava ali se sklicuje na tak *motto*, *epigraf*, *avviso* ali *hommage*.

tem v odločbi Zveznega ustavnega sodišča Nemčije BVerfG GRUR 2001, str. 149–152 – *Germania* 3)

c) *Napotitev* je opozorilo na citirano delo, vendar prav tako z določeno vsebinsko povezavo z glavnim delom (npr. citat kot *avviso* ali kot *hommage* ali kot kontrast glavnega dela). V to kategorijo lahko uvrstimo tudi prikaz posebnega razpoloženja (atmosfere) citiranega dela.⁸⁵ Pri presoji se *animus citandi* ugotavlja vsakič v vsakem konkretnem primeru glede na vrsto, vsebino in namen glavnega dela (nosilca citata).

Citirni namen ni izpolnjen, kadar izgubi svoje prej opisane funkcije. Taki primeri so (naj to točko zaključim s citatološko obravnavo): če se poleg kritiziranega odlomka tujega avtorskega dela reproducirajo tudi drugi odlomki, ki niso predmet kritike;⁸⁶ če je ponazoritev citata podana zaradi njega samega in se izčrpa s samim njegovim prikazom;⁸⁷ če gre za namen karikiranja oziroma parodiranja tujega dela;⁸⁸ če nekdo pritegne tuje delo v svoje zaradi njega samega, če ni več interesa za celotno tuje delo;⁸⁹ če citati niso dokazilo ali podlaga za razpravljanje v glavnem delu;⁹⁰ če je cilj uporabe dela, da postane lažje dostopno končnemu uporabniku ali da se uporabniku prihranijo njegova lastna izvajanja;⁹¹ če naj bi citati govorili le iz samih sebe in bi s tem avtorju prihranili njegove (možne) lastne formulacije in ocene in če naj bi citati glavno besedilo zgolj olajšali in prevzeli avtentičnost, ne da bi imela konkretna izbira besed citata razpoznaven pomen za glavno delo;⁹² če se pod pretvezo citata prikazujejo tuja dela brez bistvenega lastnega dosežka;⁹³ če citat glavnemu delu služi kot okras ali paša za oči (nem. *Blickfang*);⁹⁴ če citat služi samo temu, da ilustrira

⁸⁵ Prim. Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1986, str. 61 – *Geistchristentum*; podobno Vrhovno sodišče Avstrije OGH z dne 31. januarja 1995, RIS – Justiz – Rechtssatz für 4Ob1/95, www.ris.bka.gv.at (5. 7. 2013).

⁸⁶ Gl. Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, nav. delo, § 51, tč. 19.

⁸⁷ Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 2008, str. 696 – *TV-Total*; BGH GRUR 2010, str. 630 – *Vorschaubilder*; BGH GRUR 2012, str. 822 – *Blühende Landschaften*; Vrhovno sodišče Avstrije OGH z dne 31. januarja 1995, RIS – Justiz – Rechtssatz für 4Ob1/95, www.ris.bka.gv.at (5. 7. 2013).

⁸⁸ V teh dveh primerih pa gre lahko za prosto predelavo po 53. členu, tč. 2 ZASP.

⁸⁹ Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1987, str. 364 – *Filmzitat*.

⁹⁰ Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1987, str. 35 – *Liedtextwiedergabe I*; Višje deželno sodišče OLG Köln GRUR 1994, str. 48 – *Filmausschnitt*.

⁹¹ Deželno sodišče LG Berlin GRUR 2000, str. 797 – *Screenshots*; Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 2010, str. 630 – *Vorschaubilder*.

⁹² Kammergericht Berlin GRUR 2003, str. 236 – *Das Leben, dieser Augenblick*.

⁹³ Gl. Vrhovno sodišče Avstrije OGH z dne 31. januarja 1995, RIS – Justiz – Rechtssatz für 4Ob1/95, www.ris.bka.gv.at (5. 7. 2013).

⁹⁴ Zvezno sodišče Nemčije BGHZ 50, str. 151 – *Kandinsky* (razen če je učinek okrasitve nujen stranski pojav); Višje deželno sodišče OLG Köln GRUR 1994, str. 48 – *Filmausschnitt*.

glavno delo zato, da bi pritegnil pozornost bralcev;⁹⁵ če gre zgolj za obogatitev glavnega dela s tujo duhovno lastnino;⁹⁶ če je glavno delo v bistvu samo predelava citiranega dela;⁹⁷ če se tuje delo predvaja zgolj za namene zabave;⁹⁸ če so citati vključeni in pripeti h glavnemu delu le na zunanji in nepovezan način;⁹⁹ če citat pomeni zgolj privesek h glavnemu delu, ne da bi imel vlogo dokaza ali pojasnila za njegova samostojna izvajanja;¹⁰⁰ če se citat uporabi v okviru informativnega poročila o umetniških razstavah kot ilustracija teh člankov¹⁰¹ ipd. – Opisani primeri namreč že posegajo v samostojno izkoriščanje tujega dela, to pa pripada samo njegovemu avtorju.

5. Navedba avtorstva in vira

V skladu z zahtevami člena 10 Bernske konvencije, člena 5(3)(d) Direktive InfoSoc in drugega odstavka 51. člena ZASP je treba pri vsaki uporabi praviloma navesti vir in avtorstvo uporabljenega dela. Tudi ta pogoj je konstitutivni znak citata in kot tak obvezen; če ni spoštovan, je nezakonit celotni citat, pa čeprav so izpolnjeni vsi drugi pogoji.¹⁰² Namen navedbe je nadzorni, moralni, ekonomski in citirni (v smislu razmejitve lastnega dosežka od tujega).

a) *Navedba avtorstva* – Zahteva za navedbo avtorstva po drugem odstavku 51. člena ZASP je konkretizacija in podkrepitev moralne pravice do priznanja avtorstva iz 18. člena ZASP, za njeno implementacijo pa je treba uporabiti vsa pravila iz te osnovne določbe. Po sodni praksi je namen citata sklicevanje na tuje delo, zato je treba to delo in njegovega avtorja razpoznavno navesti; v tem se citat razlikuje od plagiata in nezavednega prevzemanja.¹⁰³

⁹⁵ Gl. Vrhovno sodišče Avstrije OGH z dne 26. avgusta 2008, RIS – Justiz – Rechtssatz für 4Ob92/08w; 4Ob42/12y; 4Ob236/12b, www.ris.bka.gv.at (5. 7. 2013).

⁹⁶ Zvezno ustavno sodišče Nemčije BVerfG GRUR 2001, str. 152 – *Germania* 3.

⁹⁷ Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1994, str. 802 – *Museumskatalog*.

⁹⁸ Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1987, str. 364 – *Filmzitat*.

⁹⁹ Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1986, str. 60 – *Geistchristentum*; BGH GRUR 2008, str. 696 – *TV-Total*; BGH GRUR 2012, str. 822 – *Blühende Landschaften*.

¹⁰⁰ Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1987, str. 35 – *Liedtextwiedergabe I*.

¹⁰¹ Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 2011, str. 417 – *Kunstaussstellung im Online-Archiv*; BGH GRUR 2012, str. 822 – *Blühende Landschaften*.

¹⁰² Tako S. Ricketson in J. Ginsburg, nav. delo, tč. 13.46, 13.53 in tč. 9. Enako Sodišče EU v zadevi C-145/10 *Eva-Maria Painer v Standard Verlag* z dne 1. decembra 2011, tč. 141; sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 4863/2008 z dne 24. junija 2009.

¹⁰³ Tako Vrhovno sodišče Avstrije OGH z dne 29. septembra 1987, RIS – Justiz – Rechtssatz für 4Ob313/86 (4Ob314/86); 4Ob72/90, www.ris.bka.gv.at (5. 7. 2013).

b) *Navedba vira* – Zahteva za navedbo vira ima tudi gospodarski pomen.¹⁰⁴ Zakon ne določa, kaj naj obsega, po smislu mora vsebovati vsaj tiste minimalne podatke, na podlagi katerih je citirane odlomke ali delo mogoče jasno identificirati¹⁰⁵ in enostavno poiskati. Vodilo so dobri običaji po 46. členu ZASP, npr. uzance za bibliografske navedbe (gl. razdelek 3.1). Podatki o viru bodo različni pri različnih kategorijah del, na primer pri likovnih delih ime galerije, v kateri visijo, pri knjigah ime založnika in leto izdaje, pri avdiovizualnih delih ime producenta in leto izdelave itd.

c) *Lociranje navedbe* – Pravilno lociranje informacije (o avtorstvu in viru) v glavnem delu služi tudi temeljnemu poslanstvu citata – razmejitvi lastnega dosežka od tujega (gl. razdelek 5.2, točko (c)). Osnovno pravilo je, da se sklic na citat (npr. številka opombe) navede neposredno ob oz. pri samem citatu.¹⁰⁶ Po stališčih tuje sodne prakse mora biti navedba enoznačna in pri vsakem prevzetem citatu;¹⁰⁷ na lastnost citata je treba opozoriti na mestu neposredne povezave obeh del, navedba na poznejšem mestu pisanega dela ne zadošča, saj ni zagotovila, da bodo tudi ta mesta prebrana.¹⁰⁸ Tako lociran sklic se potem lahko vsebinsko podrobneje izpelje pod črto (angl. *footnote*), na koncu besedila (angl. *endnote*), v kolofonu, v impresumu, v špici filma itd., vendar vedno tako, da je ohranjena zveza s konkretnim citatom. Glede tega pogoja se lociranje citata rešuje od primera do primera, upoštevajoč razmejitve obeh del, kategorijo glavnega in citiranega dela, uzance itd.

č) *Izjeme* – Navedba avtorstva se po ZASP in Bernski konvenciji zahteva le pogojno, tj. v primeru, če je avtorstvo navedeno že na samem citiranem delu (ta izjema ne velja za navedbo vira, saj je ta po naravi stvari vedno podan: v nasprotnem primeru avtor glavnega dela citata ne bi našel). Ta določba ZASP se razlikuje od evropske ureditve, ki te zahteve ne določa tako konkretno, temveč širše, tj. za primere, ko se to izkaže za nemogoče (člen 5(3)(d) Direktive InfoSoc). Menim, da je treba drugi odstavek 51. člena ZASP razlagati v smislu Direktive InfoSoc in v tem zadnjem pomenu (kot nemožnost navedbe). Torej ne zadošča, da avtor ni naveden na viru; izjema od obveznosti navedbe velja le, če se ugotovitev avtorstva izkaže za nemogočo. Nemogućnost je izkazana, če

¹⁰⁴ Deželno sodišče LG Berlin GRUR 2000, str. 798 – *Screenshots*.

¹⁰⁵ Tako ISO Standard 690:2010 tč. 3.1.

¹⁰⁶ Tako Vrhovno sodišče Avstrije OGH z dne 10. julija 1990, RIS – Justiz – Rechtssatz für 4Ob72/90, www.ris.bka.gv.at (5. 7. 2013). Enako ISO Standard 690:2010, tč. 10.2: The reference should identify the part of the item that is cited.

¹⁰⁷ Deželno sodišče LG Berlin GRUR 2000, str. 797, 798 – *Screenshots*, v tem primeru pri vsaki prevzeti fotografiji.

¹⁰⁸ Če manjka taka navedba, gre za plagiat, gl. Vrhovno sodišče Avstrije OGH z dne 10. julija 1990, RIS – Justiz – Rechtssatz für 4Ob72/90, www.ris.bka.gv.at (5. 7. 2013).

je avtor opravil določena aktivna ravnanja v smeri iskanja avtorstva in vira, pričakovati je njegovo vsaj minimalno prizadevanje izvesti za ime avtorja.¹⁰⁹ V primeru objave fotografije v medijih, ki so to fotografijo dobili od tiskovne agencije in v okviru izvajanja postopka javne varnosti (pri slednjem navedba avtorstva ni obvezna), se šteje nemožnost navedbe imena za izkazano.¹¹⁰

VI. POSLEDICE – NEODPLAČNA OMEJITEV PRAVIC

Citat predstavlja omejitev avtorskih pravic – pomeni, da je pod določenimi pogoji mogoče uporabiti (reproducirati, distribuirati, javno prikazovati, dajati na voljo javnosti itd.) tuje delo brez predhodnega dovoljenja njegovega imetnika in brez plačila honorarja oz. nadomestila.

Gre predvsem za dovoljeno omejitev materialnih avtorskih pravic avtorja citiranega dela, v določeni meri pa so lahko omejene tudi njegove moralne pravice. To pa ne velja za osebnostne pravice – avtorskopравни citat ne opravičuje posega v osebnostne pravice.¹¹¹

1. Materialne pravice – Širše kot Direktiva InfoSoc 51. člen ZASP ne našteva, katere materialne avtorske pravice so z njim omejene, temveč govori o »navajanju« del. To v bistvu pomeni avtorskopravno »uporabo« citiranega dela, torej so lahko omejene vse pravice iz 22. člena ZASP. V praksi bodo s citiranjem največkrat prišle v poštev pravice reproduciranja (23. člen), distribuiranja (24. člen), javnega izvajanja (26. člen), javnega predvajanja s fonogrami in videogrami (28. člen), javnega prikazovanja (29. člen), predelave (33. člen). Citiranje pa praktično vedno obsega vsaj minimalno (dovoljeno) predelavo citiranega dela, saj se lahko vključi v novo delo v nespremenjeni (drugi odstavek 33. člena ZASP) ali spremenjeni obliki (prvi odstavek 33. člena ZASP).

2. Moralne pravice – Citiranje načeloma ne sme posegati v moralne avtorske pravice (gl. člene 16 do 20 ZASP). – Poseg v pravico prve objave (17. člen ZASP) tako ali tako ne pride v poštev, saj je citat mogoč le pri objavljenih delih. – Pri citatu je treba upoštevati tudi pravico priznanja avtorstva (18. člen), saj to praviloma potrjuje drugi odstavek 51. člena ZASP. – Enako velja glede pravice do spoštovanja dela (19. člen ZASP),¹¹² predvsem njegove avtentičnosti. V izjemnih primerih bi pri citatu po naravi stvari lahko prišlo do manjših dovo-

¹⁰⁹ Sklepni predlogi generalne pravobranilke Verice Trstenjak v zadevi Sodišča EU C-145/10 *Eva-Maria Painer v Standard Verlag*, tč. 195.

¹¹⁰ Zadeva Sodišča EU C-145/10 *Eva-Maria Painer v Standard Verlag* z dne 1. decembra 2011, tč. 149.

¹¹¹ Tako Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, nav. delo, § 51, tč. 30.

¹¹² Gl. S. Ricketson in J. Ginsburg, nav. delo, tč. 13.46.

ljenih posegov v to moralno pravico, saj gre pri citiranju odlomka za razbitje prvotnega dela, ali pa tehnična izvedba citata zahteva določene predelave, npr. zmanjšanje velikosti prvotnega dela, črno-belo reprodukcijo prvotno barvnih likovnih del, opustitev prvotne pesniške metrike ipd.

Tako je Višje deželno sodišče v Münchnu v katalogu in večjezičnih letakih štelo kot dovoljen citat dveh verzov pesnika Eugena Rotha »*Vom Ernst des Lebens halb verschont/Ist der schon, der in München wohnt*«. Prevodi teh dveh verzov na letakih so bili opravljeni z opustitvijo metrike in oblike rime, in sicer v angleščino »*Half life's worries will take flight If in Munich you reside*« oz. francoščino »*Les choses sérieuses de la vie sont à moitié épargnées à celui qui habite Munich*« oz. italijanščino »*Chiunque abiti a Monaco viene risparmiato per metà dalla severità della vita*«. Po mnenju sodišča ta opustitev pri prevodu dovoljenega citata ne predstavlja take obteževalne okoliščine, da bi jo lahko kvalificirali kot poseg v idealne interese avtorja citiranega dela (OLG München z dne 17. septembra 2009, GRUR-RR 2010, str. 241).

Ker so vse to nujne posledice citiranja in dovoljene predelave na podlagi 3. točke 53. člena ZASP (gl. prej, točko 1), praviloma ne bodo izkazani objektivni in subjektivni znaki kršitve te moralne pravice. Vseeno pa je treba biti pozoren na moralnopravne vidike citata v smislu kršitve 19. člena ZASP. To vprašanje se lahko na primer pojavi ob nekem sicer pravilno prevzetem citatu: glede na to, katera tuja dela se prevzamejo in v katerem glavnem delu¹¹³ (npr. poezija v reklamnem oglasu); če je iztrgan iz konteksta ali neprimerno vključen v tuje delo (prvotno delo se znajde v novem okolju in kontekstu, ki ju njegov avtor sploh ni pričakoval ali želel); če nepovezan izbor citatov vzbuja napačen vtis o odnosu avtorja do vsakokratnih problemskih sklopov ter ne daje ustreznega pregleda čez njegovo celotno ustvarjanje.¹¹⁴

3. Osebnostne pravice – Ne glede na obstoj pogojev za dovoljeni avtorsko-pravni citat lahko slednji krši osebnostne pravice avtorja ali tretjih oseb. To velja zlasti pri t. i. medijskem ali tiskovnem citatu, kršitvi pisemske tajnosti, kršitvi varstva osebnega imena, kršitvi varstva zasebnega življenja itd.

¹¹³ Tako Zvezno sodišče Nemčije BGHZ 50, str. 153 – *Kandinsky*.

¹¹⁴ Gl. Zvezno sodišče Nemčije BGH GRUR 1973, str. 218 – *Handbuch moderner Zitate*.

Literatura

- Lidija Koman Perenič: Citati iz književnih avtorskih del, v: *Pravna praksa*, št. 17/1985, str. 5-6.
- Sam Ricketson in Jane Ginsburg: *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, 2. izd., Volume I. Oxford University Press, Oxford 2006.
- Gerhard Schricker (ur.) in Ulrich Loewenheim (ur.): *Urheberrecht, Kommentar*, 4. izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2010 (citirano kot Schricker/Loewenheim/avtor).
- Katja Šugman: Navajanje in razmejevanje med svojim in tujim, v: Miro Cerar, Albin Igličar, Katja Šugman: *Smernice in pravila za izdelavo seminarских in diplomskih nalog*. Pravna fakulteta v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 39–57.
- Miha Trampuž, Branko Oman in Andrej Zupančič: *Zakon o avtorski in sorodnih pravicah s komentarjem*. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1997.
- Miha Trampuž: *Avtorsko pravo*. Cankarjeva založba, Ljubljana 2000.
- Eugen Ulmer: *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. izdaja. Springer-Verlag, Berlin 1980.
- Michel M. Walter (ur.) in Silke von Lewinski (ur.): *European Copyright Law, A Commentary*. Oxford University Press, Oxford 2010.

(U)PRAVIČ(E)NOST ZNIŽANJA STAROSTNE MEJE ZA PRIDOBITEV VOLILNE PRAVICE

Nejc Brezovar,

*univerzitetni diplomirani pravnik, magister pravnih znanosti,
doktorski kandidat na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani,
asistent na Fakulteti za upravo Univerze v Ljubljani*

1. UVOD

Volilna pravica kot temeljna neodtujljiva politična človekova pravica aktivnega statusa¹ tvori jedro demokratične, pluralne, moderne pravne države. Kljub temu narava volilne pravice ni absolutna in je lahko podvržena različnim omejitvam.² Njeno neupravičeno omejevanje seveda oži legitimnost najpomembnejših družbenih odločitev, ki so toliko bolj legitime, kolikor bolj je bilo omogočeno sodelovanje čim širšemu krogu posameznikov, državljanov oz. prebivalcev pri njihovem sprejemanju. Zgodovinski pogled nam služi kot primer – z današnjega zornega kota – nedopustnih omejevanj tako aktivne kot pasivne volilne pravice (omejitev po spolu, rasi, družbenem statusu, gmotnem

¹ Volilna pravica ima podlago ne samo v najvišjih nacionalnih aktih, temveč tudi v različnih mednarodnih dokumentih. Glej npr. 25. člen Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah (Združeni narodi, sprejet 1966, začetek veljavnosti 1976) ali 3. člen 1. (dodatnega) Protokola k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic (v nadaljevanju: Protokol k EKČP). Podobno npr. Konvencija o otrokovih pravicah (OZN, sprejeta 20. novembra 1989, veljati začela 2. septembra 1990) določa, da se »za otroka šteje vsaka oseba, mlajša od 18 let oziroma od starosti, ki je v državi predvidena za polnoletnost«, v prvem odstavku 12. člena pa še: »1. Države pogodbenice jamčijo otroku, ki je sposoben izoblikovati lastna mnenja, pravico do svobodnega izražanja le-teh v vseh zadevah v zvezi z njim, o tehtnosti izraženih mnenj pa se presoja v skladu z otrokovo starostjo in zrelostjo.«

² Podobno je tudi stališče Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP), ki je v zadevi *Hirst proti Združenemu kraljestvu* (št.1), pritožba št. 74025/01 z dne 6. oktobra 2005 v povezavi s 3. členom Protokola 1 k EKČP v točki 60 pojasnilo: »Nonetheless, the rights bestowed by Article 3 of Protocol No. 1 are not absolute. There is room for implied limitations and Contracting States must be allowed a margin of appreciation in this sphere.«

stanju itd.), ki se v sodobni in »dozoreli« družbi na prvi pogled zdijo presežene. Vendar tudi v 21. stoletju še vedno obstajajo omejitve, npr. državljanstvo,³ prebivališče oziroma domicil in starost, ki kot take niso problematične, če so postavljene iz utemeljenih razlogov.

Starost posameznika kot razlog za omejitev volilne pravice poznajo v taki ali drugačni obliki vsi volilni sistemi na svetu zaradi omejevanja volilne pravice kot človekove pravice, zato tovrstna omejitev praviloma najde svoje mesto v ustavah. Strožje starostne omejitve običajno veljajo pri pasivni volilni pravici (pravici kandidirati), »ker se poleg aktivne volilne pravice lahko za opravljanje določene voljene funkcije zahtevajo še druge, posebne sposobnosti kandidata«.⁴ Omejitev je praviloma (najnižja) konkretna starost za pridobitev volilne pravice, medtem ko je »izguba« volilne pravice zaradi starosti (skoraj) neznan pojav. Starost, v kateri posameznik pridobi volilno pravico, pomeni položaj oziroma trenutek, na podlagi katerega se vzpostavi fikcija, da je posameznik zrel za pridobitev volilne pravice, da jo bo na primeren način uresničeval z razumskimi odločitvami, ki temeljijo na informacijah, ki so mu na voljo, da se odloča za opcije, ki so najbližje njegovemu osebnemu prepričanju in ki najbolje uresničujejo ter sledijo njegovim (tudi širšim družbenim) interesom. Pri različnih generacijah velikokrat prevladujejo različni interesi in pogledi na svet, kar pomeni, da se ob demografskih spremembah in obstoječih materialnih razlikah – čedalje večji delež starejšega prebivalstva, ki ima navadno tudi večje materialne zmožnosti v primerjavi z mladimi – postavi vprašanje, ali je družbena moč oz. načelna enakost med posameznimi človekovimi pravicami tudi enakomerno porazdeljena med različne družbene starostne skupine.⁵

³ Čeprav je ta omejitev na določenih stopnjah presežena, tako npr. aktivna volilna pravica za neposredne volitve evropskega parlamenta ni več vezana strogo na državljanstvo temveč bolj na domicil oziroma stalno prebivališče upoštevajoč dejstvo, da smo državljani držav članic EU tudi državljani EU.

⁴ S. Zagorc, nav. delo, str. 337. Avtor pozneje v prispevku (str. 340) izrazi tudi pomislek o tem, da se pasivna volilna pravica omejuje, ker so starejši kandidati bolj sposobni in izkušeni, saj meni, da »ni mogoče z gotovostjo trditi, da je starejši volilec tudi bolj sposoben od mlajšega. O sposobnosti opravljanja voljene funkcije se najbolj demokratično in učinkovito odloča kar na samih volitvah s strani volivcev, ne pa z vnaprejšnim omejevanjem kroga kandidatov.«

⁵ Po podatkih oziroma projekcijah na strani Statističnega Urada Republike Slovenije se bo delež mladih (starost od 20 do 34 let) v Sloveniji do leta 2030 znižal za skoraj 30 odstotkov, v državah članicah EU pa v povprečju za dobrih 16 odstotkov, dostopno na <www.stat.si/novica_prikazi.aspx?id=5114> (15. 2. 2013). Posledično to pomeni tudi zmanjševanje starostne skupine od 16 do 18 let, saj »demografske napovedi kažejo, da bo v naslednjih 50 letih v Sloveniji vse manj mladih. Od leta 1990 do leta 2012 se je število mladih znižalo za več kot 43.000 oseb, do leta 2059 pa naj bi se število mladih znižalo še za nadaljnjih 113.000 oseb. Delež mladih v celotni populaciji bo po projekcijah do takrat upadel za več kot 5 odstotnih točk.«

Vprašanje razporeditve družbene moči je postavljeno pod vprašaj predvsem v okviru aktivne volilne pravice.

Volilna pravica bi morala biti nekaj, kar pripada vsakemu svobodnemu državljanu, ki jo je sposoben in voljan uresničevati, zato je »dokazno breme« za omejitve volilne pravice, bodisi na podlagi starosti bodisi na kakršni koli drugi podlagi (na primer problem duševno bolnih) na strani zakonodajalca oziroma oblasti. Za pridobitev in uresničevanje aktivne volilne pravice »je pomembno, da vsak volilec ve, kaj je namen volitev, kakšni so učinki njegovega glasovanja. Za osebe, ki še niso dopolnile določene starosti, predpis določa pravno domnevo *et de iure*, da te osebe zaradi svoje starosti in zrelosti (še) niso sposobne razumeti pomena in učinka volitev. Takšna domneva je določena arbitrarno in tudi starostna meja se v različnih ureditvah razlikuje.«⁶ Sprejeti izhodišče, da je do zdaj veljavna starostna meja naravno stanje, ki ga lahko spreminjamo samo ob zelo prepričljivih argumentih, je napačno, saj bi morali v spremenjenih družbenih okoliščinah tisti, ki vztrajajo pri zastarelo visoki starostni meji, izkazati prepričljive razloge za »ohranitev« omejitve. Sedanja starostna meja ni »naravno stanje«, postavljeno za večno; o tem priča zgodovinski razvoj npr. od časov, ko so imeli volilno pravico samo starejši moški lastniki sužnjev, vsi drugi pa so bili zanj prikrajšani. Če bi danes nekdo moral posebej utemeljevati volilno pravico žensk, brezposelnih, revnih ali mlajših od 21 let, bi se temu smejali. Enako je, če nekdo vztraja pri neki starostni meji v imenu nekakšnega pokroviteljstva nad mladimi, ko je zaradi spremenjenih družbenih okoliščin presežen in nepotreben.

V prispevku bomo preverili tudi tezo, da sprememba zakonodaje, ki zniža starostno mejo za pridobitev aktivne volilne pravice (v nadaljevanju: znižanje volilne starosti), poveča demokratičnost systemske ureditve, saj poveča delež volilnega telesa v odnosu do celotne družbe ter število volilnih upravičencev in (dejanskih) volivcev; s tem se dvigne legitimnost volilnega rezultata in proporcionalno zviša volilna udeležba.

Pridobitev volilne pravice je povezana z dopolnitvijo volilne starosti in sposobnostjo razumeti pomen ter učinek volitev, kar je običajno povezano s pridobitvijo popolne poslovne sposobnosti. Popolno poslovno sposobnost se lahko izjemoma pridobi pred dopolnitvijo volilne starosti, lahko pa se volilna pravica pridobi z volilno starostjo brez sočasne pridobitve popolne poslovne sposobnosti. Prispevek bo pritrdil tudi tezi, da ne starost ne popolna poslovna sposobnost ne moreta biti potreben pogoj za priznavanje sposobnosti razumeti pomen in učinek volitev. Posledično tudi starost, ki naj bi bila odsev domneve, da posameznik šele takrat postane (popolnoma poslovno) sposoben, ne vzdrži in tako (volilna) starost ne more pomeniti absolutne omejitve – brez mogočih

⁶ S. Zagorc, nav. delo, str. 338.

izjem – pridobitve volilne pravice, saj ta omejitev ne pomeni sorazmernega in legitimnega posega v volilno pravico kot človekovo pravico.

Tudi Republika Slovenija se srečuje s problemom upada volilne udeležbe; rešitev, ki bi lahko pripomogle k povečanju volilne udeležbe, pa je več.⁷ Znižanje volilne starosti je tudi ukrep, ki ne poseže omejujoče v pravice in svobodo posameznika – ravno previsoko postavljena starostna meja in njeno ohranjanje delujeta na ta način –, kot različni drugi ukrepi, s katerimi se poskuša povečati oziroma zagotoviti udeležbo na volitvah in tako povečati legitimnost slednjih, kot je npr. obvezna udeležba na volitvah, ki je veliko bolj prisilne narave, s čimer se tudi narava volilne pravice spremeni iz svoboščine v dolžnost.⁸ Tako bi se pod vprašaj lahko postavilo tudi, ali bi tovrstna »prisilna« udeležba na volitvah res pomenila večjo legitimnost volitev, saj bi posegla v svobodo izbire, katere element je navsezadnje tudi izbira v posebnih okoliščinah neudeležiti se volitev in izbiro prepustiti drugim.

V prispevku bom zavrnil tudi nekatere argumente, ki jih postavljajo kritiki znižanja volilne starosti in so lahko vsaj do neke mere preverljivi tudi na podlagi empiričnih raziskav, izvedenih v državah, kjer so starost za pridobitev volilne pravice že znižali.

2. RAZPRAVA O RAZLOGIH ZA ...

Že nekaj časa se v različnih državah in v okviru mednarodnih organizacij pojavljajo različne pobude⁹ o znižanju volilne starosti¹⁰, razprave o tem pa se

⁷ Udeležba v Republiki Sloveniji za volitve v Državni zbor je po dolgotrajnem upadanju doživela v zadnjih letih rahel vzpon. Volilna udeležba po letih: 1992 (85,6 odstotka), 1996 (73,7 odstotka), 2000 (70,1 odstotka), 2004 (60,65 odstotka), 2008 (63,1 odstotka), predčasne 2011 (65,6 odstotka) dostopno na <www.dvk-rs.si/index.php/si/arhiv-drzavni-zbor-rs> (9. 2. 2013).

⁸ Obvezno udeležbo na volitvah (angl. *compulsory/mandatory voting*) pozna nekaj držav (približno deset, npr. Avstralija). Nekatere države pa imajo postavljeno zgornjo starostno mejo, ko volilna udeležba ni več obvezna, npr. v Paragvaju in Peruju je obvezna udeležba do dopolnjene starosti 75 let. Podrobnejši podatki dostopni na <www.idea.int/vt/compulsory_voting.cfm> (19. 1. 2013).

⁹ Novejši pobudi sta npr. European movement International, ki je maja 2012 sprejel resolucijo, s katero predlaga znižanje starostne meje za pridobitev volilne pravice na 16 let, s čimer bi povečali aktivno državljanstvo mladih Evropejcev (angl. *Lowering the active right to vote to increase the active citizenship of young Europeans*), dostopno na: <http://europeanmovement.eu/fileadmin/files_emi/EMI_FA_Brussels_2012/Resolutions/JEF_resolution_Voting%4016.pdf>, in koalicija Vote at 16, ustanovljena leta 2003, <www.votesat16.org/> (3. 2. 2013). Veliko pobud je tudi starejših, saj razprava o tem poteka že dlje časa, npr. v Nemčiji je bila konkretna pobuda v parlamentu obravnavana leta 2003, čeprav so se razprave o tem začele že v minulem stoletju.

¹⁰ Volilna starost kot starost, ko posameznik dobi pravico voliti.

počasi, a vztrajno selijo iz medijev tudi v parlamentarne dvorane. Skupščina Sveta Evrope je marca 2011 sprejela Resolucijo *Expansion of democracy by lowering the voting age to 16*,¹¹ v kateri države članice Sveta Evrope poziva, naj preučijo možnosti za znižanje tako aktivne kot pasivne volilne pravice na starost 16 let. V obrazložitvi resolucije je Republika Slovenija sicer napačno navedena med državami, ki pod določenimi pogoji priznavajo posameznikom pravico voliti, če so dopolnili šestnajst let in izpolnjujejo prepisane pogoje, npr. šestnajstletniki lahko na Madžarskem volijo, če so poročeni, v Republiki Sloveniji pa naj bi bil pogoj zaposlitev, kar seveda ne drži (čeprav so v prejšnjem sistemu imeli vsi zaposleni državljani volilno pravico ne glede na starost).¹² Žal se je ta podatek posledično znašel na več pobudah za znižanje starostne meje za pridobitev aktivne volilne pravice.

2.1. Medgeneracijska razporeditev družbene moči

V prihodnosti lahko pride do medgeneracijskega konflikta oziroma spora, če se bo mlajša generacija, ki se ima za sposobno kakovostno in zrelo odločati na volitvah in soodločati pri sprejemanju pomembnih družbenih odločitev, npr. na referendumu, počutila zapostavljeno in odrinjeno, kar se lahko pokaže v obliki javnih protestov, pobud, ki bi bile usmerjene v spreminjanje sistema, ki temelji na medgeneracijski solidarnosti itd. Če bo zavrnjena možnost njihovega sodelovanja pri družbenih odločitvah, ki vplivajo tudi na njihovo prihodnost, se to lahko sprevrže v občutek nemoči po legalni poti prispevati k razvoju in spremembam v družbi. Volilna pravica bi jim omogočila, da uveljavljajo svoje interese in vrednote, ki so v nekaterih primerih različne od tistih starejših volivcev.¹³ S tem bi se povečala njihov občutek za možnost vplivati na odločitve in težnja po participaciji, ki se lahko razvije v večjo oziroma višjo udeležbo v njihovi starosti in katere posledici sta lahko višja volilna udeležba ter dvig stopnje legitimnosti izvoljenih predstavnikov ter demokratičnega sistema. Mladi morajo biti vključeni v družbene odločitve, politika pa ne sme postati prizorišče, na katerem so osrednje teme povezane s starejšimi prebivalci zgolj na podlagi dejstva, da imajo slednji zaradi številčnosti družbeno in politično moč, ki jo lahko pokažejo na volitvah. Tvrstni primeri bi bila lahko

¹¹ Dostopna na <www.assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=13110&Language=EN> (7. 2. 2013). Vendar so pobude v okviru Sveta Evrope starejše od sprejete resolucije (nekaj jih omenja že resolucija v uvodu).

¹² C. Ribičič, nav. delo (2003), str. 68.

¹³ Tako D. Hart in R. Atkins, nav. delo, str. 201–221, obravnavata neizkušnost in slabo »informiranost« mlajših volivcev in zavrneta argument o neizkušnosti, saj so se mlajši potencialni volivci izkazali za enakovredne v poznavanju politike z npr. dvajsetletniki in starejšimi volivci, vendar jih vodijo drugačne prioritete in drugačni interesi, npr. močnejša želja po financiranju izobraževanja in podobnih javnih storitev.

obdobja, ko bi se spreminjala npr. pokojninska zakonodaja, ki temelji na med-generacijski solidarnosti, brez sodelovanja mladih in njihovih predstavnikov v socialnem dialogu. Po napovedih Eurostata naj bi do leta 2020 delež mladih med 15. in 24. letom upadel na malo manj kot 11 odstotkov, medtem ko se bo delež starih od 65 do 90 let povečal na malo čez 20 odstotkov. Podatki o brezposelnosti med mladimi nakazujejo na dejstvo, da je gospodarska kriza najbolj prizadela ravno mlado generacijo, ki ima povečini zaposlitev za določen čas, pogodbe o zaposlitvi se ne podaljšujejo in posledično so mladi tudi med prvimi, ki izgubijo zaposlitev.¹⁴ Če bi imeli mladi v družbi dovolj moči, bi se tako pokojninska kot delovnopravna zakonodaja verjetno urejali tako, ki bi jim omogočili osamosvojitve in večjo socialno varnost, kot jo ponujajo pogodbe o zaposlitvi za določen čas, ki jih delodajalci povečini sklepajo z novimi mladimi delavci.¹⁵ Mladi nimajo dovolj družbene moči, da bi tovrstni sistem spremenili tako, da bi jim zagotavljal enak položaj na trgu dela. Poleg tega bi bile družbene odločitve (od ekoloških do socialnih) verjetno dolgoročneje naravnane, bolj premišljene in kakovostnejše, saj bo tudi bolj oddaljena prihodnost za mlajšo generacijo, ki tovrstne odločitve posledično razume kot odločanje o lastni prihodnosti, realnost. Odločitve, usmerjene k izboljšanju razmer v prihodnosti in k iskanju rešitev bodo posledično podvržene večjemu nadzoru nad njihovim izvajanjem, saj je njihova uresničitev v interesu mlajših generacij.

Postavi se tudi vprašanje stičišča starosti in spola. Za enakopravnejšo zastopanje interesov različnih generacij glede sprejemanja ključnih odločitev v družbi je potrebno znižanje starostne meje za pridobitev volilne pravice, kar bi pripomoglo k širši participaciji državljanov pri soodločanju in h kakovostnejšim odločitvam v javnem interesu. Poleg drugačnih interesov, ki jih imajo različne generacije, je trenutna sestava volilnega telesa en izziv, k razrešitvi katerega lahko pripomore znižanje starostne meje, in sicer gre za vprašanje sestave volilnega telesa po spolu. Zaradi staranja prebivalstva bodo čedalje večji deleži volilnega telesa volivci ženskega spola, saj se v višji starosti delež moških v razmerju do žensk zmanjšuje, ker ženske v povprečju živijo dlje.¹⁶ Znižanje

¹⁴ Natančni podatki za Republiko Slovenijo so dostopni npr. na <www.stat.si/novice_poglej.asp?ID=666> (27. 1. 2013). in <pxweb.stat.si/pxweb/Database/Dem_soc/07_trg_dela/06_akt_preb_reg_viri_strukturni/01_07646_del_aktivni_starost/01_07646_del_aktivni_starost.asp> (27. 1. 2013).

¹⁵ Kljub visoki brezposelnosti med mladimi v Evropski uniji pa prebivalci v splošnem ne zaznavajo, da bi bili mladi do tridesetega leta diskriminirani na podlagi starosti (se pa podatki med državami razlikujejo). Mladi (v tem primeru med 15. in 24. letom starosti) sicer opazijo diskriminacijo veliko bolj kot starejši, saj jih 24 odstotkov meni, da so diskriminirani na podlagi starosti. Dostopno na <ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_393_en.pdf> (15. 1. 2013).

¹⁶ Po podatkih Statističnega Urada Republike Slovenije je sestava državljanov Republike Slovenije po spolu za tretje četrtletje leta 2012 taka: 957.000 moških in 1.011.266 žensk.

starostne meje bi vsaj delno uravnotežilo tudi sestavo volivcev po spolu, saj se bi (sicer malo) povečal delež moških volivcev, ker je število volivcev glede na spol v zgodnejših letih bolj uravnoteženo.¹⁷

Opozoriti velja tudi na posebno globok razkorak med mladimi in starostno sestavo parlamentarnega predstavništva, ki ne izraža dejanske družbene starostne strukture. Za trenutek pustimo ob strani starostne omejitve, ki veljajo za kandidate in zaradi katerih predstavniki ljudstva ne morejo biti mlajši od določene minimalne starosti, saj tu niso ključne. Vse večji delež starejših volivcev povzroča medgeneracijski razkorak v sestavi ljudskega predstavništva, saj je zunaj parlamenta slednji manjši kot v njem. Personalna sestava parlamenta je tako odsev predvsem starejših generacij, saj mlajša generacija ne more voliti, njeni predstavniki pa zaradi starostnih omejitev ne morejo kandidirati ali so zaradi mladosti v kandidacijskem postopku onemogočeni, saj imajo prednost starejši kandidati. Mlade generacije se tako težko identificirajo z institucijami, na sestavo katerih nimajo vpliva in ne morejo postati njihovi člani. Ta razkorak pa bi se zmanjšal z znižanjem volilne starosti.

2.2. Volilna pravica kot naravna pravica?

Že v osemdesetih letih prejšnjega stoletja je ugledni nemški ustavni pravnik Dieter Suhr zagovarjal tezo, da *»naša demokracija temelji na zmoti, da je ljudstvo sestavljeno zgolj iz odraslih. Čeprav nosijo družine in starši več bremen in odgovornosti, imajo v parlamentu vse manj besede v razmerju do naraščajočega*

Če primerjamo še različna starostna obdobja npr. v starosti od 15 do 19 let, je v Republiki Sloveniji približno 52.000 moških in približno 50.000 žensk, v starostnem obdobju nad 65 let pa je približno 200.000 žensk in 130.000 moških. Razlika v številu volilnih upravičencev po spolu se tako v starosti nad 65 let prevesi v korist žensk, medtem ko je v zgodnejših življenjskih obdobjih spolna sestava bolj izenačena. Razlika med spoloma v obdobju nad 65 let je toliko opaznejša in bo opazna tudi v prihodnosti, saj se bo delež prebivalstva v starostni skupini nad 65 let v razmerju do mlajših starostnih skupin povečeval. Podatki so dostopni na <www.stat.si/doc/pub/DemografskaPodobaSlovenije2008.pdf> (7. 2. 2013) in <pxweb.stat.si/pxweb/Dialog/varval.asp?ma=05A1002S&ti=&path=../Database/Dem_soc/05_prebivalstvo/05_osnovni_podatki_preb/05_05A10_prebivalstvo_cetrtr/&lang=2> (7. 2. 2013).

¹⁷ Teoretično si lahko to predstavljamo na volilnem telesu države, saj državljan pridobi volilno pravico pri 18 letih, struktura po spolu pa ni izenačena, temveč je predvsem zaradi starejšega obdobja številčno v prednosti ženski spol. Če bi bilo npr. volilnih upravičencev ženskega spola 875.000 in volilnih upravičencev moškega spola 810.000 (skupaj 1.685.000 volilnih upravičencev), je razmerje volilnega telesa po spolu približno 48,07 odstotka moških proti 51,93 odstotka žensk (številke so primerljive s številkami v Republiki Sloveniji). Če znižamo starostno mejo in spoloma na račun tega prištejemo dodatnih 50.000 ženskih volilnih upravičenk in 52.000 moških volilnih upravičencev, pridemo do razmerja 48,24 odstotka moških volilnih upravičencev in 51,76 odstotka ženskih volilnih upravičenk, s čimer bolj izenačimo zastopanost po spolu volilnih upravičencev.

števila starejših in posameznikov brez otrok.«¹⁸ Za pravo predstavniško demokratično družbo bi se tako moral slišati glas vseh.¹⁹ Kurt-Peter Merk celo meni, da je predstavniška demokracija v državi, v kateri je volilna starostna meja 18 let, le »mit, s katerim se prikriva sistemska starostna diskriminacija otroške generacije«, volilna starost 18 let, predpisana z nemško ustavo, pa naj bi pomenila »kršitev človekovega dostojanstva in splošne volilne pravice«.²⁰ Volilno pravico, ki bi posamezniku (otroku) pripadala z rojstvom, bi lahko v imenu otroka uresničevali zakoniti zastopniki, praviloma starši, vendar se tu zastavijo vprašanja, povezana z enako volilno pravico itd., saj bi imeli starši v tem primeru več glasov kot volivci brez otrok, starši pa bi svoje in otrokove glasove uporabili v skladu z lastnimi prepričanji. Zakoniti zastopniki bi tako postali pooblaščenca in vmesni člen oziroma posrednik med otrokom, ki mu pripada volilna pravica, in glasovanjem kot uresničevanjem te, kar bi povzročilo izjemo od načela enake volilne pravice, saj bi bila teža seštevka glasov zakonitih zastopnikov večja od volilnega upravičenca, ki bi imel zgolj en, svoj glas – posledično bi imeli posamezniki večkratno volilno pravico, ki je nasprotje enaki volilni pravici. Način glasovanja, pri katerem bi si zakoniti zastopnika otroka kot pooblaščenca za volitve razdelila volilno pravico oziroma glasove svojih otrok, se imenuje *demeny voting*,²¹ saj je po mnenju kritikov to le sistem, ki staršem omogoča več glasov in ne zagotavlja, da bi bili ti glasovi resnično otrokom v prid in v skladu z njihovim interesom. S tem pristopom ni sicer nič narobe, je pa narobe, če skuša kdo prenesti to pravico na starše (tradicionalno na očete, v sodobnih razmerah se pojavljajo tudi predlogi za matere ali celo delitev glasov) v času, ko otrok še ni sposoben razumeti pomena izbire na volitvah. Nekateri teoretiki tako zagovarjajo stališče, da je volilna pravica univerzalna človekova pravica in bi jo kot tako posameznik lahko pridobil že z rojstvom (nekakšna naravna pravica), in ne šele ob nastopu starosti, ki jo družba običajno povezuje s pojavom zrelosti ali polnoletnosti.²²

¹⁸ Podobno zagovarja K. Merk, nav. delo (1996), str. 12, in nav. delo (2006), str. 22 in 23.

¹⁹ Prav tam.

²⁰ Kurt-Peter Merk je leta 2003 zastopal *Familien Partei Deutschland* v ustavni pritožbi na nemškem zveznem ustavnem sodišču, vendar slednje argumentov ni sprejelo. <www.goethe.de/ges/pok/sup/en5570225.htm> (22. 1. 2013).

²¹ V W. C. Sanderson, nav. delo, str. 543–554. Termin je dobil ime po Paulu Demenyju, ki je v osemdesetih letih preteklega stoletja obravnaval tovrstna vprašanja. Možnost uveljavitve takega načina glasovanja so obravnavali poleg Nemčije tudi na Madžarskem in Japonškem kot odgovor na starajočo generacijo, vendar predlogi niso imeli zadostne podpore.

²² V Nemčiji je 47 poslancev – predstavnikov vseh političnih strank v parlamentu – *Bundestaga* (prvi dom nemškega zveznega parlamenta) 11. septembra 2003 podalo predlog *Mehr Demokratie wagen durch ein Wahlrecht von Geburt an* (Za več demokracije – pravica voliti od rojstva dalje), dostopno na <dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/015/1501544.pdf> (7. 2. 2013), podoben predlog pa se je pojavil tudi leta 2008, vendar sta bila oba v parla-

2.3. Participacija »mladih«

Aktivno državljanstvo je eden od ciljev Evropske unije s težnjo po večji soudeležbi mladih v družbi, države članice pa so si za cilj zadale povečanje participacije mladih v družbenem življenju in predstavniki demokraciji.²³ Po anketi European Social Survey iz leta 2006 je zanimanje za politiko med mladimi (od 16 do 29 let) nizko in narašča s starostjo. Tem ugotovitvam nasprotujejo ugotovitve iz ankete Eurobarometra iz leta 2007, v katerih so anketiranci pokazali visoko zanimanje za politiko, saj so na vprašanje, ali so se v zadnjih treh letih udeležili volitev ali referendumu, v veliki večini odgovorili pritrdilno.²⁴ Zanimiv je bil tudi odgovor skoraj petine mladih anketirancev, ki je odgovorila, da bi »znižanje starostne meje za volitve« pripomoglo k večji udeležbi in sodelovanju mladih v družbi. Mlajši generaciji je treba zagotoviti dejansko enako(pravno) možnost izražanja mnenj in stališč, tako kot ta pripada starejšim generacijam.

Vendar pozornost ne sme biti usmerjena na volilno udeležbo – za sprejem odločitve o znižanju starostne meje (volilne starosti) ne sme biti odločilna volja mladih, da se udeležijo volitev ali ne. V tem primeru bi namreč mlade ponovno podvrgli strožjim standardom, kot veljajo za starejše generacije. Ko posameznik (ob dopolnitvi določene starosti in izpolnitvi drugih pogojev) pridobi volilno pravico, se nihče več ne sprašuje, ali se ta posameznik udeležuje volitev in uresničuje svojo volilno pravico ali ne. Nihče v takih primerih ne razpravlja o tem, da se odvzame volilna pravica tistemu, ki je aktivno ne

mentu zavržena. Prevladujoči argument je bil, da demografske spremembe ogrožajo prihodnost družbe (staranje družbe), kar terja ponovni premislek o medgeneracijski pogodbi, saj je treba otrokom in njihovim staršem dati položaj v skladu s pomenom, pomembnostjo, ki jo imajo za družbo. Volilna pravica je temelj vsake demokratične ureditve, zato omejitev slednje za otroke in najstnike postavlja na eni strani pod vprašaj načelo enakosti (pred zakonom) in na drugi spodbuja politiko, ki bremena prelaga na mlajše oziroma naslednje generacije. Volilna pravica otrok vsekakor ne more biti tako strah zbujujoča, saj je imel predlog v Nemčiji podporo nekaterih zelo uglednih pravnikov, npr. Romana Herzoga (nekdanjega predsednika Zvezne Republike Nemčije in ustavnega sodnika Zveznega ustavnega sodišča). Podrobneje na <www.goethe.de/ges/pok/sup/en5570225.htm> (7. 2. 2013).

²³ Evropska komisija, European commission White Paper – A New Impetus For European Youth, COM(2001) 681, 21. november 2001, dostopno na <ec.europa.eu/youth/documents/publications/whitepaper_en.pdf> (8. 2. 2013). Za vzpostavitev »pravil« pogojev za sodelovanje oziroma participacijo je treba vzpostaviti pravne okvire, v okviru katerih je mogoča tudi razprava o znižanju starostne meje za pridobitev volilne pravice, tako na str. 26: »This framework could, according to young people, include setting out principles, rules or obligations on voting age and eligibility (including the question of lowering the voting age), on extending this right (to immigrants, for example), or even on introducing active citizenship training.«

²⁴ Evropska komisija, Youth Investing and Empowering – EU Youth Report, 27. april 2009, str. 47 in 50.

uporablja, zato tudi morebitna nepripravljenost (posameznika ali generacije) voliti v nekem trenutku ne more in ne sme biti temelj oziroma glavni razlog za odločitev, ki bi nasprotovala znižanju volilne starosti, ker je premajhen delež mladih pripravljen sodelovati pri oblasti prek udeležbe na volitvah. Argument neudeležbe mladih tako ne more biti sprejet kot glavni razlog proti razpravi o znižanju volilne starosti. V nasprotnem primeru bi lahko isti razlog »neudeležbe« uporabili za utemeljitev vzpostavitve ukrepa odvzema volilne pravice na podlagi omenjenega razloga tistim volilnim upravičencem, ki se neko časovno obdobje ne bi udeleževali volitev in za to ne bi imeli upravičenih razlogov. Neudeležba na volitvah se tako ne bi razumela kot prepustitev odločitve drugim, temveč bi to pripeljalo do razumevanja volilne pravice predvsem kot dolžnosti, katere neizpolnjevanje bi povzročilo sankcijo odvzema volilne pravice. Tovrstni ukrepi so za demokratično urejene države nepredstavljivi, saj celo države, ki poznajo sistem obveznih volitev (angl. *mandatory voting*), tovrstnih sankcij ne predvidevajo, temveč so sankcije v državah, ki jih izvajajo, predvsem denarne narave. Tako se isti argument »neudeležbe na volitvah« uporablja različno za različne generacije in postavlja mlajše v slabši položaj zgolj na podlagi njihove starosti – ker so mladi in se po predvidevanjih volitev ne bodo udeleževali, je to lahko razlog proti znižanju volilne pravice, po drugi strani pa se starejšim kljub dokazani morebitni neudeležbi na volitvah volilna pravica ne odvzame. Ukrepi odvzema volilne pravice volivcem, ki se volitev ne udeležujejo, bi zmanjšal obseg volilnega telesa in dvignil volilno udeležbo – vendar o tem seveda nihče ne razmišlja – medtem ko je sočasno prisoten strah, da bi se s širitvijo volilnega telesa na mlajšo generacijo dodatno zmanjšala volilna udeležba na račun neudeležbe mladih. To nas pripelje do nelogičnega sklepa, da mlajšim, ki bi si želeli participirati, to onemogočimo na podlagi predvidevanj o morebitni neudeležbi, starejšim pa ponudimo vse možnosti za participacijo zgolj na podlagi njihove starosti in jim te možnosti ne odvezujemo, tudi če svoje pravice do sodelovanja na volitvah ne izkoristijo. Odvzem volilne pravice zaradi neudeležbe na volitvah je neprimeren ukrep, tako kot je neutemeljeno nasprotovanje znižanju volilne starosti zaradi »pričakovane« neudeležbe oziroma nizke udeležbe mladih na volitvah.

2.4. Izobrazba in izkušnje

Argumenti, ki se največkrat pojavljajo, da so mladi neizkušeni, nezreli, nesposobni kvalitetnega odločanja, imajo pomanjkanje znanja, ne vzdržijo. Raziskave so namreč pokazale, da je generacija mladostnikov od 16. do 18. leta izobrazena in seznanjena z različnimi javnimi zadevami (npr. javne storitve, politika) enako oziroma celo bolj kot starejši volivci, kar je sicer lahko tudi posledica šolanja, ki je mlajšim časovno bližje kot predstavnikom starejše generacije, ki

so šolanje prekinili.²⁵ Poleg tega imajo na volitvah vnaprej določene mogoče »odločitve«, ki so seveda vse legitimne, saj kandidati oziroma politične stranke lahko nastopajo na volitvah zgolj pod pogojem, da je njihovo delovanje ustavno doputno in da izpolnjujejo zakonsko predpisane pogoje za sodelovanje na volitvah, posledično tudi mlajši volilci lahko pri uveljavljanju svoje aktivne volilne pravice sprejmejo zgolj legitimne odločitve, ki ne morejo biti »napačne«, saj je dejanje voliti zelo subjektivno in vrednostno pogojeno. Upoštevajoč razvoj informacijske družbe in možnost dostopa današnjih npr. šestnajstletnikov do različnih informacij prek medijev, svetovnega spleta in sistema izobraževanja, postavi pod vprašaj razmerje med generacijami osemnajstletnikov, ki so pred desetletji zaradi znižanja volilne starosti pridobile volilno pravico, in njihovo informiranostjo, sposobnostjo komuniciranja ter zrelostjo v razmerju do današnjih šestnajstletnikov, ki so verjetno veliko bolje informirani, imajo lažji dostop do informacij ter so posledično sposobni sprejeti kvalitetnejše odločitve kot generacije osemnajstletnikov v času, ko so te prvič pridobile volilno pravico.

Ena od mogočih rešitev, ki bi povečala sodelovanje mlajših volilnih upravičencev, je tudi izobraževanje (*citizenship education*²⁶), ki bi lahko ponovno vzpostavilo oziroma okrepilo vez med mlajšimi volilnimi upravičenci in jih spodbudilo k aktivnejšemu sodelovanju v javnih zadevah kot npr. udeležba na volitvah, glasovanje na referendumu. Justinian se sprašuje, ali obstaja razlika, če narod izrazi svojo voljo z glasovanjem ali pa zgolj s svojim ravnanjem in svojimi deli. »*Quid interest suffragio populus voluntatem suam declarat, an rebus ipsis et factis?*«²⁷ Torej, ali je treba ljudstvo kaj manj spoštovati, če s svojimi ravnanji izkaže svojo voljo, ne pa na volitvah (npr. s protesti)? Po smiselnem razlogovanju bi bili mladi zreli tudi za volitve, če s svojimi ravnanji, deli izkazujejo dovolj veliko zrelost. Poleg tega so protesti lahko dokaz oziroma izraz dejstva, da mladi obstoječih oblastnih institucij ne doživljajo kot svojih legitimnih predstavništev, kar je najverjetneje posledica medgeneracijskega razkoraka.

²⁵ To ugotavljata D. Hart in R. Atkins, nav. delo, str. 201–221.

²⁶ Poleg znižanja starostne meje za pridobitev volilne pravice se kot možnost hkratnega ukrepa večkrat pojavlja »državlanska vzgoja« v okviru formalnega izobraževanja, pri kateri bi šolarjem skušali približati ustavno ureditev njihove države ter jim približati volitve in jih tako spodbuditi k večji udeležbi na volitvah. Podrobneje v The Electoral Commission, *Age of Electoral Majority – Report and Recommendations*, 204, str. 29–39. V istem poročilu se je komisija zavzela za ohranitev starostne meje 18 let (aktivna volilna pravica) v Veliki Britaniji, vendar dopustila spremembe v naslednjih letih, ki bi jih lahko povzročile spremembe v izobraževalnem sistemu. Sočasno je predlagala znižanje starostne meje za kanidiranje z 21 na 18 let.

²⁷ Dig. 1.3.32.1, Iulianus 84 Dig.

2.5. Določitev starostne meje, sposobnost in volilna udeležba

Omenili smo, da volilna (ne)udeležba mladih ni najprimernejše izhodišče za nasprotovanje in kritiko znižanju volilne starosti. Znižanje volilne starosti lahko celo pripomore k večji volilni udeležbi. Odločitev o izbiri minimalne volilne starosti je relativno arbitrarna odločitev, vendar za zdaj po mnenju večine nujno potrebna za nemoteno in učinkovito delovanje volilnega sistema. Sistem, ki določa konkretno starost na splošni ravni, je učinkovitejši in lažje obvladljiv kot pa individualno ugotavljanje »zrelosti« slehernega volilnega upravičenca ali kandidata (čeprav je jasno, da posamezniki »dozorijo« v različnih starostih). Mlajši volivci se povečini še šolajo (obiskujejo srednje poklicne šole, gimnazije itd.), so dovzetnejši za vplive iz okolja (staršev oziroma družine in šole) in se lažje navadijo določenih stvari – tako bi se lahko npr. v šolah poleg drugih snovi učili osnov volilnega sistema, državne ureditve itd., s čimer bi se gradila pripadnost in spodbujala udeležba na volitvah. To obdobje oziroma ta starost je tudi bolj stabilna, saj mladoletniki po večini živijo pri starših, ki so lahko pomemben zgled pri razvoju navad, kot je npr. udeležba na volitvah. Raziskave so namreč pokazale, da je dejanje udeleževanja volitev in izražanja svoje volje stvar navade posameznika,²⁸ ki je, kot vemo »železna srajca«, zato zgodnejši razvoj in spodbujanje posameznika k razvoju te navade lahko pozitivno prispeva h krepitvi udeležbe na volitvah. S »pomladitvijo« volilnega telesa bi se v družbi pojavile tudi nove ideje in navade, ki bi pripomogle k napredku in pogledu v prihodnost na različnih družbenih področjih ter ne bi zgolj utrjevale nekaterih starih, preživetih in nesodobnih vzorcev. Generacija, ki je navajena spremljanja medijev, zbiranja informacij, izbiranja in nakupovanja različnih produktov, plačevanja računov, včlanjevanja v različne aktivnosti prek svetovnega spleta, je bolj oddaljena od tradicionalnih oblik opravljanja določenih storitev in nalog na način, ki zahteva fizično navzočnost na vnaprej določenem kraju (kot npr. pri volitvah, kot so tega vajene starejše generacije). Mlajša generacija bi lahko namesto tradicionalnega načina udeležbe na volitvah predlagala ali vztrajala pri uveljavitvi novih, sodobnejših načinov, kot je npr. elektronsko glasovanje, s čimer bi se spodbudila višja udeležba mlajših volilcev, saj bi se volitve približale njihovem vsakdanjemu početju in bile zanje enostavnejše, npr. uporaba računalnika in interneta (upoštevajoč varnost in tajnost volitev).²⁹

S tem bi se povečala stopnja demokratičnosti v družbi, katere pomemben kazalnik je tudi udeležba volilnega telesa na volitvah. V prid nižji starosti (15 ali 16 namesto 18 let) govorijo tudi spoznanja, da na povečano udeležbo ključno

²⁸ Več v E. Plutzer, nav. delo, str. 41–56.

²⁹ C. Ribičič, nav. delo (2003), str. 68.

vpliva okolje posameznika, ki prvič lahko voli, ki je veliko bolj spodbudno pri starosti 16 let (starši, šola) kot pri višji starosti, npr. 18 let.³⁰ Posledično ne vzdrži argument, da je posledica znižanja starostne meje za pridobitev volilne pravice z npr. 21 na 18 let nižja (prva) udeležba mlajših volivcev, saj je treba upoštevati tudi okolje, ki pa je z vidika razvoja volilne navade vsekakor primernejše pri nižji starosti.³¹ Poleg okolja obstaja tudi zanimiva povezava med trenutkom, ko nekdo dopolni starost (t. i. rojstnodnevno tveganje), s katero pridobi aktivno volilno pravico, in trenutkom, ko to pravico lahko prvič uporabi in se udeleži volitev. Čim bližje sta si trenutka, tem verjetneje je, da se bo posameznik udeležil volitev, saj obstaja večja verjetnost, da se bo posameznik udeležil volitev, če bo dopolnil starost za pridobitev volilne pravice v volilnem letu in bo lahko tako kmalu po pridobitvi pravice slednjo tudi uveljavil, kot pa posameznik, ki bo moral na možnost uporabe svoje volilne pravice čakati več let.³² Ena od možnosti bi bila tudi, da posameznik pridobi volilno pravico na začetku koledarskega leta, v katerem bi dopolnil starost potrebno za pridobitev volilne pravice, s čimer bi se tudi rahlo zmanjšalo rojstnodnevno tveganje.³³ Znižanje starosti na 16 ali manj let sicer ne bi vplivalo na skrajšanje teh časovnih razmikov in posledično prvo možnost aktivne udeležbe na volitvah, bi pa vsekakor posamezniki v zgodnejši starosti lahko prvič izkoristili možnost aktivne participacije na volitvah, kar bi pripomoglo k višji udeležbi na volitvah, upoštevajoč dejstvo, da so takrat večinoma vključeni v sistem izobraževanja, živijo doma itd.

Poleg tega se veliko mladih zaposli pred dopolnjenim osemnajstim letom starosti, tako plačujejo davke (npr. dohodnino) in različne prispevke v javne blagajne pokojninskega, invalidskega, zdravstvenega zavarovanja in zavarovanja za primer brezposelnosti. S 15 leti pridobijo tudi delno poslovno sposobnost. Včasih je bilo plačevanje davkov pogoj za pridobitev volilne pravice, zdaj pa jo zaradi starosti posameznikom odrekamo, čeprav prispevajo sredstva v državne in lokalne blagajne in ne morejo (so)odločati o tem, kdo jih bo razdeljeval in kako. Nekdanja slovenska ustavna ureditev je imela posebnosti, ki so izvirale iz narodnoosvobodilne vojne, saj so imeli posamezniki, ki so se aktivno

³⁰ E. Plutzer, nav. delo, str. 41–56. Povezava je bila sicer ugotovljena predvsem pri posameznikih, starih 21 in 18 let: pri posameznikih, ki so stari 18 let, je opazen večji vpliv družine, staršev in okolja (srednja šola) k pozitivni udeležbi na volitvah.

³¹ Po mnenju nekaterih avtorjev je prva udeležba na volitvah, na katerih lahko posameznik voli, ključna za razvoj njegovih »volilni« navad, kar vsekakor govori v prid znižanju volilne starosti zaradi stabilnejšega okolja. Tako npr. M. N. Franklin, nav. delo, str. 43.

³² Vzeto iz A. Folkes, nav. delo, str. 52–56.

³³ Posameznik, ki ima rojstni dan npr. 2. novembra, bi tako pridobil volilno pravico s 1. januarjem koledarskega leta, v katerem bi sicer dopolnil starost, potrebno za pridobitev volilne pravice. O »beneficiju volilnega leta« tudi v S. Zagorc, nav. delo, str. 338.

vkjučili v partizanske enote, volilno pravico za volitve narodnoosvobodilnih odborov in terenske odbore Osvobodilne fronte, ne glede na starost.³⁴ Pozneje, v samoupravnem sistemu, pa so imeli vsi zaposleni ne glede na starost volilno pravico pri volitvah zborov združenega dela na občinskih in republiški ravni ter zveznega zbora na zvezni ravni. Volilna sposobnost tudi ni neločljivo vezana na poslovno sposobnost, zato samo znižanje volilne starosti ne bi vplivalo na druge oblike sposobnosti, ki jih priznavamo mlajšim, kot so delna poslovna sposobnost, kazenska odgovornost itd. Omenili smo že, da na Madžarskem posameznik pridobi volilno pravico pri starosti 16 let, če sklene zakonsko zvezo. V Republiki Sloveniji pa je zanimiv pogled na pridobitev popolne poslovne sposobnosti, če mladoletnik postane roditelj ali če pred polnoletnostjo sklene zakonsko zvezo, s čimer pridobi popolno poslovno sposobnost.³⁵ Tako mladoletnik lahko izvaja roditeljsko pravico, ker je postal starš in zakoniti zastopnik otroka, s čimer je polno odgovoren za skrb nad otrokom. Ustava Republike Slovenije torej posredno prek zakonodaje omogoča pridobitev popolne poslovne sposobnosti osebam, mlajšim od 18 let, medtem ko za volilno pravico ne določa izjem in zakonodajalcu ne daje pooblastila, da z zakonom uredi izjeme, ki bi omogočale pridobitev volilne pravice pred dopolnjenim 18. letom starosti. Posledično to pomeni, da posameznik lahko pridobi popolno poslovno sposobnost, nikakor pa ne more pridobiti volilne pravice, saj ustavodajalec ni predvidel možnosti izjem za »predčasno« pridobitev volilne pravice na račun znižanja volilne starosti zaradi npr. roditeljstva, zaposlitve. Tako je starostna meja za pridobitev popolne poslovne sposobnosti relativna, saj omogoča zakonsko predvidene izjeme, medtem ko je volilna starost absolutna, saj ne dopušča nobenih izjem, npr. znižanja volilne starosti.

Že v rimskem pravu je bila poslovna sposobnost vezana na določeno starost oziroma zrelost, ko naj bi bil posameznik sposoben zrelega in odgovornega razsojanja, zato se je ustvarila domneva oziroma fikcija, da so dečki polnoletni in poslovno sposobni z dopolnjenimi štirinajstimi (deklice pa dvanajstimi leti), čeprav naj ne bi bila izključena tudi možnost, da je bila ta starost v zgodnejšem rimskem obdobju višja, in sicer sedemnajst let, ko je Rimljan dobil aktivno volilno pravico in postal zrel za vojaško službo.³⁶

Ustavno sodišče Republike Slovenije poudarja, da poslovne sposobnosti ne gre enačiti s sposobnostjo pridobiti volilno pravico. Čeprav posameznik nima popolne poslovne sposobnosti zaradi podaljšanja roditeljske pravice, to ne po-

³⁴ C. Ribičič, nav. delo (2002), str. 5.

³⁵ Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, Ur. l. RS, št. 69/04, z dne 24. junija 2004, 117. člen.

³⁶ Več o tem v J. Kranjc, nav. delo, str. 370–373.

meni samodejno izgubo oziroma nepridobitev volilne pravice kljub dopolnjeni volilni starosti. Odvzem poslovne sposobnosti ne pomeni nujno tudi izgube volilne pravice, saj je po mnenju sodišča bistveno, da poseg omejevanja volilne pravice ne sme čezmerno poseči v volilno pravico oziroma v njeno ustavno zagotovljeno jedro. Posamezniku, ki ima kljub dejstvu, da mu je bila odvzeta poslovna sposobnost, »sposobnost razumeti pomen in učinek volitev«, se ne sme odvzeti volilne pravice, saj bi bil tovrsten poseg čezmeren.³⁷ Poslovna sposobnost tako ne sme biti absolutni element oziroma pogoj za pridobitev volilne pravice; bistvena je sposobnost razumevanja pomena in učinka volitev, ki ni vezana na poslovno sposobnost. Ta sposobnost ni omejena na starost, ko nastopi domneva o stopnji zrelosti, ki je potrebna za pridobitev polne poslovne sposobnosti – posameznik ima lahko sposobnost razumeti pomen in učinek volitev pred polnoletnostjo.

Argument, da volilna pravica pripada zgolj izkušnim, zrelim in sposobnim kvalitetnega odločanja oziroma tistim, ki imajo dovolj znanja, pa zavračajo tudi številni mednarodni dokumenti³⁸ in različne odločitve mednarodnih sodišč³⁹.

2.6. Obseg volilnega telesa in volilna udeležba

Znižanje volilne starosti bi povišalo skupno število volilnih udeležencev oziroma volilnega telesa v razmerju do celotne družbe, kar bi prav tako povečalo legitimnost volitev in izvoljenih predstavnikov, saj bi bili izvoljeni s strani širšega volilnega telesa. Znižanje starosti in s tem povečanje volilnega telesa ne pomeni nujno tudi povečanja volilne udeležbe (deleža udeležbe volilnih upravičencev na volitvah). Znižanje starostne meje za pridobitev aktivne volilne pravice in »razširitev« volilnega telesa lahko povzroči absolutno večjo oziroma višjo udeležbo na volitvah, vendar ne nujno povečanja odstotkovnega deleža v razmerju do (večjega) volilnega telesa.⁴⁰ Če bi bila udeležba »novih, mlajših« volivcev (v njihovi starostni skupini) nižja od povprečne volilne udeležbe v preostalem volilnem telesu, bi bila posledično nižja celotna volilna udeležba. Absolutna

³⁷ Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-346/02 z dne 10. julija 2003, Ur. l. RS, št. 11/03 in 73/03. Slednja je sicer postala delno zastarela z ratifikacijo Mednarodne konvencije o pravicah invalidov, saj slednja širi volilno pravico na vse invalide.

³⁸ Konvencija o pravicah invalidov oziroma Zakon o ratifikaciji Konvencije o pravicah invalidov in Izbirnega protokola h Konvenciji o pravicah invalidov (MKPI), 29. člen, Ur. l. RS, št. 37/08, z dne 15. aprila 2008. Volilna pravica pripada tudi invalidom, ki trpijo za duševnimi boleznimi.

³⁹ Sodba ESČP v zadevi *Alajos Kiss proti Madžarski*, št. 388302/06, z dne 20. maja 2010.

⁴⁰ Do proporcionalno višje udeležbe ne bi prišlo, če bi kljub večji udeležbi od preteklih volitev prišel na volitve manjši delež mlajših volivcev. Tako bi bila udeležba v absolutnem številu volivcev višja, vendar nižja v razmerju do novega, »obsežnejšega« volilnega telesa.

udeležba na volitvah oziroma skupno število volilnih upravičencev, ki bi glasovali po znižanju starostne meje, bi se nujno povečala – ob predpostavki, da se volitev udeleži vsaj eden mlad volivec, in ob pogoju, da se starejši udeležijo volitev v enakem številu. Znižanje starostne meje poveča skupni delež volilne udeležbe v primerjavi s stanjem pred znižanjem starostne meje v absolutnih in do določene mere tudi relativnih številkah. Negativne posledice zmanjšanja volilne udeležbe bi bile mogoče le, če se starejše generacije iz »protesta« zaradi znižanja starostne meje volitev ne bi udeležile. Posledično bi lahko ta malo verjetna situacija povzročila demokratični deficit, saj bi se v družbi ustvaril vtis, da je volilno telo nezainteresirano za izvrševanje volilne pravice iz takih ali drugačnih razlogov. To je neprepričljivo izkazan in velikokrat uporabljen argument proti nižanju volilne pravice ter širjenju absolutnega kroga volilnega telesa, saj bi bilo znižanje (če bi do njega prišlo) verjetno kratkoročno, morda na prvih volitvah. Na dolgi rok bi zaradi razvoja »volilnih navad« udeležba narasla, zlasti če upoštevamo dejstvo, da je to starostno obdobje v okviru šolanja in družinskega kroga stabilnejše. Zaradi redkih izjem znižanja so empirični podatki redko dostopni, nekatere analize pa bodo predstavljene v nadaljevanju na primeru Republike Avstrije.

Volilna udeležba v večini sodobnih demokracij se je zadnjih trideset let zniževala, veliko pa naj bi k manjši udeležbi prispevali mlajši volilni upravičenci, ki se volitev ne udeležijo. Nekateri teoretiki vidijo razloge v različnih vrednotah in interesih, ki prevladujejo med različnimi generacijami, saj naj bi imele mlajše generacije drugačne prioritete in volitev ne razumejo v smislu »državlanske dolžnosti«. ⁴¹ Spet drugi vidijo razloge v dejstvu, da se mlajšim volivcem volitve ne zdijo res oziroma dovolj tekmovalne, da njihovi glasovi nič ne spremenijo, da nimajo učinka. ⁴² V teoriji volilnega prava sicer velja, da je udeležba boljša v kombiniranih volilnih sistemih, v katerih je možnost vplivanja posameznega volivca na izbiro kandidata večja kot v proporcionalnih volilnih sistemih. Velja tudi premislek o morebitnih spremembah volilnega sistema, ki bi prek večjega vpliva volivcev na izbiro prispevale k večji volilni udeležbi.

Logično sklepanje terja ugotovitev, da znižanje starostne meje za pridobitev aktivne volilne pravice absolutno poveča število volilnih upravičencev, saj razširi volilno pravico na nove volilne upravičence, ki tako prej vstopijo v krog volilnih upravičencev, in posledično prispeva k večjemu skupnemu, dejanskemu

⁴¹ Tovrstno stališče zagovarjajo npr. Martin P. Wattenberg, *Where All the Voters Gone?*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2002, Andre Blais, *To Vote or Not to Vote?*, The Merits and Limits of Rational Choice, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2000, in Ronald Inglehart, *Culture Shift In Advanced Industrial Society*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

⁴² To stališče najdemo v M. N. Franklin, nav. delo, str. 25–30.

številu volilnih udeležencev.⁴³ V odnosu do družbe ali demokratične države, v kateri obstaja oblast ljudstva, ki jo državljanke in državljani izvršujejo neposredno in posredno z volitvami, se tako možnost prispevati oziroma sodelovati pri soupravljanju države razširi na širši družbeni krog posameznikov, ki so bili prej izključeni iz družbenega odločanja oziroma izvajanja oblasti (tako neposrednega kot posrednega) zgolj na podlagi njihove starosti. Ljudstvo kot celota državljanek in državljanov tako bolj celostno in z manjšimi omejitvami izvaja oblast, ki mu v demokratično urejeni državi pripada in predstavlja ideal k pravi vladavini ljudstva ter poveča legitimnost rezultata volitev, saj je slednji (še posebno ob visoki udeležbi) bližje pravi in resnični volji ljudstva.

Proporcionalno ali odstotkovno glede na volilno telo lahko pričakujemo dvig volilne udeležbe tudi na račun dejstva, da bi zaradi vstopa novih interesov in vrednot prek novih volivcev slednji te poskušali uveljaviti, kar bi spodbudilo tudi preostale starostne skupine volivcev z morda drugačnimi vrednotami, da se še aktivneje udeležujejo volitev, s čimer se prav tako skuša uveljaviti več različnih interesov širše družbe. Tako bi se lažje uveljavil širši družbeni ali celo ljudski interes. V prid proporcionalnemu dvigu volilne udeležbe govori tudi dejstvo oziroma ugotovitev, da so posameznikove preference do volilne udeležbe velikokrat stvar navade, ki jo lažje razvijemo v mlajših letih tudi zaradi okolja, v katerem živimo (šola, družina). S tem ko se »mlajše« volivce že zgodaj vzgaja v prepričanju, da je udeležba na volitvah pravica in dolžnost, ter spodbuja k udeležbi na volitvah, se povečuje tudi proporcionalna udeležba, saj bi se njihova navada z leti krepila in bi jo pozneje prenesli tudi na svoje otroke, zato se na srednji in dolgi (če ne že na kratki) rok krepi tako absolutna (razumljena kot udeležba v skupnem številu volivcev) kot relativna udeležba (razumljena v razmerju števila volilnih udeležencev do skupnega števila volilnih upravičencev), s čimer se zmanjšuje morebitni demokratični deficit dosedanjih nizkih udeležb na volitvah in povečuje legitimnost rezultata, saj je ta bližje pravi oziroma resnični volji ljudstva, ter izboljša demokratični ustroj države.⁴⁴ S tem lahko zavrnilo morebitne teze o tem, da bi znižanje starostne meje lahko oslabilo zdravje demokracije v državah (kot posledica nizke volilne udeležbe),⁴⁵ ki bi sprejele ta ukrep, kar je poleg trditve o nesposobnosti

⁴³ V teoriji se absolutni dvig števila volivcev ne bi zgodil seveda le pod pogojem, če nihče od novih volilnih upravičencev ne bi prišel na volitve, kar je praktično nemogoče.

⁴⁴ Resolucija Skupščine Sveta Evrope, udeležba na volitvah v nemških zveznih deželah in Avstriji *Expansion of democracy by lowering the voting age to 16* z dne 22. marca 2011. Iz nje je mogoče razbrati, da je strah o nizki udeležbi relativno neutemeljen, poleg tega pa bi nižja starostna meja najverjetneje povečala volilno udeležbo na srednji oziroma dolgi rok.

⁴⁵ Kot primer lahko vzamemo Združeno kraljestvo, kjer po predvidevanjih tudi nizka udeležba (proporcionalno enaka volilni udeležbi volilnega telesa v starosti od 18. do 25. leta) volilnega telesa v starosti od 16. do 18. let takorekoč ne bi vplivala na skupni odstotek

kvalitetnega odločanja »morebitnih« mladih volivcev glavni argument proti znižanju starostne meje.

Nekateri avtorji razpravljajo o prispevku k legitimnosti, ki se nanaša na idejo, da »so politične odločitve legitimne, če izražajo voljo ljudstva, tisto voljo, ki jo lahko izpeljemo iz pristnih izbir članov družbe«. ⁴⁶ Omenjeno stališče zagovarja tezo, da je treba v demokratične procese v družbi vključiti posameznike, ki so sposobni in voljni sprejemati družbene odločitve, kar pomeni, da se postavljata vprašanji, ali so mladi sposobni in voljni oziroma zainteresirani sodelovati na volitvah ter kako na to vpliva njihova dejanska udeležba.

2.7. Volilna pravica kot korelativ odgovornosti

Država od mladih zahteva določeno odgovornost (kazenska, civilna za povzročeno škodo) za svoja dejanja, zato je edino pravično, da jim kot odgovor na družbene obveznosti ob bok postavimo tudi nekatere, zlasti politične pravice, prek katerih bodo lahko soodločali o družbenih pravilih, ki bi se morala razlagati ekstenzivno, v svobodnem duhu, brez nepotrebnih in neupravičenih omejitev. Mladim že zgodaj priznavamo sposobnost sprejemati nekatere temeljne odločitve v njihovem življenju, ki bodo zaznamovale njihovo celotno življenje (npr. izbira smeri šolanja, poklica, zaposlitve), kar je izraz družbe, ki mladostnikom priznava zrelost, sočasno pa jim ne priznava sposobnosti in zrelosti, ki naj bi bila potrebna za to, da nekdo postane del volilnega telesa in tako (so)odloča o prihodnosti družbe, katere del so tudi mladi in jih odločitve najbolj zadevajo, saj bodo najdlje čutili njihove posledice, npr. dolgoročno zadolževanje države, ki ga bodo odplačevale te mlajše generacije. Tem zdaj odrekamo pravico, da soodločajo o tem, v katero smer naj gre država. ⁴⁷ Tako

volilne udeležbe. Celotno če se nihče od volivcev v starostni skupini od 16. do 18. ne bi udeležil volitev, bi se skupna udeležba na volitvah po predvidevanjih znižala za dva odstotka. Kritike o tem, da bi nizka udeležba mladih lahko povečala demokratični deficit, je tako na trhljih temeljih. Podrobneje v poročilu Electoral Reform Society na <www.votesat16.org.uk> (9. 2. 2013).

⁴⁶ Pri demokratični legitimnosti lahko ločimo *input (by the people) democracy* in *output (for the people) democracy*, v F. W. Scharpf, nav. delo, str. 6–14.

⁴⁷ Na Škotskem bodo tako leta 2014 posamezniki, ki bodo na dan referendumu o neodvisnosti Škotske dopolnili 16 let, lahko glasovali, saj glasujejo predvsem o svoji prihodnosti, o svojem življenju. Tako dogovor med vlado Združenega kraljestva in vlado Škotske o referendumu o neodvisnosti Škotske (Edinburgh, 15. oktober 2012; dostopno na <www.scotland.gov.uk/About/Government/concordats/Referendum-on-independence> (11. 2. 2013)) med drugim prepušča škotski vladi odločitev o tem, ali bo tovrstno rešitev predlagala v sprejem škotskemu parlamentu: »10. The Scottish Government's consultation on the referendum also set out a proposal for extending the franchise to allow 16 and 17 year-olds to vote in the referendum. It will be for the Scottish Government to decide whether to

je veliko primerov, da mladostniki odgovarjajo kot polnoletni, a ostanejo brez nekaterih pravic ter so posledično podvrženi dvojnemu merilu. Kot primer lahko navedemo situacijo, ko posameznik pridobi popolno poslovno sposobnost zaradi starševstva ali sklenitve zakonske zveze, s čimer postane odgovoren za skrb in preživljanje otroka, vendar hkrati kljub pridobitvi popolne poslovne sposobnosti in odgovornosti, ki ji sledijo, ne pridobi volilne pravice, ker še ni dopolnil 18 let.⁴⁸ Po drugi strani se lahko posamezniku, ki je že dopolnil 18 let, »podaljša status mladoletne osebe«, ker je bila njegovim staršem podaljšana roditeljska pravica prek njegove polnoletnosti, ker ni sposoben skrbeti zase, za svoje pravice in koristi.⁴⁹ Posledično ta posameznik tudi nima volilne pravice (če ni sposoben razumeti pomena in učinka volitev). Tudi po mnenju Ustavnega sodišča Republike Slovenije posameznik s tem, ko se mu podaljša »status mladoletnosti«, praviloma ne izpolnjuje zakonskih pogojev za pridobitev volilne pravice, polnoletnost – podaljšanje roditeljske pravice namreč izključuje domnevo o popolni poslovni sposobnosti.⁵⁰ V povezavi s pridobitvijo se tako pojavita dve situaciji – v eni se posamezniku podeli popolna poslovna sposobnost pred dopolnitvijo 18 let, v drugi pa se posamezniku za pridobitev popolne poslovne sposobnosti ne prizna popolne poslovne sposobnosti kljub izpolnitvi starostnega pogoja 18 let. Obe situaciji pomenita restriktivno razlaganje možnosti pridobitve volilne pravice, ki je celo po mnenju Ustavnega sodišča Republike Slovenije vezana na vprašanje polnoletnosti in domnevo, da

propose extending the franchise for this referendum and how that should be done. It will be for the Scottish Parliament to approve the referendum franchise, as it would be for any referendum on devolved matters.«

⁴⁸ Glej opombo 35.

⁴⁹ V obrazložitvi sklepa Up-621/02 z dne 18. marca 2004, s katerim je Ustavno sodišče Republike Slovenije sicer zavrglo ustavno pritožbo, je zanimivo stališče Upravnega sodišča v Ljubljani in Vrhovnega sodišča Republike Slovenije »1. Upravna enota Radovljica je z izpodbijano odločbo zavrnila vpis pritožnika v splošni volilni imenik. Kot razlog za zavrnitev vpisa je navedla, da ima pritožnik še vedno status mladoletne osebe, saj je bila njegovim staršem podaljšana roditeljska pravica preko njegove polnoletnosti, ker sam ni sposoben skrbeti zase, za svoje pravice in koristi. Posledica podaljšanja roditeljske pravice je zato tudi, da pritožnik nima volilne pravice iz 43. člena Ustave. Upravno sodišče v Ljubljani je z izpodbijano sodbo potrdilo stališče Upravne enote. V obrazložitvi sodbe je poudarilo, da ima v obravnavanem primeru podaljšanje roditeljske pravice preko polnoletnosti za posledico podaljšanje statusa mladoletnosti, kar dalje pomeni, da pritožnik ni postal polnoleten in zato ne izpolnjuje enega od zakonitih pogojev za pridobitev volilne pravice (polnoletnost). Vrhovno sodišče je z izpodbijano sodbo potrdilo stališče Upravnega sodišča glede pomena in posledic podaljšanja roditeljske pravice. Pri tem je posebej navedlo, da podaljšanje roditeljske pravice izključuje domnevo o popolni poslovni sposobnosti.« Po novejšem mnenju Ustavnega sodišča Republike Slovenije v zadevi U-I-346/02 z dne 10. julija 2003, Ur. l. RS, št. 11/03 in 73/03, polnoletnost ni absolutni pogoj, katerega izpolnitev je potrebna za pridobitev/ohranitev volilne pravice posameznika.

⁵⁰ Prav tam.

je posameznik takrat polno poslovno sposoben. Starost 18 let je po ustavi in zakonu mejnik, starostna meja, po prestopu katere se vzpostavi domneva, da posameznik postane polno poslovno sposoben in posledično pridobi volilno pravico. Pridobitev volilne pravice je vezana na kumulativna pogoja starosti in polne poslovne sposobnosti, ki sta neločljivo povezana, saj prvi vzpostavlja domnevo za obstoj drugega, vendar so pri tej domnevi predvidene tudi nekatere izjeme. Izjeme, ko dopolnjena starost ni pogoj za pridobitev popolne poslovne sposobnosti ali ko kljub dopolnjeni starosti ne sledi pridobitev popolne poslovne sposobnosti, so redke, a vendarle so, medtem ko se kumulativna pogoja starosti in polne poslovne sposobnosti za pridobitev volilne pravice presojata zelo strogo in skoraj brez izjem, kar je vse v škodo pridobitve volilne pravice. Tako posamezniku, ki ni dopolnil 18 let in mu priznavamo polno poslovno sposobnost, ne priznamo volilne pravice zaradi neizpolnjenega pogoja volilne starosti, po drugi strani pa posamezniku, ki je dopolnil 18 let, ne priznavamo volilne pravice, ker ni polno poslovno sposoben.⁵¹ Če obstajajo izjeme, po katerih starost, ki ustvarja domnevo za pridobitev popolne poslovne sposobnosti, in obstoj poslovne sposobnosti nista neločljivo povezana, se ustvari dvom o upravičenosti zahteve po restriktivni razlagi starosti in polne poslovne sposobnosti kot kumulativnih pogojev, ki se razlagata restriktivno, skoraj brez izjem. Če nekomu odrekamo sposobnost, zrelost za volitve, ker ni polno poslovno sposoben, kar po domnevi postane z dopolnjenimi 18 leti, posameznik pa na podlagi zakona postane polno poslovno sposoben pred dopolnitvijo starosti 18 let, se postavlja vprašanje, zakaj bi nekomu odrekli volilno pravico, čeprav je očitno »sposoben«, kar je tudi glavni razlog, zakaj je volilna starost postavljena na 18 let. Ugotovitve terjajo premislek o upravičenosti stroge presoje pogojev za pridobitev volilne pravice najmanj na področjih, ko posameznik pridobi polno poslovno sposobnost pred dopolnitvijo ustavno oziroma zakonsko predvidene volilne starosti.⁵²

⁵¹ Vendar velja ponovno opozoriti, da odvzem poslovne sposobnosti ne pomeni oziroma ne sme pomeniti samodejnega odvzema volilne pravice, če ima posameznik sposobnost razumeti pomen in učinek volitev. Tako volilna pravica in poslovna sposobnost nista neločljivo povezani, saj posameznik lahko ima volilno pravico, čeprav ne izpolnjuje pogoja poslovne sposobnosti, izpolnjuje pa starostni pogoj ter ima sposobnost razumeti pomen in učinek volitev. Take primere npr. ob podaljšanju roditeljske pravice je treba obravnavati individualno in presoditi sposobnost razumevanja pomena ter učinka volitev s strani posameznika, ki mu je bila odvzeta poslovna sposobnost oziroma je ni pridobil. Podobno v U-I-346/02.

⁵² Argumenti tu služijo za znižanje volilne starosti vse do 15 let (in ne zgolj 16 let), ko je po slovenski zakonodaji mogoče posamezniku ob izpolnitvi določenih pogojev podeliti polno poslovno sposobnost.

3. TUJINA KOT ZGLED

V svetu imajo države spodnjo mejo za pridobitev aktivne volilne pravice določeno od 16. do 21. leta starosti.⁵³ V prejšnjem stoletju se je starost v večini držav postopoma nižala, tako da je zdaj najpogostejša meja za pridobitev aktivne volilne pravice starost 18 let, za pridobitev pasivne volilne pravice pa obstajajo različne ureditve.⁵⁴ Nekatere države so pred kratkim znižale volilno starost na 16 let, npr. Avstrija,⁵⁵ Argentina, Brazilija, Nikaragva, Ekvador, medtem ko o tem marsikje potekajo resne javne razprave, npr. v Malti, Kanadi, na Češkem, Finskem, Danskem, Irskem, v Združenem kraljestvu, Avstraliji, Estoniji, na Japonskem. Zanimiv je tudi dogovor med škotsko vlado in vlado Združenega kraljestva, ki daje pravico prebivalcem Škotske, ki bodo na dan referenduma o neodvisnosti Škotske, ki bo leta 2014, dopolnili 16 let, da na njem glasujejo in tako odločajo o suverenosti države kot odraz pravice naroda, ljudstva do samoodločbe.⁵⁶ Poleg naštetih so starost za pridobitev volilne pravice na de-

⁵³ Izjema je bila sicer npr. Iran, ki je do leta 2007 za pridobitev volilne pravice štel dopolnjeno starost 15 let, vendar jo je kasneje dvignil na 18 let. Pri dopolnjenih 16 letih pridobijo (aktivno) volilno pravico na Kubi, v Avstriji, Braziliji, Argentini, Nikaragvi, Ekvadorju, pri sedemnajstih v Vzhodnem Timorju, Indoneziji, Severni Koreji, Sejšelih in Sudanu, pri dvajsetih v Kamerunu, na Japonskem, v Južni Koreji, na Tajvanu in v Tuniziji, pri enaindvajsetih pa npr. v Centralnoafriški republiki, na Fidžiju, v Gabonu, Libanonu, Kuvajtu, Maleziji, na Maldivih, v Monaku, Maroku, Pakistanu, Samoi, Singapurju. Podatki so bili pridobljeni iz različnih virov, npr. Age of electoral majority – Report and recommendations, The Electoral Commission, 2004, dostopno na <www.electoralcommission.org.uk/_data/assets/pdf_file/0011/63749/Age-of-electoral-majority.pdf> (7. 1. 2013).

⁵⁴ Med državami članicami Evropske unije imajo starostno mejo 18 let vse države razen Avstrije.

⁵⁵ Republika Avstrija je to dosegla s spremembo nekaterih členov ustave, ki je imela takrat široko podporo tako konservativcev, zelenih kot socialnih demokratov. Tako so npr. spremenili prvi in tretji odstavek 23.a člena in četrti odstavek 26. člena Ustave.

⁵⁶ V Združenem kraljestvu potekajo razprave o znižanju starostne meje že približno desetletje, predlagani ukrep pa uživa podporo različnih družbenih skupin in kar nekaj predstavnikov parlamenta in političnih strank (npr. Labour party). Tako npr. obstajajo različne publikacije, brošure v podporo znižanju starosti npr. 16 for 16 – Sixteen reasons for Votes at 16, ki navaja šestnajst razlogov za znižanje starosti za pridobitev volilne pravice v Združenem kraljestvu (1. mladi si želijo voliti, 2. 16- in 17-letniki so pripravljeni na volitve, 3. državljanska vzgoja bi morala spodbujati volilno udeležbo, 4. če izgubiš 16- in 17-letnike, jih izgubiš za vedno, 5. volilna pravica umesti mlade na politični barometer, 6. ni obdavčenja brez predstavnštva, 7. več mladih bo imelo vpliv, 8. enakost v izražanju mnenj in pravica voliti, 9. ohranitev in krepitev zaščite, nikoli slabitev, 10. civilna družba si tega želi, 11. vprašanje demografske časovne bombe, 12. poslani v vojno – brez pravice voliti, 13. ne zaostajati, 14. politiki si tega želijo, 15. poveča se raznovrstnost volilnega telesa, 16. čas je pravi: čas je zdaj) in ima podporo British Youth Council, Children's Rights Alliance for England, Electoral Reform Society, National Union of Students, National Youth Agency and UK Youth Parliament, takorekoč vseh mladinskih organizacij z nekaterimi poslanci britanskega parlamenta.

želnih volitvah znižali tudi pet dežel⁵⁷ Zvezne republike Nemčije, en švicarski kanton za regijske in lokalne volitve⁵⁸ in tri ozemlja pod britansko krono.⁵⁹

Avstrija

Sledi podrobnejši vpogled v zgodovinsko, geografsko in kulturno sosednjo Republiko Avstrijo, kjer so leta 2007 s spremembo zvezne ustave dosegli znižanje starosti za pridobitev aktivne volilne pravice z dotedanjih 18 let na 16 let za nacionalne volitve v državni svet, volitve poslancev Evropskega parlamenta,⁶⁰ volitve predsednika zvezne republike in udeležbo na referendumih. Izkušnje sosednje države lahko prenesemo v naše nacionalno okolje, saj gre za primerljivi državi, ki sta članici Evropske unije, s podobno ustavno in državno ureditvijo.

Spremembo ustave je predlagala vlada Republike Avstrije na podlagi sprejete- ga programa dela.⁶¹ Predlog vlade⁶² je bil sprememba oziroma znižanje starosti za pridobitev aktivne volilne pravice za volitve v Evropski parlament, državni svet,⁶³ predsednika zvezne republike, razpis in udeležbo na referendumih,

⁵⁷ Spodnja Saška, Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Predpomorjanska, Saška, Schleswig-Holstein.

⁵⁸ Glarus.

⁵⁹ Isle of Man, Jersey in Guernsey.

⁶⁰ Poudariti velja, da je bilo znižanje namenjeno zgolj zgodnejši pridobitvi aktivne volilne pravice, in ne pasivne, s čimer Republika Avstrija nima več izenačenih starostnih pogojev za pridobitev aktivne in pasivne volilne pravice kot večina drugih držav članic EU. Izjema je npr. Italija, kjer lahko državljani volijo svoje predstavnike v senat (drugi dom italijanskega parlamenta) šele, ko dopolnijo 24 let, za senat pa lahko kandidirajo šele, ko dopolnijo 40 let. Velikokrat pa so razlike v starosti odvisne tudi od stopnje, na kateri potekajo določene volitve, tako npr. obstajajo različne volitve, od lokalnih do državnih, na katerih veljajo različna merila glede starost za pridobitev aktivne volilne pravice, npr. v nekaterih deželah Zvezne Republike Nemčije (npr. Spodnja Saška) lahko posamezniki na lokalnih volitvah (a ne deželnih in zveznih) volijo že, ko dopolnijo 16 let, na drugih, »višjih« stopnjah pa šele ob izpolnjenem pogoju 18 let.

⁶¹ Vlado Republike Avstrije so v letih 2007 in 2008 sestavljali Socialni demokrati Avstrije in Avstrijska ljudska stranka (velika koalicija), stranki pa sta v program vlade pod poglavje *Staats- und Verwaltungsreform (Državne in ustavne reforme)* v peti točki *Wahlrecht (Volilna pravica)* zapisali, da bodo v prihajajočem (triindvajsetem) zakonodajnem obdobju znižali starost za pridobitev aktivne volilne pravice na 16 let (*In der kommenden Gesetzgebungsperiode wird das aktive Wahlalter auf 16 Jahre gesenkt*), dostopen na <www.wien-konkret.at/fileadmin/content/Politik/Bundesregierung/regierungsprogramm_09012007.pdf> (5. 1. 2013).

⁶² Predlog (94 der Beilagen XXIII.GP – Regierungsvorlage – Vorblatt und Erläuterung), dostopen na: <www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/I/I_00094/fname_077107.pdf> (5. 1. 2013).

⁶³ Državni svet (nem. *Nationalrat*) kot prvi dom avstrijskega parlamenta in zvezno zakonodajno telo.

za ljudsko iniciativo, izjave podpore h kandidaturi različnim kandidatom ali skupinam, ki je bila mogoča zgolj s spremembo navezujočih določb avstrijske ustave.⁶⁴ Znižali so tudi starostni pogoj za kandidiranje na volitvah z 19 na 18 let. V razpravi⁶⁵ v državnem svetu skoraj ni bilo nasprotovanja, temveč so spori nastajali bolj v obliki pozitivnega »testa očetovstva«, saj so se poslanci in stranke prepirali predvsem, kdo je pr(a)vi pobudnik te spremembe in kdo je v preteklosti tovrstne spremembe že predlagal. Med razpravo so prednjačili komentariji, da »je za spremembe že skrajni čas«, da »ne moremo govoriti o oženju političnih človekovih pravic, saj v konkretnem primeru to pomeni 180.000 volilnih upravičencev več«, »ker mladi plačujejo davke, imajo pravico soodločati, kaj se s tem denarjem zgodi«, »obogatitev s pogledi mladih«, »interesi mladih za politiko so preveč vezani na njihovo polnoletnost«, »s tem ukrepom se bo krepilo ravnotežje med mlajšimi in starejšimi«, »znižanje starostne meje na 16 let pomeni odločitev za večjo medgeneracijsko pravičnost, saj se prebivalstvo stara«, »ukrep, s katerim se bo povečalo zanimanje mladih za politiko, ki so ga do zdaj lahko uresničevali le v okviru nevladnih organizacij civilne družbe«, »velik uspeh, zaradi katerega bodo državljani aktivnejši, odločevalni procesi pa (zaradi večje udeležbe) legitimnejši« itd. Predlagani ukrep je tako užival široko podporo s tem, da so nekateri poslanci večkrat opozorili, da so bili prvi predlogi za znižanje starostne meje na 16 let podani že pred petnajstimi leti (leta 1992 »Wählen mit 16«). Za znižanje so se odločili tudi na podlagi dejstva, da je bila udeležba mlajših volivcev (od 16 do 18 let) na lokalnih in deželnih volitvah, kjer so že imeli aktivno volilno pravico, enaka oziroma celo višja od drugih starostnih skupin.

Ko je avstrijski parlament prižgal zeleno luč in sprejel spremembe ustave, so bile slednje junija 2007 objavljene v avstrijskem uradnem listu.⁶⁶ Potrebna sta bila tudi predhodna oziroma sočasna uskladitev zakonodaje in sprejem sprememb avstrijskega zakona o volilni pravici ter še nekaterih zakonov, ki so urejali vprašanja volitev, referendumov, ljudske iniciative ipd.⁶⁷

⁶⁴ Sprememba tretjega odstavka 23.a in prvega odstavka 26. člena Ustave Republike Avstrije.

⁶⁵ Povzetek razprave dostopen na <www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2007/PK0439/> (5. 1. 2013).

⁶⁶ Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, 27. Bundesverfassungsgesetz: Änderung der Bundesverfassungsgesetzes (NR: GP XXIII RV 94 AB 129 S. 24. BR: 7685 AB 7696 S. 746) z dne 29. junija 2007, dostopno na: <www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=BgblAuth&Dokumentnummer=BGBlA_2007_I_27> (6. 1. 2013).

⁶⁷ Spremenjeni so bili: Nationalrats-Wahlordnung 1992, des Bundespräsidentenwahlgesetzes 1971, der Europawahlordnung, des Wählerevidenzgesetzes 1973, des Europa-Wählerevidenzgesetzes, des Volksbegehrengesetzes 1973, des Volksabstimmungsgesetzes 1972 und des Volksbefragungsgesetzes 1989. Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich.

Po uveljavitvi znižanja splošne volilne starostne meje v Republiki Avstriji je upoštevajoč raziskave volilna udeležba v nižji starostni skupini (od 16 do 18 let) relativno nizka, vendar slabo udeležbo na volitvah ne gre pojasnjevati s pomanjkanjem sposobnosti ali motivacije za udeležbo, kot je velikokrat argument nasprotnikov znižanja starostne meje, saj je »kvaliteta« njihove izbire na volitvah podobna tisti starejših volivcev, s čimer se mlajšim volivcem omogoči enako kakovostno zastopanje lastnih interesov.⁶⁸

Raziskava, ki je bila izvedena po znižanju starostne meje o volilnih navadah mladih volivcev v Avstriji, lahko služi kot pomemben preizkus upravičenosti trditev tako kritikov kot podpornikov znižanja starostne meje za pridobitev volilne pravice o posledicah, ki jih ta ukrep prinaša.⁶⁹ Primer Avstrije sicer ne more služiti za empirično preverjanje teze o razvoju »volilnih navad«, saj za slednje še ni preteklo zadosti časa, iz anket o nameravani udeležbi na volitvah za Evropski parlament pa imajo (oziroma so imeli) volivci, mlajši od 18 let, nizko stopnjo nameravane udeležbe na volitvah (stopnja nameravane udeležbe se zvišuje z višjo starostjo volilnih upravičencev). Slednje je lahko posledica dejstva, da mlajših volivcev evropske volitve ne zanimajo (zanje so preveč »oddaljene«), poleg tega ne poznamo dejanskega učinka na razvoj volilnih navad, za katere je potreben čas, lahko pa je nizka udeležba tudi posledica dejstva, da oponašajo volilne navade svojih nekaj let starejših vrstnikov, za katere prav tako velja nizka udeležba.⁷⁰ Ugotovitve raziskave so predvsem, da imajo mlajši volivci več zaupanja v politične institucije kot starejši, pripravljeni so sodelovati v javnih zadevah, se udeležiti npr. demonstracij, sodelovati v nevladnih organizacijah, vendar imajo manj znanja, izkušenj pri ločevanju med različni-

reich, 28. Bundesgesetz: Wahlrechtsänderungsgesetz 2007, (NR: GP XXIII RV 88 AB 130 S. 24. BR: 7686 AB 7697 S. 746.) z dne 29. junija 2007, dostopno na: <www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=BgbAuth&Dokumentnummer=BGBLA_2007_I_28> (6. 1. 2013).

⁶⁸ M. Wagner, D. Johann, S. Kritzinger, nav. delo, str. 372. Raziskava je nastala pod okriljem Državne volilne študije.

⁶⁹ Rezultati anket in raziskave so podrobneje analizirani v prispevku pod opombo št. 65. Ankete so bile izvedene sicer pred prvimi volitvami leta 2009, na katerih so lahko prvič kot volivci sodelovali tudi posamezniki, ki so dopolnili starost 16 let. Od tedaj so bile v Avstriji trikrat volitve, leta 2008 nacionalne parlamentarne volitve, leta 2009 volitve v Evropski parlament in leta 2010 volitve za predsednika republike. Dejanska udeležba npr. na volitvah za Evropski parlament leta 2009 je dostopna na strani avstrijskega zveznega ministrstva za notranje zadeve <www.bmi.gv.at/cms/bmi_wahlen/europawahl/2009/> (10. 2. 2013).

⁷⁰ Tovrstne ugotovitve zagovarja Electoral commission v poročilu Age of electoral majority – Report and recommendations, april 2004. Komisija je bila ustanovljena v Združenem kraljestvu konec leta 2000 na podlagi Zakona o političnih strankah, volitvah in referendumu (Political Parties, Elections and Referendums Act) in je neodvisno telo, ki neposredno odgovarja le parlamentu.

mi političnimi opcijami, kar pa ne pojasni nižje udeležbe.⁷¹ V povezavi z volilno udeležbo so preverili povezave med izobrazbo – višja izobrazba pomeni večjo nagnjenost k udeležbi na volitvah. Kvaliteta oddanih glasov naj bi bila povezana tudi z možnostjo oziroma sposobnostjo mladih volivcev, da izberejo oziroma glasujejo za kandidate oziroma politične stranke, ki so ideološko najbližje interesom mladih volivcev, vendar se skladnost oziroma »kvaliteta« glasu volivcev, mlajših od 18 let, ne razlikuje in tako ni slabša od izbire oziroma glasov starejših volivcev.⁷²

Trditve kritikov znižanja starostne meje na 16 let, da volivci, mlajši od 18 let, niso sposobni kvalitetnega glasovanja ter da nimajo motivacije za udeležbo na volitvah, so bile tako empirično preverjene na primeru Avstrije kot edine države članice Evropske unije, ki je znižala starostno mejo za pridobitev aktivne volilne pravice na 16 let. Ugotovitve zavračajo argumente kritikov znižanja starostne meje tako glede motivacije in sposobnosti političnega udejstvovanja kot kvalitete glasov – posledično znižanje starostne meje nima negativnih posledic za demokratično udejstvovanje in kvaliteto demokratičnih odločitev.⁷³ Sicer nismo brez dvoma zavrnili trditve kritikov o morebitni (in v nekaterih primerih tudi izkazani) nizki udeležbi mladih volivcev na volitvah. Razmeroma nizka volilna udeležba kot argument je delno sprejemljiva, vendar ni v zadostni meri prepričljiva za ohranitev visoke starostne meje. Trend nizke udeležbe na volitvah je najverjetneje mogoče obrniti s proaktivnimi ukrepi izobraževanja in ozaveščanja mladih ter spodbujanja njihove participacije. Avstrija kot primerljiva država nam tako ponudi odgovor na morebitne negativne posledice znižanja starostne meje za pridobitev volilne pravice, ki jih pravzaprav ni oziroma so zanemarljive in zavračajo ključne ter najpogostejše slišane argumente nasprotnikov znižanja volilne starostne meje. Po drugi strani so pozitivne posledice večja vključenost mladih v smeri aktivnega državljanstva, večja stopnja demokratičnosti v družbi zaradi povečanja števila posameznikov, ki lahko sodelujejo pri družbenih odločitvah, odpre se možnost uveljavljanja različnih interesov, vzpostavlja se novo ravnotežje med generacijami, na srednji oziroma dolgi rok se lahko poveča volilna udeležba itd.

Volilni sistem v Avstriji načenja še eno zanimivo vprašanje, in sicer vprašanje volilne pravice državljanov Evropske unije. Avstrija je namreč znižala starost za pridobitev aktivne volilne pravice na šestnajst let tudi za neposredne volitve v Evropski parlament.⁷⁴ Eden od ciljev, ki mu je Evropska unija sledila pri

⁷¹ M. Wagner, D. Johann, S. Kritzinger, nav. delo, str. 378.

⁷² Prav tam, str. 380.

⁷³ Prav tam, str. 381.

⁷⁴ Direktiva Sveta 93/109/ES z dne 6. decembra 1993 o podrobni ureditvi uresničevanja aktivne in pasivne volilne pravice na volitvah v Evropski parlament za državljane Unije,

določitvi stalnega prebivališča kot temeljnega pogoja za uresničevanje volilne pravice, je bil tudi preprečevanje diskriminacije na podlagi državljanstva, ki je v Evropski uniji prepovedano (med državljani držav članic oziroma državljanji EU). Tako imamo po Evropski uniji ne samo različne sisteme volitev v Evropski parlament, temveč tudi različne pogoje za pridobitev volilne pravice, ki se razlikujejo tudi pri kriteriju starosti. Posledično državljani 26 držav članic ne smejo voliti na volitvah za Evropski parlament v državi članici, katere državljanstvo imajo (ker niso dopolnili starosti najmanj 18 let), lahko pa volijo na volitvah za Evropski parlament v Republiki Avstriji pod pogojem, da so dopolnili starost 16 let, imajo v Avstriji stalno prebivališče in so vpisani v volilno evidenco. Čeprav ne gre za iste poslance, saj vsaki državi članici EU pripada določeno število poslancev Evropskega parlamenta, ki se volijo v tej državi članici, se tovrstna ureditev ne zdi najprimernejša, saj vzpostavi občutek, da imajo mladi prebivalci Avstrije več političnih pravic in vpliva v družbi kot mladi drugod po Evropski uniji. Poleg tega del poslancev Evropskega parlamenta tako volijo volivci drugačne starostne in družbene sestave kot drugi. To terjajo odgovor predvsem drugih članic Evropske unije, ki starostne meje niso znižale, da podajo argumentirane obrazložitve, zakaj ne.⁷⁵ Trenutna ureditev volitev v Evropski parlament namreč razlikuje med državljani Evropske unije zgolj na podlagi njihove starosti – v Evropski uniji pa velja tako prepoved diskriminacije glede na državljanstvo kot glede na starost.⁷⁶

ki prebivajo v državi članici, niso pa njeni državljani (dostopna na <eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:20:01:31993L0109:SL:PDF> (11. 2. 2013)), ki določa tri pogoje, ki jih mora izpolnjevati volivec ali kandidat na volitvah v Evropski parlament: državljanstvo Evropske unije, stalno prebivališče v državi članici, v kateri voli oziroma kandidira, ter izpolnjevanje drugih pogojev za pridobitev aktivne oziroma pasivne pravice, ki veljajo za državljane države članice, v kateri potekajo volitve. Direktiva v preambuli med drugim omenja, da »sta aktivna in pasivna volilna pravica na volitvah v Evropski parlament v državi članici prebivanja, določeni v členu 8b(2) Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti, primer uporabe načela nediskriminacije med državljani in nedržavljanji ter dodatek k pravici do prostega gibanja in prebivanja, utemeljeni v členu 8a te pogodbe«. Republika Avstrija kot pogoj za pridobitev aktivne pravice tujcev zahteva izpolnjevanje teh pogojev: državljanstvo Evropske unije, stalno prebivališče v Republiki Avstriji, vpis v volilno evidenco in starost šestnajst let na dan volitev (stran avstrijskega ministrstva za notranje zadeve (Bundesministerium für Inneres) <www.bmi.gv.at/cms/BMI_wahlen/europawahl/Ueberblick.aspx> (3. 2. 2013)).

⁷⁵ K podobnemu premisleku je države pozvala že skupščina Sveta Evrope z Resolucijo 1826 Expansion of democracy by lowering the voting age to 16 z dne 23. junija 2011.

⁷⁶ Členi 10, 18 in 19 Pogodbe o delovanju Evropske unije (prečiščeno besedilo, Ur. l. EU C 326 z dne 26. oktobra 2012) in 21. člen Listine o temeljnih pravicah v Evropski uniji (Ur. l. EU C 326 z dne 26. oktobra 2012, str. 391–407).

4. OMEJITVE VOLILNE PRAVICE

Starost je v 21. stoletju eden redkih še preostalih censov, ki volilno pravico omejujejo poleg državljanstva in/ali stalnega prebivališča.⁷⁷ V Evropski uniji je prepovedano diskriminiranje na različnih podlagah, med drugim na podlagi starosti in državljanstva.⁷⁸ Volilna pravica je temeljna politična človekova pravica, ki je neodtujljiva in neprenosljiva. Njeno omejevanje mora biti utemeljeno in argumentirano na način, ki upravičuje poseg in omejitev volilne pravice kot pravice, ki jo je treba razlagati ekstenzivno in strogo presojski morebitne omejitve, saj zmanjšujejo demokratično legitimnost izvoljenih predstavnikov in posledično zakonodaje, ki jo ti sprejemajo.⁷⁹ Urejanje vsebine in morebitnih omejitev volilne pravice je tesno povezano s suverenostjo držav in vladavino ljudstva, pri tem pa zakonodajalcu pripada široko polje proste presoje.⁸⁰ Ko je ESČP presojalo »omejevanje« volilne pravice, je jasno pojasnilo, da morajo biti omejitve volilne pravice »legitimne in proporcionalne (sorazmerne)«. ⁸¹

Pravica kandidirati oziroma pasivna volilna pravica običajno vsebuje enake oziroma celo strožje pogoje in omejitve kot pravica voliti.⁸² Vendar je tu stvar veliko bolj zapletena, saj zakonodaja za različne institucije oziroma telesa predvideva različne starostne omejitve. Vsekakor sta vprašanji pravice voliti in kandidirati tesno povezani, vendar se lahko obravnavata ločeno in sta lahko urejeni različno ter vsebujeta različne pogoje za pridobitev. V preteklosti je bilo tudi kar nekaj pozivov k znižanju starostnih omejitev za kandidiranje,⁸³

⁷⁷ Strožje omejitve oziroma cenzusi, ki ožijo volilno pravico, so predvideni predvsem za pasivno volilno pravico oziroma pravico kandidirati, glej npr. 23. člen (Pravica do sodelovanja v javnih zadevah) Ameriške konvencije o človekovih pravicah.

⁷⁸ Posledično tudi Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, 2010/C 83/02, z dne 30. marca 2010 določa stalno prebivališče kot ključno omejitev volilne pravice na evropskih volitvah (starost je prepuščena državam članicam), državljanstvo pa ne sme biti omejitev za kandidiranje ali glasovanje v državah članicah (glej 39. in 40. člen Listine).

⁷⁹ Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice, *Hirst proti Združenemu kraljestvu* (št. 2), pritožba št. 74025/01, z dne 6. oktobra 2005, točka 64.

⁸⁰ Evropsko sodišče za človekove pravice je v zadevi *Hirst proti Združenemu kraljestvu*, pritožba št. 74025/01 z dne 6. oktobra 2005, točka 75, pojasnilo, da zakonodajalcu pripada široko polje proste presoje pri določanju nekaterih omejitev volilne pravice, vendar na način, ki ne posega v nedopustne omejitve človekovih pravic oziroma njihovo jedro, poleg tega so omejitve lahko podvržene strogemu testu sorazmernosti.

⁸¹ *Hirst proti Združenemu kraljestvu* (št. 2), pritožba št. 74025/01, z dne 6. oktobra 2005.

⁸² Podrobneje o omejitvah pasivne volilne pravice v S. Zagorc, nav. delo.

⁸³ Npr. Priporočilo Sveta Evrope 1315 o minimalni volilni starosti z dne 31. januarja 1997 (Recommendation 1315 on the minimum age of voting), dostopno na: <assembly.coe.int/Main.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta97/erec1315.htm#1> (7. 2. 2013).

vendar je bil poudarjen argument, da je za sprejemanje pomembnih odločitev potrebna določena stopnja zrelosti, ki naj bi jo imeli starejši. Tako naj bi o bolj strokovnih, ozkih področjih odločali izkušenejši ljudje, medtem ko naj o splošnejših vprašanjih, ki so bolj povezana z vrednotami, odloča večji krog ljudi. Sicer tako za kandidiranje na volitvah kot za pravico voliti prevladujejo v prid nižanju starostne meje bolj ali manj podobni argumenti. Treba pa je upoštevati še en pogled, možnost kandidiranja namreč še ne pomeni izvolitve, saj postopek kandidiranja ni tako preprost (morajo te npr. predlagati politične stranke, določeno število volivcev) in ima mnogo ovir, končna odločitev, kdo bo izvoljen, pa je še vedno v rokah volilnega telesa. Z omejitvijo možnosti kandidiranja na določeno starost volilnemu telesu hkrati omejujemo najširšo možnost izbiro in mu tako odvzamemo možnost, da se odloči za kandidata, ki bi mu bil potencialno najbližje, če ne bi bilo starostnih omejitev pri kandidiranju. Z omejitvijo pasivne volilne pravice in omejevanjem možnosti kandidiranja posežemo tudi na področje aktivne volilne pravice volilnih upravičencev, saj jim s tem vnaprej (delno) odvzamemo možnost izbire, ki bi bila na voljo brez starostnih omejitev.

5. VOLITVE IN STAROSTNA MEJA – DISKRIMINACIJA ALI UPRAVIČENO RAZLIKOVANJE?

Diskriminacija glede na starost je prepovedana v mednarodnih dokumentih,⁸⁴ predpisih Evropske unije⁸⁵ in tudi z Ustavo Republike Slovenije.⁸⁶ Dejstvo, da je starostna omejitev za volitve urejena v ustavah ter da zakonodajalcu pri urejanju tega področja pripada široko polje proste presoje, omejuje ustavna sodišča pri presojanju primernosti konkretno določene volilne starosti, ki je tako primarno v presoji zakonodajalca. Prepovedano je neutemeljeno razlikovanje med posamezniki na podlagi osebnih okoliščin, kamor spada tudi starost. Praviloma vsi posamezniki uživajo enake človekove pravice ne glede na osebne okoliščine, kot so npr. spol, veroizpoved in tudi starost. Vendar so nekatere človekove pravice lahko omejene posebno na področjih, na katerih zakonodajalcu pripada široko polje proste presoje, in če slednji oceni, da je omejitev nujna, potrebna in sledi legitimnemu cilju (omejitev za ene, za druge pa pozi-

⁸⁴ Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, Ur. l. RS (13. junij 1994) MP, št. 7-41/94 (RS, št. 33/94), 14. člen, v povezavi s katerim je ESČP že odločilo, da starost spada med »osebne okoliščine«.

⁸⁵ Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, Ur. l. EU C 326 z dne 26. oktobra 2012, str. 391–407, 21. člen, v katerem je izrecno poudarjeno, da je prepovedana »vsakršna diskriminacija na podlagi ... starosti«.

⁸⁶ Ustava Republike Slovenije, Ur. l. RS, št. 33/91-I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04 in 68/06, 14. člen.

tivna diskriminacija). Narava volilne pravice sicer potrebuje podrobnejše urejanje, morebitne zakonske omejitve ustavno zagotovljene volilne pravice pa so podvržene strogemu testu sorazmernosti.⁸⁷ Zakonodajalcu torej pri urejanju tega področja pripada široko polje proste presoje, ki pa ni neomejeno, saj ne sme poseči v jedro ustavno zagotovljene človekove pravice. V slovenski pravni ureditvi Ustava določa starost, ob nastopu katere posameznik pridobi volilno pravico, zato je tudi zakonodajalec omejen pri njenem urejanju, vsaj v povezavi s starostnim kriterijem, saj Ustava ne razlikuje med različnimi funkcijami, zato velja starostna meja 18 let za vse funkcije, z izjemno tistih, za katere bi Ustava določala drugačno mejo ali pa sama prepušča ureditev zakonu.⁸⁸ Ali je razlikovanje glede na starost pri pridobitvi volilne pravice upravičeno ali ne, ali je trenutna meja razumna ali ne, je stvar presoje zakonodajalca oziroma v skrajnem primeru sodišč, ki bi presojala veljavno ureditev oziroma njeno skladnost z Ustavo ali mednarodnim dokumentom. V vsakem primeru bi moral zakonodajalec predstaviti konkretne omejitve, tudi na področju starosti, kot objektivno in razumno utemeljene z legitimnimi cilji, katerih načini uresničevanja bi bili nujni in primerni.⁸⁹ Ker ni zaprtega kroga legitimnih ciljev oziroma razlogov, ki jim lahko omejitev sledi, je dopustnost odvisna predvsem od presoje zakonodajalca in sodišč, pod pogojem, da razlogi ne smejo biti arbitrarni. Sodišča tako še vedno prevladujoče zavzemajo stališče, da je »razlikovanje glede na starost pogost in nujen način za urejanje družbe« ter da »ima zakonsko razlikovanje glede na starost elemente arbitrarnosti, vendar to ne pomeni, da so neupravičeni, vkolikor je starost izbrana razumno in v povezavi z legitimnim ciljem.«⁹⁰ Zelo težko bi zagovarjali stališče, da starostna meja pri pridobitvi volilne pravice pomeni diskriminacijo, predvsem če upoštevamo široko polje proste presoje, ki pripada zakonodajalcu, ter za zdaj še

⁸⁷ V praksi Ustavnega sodišča RS sicer ni vedno tako. Opozoril bi na ustavno pritožbo Up-1002/12-6, v kateri se je pritožnik skliceval na to, da mu je bila kršena pasivna volilna pravica za volitve v Državni svet, senat Ustavnega sodišča pa je sprejel sklep, da pritožbe ne sprejme v obravnavo, ker naj ne bi šlo za kršitev človekovih pravic ali temeljnih svoboščin, ki je imela hujše posledice za pritožnika, oziroma za pomembno ustavnopravno vprašanje, ki presega pomen konkretne zadeve. Tovrstni sklep, iz katerega se ne da razbrati niti konkretnega razloga (slaba obrazložitev), iz katerega se ustavna pritožba ne sprejme v obravnavo, nikakor ne ustreza strogi presoji – tako je mogoča tudi razlaga, da Ustavno sodišče RS kršitve pasivne volilne pravice za volitve v Državni svet ne razume kot pomembnega pravnega vprašanja.

⁸⁸ Člen 129 (trajnost sodniške funkcije) Ustave RS.

⁸⁹ Zadnji kriterij je povzet po Direktivi 2000/78/SE z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu, o razlogih za upravičeno različno obravnavanje zaradi starosti.

⁹⁰ Vrhovno sodišče Kanade v *A. C. proti Manitoba* (Director of Child and Family Services) z dne 26. junija 2009, točka 110.

široko družbeno podporo različnim starostnim omejitvam, ki so zasidrane v družbeno zavest že tisočletja in bi posledično služila kot pojasnilo za legitimne in razumno utemeljene cilje. Vendar to pomeni tudi, da ni pravne omejitve, ki bi zakonodajalcu preprečevala, da zniža starostno mejo za pridobitev volilne pravice.

6. SKLEP

V povezavi z znižanjem starostne meje za volitve je mogoče zaslediti številne poglede: od takih, ki v povezavi z volilno pravico zavračajo kakršnokoli starostno omejitev in bi se vsak posameznik sam lahko odločil, kdaj bo volil, odvisno od tega, ali bo menil, da je sam spodoben in pripravljen na to, do takih, ki zagovarjajo stališče, da bi posameznik volilno pravico pridobil z rojstvom, a bi jo do določenega leta izvrševali njegovi starši oziroma zakoniti zastopniki.

Države, ki razmišljajo o morebitnem znižanju starostne meje za pridobitev aktivne ali/in pasivne volilne pravice, bi lahko najprej znižale starostno mejo na lokalni ravni.⁹¹ Mladi volivci so veliko bolj povezani z lokalnim okoljem, v katerem živijo, se izobražujejo, poleg tega v tem okolju ni tako velike odmaknjenosti volilnega telesa od politike, saj tam kot kandidati velikokrat nastopajo v svojem okolju znani posamezniki ali politične stranke, katerih delovanje je predvsem lokalno usmerjeno.⁹² Tako bi se omogočil blag prehod na splošno znižanje starostne meje in ponudil dodaten čas za premislek zakonodajalcu.

Od tega, kako velik je vpliv ljudstva, državljanek in državljanov na odločitve ljudstva, je odvisno tudi stanje oziroma stopnja demokratičnosti v državi. Skozi prispevek smo pokazali, da se z znižanjem starostne meje za pridobitev volilne pravice poveča samo volilno telo, posledica pa je zvišanje absolutne volilne udeležbe in najverjetneje tudi relativne, torej v odstotkovnem odnosu do vseh volilnih upravičencev (v vsakem primeru pa v odnosu do ljudstva kot celote državljanek in državljanov). Visoka volilna udeležba pa pomeni tudi večjo legitimnost sprejetih odločitev, saj imajo te široko podporo ljudstva.

⁹¹ Podobno, kot so to storili v Republiki Avstriji in v nekaterih deželah Zvezne Republike Nemčije.

⁹² V Združenem kraljestvu so tako znižanje volilne pravice na 16 let podpirali v Local Government Association (Resolution of LGA z dne 27. februarja 2003), podobno so v letih 2000 do 2002 kar tri neodvisne komisije (Walesa, Škotske in Anglije) predlagale znižanje starostne meje na 16 let (najmanj) za lokalne volitve (npr. Local Government Committee of the Scottish Parliament, 3rd Report of 2003, SP Paper 748), podobno tudi North Ireland Human Rights Committee (predlog znižanja na 17 let), podrobneje v gradivu Electoral Commission, How old is old enough? The minimum age of voting and candidacy in UK elections, 2003, dostopno na <www.electoralcommission.org.uk/__data/assets/pdf_file/0007/63745/How-old-is-old-enough.pdf> (20. 1. 2013).

V Republiki Sloveniji bi bile, podobno kot v Republiki Avstriji, za znižanje volilne starosti in možnost udeležbe na referendumih *de lege ferenda* potrebne spremembe ustave in volilne zakonodaje ter ureditve referendumov in ljudske iniciative. Tovrstni predlog znižanja starosti za pridobitev volilne pravice se je v Republiki Sloveniji sicer že pojavil.⁹³

Znižanje starostne meje je upravičeno, saj se mladim priznava zrelost na širših področjih, od zaposlovanja, plačevanja davkov do kazenske odgovornosti, ne pa pri človekovi pravici, kakršna je volilna, ki jo mora zagotavljati država. Zgodnja vključitev mladih v volilno telo, ko so še v stabilnem okolju, pripomore tudi k razvoju volilnih navad in posledično višji udeležbi na volitvah. Najverjetneje bi višjo udeležbo povzročilo tudi dejstvo, da je mogoče promovirati različne interese in vrednote, kar bi bila spodbuda volivcem, ki teh ne delijo, da se volitev udeležijo. Vendar je upoštevajoč široko polje proste presoje, ki pripada zakonodajalcu pri urejanju volilnega sistema in njegovih morebitnih omejitev, treba ugotoviti, da so »škarje in platno« v njegovih rokah. Ali argumenti, ki jih navajajo pobudniki znižanja starostne meje, prepričajo zakonodajalca oziroma ustavodajalca, da sprejme potrebne normativne ukrepe v smeri znižanja starostne meje, je tako bolj stvar politične kot strokovne presoje. Vendar je moč argumentov, podkrepljena z empiričnimi analizami v nekaterih državah, ki so volilni sistem že spremenile, prepričljiva. Zakonodajalec sicer mladim v nekaterih situacijah priznava pravico do izbire svojih predstavnikov, npr. soupravljanje univerz in visokošolskih zavodov, vendar je to le parcialno predstavništvo na ožjih področjih, povezanih z aktivnostmi mladih, in področjih, na katerih so mladi uporabniki posameznih storitev. Slednje ima podlago predvsem v ustavno zagotovljeni pravici državljanov do samouprave na različnih družbenih področjih.⁹⁴

Potreba po izpolnjevanju starostnega pogoja in popolne poslovne sposobnosti za pridobitev volilne pravice je presežena, saj obstajajo izjeme, ko posameznik pridobi polno poslovno sposobnost pred polnoletnostjo, volilne pravice pa ne, ali pa pridobi volilno pravico s polnoletnostjo, ne da bi imel polno poslovno sposobnost. Bistveni kriterij bi tako moral biti posameznikova sposobnost razumeti pomen in učinek volitev ne glede na starost – posamezniki pa se po sposobnostih razlikujemo, zato bi vsaj v predstavljenih izjemah (npr. starševstvo) možnost predčasne pridobitve volilne pravice individualizirali.

⁹³ C. Ribičič, nav. delo (2002), str. 5: »Skupina 24 poslank in poslancev (iz poslanske skupine SMS in nekaterih drugih strank) je 9. januarja 2002 predlagala ustavno spremembo, s katero naj bi se znižala starostna meja za pridobitev aktivne in pasivne volilne pravice z 18 na 16 let.«

⁹⁴ Študentsko in dijaško organiziranje ima tako ustavno podlago v 145. členu Ustave RS (samouprava na področju družbenih dejavnosti).

Obeti za prihodnost so tako v znižanju starostne meje, ki omogoča mladim večji vpliv na izbiro svojih predstavnikov in sodelovanje pri ključnih družbenih odločitvah. Podzastopanost mladih volivcev po mnenju nekaterih avtorjev negativno vpliva na kakovost odločitev, sprejetih v parlamentu, saj se slednji preveč ukvarja z vprašanji preteklosti in premalo z razvojnimi vprašanji prihodnosti, »znižanje starostne meje za pridobitev volilne pravice bi pripomogla k bolj uravnoteženemu vplivu različnih generacij na parlamentarno odločanje«.⁹⁵

Ali govorimo o bližnji ali bolj oddaljeni prihodnosti, pa je vprašanje, na katero bo znal odgovoriti predvsem zakonodajalec. Z ukrepi na tem področju smo vedno v zamudi, saj staranje družbe dodatno ruši že omajano medgeneracijsko ravnotežje v prid starejših in na škodo mlajših generacij. Za vnovično vzpostavitev ali vsaj povečanje medgeneracijskega ravnotežja je treba sprejeti ukrepe, ki bodo mladim omogočili soodločanje o pomembnih družbenih odločitvah in aktivno participacijo v družbi. Čas za sprejem potrebnih ukrepov je zdaj – da mladim v sedanjosti omogočimo odločanje o njihovi prihodnosti.

⁹⁵ C. Ribičič, nav. delo (2003), str. 68 in 69.

Literatura

- Andre Blais: *To Vote or Not to Vote? The Merits and Limits of Rational Choice*. University of Pittsburgh Press, Pittsburgh 2000.
- Alex Folkes: *The Case for Votes at 16*, v: *Representation*, 41 (2004) 1.
- Mark N. Franklin: *Voter Turnout and The Dynamic of Electoral Competition in Established Democracies since 1945*. Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Daniel Hart in Robert Atkins: *American Sixteen- and Seventeen-Year-Olds Are Ready to Vote*, v: *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 63 (2011).
- Ronald Inglehart: *Culture Shift In Advanced Industrial Society*. Princeton University Press, Princeton 1990.
- Janez Kranjc: *Rimsko pravo*. GV Založba, Ljubljana 2008.
- Kurt-Peter Merk: *Wahlrecht für Kinder und Jugendliche*, v: *Jugendpolitik*, št. 2/1996.
- Kurt-Peter Merk: *Das Aktive Wahlrecht von Geburt an und seine politische Bedeutung*, v: *Jugendpolitik Zeitschrift des Deutschen Bundesjugendring*, št. 3/2006.
- Eric Plutzer, *Becoming a Habitual Voter: Inertia, Resources and Growth*, *The American Political Science Review*, 96/I, 2002.
- Ciril Ribičič: *Mladi glasujejo za prihodnost*, v: *Mozaik ustavnih sprememb – od slovenske ustavnosti k evropski*. GV Založba, zbirka *Pravna praksa*, Ljubljana 2003.
- Ciril Ribičič: *Zastopanost prihodnosti*, v: *Pravna praksa*, št. 20/2002.
- Warren C. Sanderson: *A Near Electoral Majority of Pensioners*, v: *Population and Development Review*, 33 (2007) 3.
- Fritz W. Scharpf: *Governing in Europe: Effective and Democratic?*. Oxford University Press, Oxford 1999.
- Markus Wagner, David Johann in Sylvia Kritzing: *Voting at 16: Turnout and the quality of vote choice*, v: *Electoral Studies*, št. 31/2012.
- Martin P. Wattenberg: *Where All the Voters Gone?*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2002.
- Saša Zagorc: *Omejitve pasivne volilne pravice na volitvah poslancev Državnega zbora*, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 66 (2006).

UPORABA PRAVIČNOSTI V MEDNARODNIH SODNIH SPORIH

Sebastjan Zbičajnik,

*univerzitetni diplomirani pravnik, magister pravnih znanosti,
odvetnik v Slovenj Gradcu*

1. UVOD

Temeljni organ za sodno reševanje sporov Organizacije združenih narodov (OZN) je Mednarodno sodišče (ICJ) s sedežem v Haagu. Člane sodišča po večinskem načelu izbirata Generalna skupščina in Varnostni svet. V sestavi sodišča je petnajst sodnikov. Mandat sodnika je določen za obdobje devetih let ob rotaciji menjave sodnikov vsaka tri leta. Sodniki so pri svojem delu popolnoma neodvisni, vendar podrejeni jurisdikciji sodišča.¹ Sodnikov ni mogoče odstaviti brez soglasja sodnega senata, uživajo popolno diplomatsko imuniteto. Stroški sodišča so stroški OZN in se poplačajo iz prispevkov članic in nečlanic (stranke v sporu), drugače nosi vsaka stranka svoje stroške postopka.²

Meddržavno sodišče v Haagu je bilo ustanovljeno z nalogo, da rešuje spore, ki mu jih sporazumno predložijo države. Pravdne stranke so lahko samo tiste države, ki so stranke Statuta. Statut je sestavni del Ustanovne listine, tako da so vse države članice OZN tudi stranke Statuta. Države, ki niso stranke Statuta, lahko postanejo stranke le tako, da podpišejo izjavo, ki jo predloži Varnostni svet. Stranka sodišča ne more biti mednarodna organizacija ali posameznik.

¹ Meddržavno sodišče v Haagu je bilo ustanovljeno na podlagi Pakta iz leta 1920 že v času Društva narodov in je delovalo vse do nemške zasedbe Nizozemske. Z Ustanovno listino OZN je bilo ustanovljeno novo Meddržavno sodišče (Cour internationale de Justice – CIJ, International Court of Justice – ICJ). Generalna skupščina in Varnostni svet smeta zaprositi sodišče za mnenje o vsakem pravnem vprašanju, vse druge organe OZN in specializirane agencije pa za to pooblasti generalna skupščina. Statut zagotavlja materialno in moralno neodvisnost sodnikov.

² Department of Public Information, Basic facts about the United Nations, United Nations, New York 2000, str. 13-14 in 259-262.

Sodišče ima pristojnost le, če se stranke sporazumno podredijo njegovi pristojnosti. To storijo tako, da sklenejo poseben sporazum in ga predložijo sodišču, če tega ne storijo in če ni jurisdikcijskega temelja v kakšni mednarodni pogodbi, sodišče ne mora odločati in ni stvarno pristojno. Vsi proceduralni predpisi delovanja sodišča so vsebovani v Statutu in poslovniku sodišča. Odločba sodišča v konkretnem sporu je dokončna. Statut ne predvideva pravnega sredstva, saj tudi ne obstaja višja instanca, vendar obstaja možnost zahtevati razlago sodbe in revizijo.³ Za izvršitev sodbe je pristojen Varnostni svet (94. člen Ustanovne listine), ki odloča o ukrepih, ki jih je treba uveljaviti, da se sodba izvrši.⁴

Postopek pred Sodiščem je sestavljen iz pisnega in ustnega dela. Pisni postopek je namenjen predvsem temu, da se pravdne stranke seznani z zadevo, podajo možne ugovore ali da sodišče morebiti sprejme kakšne začasne ukrepe. Ustni postopek pa je namenjen temu, da si Sodišče oblikuje mnenje o določeni zadevi, tako da zasliši priče, izvedence in posluša zastopnike strank, pravne svetovalce in odvetnike. Eno temeljnih načel pravičnosti pri razsojanju konkretnega primera je, da je treba pravdne stranke obravnavati enako ter pozneje obravnavati določene okoliščine, ki bi lahko vplivale na odločitev. Pravičnost se z načelom enakosti uporabi že na začetku procesa, ko še niso poznani elementi spora, vendar tudi pozneje, ko sta pravdni stranki upravičeni do enake obravnave.

Meddržavno sodišče v Haagu ni edini mednarodni organ, katerega sodniki lahko pri svojem odločanju uporabijo pravičnost. Pravičnost pri svojem odločanju lahko uporabijo in so z njo povezani tudi sodniki in arbitri v najrazličnejših mednarodnih sodnih institucijah, na primer v okviru Sveta Evrope, Evropske unije, mednarodnega sodišča za pomorsko pravo in različnih ad hoc arbitraž.

Večinoma se uporaba notranje (akcesorne) in zunanje (abstraktne)⁵ pravičnosti pri reševanju sodnih sporov nanaša na sodnika, ki vodi posamezni primer. Sodnik mora ne glede na svoje počutje in interese najti pošteno in pravično rešitev. Pravičnost in poštenost sta velikokrat sopomenki. Če se pokaže problem

³ Glej spletno stran <www.icj-cij.org/> in v nadaljevanju »basic documents – Statute of the Court«.

⁴ Skrajni ukrep Varnostnega sveta je uporaba sile, vendar mora za uporabo sile Varnostni svet spoštovati 39. in 94. člen Ustanovne listine, predvsem pa ugotoviti obstoj pogojev za uporabo sile.

⁵ Abstraktna ali zunanja pravičnost je od obstoječega prava neodvisna in ni del pozitivnega prava. Mednarodna sodna praksa sodniku ne dovoljuje, da uporabi zunanjo oziroma abstraktno pravičnost. Izjema je mogoča, če se stranki v sporu dogovorita in sprejmeta sojenje po načelu *ex aequo et bono*.

oziroma navzkrižje interesov strank in pozitivno pravo napotuje na uporabo pravičnosti, je treba sprejeti razumno in pošteno odločitev glede na standarde odločanja in glede na to, kaj si stranke zaslužijo. Odgovor na vprašanje, kaj si stranke zaslužijo in kakšna merila in načela je treba uporabiti za pravično sodno odločbo, zahteva od posameznega sodnika poznavanje meril pravičnosti, tako v subjektivnem kot objektivnem smislu.⁶

Pravičnost lahko deluje na različne načine v vsakem posameznem primeru, zato je uporaba pravičnosti v mednarodnih sporih zelo pogosta. Uporabo pravičnosti je mogoče razčleniti oziroma klasificirati tudi po Oscarju Schachterju. Njegove metode se lahko dopolnjujejo z drugimi metodami pravičnosti.⁷ Uporaba pravičnosti pomeni, da sodišče predlaga konkretne metode v konkretnem primeru. Pravičnost ne zmanjšuje drugih pravic, ampak le bogati pravice strank z upoštevanjem zgodovinskih, geografskih in drugih okoliščin. V mnogih sporih je potrebna individualna obravnava. V mnogih primerih tako pravičnost ne pride v nasprotje z mednarodnimi pravnimi pravili, temveč jih dopolnjuje.

2. KONCEPT PRAVIČNOSTI

Uporaba pravičnosti v mednarodnih sodnih sporih med državami je naletela na različne odzive pravosodnih in akademskih krogov. Uporaba pravičnosti se za rešitev posameznega spora ne šteje vedno za nekaj samoumevnega. Vendar je treba kljub skepticizmu ugotoviti, da je pravičnost del mednarodnega javnega prava, njena uporaba potrebna in koristna, ob upoštevanju negotovosti opredelitve in pomanjkanja metodologije pravičnosti.

Nekateri mednarodni pravni teoretiki pravičnosti ne prepisujejo posebnega pomena, razen vpliva pravičnosti na splošna načela, ali pa štejejo načelo pravičnosti za načelo morale in nikakor ne kot del pozitivne zakonodaje.⁸ Nejasnost pojma pravičnosti v sodni praksi vzbuja tudi pomisleke o subjektivni in samovoljni oceni sodnikov, namesto reševanja sporov po uveljavljenih splošnih načelih in pravilih mednarodnega prava. Drugi spet opisujejo pravičnost kot uganko, zavito v skrivnost znotraj uganke, kot paradoksalno in brez natančne opredelitve. Na splošni ravni pa je pravičnost vendarle obravnavana kot vir, ki je potreben za razvoj pravne znanosti. Ugledni komparativist

⁶ Že stari Grki so izoblikovali temeljna merila pravičnosti, kot so načelo *suum cuique* ali vsakomur svoje, načelo enakosti, načelo vsakomur tisto, kar mu gre, itd., ki so se pozneje dopolnjevala in oblikovala v skladu s potrebami sodobnega časa.

⁷ Razčlenitev po Oscarju Schachterju, glej tudi pri R. Lapidoth, nav. delo, str. 2.

⁸ G. Ripert, nav. delo, str. 575.

Puig Brutau je napisal, »da je pravičnost eno od imen, pod katerimi se skriva ustvarjalna sila, ki animira pravno življenje«. ⁹ Na ravni mednarodnega prava se ustvarjalnost pravičnosti ponazori v pastulatih mednarodnega prava, kot so: dobra vera, *pacta sunt servanda*, *ius cogens*, neupravičena obogatitev, *rebus sic stantibus* itd. Tako ni dvoma, da pravičnost igra ključno ustvarjalno vlogo pri razvoju mednarodnega prava.

Pravičnost lahko štejemo kot vir mednarodnega prava. Lahko je izražena v pravni normi v pravu samem, lahko pa je zunaj prava in ni del pozitivnega prava. ¹⁰ Z obema vrstama pravičnosti je povezan tudi sodnik Meddržavnega sodišča in dober sodnik bi moral upoštevati obe vrsti pravičnosti, čeprav na zunanjo pravičnost ni vezan, ker ni del pozitivnega prava, na notranjo pravičnost pa ga ni treba posebej opozarjati, saj mora pravne norme poznati in jih upoštevati. Sodnik pri razsojanju nekega konkretnega primera zmeraj tehta in presoja, kaj je prav in kaj ni.

2.1. Procesna – postopkovna pravičnost

Kot pri večini drugih področij prava lahko tudi pravičnost pojmujeemo vsebinsko ali postopkovno. Uporaba pravičnosti v postopkih preiskave posameznega predmeta spora je pomemben del pravičnosti. Postopkovna pravičnost v najširši obliki pravičnosti zagotavlja, da stranke v procesu preiskave in pozneje do odločitve sodišča uživajo popolno in pošteno predstavitev svojih primerov na sodišču. S procesnega vidika ima pravičnost starodavni izvor in je zakoreninjena v sedanjem konceptu uporabe pravičnosti. ¹¹

Skrb za procesno poštenost pomeni, da so v posameznem primeru vključene vse pomembne okoliščine odločanja. Sodišče mora pred izdajo sodbe in v sodbi paziti na številne dejavnike, kot so: praksa držav, ravnanje strank, gospodarski dejavniki in tudi druge okoliščine (ekonomske, kulturne itd.) posameznega primera. Vsak dejavnik mora sodišče skrbno oceniti in presoditi. To še posebej velja ob upoštevanju enkratnosti vsakega primera posebej in dejstva, da lahko sodišče upošteva nekatera dejstva in okoliščine, ki do takrat nikoli niso bila del sodne prakse. Posebnosti dejavnikov določenega primera in upoštevanje

⁹ P. Brutan, nav. delo, str. 82–84.

¹⁰ J. Andrassy, B. Bakotič in B. Vukas, nav. delo, str. 27, in D. Türk, nav. delo, str. 61–62.

¹¹ Za primer lahko vzamemo latinsko pravilo *audi alteram partem*, kar dobesedno pomeni slišati drugo stran. Izraz se najpogosteje navezuje na načelo pravičnosti sojenja na pravico stranke, da se lahko odzove na dokaze proti njej, da stranka dobi pošteno priložnost, da izpodbija dokaze. *Audi alteram partem* velja kot načelo pravičnosti v večini pravnih sistemov. Drugo načelo pravičnosti je *nemo iudex in causa sua*, ki pomeni, da nihče ne sme biti sodnik v lastni stvari. To pomeni, da nihče ne sme biti sodnik takrat, ko ima v sodnem primeru svoj lastni interes. Izključuje se pristranskost sojenja.

najpomembnejših meril lahko prinese rezultate, ki niso skladni z zakonom. Sodišče mora upoštevati vsak primer posebej in njegove posebne lastnosti. Ne obstajajo pravne omejitve razmišljanja strank postopka z namenom zagotoviti uporabo enakih postopkov.¹²

Sodišče upošteva določene okoliščine glede na posamezne vrste sporov. Na primer v sporih glede določanja meje obstaja cela vrsta geografskih, zgodovinskih, političnih in drugih meril, pa vendarle se pri razmejitvi pomorskih prostorov v večini primerov upoštevajo samo geografske okoliščine, medtem ko drugi dejavniki igrajo le vlogo korektiva mejne črte, se pa pomen različnih okoliščin spreminja od primera do primera.

Proces sojenja vseh sodišč mora biti pošten, to pomeni, pravičen v vseh zadevah (civilnih, kazenskih in drugih), le tako se zagotovi pošteno sodno varstvo. Delovanje sodnega organa je treba razumeti z dveh vidikov, institucionalnega, ki pogojuje neodvisnost in nepristranskost sodišča, in procesnega, ki teži k pravični obravnavi posameznega primera. Načelo poštenega sojenja je sestavljeno iz vrste posameznih pravic, ki zagotavljajo pravično sojenje.

V kazenskih primerih od suma do izvršitve kazni in v drugih zadevah od predložitve zadeve sodišču do odločitve in izvršitve. V kazenskih zadevah so standardi poštenega sojenja še posebej razdelani, da se zaščitijo minimalne pravice obtoženega. V mnogih državah skušajo obiti minimalne standarde, tako da ustanovijo posebna (npr. vojaška) sodišča, s posebnimi predpisi delovanja. Minimalni standardi, ki naj bi veljali za vsakega obtoženega, so: vsi ljudje so enaki pred zakonom in sodiščem, podeljene so minimalne pravice do poštenega sojenja, vsakdo ima pravico do pravičnega pravnega sredstva, sodi naj neodvisno in nepristransko sodišče (sodnik), ki je ustanovljeno po zakonu, pravica do pravičnega in javnega zaslišanja, sojenje v razumnem roku itd.¹³ Minimalni standardi naj bi veljali za vsa dosedanja mednarodna sodišča, omenjeni pa še posebej za v letu 2002 ustanovljeno Mednarodno kazensko sodišče (ICC).¹⁴

¹² Glej spletno stran <www.icj-cij.org/> in v nadaljevanju »basic documents – Rules of Court«.

¹³ Minimalni standardi sojenja so del glavnih mednarodnopravnih dokumentov, sprejetih v okviru OZN, npr. v Splošni deklaraciji človekovih pravic iz 1948. leta, členi 6–11, v Ameriški deklaraciji o pravicah in dolžnostih iz leta 1948 v členu XXVI, v Ženevski konvenciji o ravnanju z zaporniki v času vojne iz 1949. leta v 17. in 82.–88. členu, v Evropski konvenciji zaščite človekovih pravic in osnovnih svoboščin iz leta 1950 v 6. in 7. členu, v Mednarodnem paktu državljanskih in političnih pravic iz leta 1966 v 9., 11., 14.–16. in 26. členu, v Konvenciji o odpravi vseh oblik diskriminacije žensk iz leta 1979 v 15. členu, v Konvenciji proti mučenju in drugih oblik krutega, nehumanega in ponižujočega ravnanja ali kaznovanja iz leta 1984 v 15. členu, v Arabski listini človekovih pravic iz leta 1994 v 6.–10., 16. in 18. členu itd.

¹⁴ Rules of Procedure and Evidence, adopted by the Assembly of States Parties First session, New York, 3–10 September 2002, Official Records ICC-ASP/1/3.

Minimalna procesna jamstva v kazenskih postopkih so vključena v vse statute vseh mednarodnih kazenskih sodišč.¹⁵

2.2. Pravičen rezultat

S primerno uporabo pravičnih načel, metod¹⁶ in postopka sodišče pride do pravične odločitve. Uporaba načel pravičnosti, metod in postopka so le sredstvo za doseg pravičnega rezultata. Cilj vsakega sodnega postopka je zmeraj pravičen rezultat in dosega tega cilja mora biti temeljno vodilo vsakega sodnika, ki odloča v določenem sporu.

Sodišče v obrazložitvi sodbe praviloma uporabi številne reference za doseg pravičnega rezultata. Sodišče mora voditi težnja po presoji vseh okoliščin in pravnih virov, saj le to omogoči doseg pravičnega rezultata. Tudi Konvencija o pravu morja iz leta 1982 v prvem odstavku 74. in 83. člena poudarja, da je pomembno doseči pravično rešitev.¹⁷ Primer je lahko tudi sodni primer *Gulf of Maine*,¹⁸ v katerem se je pravičen rezultat dosegel ob upoštevanju različnih okoliščin, tudi ob upoštevanje razlike dolžine obale, in se je zavrnila uporaba načela sredinske črte.

Skrb za pravičen rezultat, kljub uporabi načel, metod in pravičnega postopka, je utemeljena v sodni praksi sodišča. Namen načela pravičnosti je pridobitev pravičnega rezultata, vendar pa ni nujno, da načelo pravičnosti privede do pravičnega rezultata, kot je dokazano z uporabo načela enake razdalje dveh obal, ki se močno razlikujeta po dolžini. Sodišče je že podalo svoje mnenje, da izraza pravično načelo ni mogoče razlagati abstraktno, ampak napotuje na načelo in pravila, ki so ustrezna za doseg pravičnega rezultata.¹⁹

¹⁵ Rome Statute of International Criminal Court; dostopno na <www.un.org/law/icc> (še posebej drugi odstavek 64. člena (»pravica do pravične in hitre obravnave«), 66. in 67. člen), Statute of International court of the former Yugoslavia, dostopno na <www.un.org/icty>, Statute of International Criminal court for Rwanda, dostopno na <www.un.org/icty> in Statute for the Special court of Sierra Leone, dostopno na <www.sc-sl.org/documents.html>.

¹⁶ Metode različnega reševanja sporov zajemajo različne ugotovitve v posameznem primeru, na primer glede določitve sporne meje v zalivu, kjer se kot izhodišče vzame sredinska črta, vendar pa se pozneje lahko upošteva tudi sezonsko gibanje rib ali enakovreden dostop do ribolovnih virov itd. V literaturi se pojavljajo različni predlogi, ki so lahko opisani kot metode in izhajajo iz pravičnih ugotovitev. Tudi pri uporabi ustrezne metode pravičnosti je vsak spor specifičen. Kot primer glej tudi pri J. I. Charney, nav. delo, str. 597.

¹⁷ Konvencija o pravu morja iz leta 1982 in še posebej njen 15. člen opozarja na načelo pravičnosti oziroma uporabo posebnih okoliščin pri razmejitvi teritorialnega morja med dvema državama.

¹⁸ J. Schneider, nav. delo, str. 539.

¹⁹ *Continental Shelf* (Tunizija/Libija), ICJ Reports, 1982, str. 59, odst. 70.

Pravičen rezultat je tisti, ki prevladuje, načelo pravičnosti pa je podrejeno temu cilju. Razlika med uporabo pravičnih metod in načinov ter dosego pravičnega rezultata je bila poudarjena v ločenih mnenjih sodnikov Rude, Bedjaouija in Jimeneza de Arechaga v zadevi *Continental Shelf* (Libija Arabija/Malta). Poudarili so, da so metode pravičnosti podrejene pravičnemu rezultatu, to je v danem primeru nasprotno od temeljnega načela pravne razmejitve.²⁰ Že v omenjenem primeru *Gulf of Maine* je bilo jasno razlikovanje med vlogo pravičnih meril in dosego pravičnega rezultata. V primeru se uporabijo različna merila, od geografske konfiguracije za določitev območja in posledično enake delitve, do upoštevanja geografskih »nepravilnosti« in sorazmernosti pomorskega območja, ekonomskih vplivov in drugih virov.²¹

3. SODNA PRAKSA

Sodišče je v dosedANJI praksi reševanja sporov pri različnih razlagah prava že večkrat uporabilo pravičnost.²² Pravičnost se je pri reševanju sporov pokazala kot dodana vrednost in okrepitev mednarodnega prava. Pravičnost je bila večkrat uporabljena, tudi ko stranke niso izrecno napotile sodišča in priznale uporabe pravičnosti, a je vendar sodišče to storilo in jo uporabilo kot splošno pravno načelo, ki ga priznavajo civilizirani narodi. Vendarle pa je treba omeniti, da se stranke postopka še nikoli v zgodovini obstoja sodišča niso odločile, da bi sodišče na podlagi določila drugega odstavka 38. člena Statuta ICJ uporabilo pravilo *ex aequo et bono*. Navedeno določilo sicer ne prikaže jasne razmejitve med pravičnostjo in *ex aequo et bono*, vendar pri odločanju lahko pride do razlikovanja. Sojenje po načelu *ex aequo et bono* je operacionalizirano, pomeni zakonsko razmerje med strankami, medtem ko je sama pravičnost širša, del mednarodnega prava oziroma vsakega pravnega sistema, v pravni normi, besedi in dejanju.²³

Čeprav Statut ICJ omogoča sojenje po načelu *ex aequo et bono*, ni bil ta institut še nikoli uporabljen, ne samo, ker stranke niso želele prepustiti sodišču diskrecije, temveč tudi iz strahu, kako bi sodniki uporabili to diskrecijo odločanja. Jasen primer je zadeva *The Free Zones*,²⁴ v katerem je PCIJ zavrnilo odločanje po načelu *ex aequo et bono*, čeprav bi arbitražni dogovor omogočil odločanje

²⁰ ICJ Reports, 1985, str. 82–83, odst. 20.

²¹ T. L. Mc Dorman, P. M. Sounders in D. L. Vanderzwaag, nav. delo, str. 100.

²² C. H. Weeramantry, nav. delo, str. 38, 226–234.

²³ S. H. Lauterpacht, nav. delo, str. 213, in A. Pellet, nav. delo, str. 291–292.

²⁴ *Free Zones of Upper and the District of Gex* (Francija/Švica), PCIJ (ser A), št. 24, december 1930.

po tem načelu, kar jasno kaže zaskrbljenost glede odločanja po načelu *ex aequo et bono*.²⁵

Poznani pa so številni primeri uporabe pravičnosti in med najbolj značilnimi je *Diversion of Water from the Meuse* iz leta 1937, ko sta bili v sporu Nizozemska in Belgija.²⁶ Sodnik Hudson, ki je sodil v tem primeru, je štel načelo pravičnosti za del mednarodnega prava in ga tudi uporabil (točka C prvega odstavka 38. člena Statuta). Seveda je s svojo razlago uporabnosti načela pravičnosti povzročil veliko razprav, predvsem tistih, ki pri reševanju konkretnega primera zagovarjajo striktno uporabo pravnih norm.

Poznani so še številni primeri uporabe pravičnosti. V zvezi z uporabo načela pravičnosti kot splošnega pravnega načela je sodišče načelo uporabilo tudi v pomembnem sporu o delitvi jurisdikcije v pomorskem prostoru, v angleško-norveškem sporu o ribolovni pristojnosti²⁷ v *Barcelona Traction case*,²⁸ *South West Africa case*²⁹ itd.

V zadevi *North Sea Continental Shelf* je sodišče določilo razmejitev med Zahodno Nemčijo, Nizozemsko in Dansko tudi ob upoštevanju načela pravičnosti.³⁰ Spor je bil predložen sodišču 20. februarja 1967 v zvezi z razmejitvijo epikontinentalnega pasu. Danska, Nizozemska in Nemčija so takrat že bile podpisnice Ženevske konvencije o epikontinentalnem pasu, medtem ko je Zvezna republika Nemčija še ni ratificirala in ni bila pogodbenica stranka, kar je sodišče pri razlagi prava tudi upoštevalo. Omenjena Ženevska konvencija v 6. členu opredeljuje uporabo načela pravičnosti in možnost sodišča, da uporabi načelo pravičnosti. Sodišče je presodilo, da ima vsaka pogodbenica pravico do tistih področij epikontinentalnega pasu, ki predstavljajo njeno naravno podaljšanje kopnega v morje in pod morjem. Sodišče je moralo upoštevati dejstva in trditve pogodbenih strank pa tudi predhodne sporazume med Zvezno republiko Nemčijo, Nizozemsko in Dansko. Nizozemska in Danska sta menili, da je pravično, da se podaljša njun epikontinentalni pas po načelu pravičnosti, medtem ko se je Nemčija sklicevala na delež, ki bi ji moral pripadati glede na sorazmerno dolžino njene obale ob severnem morju. Konfiguracija nemške obale

²⁵ Sodišče je v navedenem primeru moralo upoštevati Versajsko pogodbo (Treaty of Versailles, 28. junij 1919) in klavzulo, po kateri v svobodnem območju poslovanja v okolici Ženeve Švica ni plačevala Franciji carinskih dajatev pri uvozu blaga iz njenega ozemlja. Francija se ni strinjala, saj je menila, da so se spremenili pogoji.

²⁶ PCIJ, Series A/B, No. 70, str. 73.

²⁷ *Fisheries Jurisdiction (UK v Iceland)*, 1974 ICY Rep 3.

²⁸ ICJ Reports, 1970, str. 3, str. 3–357.

²⁹ ICJ Reports, 1966, str. 6, 294–299; 37 ILR, str. 243, 455–459.

³⁰ ICJ Reports, 1969, str. 3, 53; 41 ILR, str. 29, 83.

je za Nemčijo pomenila posebno okoliščino, ki odstopa od običajnih metod razmejitve. V danem primeru uporabiti načelo pravičnosti je bilo popolnoma v nasprotju s temeljnimi pravnimi pravili, ki se nanašajo na epikontinentalnem pas, in sicer, da se pravice obalnih držav v zvezi z epikontinentalnem pasom opredelijo kot naravno podaljšanje ozemlja pod morjem »*ipso facto*« in »*ab initio*«³¹ zaradi pridobitve suverenosti pod zemljo. Ta pravica je povezana, vendar takrat še ni bila pravno določena kot celota in na sodišču upoštevana kot podlaga za odločanje po načelu pravičnosti. Uporaba pravičnosti se je v postopku pozneje distancirala od omembe pravičnosti v Konvenciji o epikontinentalnem pasu in načela pravičnosti kot splošnega načela mednarodnega prava. Osnovno vodilo je postala razmejitev na podlagi dogovora, ki je bil sklenjen v skladu z načelom pravičnosti.³²

Obveznost mirnega reševanja sporov izhaja tudi iz 33. člena Ustanovne listine ZN. Razmejitev se je izvedla po dogovoru ob upoštevanju načel pravičnosti in ob upoštevanju vseh pomembnih okoliščin, da ima vsaka stranka tisti del epikontinentalnega pasu, ki predstavlja podaljšanje njenega kopnega, ne da bi se posegalo v naravno podaljšanje kopnega druge stranke, ob prekrivanju pa po določenih deležih, skupnih pristojnostih ali izkoriščanju. V primeru je bila pravičnost uporabljena ob upoštevanju izključitve uporabe metod pravičnosti v posameznih okoliščinah.

V širšem sklopu sodnih sredstev je za pravni postopek reševanja sporov mogoča tudi arbitraža. Tudi pri arbitraži se uredi spor med državami, pri čemer stranke prepustijo odločanje določeni osebi ali osebam, tako imenovanim arbitrom oziroma arbitražnemu tribunalu, in se vnaprej zavežejo, da bodo spoštovale doseženo odločitev.³³

Slovenija ima nedavno izkušnjo, ko sta se s Hrvaško odločili, da reševanje celotnega poteka meje (kopno in morje) na podlagi stanja iz 25. junija 1991 zaupata arbitraži. Podpisan je bil arbitražni sporazum med vladama obeh držav, sestavljen v Stockholmu 4. novembra 2009, in Državni zbor Republike Slovenije je na seji 19. aprila 2010 sprejel Zakon o ratifikaciji omenjenega sporazuma. Sodišče je začelo delo približno leto dni po začetku postopkov, predvidenih v sporazumu, po podpisu hrvaške pristopne pogodbe z EU 9. decembra 2011. Podpis hrvaške pristopne pogodbe je z vidika arbitražnega postopka pomemben, saj so začeli teči procesni roki, določeni v arbitražnem sporazumu med državama.

³¹ »*Ab initio*« je latinski izraz, ki pomeni »od začetka« zveza »*void ab initio*« pa pravno pomeni »brez pravnega učinka«, da sporazum ne obstaja in nikoli ni bil sprejet.

³² *North Continental Shelf cases*, ICJ Reports, 1969, str. 3–53; 41 ILR, str. 29, 83.

³³ A. Redfern in M. Hunter, nav. delo, str. 1.

Arbitražni sporazum v B točki 4. člena določa:

»Arbitražno sodišče uporablja: Mednarodno pravo, pravičnost in načelo dobrososedskih odnosov za dosego poštene in pravične odločitve, upoštevajoč vse relevantne okoliščine za odločitve (glede stika Slovenije z odprtim morjem in režima uporabe ustreznih morskih območij).«

V omenjenem členu sta državi določili pravo, ki naj se uporabi. To poleg pravil in načel mednarodnega prava vključuje tudi sklicevanje na pravičnost za dosego poštene in pravične odločitve. Arbitraža v primerjavi z Meddržavnim sodiščem v Haagu omogoča prožnejši postopek uporabe pravičnosti, saj pri svojem delu ni vezana na Statut, ampak sta državi sami določili uporabno pravo. Meddržavno sodišče je pri določanju meje v zalivih praviloma vezano na metodo sredinske črte in od nje le redko odstopa. Na podlagi sporazuma pa ima arbitraža veliko bolj proste roke pri upoštevanju vseh posebnih okoliščin in zgodovinskih razlogov za razdelitev zaliva. Arbitri bodo dejansko lahko odločali tudi po načelu zunanje pravičnosti, po načelu *ex aequo et bono* in se bodo ob odločitvi lahko sklicevali na pravičnost kot alternativno izbiro ob mednarodnem pravu. V bistvu bo pomembno doseči pošteno in pravično odločitev, tako imenovani pravičen rezultat.

4. SKLEP

Napisano potrjuje dejstvo, da se pravičnost (v različnih pojavnih oblikah) v mednarodnih sporih nedvomno uporablja. Pravičnost je pogoj komunikacije med ljudmi, državami in v zgodovini medčloveških odnosov obstaja že od nekdaj. Menim, da pravičnost v mednarodnem pravu nikakor ne sme pomeniti nekakšne ohlapne kategorije, ki bi si jo lahko vsak razlagal po svoje, saj pravičnost nedvomno temelji na skupku zgodovinsko pridobljenih moralno-filozofskih vrednot, aktualnih družbenih vrednot, načel mednarodnega prava in tudi pragmatičnih političnih načel.

Obstoječi mednarodni pravni sistem ponuja subjektom mednarodnega prava določeno pravno varnost, ki pa še zdaleč ni absolutna. Uporaba pravičnosti je lahko dobra dopolnitev virov mednarodnega prava, čeprav v formalnih virih mednarodnega prava s težavo išče svojo potrditev. Seveda se pojavlja bojazen v zvezi z odločanjem v skladu s pravičnostjo, vendar subjektivnost dopušča tudi obstoječi mednarodni sistem pravil in norm mednarodnega prava. Ko neodvisno in nepristransko meddržavno sodišče odloča, poskuša zmeraj doseči pravilno in pravično rešitev, čeprav se zmeraj pojavljajo tudi dvomi o uporabi pravičnosti, kar pa je popolnoma normalno in človeško. Morda so drugi viri mednarodnega prava popolnoma zadostni za pravično odločitev, morda

je pravičnost samo dopolnitev pravnih praznin mednarodnega prava, morda pa je še kaj več? Po drugi strani pa tudi pravna varnost zahteva pravno pozitivnost, kar pomeni, če ne moremo ugotoviti, kaj je pravično, moramo uzakoniti, kaj naj bo pravno. Pri uporabi pravičnosti v mednarodnih sodnih sporih je tako pravičnost treba upoštevati tudi z vidika pravne varnosti subjektov mednarodnega prava. Nedvomno pa pravičnost ostaja splošen element ideje mednarodnega prava, ki poleg pravne varnosti in smotrnosti obvladuje to pravo v vseh vidikih, pa čeprav lahko posamezni vidiki med seboj stopajo v huda protislovja.³⁴

³⁴ G. Radbruch, nav. delo, str. 106–111.

Literatura

- Juraj Andrassy, Božidar Bakotič in Budislav Vukas: *Međunarodno pravo*. Zagreb 1995.
- Jonathan I. Charney: *Ocean Boundaries between Nations*, v: *American Journal of International Law*, 78 (1984), str. 597.
- Bin Cheng: *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Ted L. Mc Dorman, Philip M. Sounders in David L. Vanderzwaag: *The Gulf of Maine Boundary, Dropping Anchor or Setting a Course*, v: *Marine Policy*, 9 (1985), str. 90.
- Thomas M. Franck: *Fairness in International Law and institutions*. Oxford University Press, New York 2002.
- Alastair Hudson: *Equity and Trust*. Četrta izdaja, Routledge – Cavendish, London 2005.
- Robert Jennings in Arthur Watts: *Oppenheim's International Law*, Oxford 1992.
- Ruth Lapidoth: *Equity in International Law*, v: *Israel Law Review*, 22 (1987), str. 2.
- Hersch Lauterpacht: *The Development of International Law by the International Court*. Reprinted by Cambridge University Press, Cambridge 1958.
- Gustav Radbruch: *Filozofija prava*. Prevod Amalija Maček, GV Založba, Ljubljana 2007.
- Alan Redfern in Martin Hunter: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Četrta izdaja, Sweet & Maxwell, London 2004.
- Georges Ripert: *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux*. 44 Recueil de cours de l'Académie de droit international, Recueil Sirey, Paris 1933.
- Oscar Schachter: *International Law in Theory and Practice*. Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht, Boston, London 1991.
- Jan Schneider: *The Gulf of Maine Case, the Nature of an Equitable Result*, v: *American Journal of International Law*, 79 (1985), Issue 3, str. 539.
- Danilo Türk: *Temelji mednarodnega prava*. GV Založba, Ljubljana 2007.
- Christopher Gregory Weeramantry: *The Fan Mayers case*, v: *ICJ Reports*, 1993, str. 38, 226–234, 99 ILR, str. 395.

UPRAVIČENJE MEDNARODNEGA HUDODELSTVA ZARADI SILOBRANA

Sabina Zgaga,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, docentka
za kazensko pravo na Fakulteti za varnostne vede Univerze v Mariboru*

1. UVOD

Silobran pomeni izpolnitev biti inkriminacije zato, da bi storilec od sebe ali tretje osebe odvrnil protipravni napad, bit inkriminacije pa je izvršena zoper napadalca oziroma vir napada. Ta institut navadno dojemamo kot tipični institut nacionalnega kazenskega prava, čeprav je prisoten tudi na mednarodni ravni.¹

Članek se opira na nemški splošni pojem kaznivega dejanja in obravnava dva sklopa vprašanj, povezanih s silobranom: njegove pogoje oziroma elemente, ki opredeljujejo, kako široka je možnost sklicevanja na silobran, in elemente razlikovanja med silobranom ter skrajno silo. Ta dva pravna instituta sta namreč podobna, saj gre pri obeh za izvrševanje kaznivega dejanja zaradi odvrčanja določene nevarnosti za legitimne interese storilca ali tretje osebe, a so zanju značilni različni pogoji in tudi posledice.

Institut silobrana je v članku obravnavan s treh vidikov. Prvi del članka je namenjen primerjalnopravni analizi ureditve silobrana v petih izbranih pravnih sistemih. Izbrala sem dva glavna pravna sistema *common law* (Združene države Amerike ter Združeno kraljestvo Velike Britanije in Severne Irske), dva tipična predstavnika kontinentalnega pravnega sistema (Nemčijo in Avstrijo), hrvaško (kontinentalno) ureditev pa bom omenila zaradi naše skupne (tudi pravne) preteklosti. Primerjalnopravna analiza je pomembna tudi za obrav-

¹ Ker imamo opravka z mednarodnim kazenskim pravom, moram omeniti, da če ni drugače omenjeno, govorim o (individualnem) silobranu posameznika, ne o kolektivni obrambi države na podlagi Ustanovne listine Organizacije združenih narodov. Relevanten je zlasti njen 51. člen.

navo Rimskega statuta, ki je kompromis med *common law* in kontinentalnimi ureditvami. Drugi razlog za poznavanje tujih ureditev je vse bolj pogosto delovanje enot Slovenske vojske na vojaških operacijah v tujini, kjer tesno sodelujejo s tujimi enotami, za nacionalne vojaške enote pa po predhodnem dogovoru navadno velja njihova domača zakonodaja, ne zakonodaja države gostiteljice misije.

Drugi del članka je namenjen obravnavi silobrana v mednarodnem kazenskem pravu, zlasti v Rimskem statutu, tudi z vidika vpliva izbranih pravnih sistemov na njegovo ureditev.²

Tretji del članka obravnava slovensko ureditev silobrana z vidika njene umestitve med izbrane primerjalne sisteme in ob bok mednarodni ureditvi, z namenom najti odgovor na vprašanje, ali slovenska ureditev zadošča za učinkovit pregon mednarodnih hudodelstev iz pristojnosti Rimskega statuta ali pa bi bila v zvezi s tem potrebna sprememba kazenske zakonodaje. Slovenija je namreč ratificirala Rimski statut, zato je dolžna učinkovito preganjati storilce mednarodnih hudodelstev iz statuta, temeljni pogoj za to pa je primerna zakonodaja, ki to omogoča. Če država primerne zakonodaje nima, bi lahko šteli, da na podlagi 17. člena Rimskega statuta ni voljna ali sposobna preganjati teh storilcev in da za obravnavanje posameznih situacij na podlagi testa komplementarnosti iz istega člena postane pristojno Mednarodno kazensko sodišče (MKS). Posredno je to lahko tudi razlog za spremembo nacionalne zakonodaje.

2. PRIMERJALNOPRAVNI POGLED NA SILOBRAN

Silobran je v izbranih pravnih sistemih dokaj podobno urejen, v nekaterih vprašanjih pa se pokažejo že tradicionalne razlike med *common law* in kontinentalnimi pravnimi sistemi. Tako silobran v vseh izbranih sistemih pomeni razlog upravičenosti,³ pri tem pa je seveda treba upoštevati praktično nepomembnost razlikovanja med razlogi upravičenosti in opravičenosti v pravnih sistemih *common law*. Če kontinentalni pravni sistemi skrbno razlikujejo med učinki izključitve protipravnosti in krivde za udeležbo in pravico do silobrana žrtve, pravni sistemi *common law* temu razlikovanju še ne pripisujejo praktičnih posledic, počasi pa se uveljavlja v teoriji.

V vseh pravnih sistemih je silobran oblikovan kot nujno potrebna obramba, v skladu s katero storilec izpolni bit inkriminacije kaznivega dejanja zoper napa-

² Ur. l. RS – MP, št. 29/01.

³ H. H. Jescheck in T. Weigend, nav. delo, str. 337, H. Fuchs, nav. delo, str. 149, W. R. LaFave in A. W. Scott, nav. delo, str. 650, A. Reed, nav. delo, str. 94.

dalca oziroma vir napada,⁴ da bi od sebe ali od tretje osebe odvrnil protipravni napad.⁵

V kontinentalni teoriji obstaja dvom, ali še gre za silobran, če napadalec za napad uporablja dobrino tretje osebe in je zato obramba usmerjena v to dobrotno. Nekateri nemški in avstrijski avtorji tako trdijo, da je še vedno treba uporabiti pravila za silobran, kadar storilec odvrta protipraven napad zoper tretjo osebo ali njeno dobrotno, če je ta uporabljena kot napadalčevo orodje za izvršitev protipravnega napada.⁶

Menim, da bi bilo na navedeno vprašanje mogoče odgovoriti s pomočjo subjektivnega elementa relevantnih institutov. Za skrajno silo namreč vsi izbrani pravni sistemi zahtevajo določeno obliko subjektivnega elementa.⁷ Storilec se tako mora zavedati vsaj nevarnosti, ki mu grozi. Tudi za silobran velja, da mora pri storilcu obstajati določen subjektivni element; storilec se mora zavedati vsaj protipravnega napada.⁸ Na podlagi tega bi lahko zaključili, da se situacija takrat, kadar se storilec zaveda, da napadalec uporablja dobrotno tretje osebe in ne lastne, presoja po manj ugodnih pravilih skrajne sile. Če pa se storilec tega ne zaveda in meni, da storilec za napad uporablja lastne dobrine, se situacija presoja po milejših pravilih silobrana.

Čeprav je bistvena opredelitev silobrana skupna vsem izbranim pravnim sistemom, so med ureditvami tudi razlike. V Združenih državah Amerike na primer ni popolnoma samoumevno, da je mogoče napad odvrta tudi od tretje osebe, ne le od storilca samega (nem. *Nothilfe*, angl. *defence of others*). V Združenih državah so zaščito tretjih oseb in njihovih dobrin skušali posebej utemeljiti na podlagi teorije o alter egu in teorije razumnega prepričanja (angl. *reasonable belief rule*). V skladu s prvo, sicer večinsko zavrnjeno teorijo storilčeva pravica odvrta napad od tretje osebe temelji na pravici te osebe do silobrana. Storilec ima zato pravico odvrta napad od tretje osebe takrat, ko bi jo imela tudi tretja oseba. V storilčevo škodo je torej treba šteti dejstvo, da tretja oseba nima pravice do silobrana, vendar se storilec tega ne zaveda. V skladu z drugo teorijo pa ima storilec pravico do silobrana toliko časa, dokler

⁴ C. Roxin, nav. delo, str. 71, H. Fuchs, nav. delo, str. 149, P. Novoselec, nav. delo, str. 195, W. R. LaFave in A. W. Scott, nav. delo, str. 655, M. Allen, nav. delo, str. 199.

⁵ C. M. V. Clarkson in H. M. Keating, nav. delo, str. 304, W. R. LaFave in A. W. Scott, nav. delo, str. 664, H. H. Jescheck in T. Weigend, nav. delo, str. 348, H. Fuchs, nav. delo, str. 160, P. Novoselec, nav. delo, str. 198.

⁶ C. Roxin, nav. delo, str. 716, F. Höpfel in E. Ratz, nav. delo, str. 34. Več o tem glej spodaj.

⁷ C. Roxin, nav. delo, str. 640, H. Fuchs, nav. delo, str. 167, P. Novoselec, nav. delo, str. 210, W. R. LaFave in A. W. Scott, nav. delo, str. 635, M. Allen, nav. delo, str. 199.

⁸ H. H. Jescheck in T. Weigend, nav. delo, str. 329, 342.

razumno verjame, da je tretja oseba napadena.⁹ Ta teorija ima za silobran tretje osebe enako pravilo kot za silobran samega storilca, pri čemer v skladu z ameriško ureditvijo tudi ni treba, da je napad resničen, ampak zadošča, da je storilec razumno prepričan o obstoju napada.¹⁰ Z vidika izenačitve pravil obeh konkretnih dejanskih stanov je taka rešitev pravilna, vendar se teoretično zdi nepravilna, saj temelji na ameriškem nerazlikovanju med razlogom upravičenosti (v tem primeru silobran) ter zmoto o obstoju tega razloga upravičenosti (putativni silobran). V ameriški sodni praksi je namreč nastal spor zaradi tega vprašanja prav v konkretnih zadevah, ko so storilci skušali odvrniti protipravni napad od tretje osebe, pa se je kasneje izkazalo, da tretja oseba sploh ni bila napadena. Če bi ameriška ureditev jasno razlikovala med silobranom (ko napad resnično obstaja) in putativnim silobranom (ko napad ni obstajal, storilec pa je bil o tem le prepričan), ne bi bilo pomembno, ali gre za odvrčanje napada od storilca samega ali od tretje osebe, ampak bi bilo treba le vzpostaviti pravila za razlikovanje med resničnim razlogom upravičenosti in zmoto o tem razlogu.¹¹ Ker v obeh konkretnih dejanskih stanovih zadošča utemeljeno prepričanje o obstoju razloga upravičenosti, pa to razlikovanje niti ni mogoče.

Čeprav dobrine, od katerih je mogoče odvrčati napad s silobranom, v izbranih pravnih sistemih načeloma niso omejene,¹² kljub temu v nekaterih sistemih obstaja nekaj omejitev. V Avstriji je tako silobran omejen na odvrčanje napada zoper življenje, zdravje, telesno nedotakljivost, svobodo in premoženje.¹³

Druga posebnost izbranih pravnih sistemov je, da izbrana pravna sistema *common law* poznata ločeno ureditev silobrana storilca, tretje osebe, premoženja storilca in premoženja tretje osebe. Ameriški Model Penal Code tako ureja silobran različnih dobrin v različnih členih (členi 3.04, 3.05 in 3.06), medtem ko gre partikularnost britanske ureditve še dlje. Silobran storilca ali tretje osebe je urejen v t. i. *common law* (v sodni praksi), silobran premoženja s posebnim zakonom (Criminal Damage Act 1971), odvzem prostosti in preprečitev izvr-

⁹ W. R. LaFave in A. W. Scott, nav. delo, str. 664.

¹⁰ Prav tam, str. 649.

¹¹ Glej na primer člen 3.09 Model penal code.

¹² H. H. Jescheck in T. Weigend, nav. delo, str. 339, P. Novoselec, nav. delo, str. 187, W. R. LaFave in A. W. Scott, nav. delo, str. 667, C. M. V. Clarkson in H. M. Keating, nav. delo, str. 304.

¹³ H. H. Jescheck in T. Weigend, nav. delo, str. 350, H. Fuchs, nav. delo, str. 153, D. Kienapfel in F. Höpfel, nav. delo, str. 51, S. Seiler, nav. delo, str. 114, E. Steininger, nav. delo, str. 210, O. Triffterer, nav. delo, str. 215, M. Scaliotti, nav. delo, str. 160.

šitve kaznivega dejanja kot posebni obliki silobrana pa spet s posebnim zakonom (Criminal Law Act 1967).¹⁴

Menim, da je primernejša bolj splošna ureditev silobrana, kakršna je značilna za izbrane kontinentalne pravne sisteme. Tako bi bilo treba uporabiti ista pravila za vse dobrine, od katerih je dopustno odvracati protipraven napad. Poleg tega teh dobrin ni smiselno omejevati na taksativno določen krog dobrin. Razlike v pomenu dobrin naj se raje upoštevajo pri presoji nujnosti in sorazmernosti ravnanja. Omejevanje dobrin se mi ne zdi primerno tudi zato, ker gre pri silobranu za odvracanje protipravnega napada in za spopad prava z nepravom, zato po mojem mnenju ne moremo reči, da je v primeru odvracanja napada od določenih dobrin storilčevo ravnanje v skladu s pravom, v drugih primerih pa ne.

Glede razlikovanja med silobranom in skrajno silo je relevantno, da nemški in avstrijski avtorji razlikujejo že med njunima pravnima podlagama. Pri silobranu gre za spopad prava z nepravom, storilec z izvršitvijo biti inkriminacije brani tako dobrine, ki so konkretno napadene, kot tudi pravni red kot celoto,¹⁵ medtem ko gre pri skrajni sili za tehtanje različnih (pravnih) interesov in za prevlado močnejšega ter pomembnejšega interesa.¹⁶

Nadalje, vir napada pri silobranu je vedno človek, za skrajno silo pa velja, da je vir nevarnosti nerelevanten in da je to lahko človek, narava ali stvar.¹⁷

Naslednja bistvena razlika med silobranom in skrajno silo je, da je za silobran nujen protipraven napad, za skrajno silo pa zadošča nevarnost.¹⁸ Nevarnost je širši pojem, saj je to vsak pojav, ko je pravna dobrina ogrožena ali celo že poškodovana, ni pa nujno, da je nevarnost protipravna. To pomeni, da lahko nevarnost izvira tudi iz drugih virov, ne le iz človeškega. Protipraven napad pri silobranu ima ožjo vsebino, saj mora biti napadalčevo ravnanje objektivno v nasprotju s pravnim pravilom.

Med silobranom in skrajno silo obstaja še razlika glede osebe, proti kateri storilec odvraca napad oziroma nevarnost. Pri silobranu se protipravni napad od-

¹⁴ Slednje naj bi pomenilo javni silobran kot nasprotje zasebnemu (silobran osebe in premoženja). Glej J. C. Smith, nav. delo, str. 275. Zastavlja pa se vprašanje, kakšno je razmerje med preprečitvijo izvršitve kaznivega dejanja ter zasebnim silobranom premoženja in osebe, saj s slednjim največkrat tudi prepreči izvršitev kaznivega dejanja.

¹⁵ O tej dvojni naravi silobrana glej H. Fuchs, nav. delo, str. 150.

¹⁶ W. Joeck in K. Miebach, nav. delo, str. 1356.

¹⁷ H. Fuchs, nav. delo, str. 150, C. Roxin, nav. delo, str. 655, P. Novoselec, nav. delo, str. 187.

¹⁸ H. Fuchs, nav. delo, str. 161, P. Novoselec, nav. delo, str. 206.

vrača z obrambo proti viru napada, pri skrajni sili pa je odvracanje nevarnosti usmerjeno zoper tretjo, neudeleženo in v tem smislu nedolžno osebo.¹⁹

Ker skrajna sila posega v dobrine tretjih oseb in ne v dobrine oseb, ki so vir nevarnosti, številni avtorji zagovarjajo za skrajno silo strožja pravila kot za silobran,²⁰ zato so pravila, kdaj gre za silobran in kdaj za skrajno silo, zelo pomembna. Strožja ureditev skrajne sile se zdi razumljiva in pravilna, ker pri skrajni sili nevarnosti ni nujno protipravna, odvraca pa se proti tretji, nedolžni osebi. Nevarnost je v pravnem smislu do storilca milejša kot protipravni napad, zato ima storilec v primeru odvracanja nevarnosti manjše pravice kakor v primeru obrambe protipravnega napada.²¹

Glede na primerjalnopravno analizo lahko torej sklenem, da so glede razlikovanja med skrajno silo in silobranom sporne predvsem tri situacije:

- ko storilec odvraca protipravni napad proti tretji osebi;
- ko napadalec pri protipravnem napadu uporabi stvar tretje osebe ali tretjo osebo samo;²²
- ko storilec odvraca nevarnost proti viru nevarnosti in ne proti tretji osebi.²³

Ko storilec odvraca protipravni napad proti tretji osebi, gre po mojem mnenju za konkretni dejanski stan, ki ga je treba obravnavati v skladu s pogoji za skrajno silo. Čeprav nevarnost pri skrajni sili ni nujno protipravna, lahko zajema tudi protipravne napade.

Ko napadalec za protipravni napad uporabi stvari tretje osebe ali tretjo osebo, je po mojem mnenju relevantno vprašanje, ali se je napad odvracal proti tretji osebi ali proti viru napada. Pri tej presoji je treba upoštevati tudi interes tretje osebe, ki je bila uporabljena kot orodje za napad, saj pri odvracanju napada

¹⁹ H. Fuchs, nav. delo, str. 149, P. Novoselec, nav. delo, str. 195, W. R. LaFave in A. W. Scott, nav. delo, str. 615.

²⁰ S. Seiler, nav. delo, str. 122, P. Novoselec, nav. delo, str. 202.

²¹ Večja strogost v primeru skrajne sile se kaže tudi v tem, da nekatere zakonodaje in avtorji storilcu v primeru skrajne sile nalagajo dolžnost bežati, če je to mogoče, te dolžnosti pa v primeru silobrana ni. Glej C. Roxin, nav. delo, str. 734, A. Reed in P. Seago, nav. delo, str. 235.

²² Primer tega je tudi živi zid. Maja 1995 so tako Srbi v Bosni in Hercegovini, v bližini mosta Vrbanja, zajeli pripadnike modrih čelad in jih postavili na strateška mesta, da bi preprečili bombardiranje. J. Pandurevic, nav. delo; <http://community.seattletimes.nwsources.com/archive/?date=19950526&slug=2122993> (4. 9. 2012).

²³ Do tega bi prišlo, če bi nevarnost v cestnem prometu povzročil na cestišču ležeči pešec pod vplivom absolutne sile (na primer pod takim vplivom nedovoljenih drog, ko ni voljnosti njegovega ravnanja), voznik nasproti vozečega vozila pa nevarnosti ne more odvrniti na drugačen način kot tako, da zadene pešca v noge namesto v glavo, saj bi slednje pomenilo gotovo smrt.

pride do *de facto* posega v njene dobrine. Primerno bi bilo upoštevati subjektivni element; če je storilec vedel, da gre za tretjo osebo oziroma stvari tretje osebe, potem naj se to presoja po pravilih skrajne sile, če tega ni vedel, pa naj se njegovo ravnanje presoja po pravilih silobrana. Če pri tem pride tudi do posegov v dobrine napadalca, se to presoja po pravilih silobrana.

Do tretje mejne situacije med skrajno silo in silobranom pride, ko storilcu grozi nevarnost (in to ne v smislu protipravnega napada), ta pa jo odvrča proti viru nevarnosti. Po mojem mnenju gre v tem primeru za situacijo skrajne sile, ker je protipraven napad nujen pogoj za obstoj silobrana, ta pogoj pa v tem primeru ni izpolnjen.

3. SILOBRAN V MEDNARODNEM KAZENSKEM PRAVU

Silobran so obravnavala že mnoga do zdaj ustanovljena mednarodna in hibridna sodišča, čeprav ni bil urejen v nobenem statutu pred Rimskim statutom.²⁴ Zaradi povezanosti mednarodnega kazenskega prava z mednarodnim javnim pravom se je na tem področju pojavila potreba po razlikovanju med individualnim silobranom kot institutom splošnega dela materialnega mednarodnega kazenskega prava in kolektivno samoobrambo, ki po mednarodnem javnem pravu (kasneje zlasti v skladu z Ustanovno listino Organizacije Združenih narodov) pripada posamezni državi.²⁵ Že Nürnberško sodišče je ugotovilo, da je treba to razlikovanje upoštevati,²⁶ Mednarodno kazensko sodišče za nekdanjo Jugoslavijo (MKSJ) pa se je glede tega vprašanja sklicevalo kar na ureditev v Rimskem statutu, ki je bil v tistem času že oblikovan, ni pa še stopil v veljavo. Podalo je mnenje, da samo dejstvo, da je bil posameznik udeležen v obrambni operaciji, še ne pomeni, da so izpolnjeni tudi pogoji silobrana na individualni ravni.²⁷ Popolnoma enako pravilo je mogoče najti v Rimskem statutu v določbi o silobranu.²⁸

Individualni silobran in kolektivna samoobramba sta torej instituta z različnimi pogoji in učinki. Pri prvem institutu gre za razlog upravičenosti, ki

²⁴ Glej *Tožilec proti Dariu Kordiću in Mariu Čerkežu*, IT-95-14/2-T, sodba sodnega senata, 26. februar 2001, par. 449. Obdolženca sta se v tej zadevi sklicevala, da sta kazniva dejanja izvrševala v obrambi. Bosanski Hrvati naj bi namreč delovali v silobranu v celotni akciji. Bosanske enote naj bi v osrednji Bosni izvajale vojaške akcije ter viktimizirale bosanske Hrvate, ki so se branili proti muslimanski agresiji. Tako sklicevanje ni bilo uspešno.

²⁵ J. Knoop, nav. delo (2008), str. 65, 75.

²⁶ K. Ambos, nav. delo, str. 121.

²⁷ *Tožilec proti Dariu Kordiću in Mariu Čerkežu*, IT-95-14/2-T, sodba sodnega senata, 26. februar 2001, par. 452, G. Knoop, nav. delo (2008), str. 138.

²⁸ E. Sliedregt, nav. delo, str. 13.

je relevanten za presojo individualne kazenske odgovornosti. Pri kolektivni samoobrambi pa gre za institut, na katerega se lahko sklicuje država in ki v skladu z mednarodnim javnim pravom lahko izključi odgovornost države za kršitev mednarodnega javnega prava (glej zlasti 51. člen Ustanovne listine Organizacije združenih narodov. V zvezi s tem je treba torej najprej ugotoviti, ali je storilčevo ravnanje mogoče pripisati državi v skladu z Osnutkom členov o odgovornosti držav za kršitve mednarodnega prava.²⁹ To seveda ne pomeni, da se na ta institut mednarodnega javnega prava ne bi smel sklicevati tudi posameznik za razbremenitev njegove individualne kazenske odgovornosti. V tem primeru bi bila kolektivna samoobramba razlog upravičenosti iz drugih pravnih vej, ki pa ga je treba še vedno dosledno razlikovati od individualnega silobrana.

To tudi pomeni, da delovanje v okviru kolektivne obrambe ne pomeni, da so avtomatično izpolnjeni tudi pogoji individualnega silobrana, in obrnjeno. Gre za različna instituta in konkretna dejanska stanova se bosta le redko prekrivala. Lahko imamo konkretni dejanski stan individualnega silobrana, pri čemer niso izpolnjeni pogoji kolektivne obrambe, ko na primer vojni ujetnik z nožem napade stražarja, ta pa se brani in tako vojnega ujetnika v obrambi usmrti. Lahko pa imamo tudi nasprotni primer, ko so izpolnjeni pogoji kolektivne obrambe, ne pa tudi pogoji individualnega silobrana; tak primer je humanitarna intervencija za zaščito etnične manjšine. Zdi se, da razlika tiči tudi v dobrinah, od katerih se odvrača napad; če so to javne dobrine oziroma dobrine države ali druge entitete, gre največkrat za kolektivno obrambo, če pa za zasebne dobrine posameznikov, pa za individualni silobran.

Opredelitev individualnega silobrana, njegovih pogojev in temeljnih razlik med silobranom ter skrajno silo v mednarodnem kazenskem pravu bolj ali manj sledi predstavljeni ureditvi iz izbranih primerjalnih pravnih sistemov. Gre za odvrčanje protipravnega napada proti samemu viru napada. Pri tem je dopustno odvrčati protipravni napad od storilca in tudi od tretjih oseb.³⁰

Tudi v mednarodnem pravu mora biti napad protipraven.³¹ To izhaja tako iz prakse Nürnberškega sodišča³² kakor iz prakse MKSJ³³ in ureditve Rimskega statuta.³⁴ S tem pogojem je povezan tudi vir napada. Če imamo opravka s pro-

²⁹ Glej zlasti 2. poglavje Osnutka členov o odgovornosti držav za kršitve mednarodnega prava.

³⁰ G. Knoop, nav. delo (2008), str. 137, A. Cassese, nav. delo, str. 154.

³¹ C. Bassiouni, nav. delo, str. 163.

³² A. Cassese, P. Gaeta, R. W. D. Jones, nav. delo, str. 986.

³³ G. Knoop, nav. delo, 2008, str. 137.

³⁴ K. Ambos, nav. delo, str. 176.

tipravnim napadom, potem je njegov vir lahko zgolj človek,³⁵ kar je, podobno kot v primerjalnem pravu, bistvena razlika med silobranom in skrajno silo.

Tudi v mednarodnem kazenskem pravu se je v sodni praksi zastavilo vprašanje, ali so dobrine, od katerih je mogoče odvracati protipravni napad, omejene ali ne. Iz nürnberške sodne prakse tega ni mogoče jasno ugotoviti. Nekatere sodbe sicer pravijo, da je usmrtitev v silobranu upravičena, če gre za napad na življenje ali telo, ne pa, če gre za napad na premoženje.³⁶ Iz tega po mojem mnenju še ni mogoče sklepati, da silobran premoženja ali drugih (manj pomembnih) dobrin nikoli ni dopusten, le da v tem konkretnem primeru ni bil, ker je storilec branil premoženje z napadom na življenje napadalca. Tako po mojem mnenju ni mogoče sprejeti sklepa o splošni prepovedi silobrana premoženja in drugih dobrin.

Glede MKSJ so avtorji v večini zavzeli podobno stališče; dopusten je tako silobran osebe³⁷ kakor tudi premoženja.³⁸ Po mojem mnenju pa je treba upoštevati še dopolnitev, da silobrana osebe ni dopustno razlagati tako, da dopušča zgolj silobran življenja, telesa in drugih osebnih dobrin, ki so neposredno vezane na telo tistega, od katerega se odvraca napad, ampak je treba upoštevati tudi druge osebne dobrine (na primer čast in dobro ime, spolna avtonomija). V skladu s tako razlago posebno omenjanje premoženja postane nepotrebno, ker je premoženje tako ali tako osebna dobrina določene osebe in je že s tem zaščiteno. Taka partikularna zakonodajna tehnika, ki jo uporablja mednarodna sodna praksa, po mojem mnenju kaže na močan vpliv *common law*, saj je prav v pravnih sistemih *common law* mogoče najti ločeni ureditvi silobrana osebe in premoženja.

Tudi v Rimskem statutu so tako z določbo o silobranu zaščiteni storilec, tretje osebe in njihovo premoženje, kadar gre za vojno hudodelstvo, ki je nujno za njihovo preživetje ali preživetje koga drugega, ali premoženje, ki je nujno za izvedbo vojaške naloge.³⁹ Tudi tu je torej prisoten za *common law* značilen pristop ločevanja osebe in premoženja. Po mojem mnenju bi bilo treba osebo storilca razlagati širše kot njegovo telo, in sicer da vsebuje vse njegove osebne dobrine in da je zato posebna omemba premoženja nepotrebna.

Toda iz te določbe je mogoče razbrati, da so oblikovalci statuta skušali silobran premoženja omejiti, saj je dopusten le pri izpolnitvi biti inkriminacije vojnih

³⁵ K. Ambos, nav. delo, str. 176.

³⁶ A. Cassese, P. Gaeta in R. W. D. Jones, nav. delo, str. 986.

³⁷ G. Knoop, nav. delo, 2003, str. 85.

³⁸ *Tožilec proti Dariu Kordiću in Mariu Čerkežu*, IT-95-14/2-T, sodba sodnega senata, 26. februar 2001, par. 449, Schabas, nav. delo, str. 335.

³⁹ E. Sliedregt, nav. delo, str. 11.

hudodelstev, poleg tega pa je premoženje omejeno le na tisto, ki je nujno za preživetje oziroma za izvedbo vojaške naloge. Glede tega pogoja se med avtorji pojavljajo močne kritike. Po mnenju nekaterih se je s to določbo v Rimski statut vrinila vojaška nujnost mimo običajnopравnih omejitev iz prava oboroženih spopadov.⁴⁰ Po mojem mnenju to ne drži. Gre za institut silobrana; vsako ravnanje mora torej izpolnjevati pogoje silobrana, v primeru silobrana premoženja pa je ravnanje še dodatno omejeno s tem, da mora varovanje določenega premoženja pomeniti vojaško nujnost. Gre torej za dodatne omejitve silobrana premoženja, ne za širitev možnosti sklicevanja na vojaško nujnost.

Zaradi teh argumentov, ki jih podpirajo tudi pripravljalni dokumenti za sprejem Rimskega statuta, ta po večinskem mnenju kljub možni širši razlagi sprejema ozko koncepcijo varovanih dobrin.⁴¹

Glavni argument proti ureditvi silobrana premoženja je bil vrednostni. Mnogi so namreč šteli, da bi bilo neprimerno upravičiti storilčevo ravnanje obrambe premoženja, glede na to, da imamo pri relevantnih inkriminacijah Rimskega statuta opravlka z mednarodnimi hudodelstvi.⁴² Ta argument in prav tako način reševanja omenjenega problema se mi zdita napačna. Vsi možni načini omejevanja silobrana premoženja spet kažejo na v *common law* uveljavljeni partikularni način urejanja institutov splošnega dela materialnega kazenskega prava, ki pa bi morali biti urejeni na splošni način. Pravila splošnega dela kazenskega materialnega prava naj veljajo za vse inkriminacije. Vse posebnosti različnih inkriminacij in konkretnih dejanskih stanov je treba upoštevati pri oblikovanju pravil institutov splošnega dela kazenskega prava. Če so ta pravila pravilno oblikovana na splošni način, ni bojazni, da bi bila (v tem primeru) zaradi obrambe premoženja upravičena usmrnitev (na primer z genocidnim namenom). Že Rimski statut namreč določa, da mora biti obramba v silobranu sorazmerna s stopnjo nevarnosti, nujna in primerna. Menim, da vsaj ti pogoji zadostno onemogočajo take izredne anomalije pri sklicevanju na silobran v okviru Rimskega statuta. Že splošni pogoji silobrana bi torej po mojem mnenju popolnoma zadostno poskrbeli za primerne rešitve vseh možnih konkretnih dejanskih stanov, zato kakršnakoli *a priori* delna izključitev silobrana (premoženja) ni primerna in tudi ne potrebna.

Drugi razlog za neprimernost razlikovanja med dobrinami, od katerih je dopustno odvrčati napad, in tistimi, od katerih to ni dopustno, je v neprimernosti dopuščanja protipravnih napadov na določene dobrine s tem, ko pri njih ne bi dopuščalo silobrana. V tem primeru gre za neupravičeno razlikovanje med

⁴⁰ M. Scaliotti, nav. delo, str. 169.

⁴¹ G. Werle, nav. delo, str. 319.

⁴² J. Knoops, nav. delo (2003), str. 87.

dobrinami, saj bi morebitne ekscese lahko onemogočila primerna opredelitev pogojev silobrana, zlasti nujnosti ravnanja, ter prepoved očitne nesorazmernosti obrambe in napada, ki jih primerno vsebuje tudi sedanja mednarodna ureditev silobrana.

Naslednja pomembna značilnost silobrana v mednarodnem kazenskem pravu, ki je hkrati tudi eden glavnih razlikovalnih elementov silobrana v razmerju do skrajne sile tako v primerjalnem kakor v mednarodnem kazenskem pravu je odvrčanje protipravnega napada proti samemu viru napada. To izhaja tako iz sodne prakse Nürnberškega sodišča⁴³ kakor tudi iz sodne prakse MKSJ⁴⁴ in iz ureditve Rimskega statuta.⁴⁵ Ta element je torej po vzoru primerjalnih sistemov tudi v mednarodnem kazenskem pravu eden glavnih razlikovalnih elementov med silobranom in skrajno silo.

Iz primerjalnopravnega pregleda je mogoče ugotoviti, da vse izbrane ureditve delno upoštevajo sorazmernost med napadom in obrambo, pa čeprav v negativni smeri (v smislu, da obramba ne sme biti nesorazmerna v razmerju do napada). To velja tudi za ureditev silobrana v Rimskem statutu, saj mora biti obramba sorazmerna s stopnjo nevarnosti za storilca ali za drugo osebo.⁴⁶ Menim, da to posredno izhaja tudi iz omenjene nürnberške sodbe, v kateri je sodišče ugotovilo, da je usmrnitev upravičena v primeru napada na življenje ali telo, ne pa, če napadalec napada le premoženje storilca.⁴⁷ To zahtevo je mogoče najti tudi v okviru MKSJ.⁴⁸

V skladu z ureditvijo v Rimskem statutu mora biti napad neposreden.⁴⁹ To je časovni element silobrana, ki mu v kontinentalnih sistemih ustreza element sočasnosti napada in obrambe.⁵⁰

V mednarodnem kazenskem pravu je imel *common law* dolgo močan vpliv. Tako tudi mednarodna sodišča dolgo niso razlikovala med dejanskim obstojem silobrana in zgolj zmoto storilca o tem, da je napaden (putativni silobran). To se je najbolj očitno pokazalo v zadevi Nürnberškega sodišča *Munda* in *Weiss*. V njej sta se storilca sklicevala na to, da je ujetnik naredil nenaden gib, z roko je segel v žep. Eden izmed obdolžencev je bil zato prepričan, da bo ujetnik segel

⁴³ J. Knoops, nav. delo (2008), str. 243.

⁴⁴ C. Bassiouni, nav. delo, str. 163.

⁴⁵ K. Korte, nav. delo, str. 190.

⁴⁶ O. Triffterer, nav. delo, str. 549.

⁴⁷ A. Cassese, P. Gaeta in R. W. D. Jones, nav. delo, str. 986.

⁴⁸ J. Knoops, nav. delo (2008), str. 137.

⁴⁹ E. Sliedregt, nav. delo, str. 11.

⁵⁰ C. Roxin, nav. delo, str. 665.

po orožje, s katerim bo streljal nanju, zato je nanj streljal, drugi pa se je zaradi streljanja počutil ogroženega, zato se je obrnil in tudi začel streljati.⁵¹ Če bi žrtev dejansko segla v žep po strelno orožje, bi lahko šlo za silobransko situacijo. Tako pa sta bila storilca le prepričana o tem, da se zoper njiju vrši protipravni napad; bila sta torej v zmoti. Storilca sta bila oproščena z obrazložitvijo, da so v času streljanja obstajale okoliščine, ki upravičujejo streljanje na vojnega ujetnika. Sodišče je torej obdolženca oprostilo na podlagi silobrana, moralo pa bi se sklicevati na storilčevo zmoto (putativni silobran). Tukaj se po mojem mnenju kažeta vpliv *common law* in izenačitev institutov putativnega silobrana in silobrana v teh sistemih pod označbo silobrana, za katerega velja, da mora biti ravnanje razumno.⁵²

Glede natančnega učinka silobrana na obstoj mednarodnega hudodelstva dosedanja sodna praksa še ni izrekla trdnih stališč in tako silobranu ni mogoče jasno pripisati učinkov razlogov upravičenosti ali opravičenosti.⁵³ Glede ureditve silobrana v Rimskem statutu pa obstaja večinsko mnenje, da imamo opravka z razlogom upravičenosti.⁵⁴ To stališče glede Rimskega statuta je v skladu z izbranimi pravnimi sistemi, v katerih silobran izključuje protipravnost ravnanja in ne storilčeve krivde, prejšnje nejasnosti glede tega vprašanja pa sledijo vzorom *common law*.

Menim, da je večinsko stališče glede učinka silobrana v mednarodnem kazenskem pravu prepričljivo. Gre namreč za odvrčanje napada, tj. ravnanja, ki je v nasprotju s pravom. Tako odvrčanje je nujno v skladu s pravom in zato upravičeno, saj je izključena protipravnost storilčevega ravnanja. Menim, da rešitev, v skladu s katero bi silobran izključeval krivdo, ne bi bila primerna. To bi namreč pomenilo, da bi napadalec, proti kateremu storilec odvrča silobran, imel pravico do silobrana zoper storilčevo ravnanje. To bi bilo po mojem mnenju popolnoma neprimerno, saj je napadalec prvotni vir napada. Pri skrajni sili poznamo razlikovanje med upravičljivo in opravičljivo skrajno silo predvsem zaradi različnih razmerij med povzročeno in odvrnjeno škodo pri posamezni obliki skrajne sile. To sorazmerje je sicer relevantno tudi pri silobranu, a ima po mojem mnenju tukaj to sorazmerje oziroma odsotnost nesorazmerja predvsem nalogo preprečevati ekscese. Če gre za prekoračitev tega predvidenega razmerja, je relevanten prekoračeni silobran (eksces), ki na primer v Nemčiji pomeni razlog opravičenosti. V tem primeru protipravnost ravnanja ostaja, iz-

⁵¹ Sodba Nürnberskega sodišča *Weiss in Munda* v zbirki Law reports, str. 149.

⁵² Sodba Nürnberskega sodišča *Weiss in Munda* v zbirki Law reports, str. 150, glej tudi A. Cassese, nav. delo, str. 393.

⁵³ J. Knoop, nav. delo (2008), str. 65.

⁵⁴ K. Ambos, nav. delo, str. 174.

ključena pa je krivda.⁵⁵ Menim, da je taka rešitev primerna, ker ohranja bistvo silobrana. Če bi razlikovali med upravičljivim in opravičljivim silobranom na podlagi razmerja med nastalo in odvrnjeno škodo, potem bi prezrli bistvo silobrana, njegovo pravno podlago, in bi ga spremenili v skrajno silo. Pri skrajni sili gre za izbiro manjšega zla, pri silobranu pa za odvrčanje protipravnega napada z neprotipravnim ravnanjem in za vzpostavljanje pravnega reda.

Čeprav se na prvi pogled zdi, da Rimski statut ne razlikuje jasno med silobransko situacijo in situacijo skrajne sile, to ne drži. Statut tako kot izbrani pravni sistemi razlikuje med obema institutoma, ki sta tudi posebej urejena. Oblikovalci statuta so le uporabili zapleteno zakonodajno tehniko, niso razlikovali med skrajno silo ter silo in grožnjo ter so omejili silobran premoženja. To je pripeljalo do zelo ozke koncepcije silobrana, kar je sicer tipična značilnost ureditev *common law*. V preostalem se ureditev silobrana v Rimskem statutu ne razlikuje od ureditev silobrana v izbranih kontinentalnih pravnih sistemih.

4. SLOVENSKA UREDITEV SILOBRANA

Opredelitev silobrana v slovenskem pravnem sistemu je tradicionalna in se ni bistveno spremenila niti z uveljavitvijo prve samostojne slovenske kazensko-pravne zakonodaje (Kazenski zakonik – KZ)⁵⁶ niti s sprejetjem Kazenskega zakonika (KZ-1).⁵⁷ Gre za obrambo storilca zoper vir protipravnega napada. Kot je tipično za izbrane pravne sisteme in za Rimski statut, tudi v Sloveniji pomeni razlog upravičenosti, saj storilec z obrambo odvrča protipravni⁵⁸ napad zoper vir napada (in ne zoper tretje osebe),⁵⁹ braniti pa je mogoče katerokoli dobroto⁶⁰ storilca ali tretje osebe.⁶¹

Pri glavnem razlikovalnem elementu med silobranom in skrajno silo slovenska literatura sledi izbranim primerjalnim pravnim sistemom in navaja znano razlikovanje, da pri silobranu odvrčanje nevarnosti poteka proti viru napada, pri skrajni sili pa zoper tretjo, nevpleteno osebo. Če pa storilec kot orožje ali orodje vzame stvar tretje osebe oziroma tretjo osebo in storilec proti temu

⁵⁵ Drugače je na Hrvaškem, kjer sta mogoči samo omilitev ali odpustitev kazni. Glej P. Novoselec, nav. delo, str. 200, in C. Roxin, nav. delo, str. 992.

⁵⁶ Ur. l. RS, št. 63/94, 23/99, 40/04.

⁵⁷ Ur. l. RS, št. 55/08, 39/09 in 91/11. Primerjaj 11. člen KZ in 22. člen KZ-1.

⁵⁸ L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, K. Filipčič in M. Ambrož, nav. delo, str. 225.

⁵⁹ Prav tam, str. 226.

⁶⁰ F. Bačić, L. Bavcon, M. Đorđević, B. Kraus, N. Srzentić in A. Stajić, nav. delo, str. 52.

⁶¹ L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, K. Filipčič in M. Ambrož, nav. delo, str. 225.

orodju usmerja obrambo, se to ravnanje šteje za silobran.⁶² Že v primerjalnem delu sem omenila, da te situacije po mojem mnenju ni mogoče tako zlahka rešiti in da je treba razlikovati situaciji, ko se storilec zaveda, da gre za stvar, ki je last tretje osebe, in ko se tega ne zaveda. V prvem primeru naj se uporabijo pravila skrajne sile, v drugem pa pravila silobrana. To pravilo bi moralo veljati tako za primerjalno kakor tudi za mednarodno in slovensko rešitev problema.

Drugi najpogostejši razlikovalni element med silobranom in skrajno silo v skladu s slovensko teorijo in prakso je že ustaljen, in sicer, da gre pri prvem institutu za protipravni napad, ki izvira od človeka, pri skrajni sili pa za nevarnost, pri kateri je vir nepomemben oziroma ki lahko izvira od človeka, narave ali živali. Če izvira od človeka, je to situacijo treba razlikovati od protipravnega napada pri silobranu. Za protipravni napad obstajajo strožji pogoji (ravnanje mora biti voljno *in* protipravno), ki pa ne veljajo za nevarnost pri skrajni sili.⁶³

Zadnji, a tudi pomembni razlikovalni element je učinkovanje institutov na obstoj kaznivega dejanja. Silobran je v slovenski kazenskopravni ureditvi vedno razlog upravičljivosti, medtem ko je skrajna sila trenutno lahko razlog upravičljivosti ali opravičljivosti,⁶⁴ s tem pa so seveda povezane tudi posledice glede pravice do silobrana in udeležbe.

Slovenska ureditev se ne razlikuje bistveno od izbranih primerjalnih sistemov niti v elementih silobrana niti v bistvenih razlikah med silobranom in skrajno silo. Že tradicionalno je slovenska ureditev bližje izbranim kontinentalnim tako v pogojih silobrana kakor tudi v načinu urejanja tega instituta. Kljub nekaj razlikam⁶⁵ se bistveno ne razlikuje niti od izbranih sistemov *common law*. Glavna razlika med slovensko ureditvijo silobrana in ureditvijo v sistemih *common law* je v tem, da je slovenska splošna, s splošnimi pogoji, ki načeloma veljajo za izpolnitev biti vsake inkriminacije, za odvrčanje vsakršnega napada zoper vsako dobro, za sisteme *common law* pa je že tradicionalno značilna partikularna ureditev (tudi) tega instituta z vnaprejšnjimi omejitvami dobrin in oseb, od katerih se lahko odvrča nevarnost. Poleg tega sta slovenska teorija in sodna praksa (kakor v drugih kontinentalnih sistemih) jasno izoblikovali razlikovanje med razlogom upravičenosti in zmoto o obstoju tega razloga, medtem ko v sistemih *common law* že za obstoj razloga upravičenosti (silobrana) zadošča, da je bil storilec razumno prepričan o obstoju napada, tako da ni razlikovanja med samim razlogom upravičenosti in zmoto o njegovem obstoju. Ni treba, da je napad dejansko obstajal, ampak zadošča, da je bil storilec o

⁶² Prav tam, str. 226.

⁶³ Prav tam, str. 230.

⁶⁴ Člen 32 KZ-1.

⁶⁵ Na primer način urejanja instituta.

tem razumno prepričan, kar pa je lastnost zmote o obstoju razloga upravičenosti in ne samega razloga upravičenosti. To je bistvena razlika med slovensko ureditvijo silobrana in ureditvijo *common law*.

Slovenska ureditev silobrana se v bistvenem ne razlikuje niti od ureditve Rimskega statuta oziroma dosedanje sodne prakse mednarodnega kazenskega prava, saj ta v bistvenem sledi kontinentalnim ureditvam, od mednarodne ureditve pa odstopa v točki, v kateri ta sama odstopa od kontinentalne. Slovenska ureditev je tako splošna in ne pozna omejitve glede dobrin, od katerih je mogoče odvrčati nevarnost, Rimski statut pa pozna ozko koncepcijo silobrana, v skladu s katero je dopustno odvrčati le protipravni napad na osebo ali njeno premoženje. V tem delu je slovenska ureditev za storilca ugodnejša, saj omogoča širše sklicevanje na silobran kot ureditev v Rimskem statutu.

Ta situacija bi lahko bila sporna z vidika učinkovitega pregona mednarodnih hudodelstev. Rimski statut namreč zahteva, da države pogodbenice učinkovito preganjajo mednarodna hudodelstva, in če država tega noče ali ne zmore (tudi zaradi pomanjkljive oziroma za storilca preveč ugodne zakonodaje), MKS dobi pristojnost na podlagi testa komplementarnosti iz 17. člena Rimskega statuta. Zato so za MKS sporne nacionalne ureditve, ki so za storilca ugodnejše kot mednarodne, ne pa tiste, ki so zanj manj ugodne.

Po eni strani drži, da Rimski statut zahteva učinkovit pregon mednarodnih hudodelstev in da razbremenilni instituti, kot je silobran, to onemogočajo. Drži tudi, da si morajo biti nacionalne ureditve in mednarodna v bistvenem vsaj podobne, če želimo koherenten sistem prava mednarodnih hudodelstev. Po drugi strani pa Rimski statut nikjer neposredno ne zahteva prenosa njegovih določb v nacionalno (kazensko) zakonodajo, to zahtevo lahko izluščimo le posredno prek testa komplementarnosti. Poleg tega po mojem mnenju ne moremo pričakovati popolne enakosti med svetovnimi ureditvami, že zaradi različnih pravnih tradicij ne.

Zato po mojem mnenju obstaja neko območje, na katerem je nacionalna ureditev lahko ugodnejša do storilca kot mednarodna, pa ne gre za to, da država noče oziroma ne zmore učinkovito preganjati storilcev najhujših mednarodnih hudodelstev. Ureditev je tako lahko za storilca ugodnejša, če ne gre za zlorabo prava oziroma za obid 17. člena Rimskega statuta. Ureditev ne sme biti sprejeta samo zato, da bi se storilec izognil sojenju pred MKS, mora biti torej *bona fidae*. Po drugi strani ne sme omogočati odločitev, ki bi bile v nasprotju s temeljnimi načeli mednarodnega kazenskega prava in pravičnostjo ali bi bile nesorazmerne. V drugih primerih je oprostilna sodba oziroma za storilca ugodnejša odločitev na nacionalni ravni dopustna in ne pomeni nezmožnosti oziroma pomanjkanja volje države za učinkovito preganjanje storilcev med-

narodnih hudodelstev. To po mojem mnenju velja tudi za slovensko ureditev silobrana, ki je glede pravnih dobrin za storilca ugodnejša kot mednarodna.

5. SKLEP

Obravnava izbranih primerjalnih, mednarodne in slovenske ureditve silobrana kažejo, da je mednarodna ureditev dejansko kompromis med različnimi svetovnimi ureditvami. Ureditev silobrana v Rimskem statutu tako vsebuje vse bistvene značilnosti ureditve silobrana v kontinentalnih pravnih sistemih, se pa od njih razlikuje (razen avstrijske ureditve) v ozki opredelitvi dobrin, od katerih je mogoče odvrčati protipravni napad.

Slovenska ureditev silobrana odstopa od ureditve v *common law* in od avstrijske v tem, da dobrine, od katerih je mogoče odvrčati napad, niso omejene, ampak je ureditev v tem smislu splošna in je protipraven napad mogoče odvrčati od vseh dobrin. Isto velja za primerjavo ureditev KZ-1 in Rimskega statuta. Tudi tam so dobrine omejene (oseba, določeno premoženje). Razlikovalni elementi med skrajno silo in silobranom so podobni kot v izbranih primerjalnih sistemih in v mednarodnem kazenskem pravu, le konkretnega dejanskega stanu, ko napadalec uporabi za napad dobrino tretje osebe, po mojem mnenju ni mogoče tako enostavno rešiti, kot je do zdaj predlagala slovenska ureditev, in je treba razlikovati situaciji, ko se storilec zaveda, da gre za stvar, ki je last tretje osebe, in ko se tega ne zaveda. V prvem primeru naj se uporabijo pravila skrajne sile, v drugem pa pravila silobrana.

Glede dobrin je slovenska ureditev za storilca tudi ugodnejša kot mednarodna ureditev pred MKS, saj omogoča širše sklicevanje na silobran kot Rimski statut. Kljub temu po mojem še ne gre za situacijo, ko Slovenija ne bi zmogla ali hotela učinkovito preganjati storilcev najhujših mednarodnih hudodelstev. Menim, da je slovenska ureditev silobrana primerna tako s primerjalnega kot z mednarodnega vidika ter omogoča mednarodno sodelovanje Slovenije z drugimi državami in hkrati izpolnjevanje mednarodnih obveznosti, ki jih je Slovenija prevzela z ratifikacijo Rimskega statuta.

Menim, da slovenska ureditev silobrana s svojo splošnostjo in neomejenostjo dobrin in oseb, ki jih je s silobranom mogoče varovati, določa tudi primeren in pravičen obseg posameznikov, ki jim je treba očitati protipravno ravnanje, in tistih, ki jim tega ne moremo očitati, ter v tem delu tudi pravično razmerje med kaznovanjem in spravo. V tem delu je po mojem mnenju mednarodna ureditev s svojo ozko koncepcijo varovanih dobrin manj uspešna.

Literatura

- Alan Reed in Peter Seago: Criminal law. Sweet & Maxwell, London 2002.
- Antonio Cassese, Paola Gaeta in J. R. W. D. Jones: The Rome statute of the International criminal court: a commentary. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Antonio Cassese: The statute of the International criminal court: some preliminary reflections, v: European Journal of International Law, 10 (1999) 1, str. 144–171.
- Cherif Bassiouni: International criminal law – a draft international criminal code. Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn 1980.
- Christopher M. V. Clarkson in H. M. Keating: Criminal law: text and materials. Sweet and Maxwell, London 1998.
- Claus Roxin: Strafrecht, Allgemeiner Teil. C. H. Beck, München 2006.
- Danilo Türk: Temelji mednarodnega prava. GV Založba, Ljubljana 2007.
- David W. Elliot: Necessity, duress and self-defense, v: Criminal Law Review, (1998) 9, str. 611–621.
- Diethelm Kienapfel in Frank Höpfel: Strafrecht, Allgemeiner Teil. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 2007.
- Einhard Steininger: Strafrecht, Allgemeiner Teil. Linde Verlag, Dunaj 2008.
- Elies van Sliedregt: Defenses in international criminal law, prispevek na konferenci Convergence of criminal justice systems; Building bridges bridging the gap, The International Society For The Reform Of Criminal Law. 17th International Conference, Haag, 25. avgust 2003.
- Franjo Bačić, Ljubo Bavcon, Miroslav Đorđević, Božidar Kraus, Nikola Srzentić, Aleksandar Stajić: Komentar krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije. Savremena administracija, Beograd 1982.
- Frank Höpfel in Eckart Ratz: StGB, Wiener Kommentar. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 2006.
- Geert Jan Alexander Knoops: An introduction to the law of international criminal tribunals, a comparative study. Transnational Publishers, New York 2003.
- Geert Jan Alexander Knoops: Defenses in contemporary international criminal law. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008.
- Gerhard Werle: Völkerstrafrecht. Mohr Siebeck, Tübingen 2003.
- Hans Heinrich Jescheck in Thomas Weigend: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. Dunckler & Humblot, Berlin 1996.

- Helmut Fuchs: Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil. Springer, Dunaj 2008.
- Jadran Pandurevic: Bombarded Serbs Use Human Shield -- U.N. Peacekeepers Chained To NATO Targets After Raids, v: The Seattle Times, 26. maj 1995; <<http://community.seattletimes.nwsources.com/archive/?date=19950526&slug=2122993>> (4. 9. 2012).
- John C. Smith: Smith & Hogan Criminal Law. Buttersworth Lexis Nexis, London 2002.
- Jonathan Herring: Criminal law. Palgrave MacMillan, New York 2009.
- Kai Ambos: Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung. Dunckler & Humblot, Berlin 2004.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Katja Filipčič in Matjaž Ambrož: Kazensko pravo, splošni del. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Marcus Korte: Das Handeln auf Befehl als Strafausschließungsgrund, die Wirkung des Befehls im Deutschen Recht und im Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2004.
- Massimo Scaliotti: Defenses before the international criminal court: substantive grounds for excluding criminal responsibility, part 1, v: International Criminal Law Review, 2 (2001) 1, str. 111–172.
- Michael Allen: Textbook on criminal law. Oxford University Press, New York 2007.
- Otto Triffterer: Commentary on the Rome statute of the International criminal law: observers' notes, article by article. C. H. Beck, Hart, Nomos, München 2008.
- Petar Novoselec: Opći dio kaznenog prava. Sveučilišna tiskara, Zagreb 2007.
- Stefan Seiler: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen und Lehre von der Straftat. Facultas Verlag, Dunaj 2007.
- The American Law Institute: Model penal code, proposed official draft. The American Law Institute, Philadelphia 1962.
- Way R. LaFare in Austin W. Scott: Substantive criminal law. West Publishing, Minnesota 1986.
- William Schabas: The UN International criminal tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone. Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Wolfgang Joecks, Klaus Miebach: Münchener Kommentar: Strafgesetzbuch § 1-51. Verlag C. H. Beck, München 2007.

AVTORSKI SINOPSIS

*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 340.11/12:17Nietzsche F.

FLANDER, Benjamin: Nietzsche in filozofija prava (poskus uvoda)**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 7-8**

Za pravniški *mainstream* je Nietzsche nihilist, s katerim resna filozofija prava in tem bolj pravna praksa nimata kaj početi, ker naj bi kategorično zavračal vse najpomembnejše vrednote liberalne pravne in politične tradicije. Njegova refleksija prava – to, da »ne znajo od njega jemati«, je Nietzsche štel za pravilno – naj bi bila v najboljšem primeru »negativna jurisprudenca«. Pozornejše oko opazi, da se Nietzschejeva dela dotikajo nekaterih najbolj temeljnih vprašanj filozofije prava in pravne znanosti. »Pajčevinar duha« se osredotoča na pojme, ki jim gre pomembno, če že ne središčno mesto v politični in pravni refleksiji (na državo, družbeno pogodbo, demokracijo, liberalizem, enakost ipd.). Poleg tega pruski mislec problematizira nekatere ključne pravne kategorije oziroma koncepte, na primer pravico, zločin (zločinca), svobodno voljo, dolg, krivdo, odgovornost, kazen, kaznovanje, žrtev, kaznovalno pravičnost, enakost, vzročno zvezo in tako naprej. Njegov prispevek k filozofiji prava je dobrodošel stimulans za kritično problematizacijo in rekonstrukcijo nekaterih splošno sprejetih pravnih doktrin in konceptov ter iskanje novih odgovorov na številna ključna pravnofilozofska in pravnopolitična vprašanja. Najsi bo njegova jurisprudenca bolj ali manj »pozitivna« ali »negativna«, dejstvo je, da so njegove pravnofilozofske intervencije dobrodošle, ker osvetlijo nekatere bližnjice in stranpoti sodobne (»liberalne«) teorije prava, pa tudi zato, ker tiste pravne teoretike, ki jih »oster zrak« Nietzschejevih spisov ne odvrne, nagovarjajo k predručenju pogledov na nekatere »večne« in na videz neproblematične »resnice« iz ustaljenega repertoarja liberalne pravne ideologije.

Original Scientific Article

UDC: 340.11/12:17Nietzsche F.

**FLANDER, Benjamin: Nietzsche and the Philosophy of Law
(An Attempt of Introduction)****Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 7-8**

Among the mainstream legal academia, Nietzsche has long been considered a nihilist that serious philosophy of law and legal practice have nothing to do with. Humanist scholars claim Nietzsche categorically rejects the most important values of liberal legal and political thought and that, as a result, his critical reflection upon law is no more than »negative jurisprudence«. A closer look at Nietzsche's works, however, shows that his writings address some of the most fundamental questions of philosophy of law and legal science. He focuses on most of the core categories of political and legal thought, i.e., the social contract, state, democracy, liberalism, equality, etc. Moreover, this Prussian philosopher discusses some of the key legal concepts, such as justice, crime and the criminal, freedom and free will, debt, guilt, responsibility, punishment, victims, criminal justice, causation, and so forth. His contribution to the philosophy of law is no less than a welcome stimulus for critical questioning and reconstruction of some of the generally accepted legal doctrines and concepts, as well as for the search of new answers to several key questions of the contemporary legal theory and policy. His interventions in jurisprudence, either »positive« or »negative«, shall, at least to those legal theorists who are not kept at bay by the »sharp air« of Nietzsche's writings, shed light on some of the shortcuts and deviations of the modern legal thinking and open new perspectives on the »eternal« and seemingly unproblematic »truths« of the liberal legal ideology.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.235:347.922.6(497.4)

HUDEJ, Jasna: Problem izbire pravne podlage pri odločanju o izbrisni tožbi zaradi sprememb zemljiškoknjižne zakonodaje

Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 7-8

Zaradi nejasnosti prehodne ureditve v ZZK-1 se je v sodni praksi pojavilo vprašanje, ali je mogoče v določenih primerih tudi po uveljavitvi ZZK-1 izbrisno tožbo presoati po določbah ZZK. Sodna praksa na to vprašanje ne daje enotnega odgovora. V prispevku je prikazana rešitev, ki bi lahko predstavljala ustrezen prehod med navedenima zemljiškoknjižnima ureditvama, pri čemer je ločeno obravnavan položaj, ko je izbrisna tožba vložena zoper neposrednega pridobitelja, in položaj, ko se ta tožba vlaga zoper dobrovernega nadaljnega pridobitelja. Pri neposrednem pridobitelju predlagana rešitev temelji na spoznanju, da je bila ureditev tega položaja po ZZK ustavno nesprejemljiva, pri dobrovernem nadaljnjem pridobitelju pa je izhodišče v ugotovitvi, da je zaradi načela zaupanja v pravo treba ustrezno varovati tudi dejanskega lastnika nepremičnine, čigar položaj se je z uveljavitvijo ZZK-1 poslabšal. V zaključnem delu prispevka je predstavljen še prehod med ureditvama izbrisne tožbe pred novelo ZZK-1C in po njej, pri čemer je izpostavljen položaj obligacijskega upravičenca, ki ga novelirano besedilo izrecno uvršča med upravičene vlagatelje izbrisne tožbe.

Original Scientific Article

UDC: 347.235:347.922.6(497.4)

HUDEJ, Jasna: Problem of Choice of the Legal Basis in Deciding upon a Claim for Removal from the Land Register Arising from the Changes in Land Register Law**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 7-8**

Due to lack of clarity of the transitional regulation in the present Land Register Act (ZZK-1) the case-law raised the question whether it is possible in certain cases to govern a claim for removal from the land register by the provisions of the former Land Register Act (ZZK) even after the enforcement of ZZK-1. The case-law does not give a clear answer to that question. The article offers a solution that could provide an appropriate transition between the two land register acts. It distinguishes between the situation, in which a claim for removal is filed against a direct acquirer, and the situation, in which such a claim is filed against a further *bona fide* acquirer. In the case of the direct acquisition, the solution is based on the recognition of constitutional unacceptability of ZZK provisions, regarding such acquisition. The solution concerning a further *bona fide* acquirer is derived from the principle of trust in law, according to which it is necessary to adequately protect also an actual owner of the property, whose position has deteriorated with the enforcement of ZZK-1. Finally, the article examines the transition between regulations of a claim for removal before the latest amending act of ZZK-1 (ZZK-1C) and after it with reference to the position of an obligational right holder who is explicitly mentioned by the amending act ZZK-1C as one of the persons entitled to file a claim for removal.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.78.031

TRAMPUŽ, Miha: Avtorskopravni in znanstveni citat**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 7-8**

Osnovno vodilo pravil o citiranju tako v avtorskem pravu kot v znanosti na splošno je jasno razlikovanje med lastnimi in tujimi dosežki. Dovoljeno citiranje ne sme niti materialno niti moralno konkurirati citiranemu delu. Avtor najprej navede glavne pravne vire za pravilno citiranje (Bernska konvencija, Direktiva InfoSoc, Zakon o avtorski in sorodnih pravicah – ZASP, ISO Standard 690:2010). Glavna pravila citiranja določa avtorsko pravo, analogno pa se uporabljajo tudi na področju znanosti. Avtorskopravna pravila obsegajo splošne (46. člen ZASP) in posebne (51. člen ZASP) pogoje, skupaj jih je pet. *Prvič* mora za veljavno citiranje obstajati kreativni nosilec citata, ki je lahko varovano ali nevarovano avtorsko delo. *Drugič* mora sam citat predstavljati avtorsko delo, in sicer varovano, objavljeno in tuje, njegova vsebina pa mora biti avtentično (verno) prevzeta. Posebni primeri pri pogoju tujih del so samocitat, dvojna stvaritev in nezavedno prevzemanje; pri teh sploh ne gre za citat. *Tretjič*, pogoj glede obsega citata pozna dve vrsti: polni citat, tj. citiranje celotnih avtorskih del (pri šestih kategorijah del), in delni citat (citiranje odlomkov vseh kategorij del). Količino obeh določa citirni namen. *Četrtrič*, citirni namen ali *animus citandi* zakon opredeljuje kot ponazoritev, soočenje ali napotitev. Njegovo bistvo je, da morata biti glavno delo in citat notranje povezana. *Petič*, pri vsaki uporabi je treba navesti vir in avtorstvo uporabljenega dela, in sicer na mestu citata. Posledica pravilnega citiranja je dovoljena omejitev avtorskih pravic.

Original Scientific Article

UDK: 347.78.031

TRAMPUŽ, Miha: Quotations in Copyright Law and in Science**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 7-8**

The basic rule concerning quotations, both in Copyright Law and in science, is to distinguish clearly between one's own achievements and those of other people. The quotations allowed under law must not compete with the quoted work, neither economically nor morally. The author first refers to the legal sources for the correct citation (the Berne Convention, the InfoSoc Directive, the Copyright Act-ZASP and ISO Standard no. 690:2010). The main quotation rules are established in Copyright Law; they are applicable in an analogue way in the scientific field. Copyright rules on quotations include general (Article 46 Copyright Act) and specific (Article 46 Copyright Act) conditions, altogether they are five. – *First*, for a correct quotation a creative carrier must exist, be it a protected or non-protected Copyright work. – *Second*, the quotation itself must represent a Copyright work, i.e. a protected, published and somebody else's; its contents must be reproduced in an authentic way. Special cases to the condition of being somebody else's work are selfquotations, double creations and unconscious taking of others' works. – *Third*, the condition of the extent of the quotation takes two sorts: a full quotation (i.e. within six categories of Copyright works) and a partial quotation (quoting parts of all categories of works). The extent of both is defined by the quotation purpose. – *Fourth*, the Act defines the quotation purpose or *animus citandi* as illustration, argumentation or referral. Its essence lies in the internal bondage between the main work and the quotation. – *Fifth*, at every use the source and authorship of the work must be indicated; such indication has to be on the spot of quotation. The consequence of a correct quotation is the limitation of author's rights.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 342.811

BREZOVAR, Nejc: (U)pravič(e)nost znižanja starostne meje za pridobitev volilne pravice**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 7-8**

Volilna pravica je temeljna neodtujljiva politična človekova pravica aktivnega statusa, ki tvori jedro demokratične, pluralne, moderne pravne države. Ni absolutna, temveč je podvržena različnim omejitvam, med katerimi je tudi starost (kot pogoj za pridobitev tako aktivne kot pasivne volilne pravice). Razprave o primernosti konkretne starostne meje za pridobitev volilne pravice in njenem morebitnem nižanju potekajo v okviru različnih mednarodnih organizacij, predstavniških teles držav in širše civilne družbe. Obstaja tudi veliko pobud o znižanju trenutno obstoječe starostne meje, s čimer bi se omogočila participacija na volitvah tudi mlajši generaciji (mlajši od 18 let), posledica pa bi bila povečanje obsega volilnega telesa, izboljšala bi se volilna udeležba, mladim pa bi se omogočila aktivnejša participacija v družbi, predvsem pri sprejemanju najpomembnejših družbenih odločitev (volitve, referendum, ljudska iniciativa). Prispevek zagovarja tezo, da je trenutno prevladujoča starostna omejitev za pridobitev volilne pravice presežena ter da bi bilo treba slednjo znižati, in ponudi pregled različnih argumentov, tako tistih, ki zagovarjajo znižanje, kot tistih, ki temu nasprotujejo. Vsekakor pa je končna odločitev o morebitnih spremembah v rokah zakonodajalca, da v okviru širokega polja proste presoje, ki mu pri urejanju področja pripada, presodi, ali bo sledil argumentom in omogočil participacijo na volitvah tudi posameznikov, ki zdaj zgolj zaradi svoje starosti do tega niso upravičeni.

Original Scientific Article

UDC: 342.811

BREZOVAR, Nejc: Justification of the Lowering of the Voting Age**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 7-8**

Right to vote is a fundamental, inalienable, political human right of active status, which forms the core of a democratic, plural, legal state. It is not absolute, but is subject to different limitations, among others age (as a condition needed to acquire active and passive right to vote). The debate on the adequacy of the existing age limit needed to acquire the right to vote and the potential lowering of it is going on at different levels from international organisations, representative state bodies to civil society. There also exist many initiatives on lowering the current age limit, that would enable participation on elections for younger generations (younger than 18 years of age) which would carry the effect of enlarging the scope of the electoral body, improve voter turnout and enable the youth a more active participation in society, mainly in the area of passing important social decisions (such as elections, referendums and people's initiative). The author argues the point that the currently predominant age limitations on acquiring the right to vote are surpassed and that they should be lowered. In addition, it offers an overview of different arguments, those who support the lowering as well and those that do not. Notwithstanding, the final decision on the potential changes is in the hands of every legislator, who enjoys a wide margin of appreciation in regulating the before mentioned area, and it is up to it to decide whether it will follow certain argument and enable participation at elections for individuals who up to now have not been able to participate on the sole basis of their age.

Kratki znanstveni prispevek

UDK: 341.645.2:340.114

ZBIČAJNIK, Sebastjan: Uporaba pravičnosti v mednarodnih sodnih sporih**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 7-8**

O pravičnosti se v novejšem času veliko razpravlja, enako kot se je v preteklosti. Pravičnost je bila poleg pravnih zlasti tema filozofskih in teoloških razprav. Pravičnost se je od nastanka pisave poskušala spraviti v okvir napisanega in razumljivega, glede na zahteve posameznikov in celotne družbe. Skozi zgodovinski razvoj in napredek je bila pravičnost udejanjena in velikokrat formalizirana. Pravičnost je bila tako večkrat temeljno sredstvo za red in mir, to pa je bil tudi razlog, zakaj je pravo stremelo k pravičnosti in jo tudi uporabilo za uresničevanje pravnih vrednot. Pravna misel se je pri nas v zgodovinskem pogledu oblikovala zlasti skozi pravno pozitivistično in naravnopravno mišljenje. Pravni pozitivizem se je večinoma izogibal idejam pravičnosti in drugim pravno-filozofskim vprašanjem, medtem ko je bil naravnopravni pristop bližje ideji pravičnosti, tudi v mednarodnem pogledu. Raziskava pravičnosti v sodnih sporih mednarodnega prava pokaže njen širok vpliv na razvoj mednarodnega prava. Dejstvo je, da je pravičnost možen vir odločanja v mednarodnem pravnem prostoru.

Short Scientific Article

UDC: 341.645.2:340.114

ZBIČAJNIK, Sebastjan: Principle of Justice in the International Judicial Disputes**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 7-8**

Justice has been and still is the subject of much discussion both in modern as well as in ancient times, especially in relation to philosophy and theology. Indeed, since the start of recording, justice has been formulated into the written word and understanding, notwithstanding the requirements of individuals and society as a whole. Through history and progress, justice has been continuously put into practice and formalized. Justice has so often been the underlying asset for law and order, and this was also the reason why laws were aimed at achieving justice, and consequently used for the implementation of legal values. This is why from a historical perspective, legal thought has evolved through positivistic and natural attitudes. Legal positivism has largely avoided ideas of justice and other legal and philosophical issues, whereas the natural approach to law was closer to the idea of fairness even in the international context. This research into justice in the international legal proceedings demonstrates the broad dimension of the concept and its impact on the development of international law. The fact is that justice is a potential source of decision-making in the international legal sphere.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 343.228:341.48

ZGAGA, Sabina: Upravičenje mednarodnega hudodelstva zaradi silobrana**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 7-8**

Pogoji silobrana so izpolnjeni, ko storilec izpolni bit inkriminacije zato, da bi od sebe ali tretje osebe odvrnil protipravni napad, bit inkriminacije pa je izvršena zoper napadalca oziroma vir napada. Članek obravnava institut silobrana s treh vidikov. Prvi del članka je namenjen primerjalnopravni analizi ureditve silobrana v petih izbranih pravnih sistemih. Drugi del članka obravnava silobran v mednarodnem kazenskem pravu, zlasti v Rimskem statutu. Tretji del članka pa obravnava slovensko ureditev silobrana z namenom primerjave slovenske in mednarodne ureditve in z namenom najti odgovor na vprašanje, ali slovenska ureditev zadošča za učinkovit pregon mednarodnih hudodelstev iz pristojnosti Rimskega statuta.

Obravnava izbranih primerjalnih, mednarodne in slovenske ureditve silobrana kaže, da ureditev silobrana v Rimskem statutu vsebuje vse bistvene značilnosti ureditve silobrana v kontinentalnih pravnih sistemih, od njih pa se razlikuje (razen avstrijske ureditve) v ozki opredelitvi dobrin, od katerih je mogoče odvrčati protipravni napad. Tudi slovenska ureditev silobrana odstopa od ureditve v *common law* in od avstrijske ureditve prav v tej točki, saj je v skladu s slovensko ureditvijo napad mogoče odvrčati od vseh dobrin. Isto velja za primerjavo Kazenskega zakonika (KZ-1) in Rimskega statuta.

Review Article

UDC: 343.228:341.48

ZGAGA, Sabina: Justification of an International Crime on the Basis of Self-Defence**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 7-8**

Self-defence occurs when the perpetrator commits a criminal act with the intent to divert an unlawful attack from himself or from a third person towards the source of the attack. The article discusses self-defence in three respects. The first part of the article is dedicated to the comparative analysis of self-defence in five selected legal systems. The second part is devoted to the regulation of self-defence in international criminal law, particularly in the Rome Statute, and its third part deals with the self-defence in Slovenia. Main aim is to find an answer to the question, whether Slovenian legislation suffices for an effective prosecution of international crimes from the jurisdiction of the Rome Statute. The analysis of selected comparative, international, and Slovenian regulation of self-defence shows that the provision on self-defence in the Rome Statute contains all of the essential features of self-defence regulation in the civil law system, but differs from them (with the exception of the Austrian provision) in its narrow definition of legal values, that can be protected by diverting the unlawful attack. Slovenian legislation on self-defence deviates from the common law systems and also from the Austrian also in this point, since in accordance with the Slovenian legislation unlawful attack may be diverted from all legal values. The same applies to the comparison of the Slovenian Criminal Code (KZ-1) and the Rome Statute.

NAVODILA ZA AVTORJE

1.

Pravnik praviloma objavlja le dela, ki še **niso bila objavljena in tudi ne poslana v objavo** drugemu časopisu. Če pisec že objavljenega prispevka meni, da so posebni razlogi tudi za objavo v Pravniku, mora sporočiti, kje je bil sestavek objavljen oziroma komu je bil poslan v objavo. Če pisec v svojem prispevku navaja ugotovitve, ki jih je argumentiral in/ali izvajal že v kakšnem svojem drugem delu, je korektno do izdajatelja oziroma založnika tistega besedila, da v sprotni opombi navede, da je o tem že pisal in kje. Če pa dele besedila iz svojega v Pravniku objavljenega članka v identični obliki objavi v drugi publikaciji, mora navesti, da je o tem (širše) že pisal v članku, ki je bil objavljen v reviji Pravnik. Če je bil prispevek pripravljen na podlagi kakšnega drugega prispevka, tj. besedila, ki je bilo pripravljeno z drugim namenom (seminarska naloga, diplomska, magistrska ali doktorska naloga, poglavje v kakem drugem, morda še ne objavljenem knjižnem delu ipd.), je treba to v prvi sprotni opombi izrecno navesti.

Primer: Prispevek je bil pripravljen na podlagi magistrske naloge z naslovom *Hi-tri postopek in pravna sredstva v ZP-1*, ki sem jo avtor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspešno zagovarjal 5. maja 2008 na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru.

Avtor za uredništvo navede tudi razlike med obema besediloma (npr. v obsegu, upoštevanih novejših podatkih in dodatnih virih), uredništvo pa presodi, ali je objava prispevka primerna.

2.

Prispevki naj bodo poslani po katerem od elektronskih medijev ali e-pošti (Pravnik@revija-pravnik.si).

Prispevki morajo biti jezikovno neoporečni, sicer bo besedilo avtorju vrnjeno v popravo oziroma bo objava prispevka zavrnjena. Naslov prispevka in naslovi prve ravni morajo biti zapisani z verzalkami (tj. velikimi tiskanimi črkami), naslovi nižjih ravni pa z malimi črkami. Ime in priimek pisca z izobrazbo, znanstvenim naslovom in/ali akademsko stopnjo ter funkcijo in institucijo, v kateri je zaposlen, naj bosta navedena pod naslovom.

Primer: **Janez Novak**, univerzitetni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, svetovalec uprave, Ius, d. d., Ljubljana.

3.

Prispevke razvršča v rubrike revije uredniški odbor, če pa avtor želi, da se njegov sestavek uvrsti v določeno rubriko, naj to posebej navede. Pri člankih mora pripraviti **sinopsis v slovenščini in angleščini (vključno s prevodom naslova) ter ključne besede v obeh jezikih zaradi spletnega iskalnika**. Sinopsis naj obsega največ 15 vrstic. Najprej naj bosta navedena priimek (v celoti z velikimi črkami) in ime pisca, nato pa naslov članka in označba revije.

Primer: NOVAK, Janez: Pravna sredstva v ZP-1, Pravniki, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3 oziroma NOVAK, Janez: Legal Remedies in ZP-1, Pravniki, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Avtor lahko, če želi, pripravi tudi daljši povzetek v angleščini, ki bo objavljen za člankom v slovenščini. S tem bo dosegel preprostejše razširjanje idej prispevka med tujimi bralci.

Pravnik objavlja prispevke tudi v tujih jezikih (angleščina, francoščina, nemščina, italijanščina, hrvaščina, srbsščina; v latinici), kadar je za to poseben razlog, ki ga avtor sporoči uredništvu, in ga uredništvo na tej podlagi sprejme v objavo. Besedilo mora biti v takem primeru prav tako jezikovno neoporečno, saj lekture besedila v tujem jeziku uredništvo ne opravlja, mora pa avtor pripraviti poleg krajših povzetkov v slovenščini in angleščini iz prvega odstavka te točke navodil tudi daljši povzetek v slovenskem jeziku, v dolžini približno 6.000 do 10.000 znakov. V posamezni številki ne bo objavljen več kot en članek v tujem jeziku.

4.

Obseg prispevka je odvisen od teme, ki jo avtor obravnava, pri tem pa je treba upoštevati temeljno vsebinsko zasnovo revije, ki naj bi pokrivala čim več pravnih področij. V rubriki Članki naj prispevki obsegajo največ dve avtorski poli (60.000 znakov s presledki oziroma približno 30 strani s presledkom med vrsticami 1,5) in drugi prispevki v obsegu do ene avtorske pole (30.000 znakov s presledki oziroma do približno 15 strani s presledkom med vrsticami 1,5). Vse pa je šteto skupaj s sprotnimi opombami in seznamom literature. Za objavo prispevkov z večjim obsegom se je treba dogovoriti z uredništvom.

5.

Na koncu članka naj bo po možnosti **seznam uporabljenih virov** s popolnimi bibliografskimi podatki (glej 7. točko) po abecednem redu priimkov, spletne strani pa naj bodo navedene posebej. V tem primeru se v sprotih opombah (pod črto) navedejo samo prva črka imena in priimek s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

Primer: J. Novak, nav. delo, str. 55.

V neposredno sledečih sprotih opombah pa se zapiše zgolj »Prav tam.« oziroma – če je le stran istega vira druga – »Prav tam, str. 56.«

Če je isti pisec naveden z več deli, se dopiše leto, v katerem je bilo delo objavljeno.

Primer: J. Novak, nav. delo (2005), str. 55.

Če je na koncu prispevka seznam uporabljenih virov, pri spletnih straneh ni treba pisati datuma zadnjega ogleda (ker je ta podatek v seznamu literature).

Opombne številke se pišejo za ločili. Sprotne opombe se končajo s končnim ločilom.

6.

Če prispevku ni priložen seznam uporabljenih virov, se navedejo popolni bibliografski podatki (glej 7. točko) samo v tisti opombi, kjer se delo prvič pojavi, pozneje pa se navedejo samo ime in priimek avtorja s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

Primer: J. Novak, nav. delo, str. 55.

7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

- **pri knjigah:** ime in priimek pisca, naslov knjige (pri večkratnih izdajah tudi označbo številke izdaje), morebitnega prevajalca in praviloma založbo ter kraj in leto izdaje.

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1. Druga izdaja, prevod Mitje Anglišta, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **pri zbirkah člankov in poglavjih v knjigah:** poleg pisca članka in naslova ter strani obsega citiranega članka oziroma poglavja tudi naslov zbirke oziroma knjige ter imena in priimki avtorjev oziroma morebitnih urednikov, z označbo, če gre za urednike oziroma urednike (ur.).

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Darja Kovač, Luka Kocmut, in Mitja Golob: Inflacija prekrškov. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Če so avtorji oziroma uredniki več kot trije, zadošča navedba priimka in imena prvega navedenega ob zbirki, zborniku ali knjigi, nato pa navedba »in drugi«

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Kovač, Darja, in drugi: Inflacija prekrškov. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **pri člankih iz revij:** ime in priimek pisca, naslov članka in naslov revije z navedbo letnika, leta izdaje in številke ter strani navedenega članka.

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Pravniki, 125 (2008) 5–8, str. 202–233; številke pomenijo: letnik 125 (leto izdaje 2008), številka revije 5–8.

- **pri spletnih straneh:** simbol < pred in simbol > za imenom spletne strani, brez hiperpovezave in z datumom – mesec se tu zapisuje s številko – v oklepaju.

Primer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2008).

8.

Če se članek sklicuje na **zakonski ali drug pravni predpis**, se ta prvič navede s polnim naslovom že v besedilu z uradno kratico v oklepaju.

Primer: To pa izhaja že iz delitve poglavij v Zakonu o prekrških (ZP-1).

Če uradne krajšave ni, jo izbere pisec.

Primer: To pa izhaja že iz delitve poglavij v Pravilniku o organizacijski strukturi prekrškovnih organov (v nadaljevanju: Pravilnik).

Hkrati se v **sprotni opombi navede številka uradnega lista**, v katerem je bil citirani akt objavljen.

Primer: Ur. l. RS, št. 50/07.

9.

Sodne odločbe je treba citirati tako, kot jih označuje sodišče, ki jih je izdalo.

Primer navajanja odločbe Ustavnega sodišča RS:

odločba US RS, št. U-I-23/2008 z dne 5. junija 2008.

10.

Avtor mora – ob vsaki prvi objavi – **uredništvu poslati:**

davčno številko in davčni urad, naslov stalnega bivališča (ulica, hišna številka, poštna številka, kraj), naslov za dostavo gradiva v zvezi z objavo v reviji Pravnik (npr. službeni naslov), številko transakcijskega računa (TRR) in točen naziv banke, svojo telefonsko številko in številko mobilnega telefona ter e-poštni naslov.

Morebitne spremembe mora avtor sporočiti uredništvu.

Avtor se s posredovanjem prispevka v objavo strinja z določili založniške pogodbe, ki je na voljo na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Po objavi prispevka bo avtor prejel izpolnjeno pogodbo v dveh izvodih, enega teh pa naj podpisane čim prej vrne uredništvu.

Sodelavce revije prosimo, da ta navodila upoštevajo, sicer bo uredništvo objavo prispevka zavrnilo.

Prispevke za objavo v reviji pošljite na naslov:

GV Založba, Likožarjeva ulica 3, 1000 Ljubljana ali

pravnik@revija-pravnik.si

Za uredniški odbor
odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić

MANUSCRIPTS PREPARATION AND SUBMISSION GUIDELINES FOR PUBLICATION IN THE JOURNAL THE JURIST (PRAVNIK)*

1.

As a rule, *The Jurist* only publishes manuscripts which **had neither been published nor sent for publication to any other publisher**. If the author of an already published manuscript considers that special reasons for publishing the same manuscript in *The Jurist* exist, he/she must notify the editor and provide information on where the manuscript has already been published or to which publisher has it been sent for publication. The author has to point out the distinctions between the both manuscripts, e.g. in the scope of the manuscript, new information or new data, new sources. It is for the editorial board to decide whether the manuscript is suitable for publication. If the author repeats some of the findings already publicised in some other manuscript, it is only fair to the other publisher to state in the footnote that he/she has already discussed the issue and where the arguments could be found. The same goes *vice versa*, i.e. if the same arguments, already published in *The Jurist*, are used in another manuscript, it has to be stated that the matter has already been discussed in *The Jurist* and in which issue. If the manuscript has been prepared on the basis of another text, i.e. a text prepared for another purpose (doctoral thesis, master's thesis, research etc.), this fact has to be pointed out in footnote 1 of the manuscript.

2.

Manuscript should be sent in **electronic format** to the following e-mail address: pravnik@revija-pravnik.si.

Manuscripts have to be grammatically correct, otherwise the manuscript could be returned to the author or its publication rejected. The title of the manuscript should be written in bold capital letters. The titles in the body of the manuscript should be numbered and written in capital letters; subtitles should be numbered and written in bold lower case letters.

The first and last name of the author, with the scientific and/or academic title, function, and institution of his/her employment should be mentioned below the main title of the manuscript.

Example: **John Smith**, doctor of laws, professor at the Faculty of Law, University of Ljubljana

* Prepared with the kind assistance of Grega Strban, Ph.D., Faculty of Law, University of Ljubljana.

3.

Manuscripts are subject to **blind peer review and classified by the editorial board**. The author might suggest the classification for his/her manuscript.

Manuscripts should be accompanied by an abstract and up to five key words, both in Slovenian and English language. The cost of preparing the Slovenian abstract (EUR 30.00) may be deducted from the author's fee if provided by the editorial board upon request of the author. Abstract should not be longer than 15 lines. The abstracts should be equipped with the last name (in capital letters) and first name of the author and the title of the manuscript in the corresponding language. The editor will add the information on the volume and issue of *The Jurist*, and the numbers of pages of the published manuscript.

Example: SMITH, John: Pravna sredstva v civilnem procesnem pravu, Pravnik, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3

... (15 lines of abstract and 5 key words in Slovenian language)

SMITH, John: Legal Remedies in the civil procedural law, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

... (15 lines of abstract and 5 key words in English language)

The Jurist publishes manuscripts also in foreign languages (English, German, Italian, Croatian, Serbian – Latin script), when there is a special reason to do so. The later has to be communicated to the editorial board, which decides on the publication of the manuscript in a foreign language. Manuscript in a foreign language has to be grammatically correct. The editorial board does not perform corrections. Next to the short (15 lines) abstract with five key words in Slovenian and English language, the manuscript should be accompanied with a longer abstract (1.000 words) in Slovenian language.

4.

The **scope of the manuscript** depends on its subject. One of the basic aims of the journal is to cover all fields of law. Under headings ‘Articles’ and ‘Discussions’ the manuscript should not be longer than 10.000 words, i.e. approximately 30 pages with 1.5 spacing between the lines. Other manuscripts should not be longer than 5.000 words, i.e. approximately 15 pages with 1.5 spacing between the lines. Footnotes and the sources (literature) should be included in the scope of the manuscript. An advance agreement with the editor is required for longer manuscripts.

5.

A **list of used sources and literature** should be presented at the end of the manuscript, with full bibliographical information, in the alphabetical order of last names of the authors/editors. Consulted internet sites should be enumerated separately.

In the **footnotes** only the first letter of the first name and the last name with the “op. cit.” and exact page should be mentioned.

Example: J. Smith, op. cit., p. 55.

In case the same author is represented with more than one publication, the year is added in parentheses.

Example: J. Smith, op. cit. (2009), p. 55.

If in the footnotes immediately following the previous one the same source is cited again, “Ibidem” should be used. It should be indicated, if the page number is distinct.

Example: Ibidem.

Example: Ibidem, p. 56.

Footnotes are inserted after the separator, e.g. after a full-stop. Footnotes end with a separator, e.g. with a full-stop. It is not necessary to cite the date of accessing the internet site (this information is in the list of sources at the end of the manuscript).

In short presentations where there is no list of sources and literature at the end of the manuscript, in the footnote first mentioning the author and the publication full bibliographical information should be cited. The same rule should be applied in the longer abstract.

6.

Full bibliographical information should comprise:

- **Books:** First and last name of the author, book title (also the number of the edition, if applicable), translator (if applicable), publisher, place and year of publication.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law. 2nd Edition, translation Janez Novak, Legal publishing, Ljubljana 2010.

- **Collection of articles or parts of books:** next to the author, title and exact pages of the article or the book part, also the title of the collection/book, first and last names of authors or editor(s) (marked Ed. or Eds.) should be mentioned.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Janez Novak, Maja Medved (Eds.), Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana, 2010, p. 52–79.

If there are more than three authors or editors, it suffices to cite the first one mentioned, followed by the abbreviation “et. al.”

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Janez Novak et.al., Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana 2010, p. 52–79.

- **Journal articles:** First and last name of the author, title of the article, name of the journal with citing the volume number, year of publishing, issue number, and pages of the article.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Pravnik, 127 (2010) 5-8, p. 202–233.

The numbers represent Volume 127 (year 2010) issue number 5-8.

- **Internet sites:** inequality signs (< and >) before and after citing the internet site, no hyperlink, with the date in parentheses.

Example: <www.pf.uni-lj.si> (5/5/2010).

7.

If **legislative act or other legal text** is being cited, it should be accompanied with the full title in the body of the manuscript, with an official abbreviation in parentheses.

Example: As regulated in the Pension and Invalidity Insurance Act (PIIA).

If there is no official abbreviation one (possibly settled) abbreviation should be given by the author.

Example: As regulated in the Pension and Invalidity Insurance Act (hereafter PIIA).

At the same time in the footnote the place of publication (usually Official Gazette) of the legislative act or other legal text should be cited.

Example: ¹⁰ Official Gazette RS, No. 106/99.

8.

Judicial decisions should be cited as marked by the issuing court of law.

Example: Case C-228/07 *Petersen* [2008] ECR I-6989, para. 42.

9.

Authors **have to send the following data** to the editorial board: tax number and tax authority, full address, address for sending materials regarding the publication of the contribution (for example the address at work), bank account number, full name of the bank, phone and/or mobile phone number, e-mail address.

Potential changes of these data should be notified to the editorial board.

By sending his/her manuscript, the author agrees with the provisions of the publishing contract provided at <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. The editorial board may explain those provisions and/or provide an English translation upon request. After the publishing of the manuscript the author will receive two copies of the publishing (copy-rights) contract and should return one signed copy as soon as possible.

Authors are **kindly requested to follow these guidelines**. Otherwise the publication of the manuscript might be rejected.

Manuscripts should be **sent in paper version accompanied by an electronic source**, such as DVD or USB key, at:

GV Založba, Ltd.
Likožarjeva ulica 3
SI-1000 Ljubljana
Slovenia

or electronically to: **pravnik@revija-pravnik.si**

For the Editorial Board
Editor in Chief
dr. Dragica Wedam Lukić



Pravnik