

SODELOVANJE REVIJE

P A M F I L S



PRAVNA OBZORJA



ASPECTUS

NOVA UNIVERZA

elsa

The European Law Students' Association

SLOVENIA

—
**IUSTO
IURE**
—

STUDETSKI SVET PRAVNE FAKULTETE
UNIVERZE V MARIBORU



KOLOFON

Revija PAMFIL; PRAVNA OBZORJA
junij 2022
ISSN 1318-606X

Odgovorni urednik:
Ana-Marija Rus

Uredniški odbor:
Patricija Glavica
Šejla Gutić
Matic Mlakar
Zarja Bregant

Oblikovanje:
Ana-Marija Rus
Matic Mlakar
Šejla Gutić

Naslov uredništva:
Revija Pamfil
Poljanski nasip 2
1000 Ljubljana

Vsi članki so dostopni na naši spletni strani **www.revijapamfil.si**.

Številka je bila izdana v sodelovanju z **ELSA Slovenija, Aspectus in Iusto Iure**.

Izdajo številke je omogočili: **Telekom Slovenija, Pravna praksa, Nlaw, Šelih in partnerji in Odvetniška družba Kavčič, Bračun in partnerji**.

VSEBINA

5 Uvodnik

Uredniški odbor

6 Opravičljivost dejanske zmote v sistemu mednarodne odgovornosti držav

Anže Mediževac

15 Pogodba o kandidaturi poslanca državnega zbora in varstvo reprezentativnega mandata

Kristina Krajnc

16 Relativni zmagovalec volitev = Mandatar? Slovenski ustavni običaj?

Nika Podakar

23 »Vladanje z odloki« kot kršitev načela vladavine prava

Mihailo Terzić

31 IQ testi pred sodišči: težave z ocenjevanjem inteligentnosti

Mark Jeršič

38 Oris pojma pravne dobrine v znanosti kazenskega prava

Timotej Obreza

45 Položaj kriptovalut v kazenskem pravu

Jelena Popović

UVODNIK

Nelson Mandela je nekoč rekel, da je znanje najmočnejše orožje, s katerim lahko spreminjamo svet, vendar pa je še pomembnejše, da to znanje delimo z drugimi. Ravno zato je tudi ELSA Slovenija organizirala t.i. konferenco študentov slovenskih pravnih fakultet z naslovom Pravna Obzorja in tako spodbudila študente prava k raziskovanju pava onkraj učnega načrta.

Plodove njihovega raziskovanja pa objavljamo v tej številki Pamfila, skupaj z Iusto Iure in Aspectus-om.

Uredništvo

OPRAVIČLJIVOST DEJANSKE ZMOTE V SISTEMU MEDNARODNE ODGOVORNOSTI DRŽAV

Anže Mediževac*

Jedro prispevka predstavlja analiza trenutno obstoječega sistema mednarodne odgovornosti držav za svoja protipravna ravnanja in vprašanje, kako (če sploh) bi v ta sistem lahko vključili dejansko zmoto kot okoliščino, ki bi izključila (in opravičila) odgovornost države za še vedno protipravno ravnanje – konkretno na primeru protipravne, zmotno uporabljene sile. Preko predstavitve primarnih in sekundarnih pravil mednarodnega prava in argumentov v podporo izključitvi odgovornosti držav za sicer protipravna ravnanja, ki pa utegnejo biti opravičena oziroma legitimna, raziskujem možnosti za vpeljavo dejanske zmote kot dodatnega razloga opravičljivosti. Poglaviten del razprave o uvedbi dejanske zmote kot razloga opravičljivosti pa predstavlja ocena smotrnosti in koristnosti takšne možnosti z vidika mednarodne skupnosti in mednarodnega miru in varnosti. Izsledki slednje ocene vodijo do zaključka, da predstavlja primarno pravilo prepovedi uporabe sile v mednarodnem pravu nekakšno Pandorino skrinjico.

Dejanska zmota in uporaba sile v mednarodnem pravu

Argument obstoja dejanske zmote v zavesti storilca je dobro poznan koncept v domačih kazensko-pravnih sistemih. V primeru, da je obstoj dejanske zmote pri storilcu potrjen in upošteven, se storilcu utegne opravičiti krivdo za izvršeno kaznivo dejanje, ki kot tako ohrani svojo protipravno dimenzijo.¹ Vprašanje, ki sledi, je, ali gre zaznati obstoj argumenta dejanske zmote tudi na mednarodni ravni, konkretnije v primeru uporabe sile ene države zoper drugo? Je takšen argument sploh mogoče umestiti v sistem mednarodne odgovornosti držav za (protipravna) ravnanja, ali pa morda obstajajo drugi razlogi v prid temu, da ne bi priznali ugovora dejanske zmote pri uporabi sile?

* Študent petega letnika Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.

¹ Ambrož, v: Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, Filipčič, KAZENSKO PRAVO (2017), str. 308-311.

Dilema vsekakor ni zgolj teoretična. Povsem mogoče si je predstavljati situacijo,² kjer ena država uporabi silo zoper drugo državo, katero bi prva utemeljila na podlagi 51. člena Ustanovne listine Organizacije združenih narodov (v nadaljevanju: OZN)³ oziroma 21. člena Členov o odgovornosti držav za mednarodna protipravna ravnanja.⁴ Če bi se prva država zares odzvala na oborožen napad s strani druge države, bi sklicevanje na pravico države do samoobrambe, ob upoštevanju vseh pogojev za zakonito samoobrambo, najverjetneje uspelo. Težavnejši je primer, ko bi prva država zmotno verjela, da je tarča napada druge države, in bi pod tem vtisom (dejansko prva) uporabila silo zoper drugo državo.⁵ Je uporaba sile prve države še vedno upravičena, torej zakonita, kljub temu da manjka resničen napad?

V prispevku naslavljam možnost obstoja argumenta opravičljive dejanske zmote znotraj sistema pravil o mednarodni odgovornosti držav – konkretno na primeru protipravne uporabe sile. Najprej na kratko opišem, kakšen je obstoječ sistem določb, ki urejajo področje mednarodne odgovornosti držav (za protipravna ravnanja), nato ilustrativno nadaljujem z umestitvijo pravil o samoobrambi kot okoliščine, ki upravičuje uporabo sile, v sistem mednarodne odgovornosti držav. Ključen del prispevka pa predstavlja kritična analiza smotnosti oziroma koristnosti vpeljave dejanske zmote kot okoliščine, ki bi opravičila odgovornost države za protipravno uporabo sile na mednarodni ravni.

Odgovornost držav za mednarodna protipravna ravnanja

Razlogovanje o mednarodni odgovornosti držav za svoja (protipravna) ravnanja praktično nujno vključuje upoštevanje dokumenta Komisije za mednarodno pravo (v nadaljevanju: KMP): Členi o odgovornosti držav za mednarodna protipravna ravnanja (v nadaljevanju: Členi). KMP je Osnutek členov o odgovornosti držav za mednarodna protipravna ravnanja predložila leta 2001 Generalni skupščini OZN,⁶ slednja pa je Osnutek sprejela kot aneks k Resoluciji 56/83 dne 12. decembra 2001. Kljub temu, da dokument spominja na mednarodno pogodbo, nima takšnega statusa, a uživa avtoritativno veljavo.⁷ Določbe predstavljajo kombinacijo opisovanja norm mednarodnega običajnega prava, del pa predstavlja progresiven razvoj

² Npr. na podlagi primera Aerial Incident of 3 July 1988 (IRN v. USA), URL: <<https://www.icj-cij.org/en/case/79>>.

³ Ustanovna listina Organizacije združenih narodov in Statut Meddržavnega sodišča, 2015, str. 22.

⁴ United Nations, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, URL: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf>.

⁵ Davis, Distinguishing Justifications from Excuses (2015), str. 11.

⁶ Türk, TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA (2018), str. 223-225.

⁷ Caron, THE ILC ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY (2002), str. 868.

mednarodnega prava s strani KMP.⁸ Členi torej predstavljajo mednarodnopravni okvir za presojo odgovornosti držav,⁹ vendar kot bo opisano v nadaljevanju, ta okvir ni povsem konsistenten.

V komentarju Členov je navedeno, da določbe Členov urejajo zgolj področje odgovornosti za ravnanje, ki je mednarodno protipravno.¹⁰ Poglavje o izključitvi protipravnosti tako vsebuje določbe glede okoliščin, ki naj izključijo protipravnost ravnanja države, v kolikor bi se država uspešno sklicevala na obstoj okoliščin – in s tem (tudi) njeno odgovornost. Presenetljivo pa lahko ugotovimo, kot navaja takratni Posebni poročevalec Crawford,¹¹ da zadevno poglavje mešano obravnava dve vrsti okoliščin: ene, ki zares izključujejo protipravnost za ravnanje (npr. koncept nuje v 25. členu) in ne protipravnosti same ter druge, ki izključujejo protipravnost dejanja kot tako (npr. samoobramba v 21. členu). Tukaj gre za mešanje dveh nivojev pravil mednarodnega prava, primarnih in sekundarnih.

Primarno pravilo nam pove, kakšna je v osnovi obveznost države: v primeru uporabe sile tako velja, da je prepovedana, npr. po 2. členu, 4. odstavku Ustanovne listine OZN. Hkrati tudi velja, da obstajajo izjeme, ko sila ni prepovedana: npr. pravica do samoobrambe države po 51. členu Listine. V tem primeru lahko govorimo o primarnem pravilu, z izjemo od tega pravila, izjemo od protipravnosti kot take. Protipravnost lahko namreč izključi le primarna norma. Na drugi strani pa obstajajo okoliščine, ki izključijo odgovornost države za protipravno ravnanje. To so sekundarna pravila glede odgovornosti držav. Slednja ne izključujejo protipravnosti, ampak odgovornost zanjo. Ideja mednarodnega prava odgovornosti držav je torej v tem, da predstavlja sekundarna pravila, pravila o izključevanju odgovornosti za protipravno ravnanje, ne opravičuje pa protipravnosti same.¹² Okoliščine, ki opravičujejo odgovornost za protipravnost – sekundarne norme ne morejo upravičiti protipravnosti kot take – slednjo možnost se pripisuje le primarnim normam.

Položaj dejanske zmote v pravu mednarodne odgovornosti držav

Dejansko zmoto, ki bi opravičila oziroma izključila odgovornost države za protipravno uporabo sile, lahko teoretično uvrstimo med sekundarna pravila mednarodnega prava o odgovornosti držav. Izmed vseh primarnih pravil, ki izključujejo protipravnost uporabe sile, dejanske zmote ni navedene. Če bi

8 Vidmar, *EXCUSING UNLAWFUL USE OF FORCE* (2014), str. 13.

9 Prav tam, str. 13.

10 Prav tam, str. 5.

11 Crawford, *Revising the Draft Articles on State Responsibility* (1999), str. 443-445.

12 Vidmar, *Excusing Unlawful Use of Force* (2014), str. 7, 13-14.

torej utemeljevali obstoj dejanske zmote – putativnega silobrana¹³ – na podlagi določenega vira mednarodnega prava, kot le-ti izhajajo iz 38. člena Statuta Meddržavnega sodišča v Haagu¹⁴ bi se na tej točki še vedno nahajali na področju sekundarnih pravil mednarodne odgovornosti držav. Protipravnost takšne uporabe sile ne bi bila izključena, kar bi drugi državi omogočalo zakonito sklicevanje na npr. 51. člen Ustanovne listine OZN. Uporaba sile druge države bi bila upravičena in protipravnosti ne bi bilo v razmerju do prve države. Prva država pa bi z uspešnim sklicevanjem na dejansko zmoto opravičila svojo mednarodno odgovornost za prvotno (v percipiranem napadu) uporabljenemu silo zoper drugo državo. Prva država ne bi bila mednarodno odgovorna za (še vedno) protipravno uporabo sile.

Takšna rešitev zagate se zdi vsaj na idejni ravni mogoča. Morda pomembnejše pa je vprašanje, ali bi bila smotrna in koristna z vidika mednarodne skupnosti in mednarodnega miru in varnosti?

Smotrnost vpeljave dejanske zmote kot sekundarnega pravila

Uporaba sile izven primarnih norm, ki bi jo upravičevala, je mednarodnopravno protipravno. Protipravnosti ne zmore izključiti pravilo sekundarnega ranga, torej odgovornosti držav za protipravnost. Ideja, da gre odgovornost za protipravnost ravnanja opravičiti, temelji na predpostavki, da je prvotna uporaba sile bila legitimna. Z argumenti, da bi lahko preko sekundarnih pravil o odgovornosti držav (kamor bi uvrstili tudi morebitno dejansko zmoto) na tak način naslovili uporabo sile, vstopamo v področje dihotomije med nezakonitim a legitimnim (angl. *illegal but legitimate*).¹⁵

Koncept nezakonito a legitimno temelji na prepričanju, da v določeni situaciji kršitev primarne norme mednarodnega prava predstavlja legitimno potezo in bi posledično utegnilo biti opravičeno. V osnovi protipravno ravnanje predstavlja »manjše zlo«. Zadevni koncept se povezuje z idejo (unilateralne) humanitarne intervencije – ravnanja države zoper drugo državo, ki je sicer protipravno po primarnih normah mednarodnega prava, a legitimno z vidika drugih pomislekov in posledično opravičeno. V teoriji se v prid takšnemu razlogovanju navajata primera

13 Davis, *Distinguishing Justifications from Excuses* (2015), str. 11.

14 Npr. običajno pravo, splošna pravna načela: Ustanovna listina Organizacije združenih narodov in Statut Meddržavnega sodišča, 2015, str. 59-60.

15 Roberts, v: Alston, Macdonald (ur.), *HUMAN RIGHTS, INTERVENTION, AND THE USE OF FORCE* (2008), str. 205; Vidmar, *Excusing Unlawful Use of Force* (2014), str. 13.

Kosova¹⁶ in Bangladeša.¹⁷ Intervencijo organizacije NATO na Kosovu leta 1999 in intervencijo Indije v primeru današnjega Bangladeša leta 1971¹⁸ omenjajo nekateri avtorji¹⁹ v svojih razpravah kot primera, kjer naj bi mednarodna skupnost pripoznala legitimnost ravnanj države kljub temu, da so bila v osnovi protipravna na podlagi opravičljivega legitimnega humanitarnega cilja.

Takšno opravičevanje uporabe sile kot »manjšega zla« in posledično izključevanje odgovornosti držav za protipravno uporabo sile ostaja, ne glede na vse, nehvaležno in nevarno početje. Pri utemeljevanju in ugotavljanju, ali je res v določeni situaciji prisotno »manjše zlo« (kar bi vključevalo tudi dejansko zmoto kot idejo »manjšega zla«), naletimo na dve ključni oviri. Prva ovira, kot pravi Sloane,²⁰ je v tem, da v mednarodni skupnosti ne obstaja (univerzalen – dodal A. M.) sistem, preko katerega bi lahko (kadarkoli – dodal A. M.) presojali, ali je neko ravnanje zares manjše zlo, podobno kot to počnejo nacionalna sodišča v kazenskih zadevah. Druga ovira, morda še pomembnejša, je, da so v mednarodnem sistemu države tiste, ki hkrati pravila mednarodnega prava izvajajo in jih ustvarjajo.²¹ Dejavnost države je tako tudi pravotvorna, usmerjena v naprej. V nadaljevanju na kratko naslavljam oba pomisleka.

Pristojnost odločati o »manjšem zlu«

Struktura mednarodnega prava in organizacija mednarodne skupnosti ne določata, kateri subjekt uživa pravico oziroma pristojnost, da bi v vsakokratni situaciji vedno in brez omejitev avtoritativno določil, katero ravnanje predstavlja »manjše zlo«. Kako potem utemeljiti, da je določena okoliščina, ki bi lahko opravičila odgovornost države za kršitev primarne norme mednarodnega prava, legitimna in opravičljiva? Vsaj v primeru Kosova in Bangladeša se omenjata možnost glasovanja v organih in telesih Združenih narodov ter akt priznanja novonastale države kot sredstvi za ugotavljanje manjšega zla. Vidmar npr. navaja, da utegne glede situacije na Kosovu Resolucija 1244²² nuditi podlago za domnevo, da je z njo mednarodna skupnost

16 Vidmar, *Excusing Unlawful Use of Force* (2014), str. 18.

17 Franck, Rodley, *After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force*, str. 290.

18 Navine, *India's Role in Bangladesh's War of Independence: Humanitarianism or Self-Interest?*, str. 53; Vidmar, *Excusing Unlawful Use of Force* (2014), str. 24.

19 Davis, *Distinguishing Justifications from Excuses* (2015), str. 10.

20 Sloane, *On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility* (2012), str. 480-481.

21 Vidmar, *Excusing Unlawful Use of Force* (2014), str. 11.

22 Varnostni svet Organizacije združenih narodov, Resolucija 1244 (1999), URL: <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/990610_SCR1244%281999%29.pdf>.

sprejela (opravičila) protipravno uporabo sile s strani organizacije NATO, saj v Resoluciji sami ni moč najti sklicevanja na primarno normo, ki bi upravičila uporabo sile, hkrati pa Resolucija sprejema nastalo situacijo. Podobno naj bi veljalo za primer Bangladeša, kjer naj bi mednarodna skupnost sprejela rezultat indijske protipravne uporabe sile kot manjše zlo (tudi) preko priznanja državnosti Bangladeša in glasovanja v primeru članstva Bangladeša v OZN.²³ Nasprotno pa naj mednarodna skupnost ne bi pripoznala dovoljšnje legitimnosti pri humanitarnih argumentih Rusije za priključitev Krima. Skladno z zgoraj omenjenim razlogovanjem bi bilo mogoče zaključiti, da v primeru Rusije protipravna uporaba sile ni bila »manjše zlo«.²⁴

Argumentacija, da bi države članice OZN same izvajale nadzor nad legitimnostjo in ugotavljale, katero ravnanje predstavlja manjše zlo, privabi zanimanje. Ključen element Sloanovega razlogovanja prepoznavam v tem, da na nacionalni ravni obstaja dobro delujoč sodni sistem, ki je avtoritativen in odloča sodno, skladno z vnaprej določenimi pravili in standardi ter s poudarkom na strokovnosti. Glasovanje držav članic OZN v telesih in organih OZN pa odraža različne nagibe in motive za odločanje. Bojim se, da ne bi bilo zares povsem smotno prepustiti odločanje o obstoju okoliščin, ki bi izključile odgovornost države za protipravno ravnanje, včasih politično obarvanemu in morda manj strukturiranemu in sistematiziranemu odločanju držav. Dokler v sistemu mednarodnega prava manjka akter, ki bi vedno lahko sistematično, strokovno in neodvisno presojal vidike obstoja manjšega zla, je pomislek o uvedbi ideje »manjšega zla« (oziroma koncepta nezakonito a legitimno) morda vseeno upravičen.

V zvezi z rezultati glasovanja in s priznanji držav članic OZN bi bilo mogoče bolje govoriti kot o »odpovedi« nadaljnjemu nasprotovanju protipravni uporabi sile in ne na način, da bi glasovanja in priznanja utegnila opravičiti protipravno ravnanje na podlagi ideje o legitimnosti. Ideja o odpovedi aktu nasprotovanja v primerih Bangladeša in Kosova tako lahko pomeni, da so se države odpovedale nasprotovanju kršitvi določbe o prepovedi uporabe sile – kršitve kot take pa niso opravičile. K nenaspotovanju je torej lahko prispeval marsikater pomislek in ne le prepoznavna »manjšega zla«.

Države kot ustvarjalke mednarodnega prava

Države same hkrati izvajajo, razlagajo in ustvarjajo pravila mednarodnega prava.

23 Vidmar, *Excusing Unlawful Use of Force* (2014), str. 24-26; Davis, *Distinguishing Justifications from Excuses* (2015), str. 10.

24 Davis, *Distinguishing Justifications from Excuses* (2015), str. 10.

Obstaja resna bojazen, da bi večkratna in konstantna kršitev primarne norme mednarodnega prava, ob tihem pristanku in odsotnosti nasprotovanja drugih držav, vzpostavila novo primarno pravilo preko običajnega prava.²⁵ Uporaba sile v določenih situacijah s strani držav torej utegne spremeniti razumevanje tega, kaj je protipravno in kaj ne. Dejstvo, da v primeru ravnanj organizacije NATO države niso povsem izrazile svojega nasprotovanja uporabi sile, je privedlo do vprašanja, ali je morda unilateralna humanitarna intervencija zakonita po primarnem pravu?²⁶ Tako bi poleg pravice do samoobrambe iz 51. člena Ustanovne listine OZN, avtorizacije Varnostnega sveta OZN po VII. Poglavju Ustanovne listine OZN ter situacije izvrševanja pravice do samoodločbe naroda (v načeloma dekolonizacijskem kontekstu) na novo obstajala še dodatna izjema, kjer bi uporaba sile bila upravičena – (unilateralna) humanitarna intervencija. Prepoved uporabe sile iz 2. člena, 4. odstavka Ustanovne listine OZN, bi bila dodatno relativizirana.

Podobno velja tudi za razmišljanja o uvedbi dejanske zmote kot razloga, ki bi izključeval odgovornost za uporabo sile. Meja med tem,²⁷ kaj je primarna norma in kaj sekundarna norma, ki ureja način, kako država odgovarja za svoja ravnanja, je včasih dokaj porozna. Dilema, ali se zavzemati za uvedbo možnosti sklicevanja na dejansko zmoto, še posebej v luči zgornjega argumenta odsotnosti akterja, ki bi tehtal in ugotavljal (ne)obstoj »manjšega zla«, ni enostavna. Mogoče si je zamisliti, da bi opcija sklicevanja na dejansko zmoto, ki naj bi po svoji naravi predstavljala izjemo od odgovornosti države za še vedno protipravno uporabo sile, kmalu našla pot med primarna pravila mednarodnega prava, torej med razloge upravičljivosti – na podlagi podobne argumentacije kot pri unilateralni humanitarni intervenciji: odsotnost nasprotovanja sami uporabi sile (čeprav tukaj v primeru zmote). Tako bi se tudi v primeru dejanske zmote pri uporabi sile postopoma utegnilo spremeniti razumevanje, kaj je že v osnovi protipravno in kaj ne. Samo zamislimo si lahko mednarodnopravni režim prepovedi uporabe sile, kjer bi države upravičeno smele ravnati s silo na podlagi zmotnega razumevanja določene situacije.

Zaključek: Pandorina skrinjica o prepovedi uporabe sile

V prispevku poskušam strnjeno raziskati, kakšno mesto (če sploh) bi uživala dejanska zmota kot okoliščina, ki bi izključila odgovornost države – konkretno na primeru protipravne uporabe sile v putativni samoobrambi. Ugotavljam, da trenutno obstoječ sistem norm, ki loči primarne in sekundarne norme mednarodnega prava,

25 Roberts, v: Alston, Macdonald (ur.), HUMAN RIGHTS, INTERVENTION, AND THE USE OF FORCE (2008), str. 197-198.

26 Prav tam, str. 198.

27 Prav tam, str. 197-198.

na teoretični ravni dopušča vpeljavo dejanske zmote kot opravičljive okoliščine. Kot sekundarno pravilo – razlog opravičljivosti – bi dejanska zmeta lahko soobstajala z ostalimi okoliščinami, ki izključujejo odgovornost države za mednarodna protipravna ravnanja po Členih o odgovornosti držav za mednarodna protipravna ravnanja. Na vsak način pa bi bilo potrebno utemeljiti mednarodnopravno naravo in mesto dejanske zmote v sistemu mednarodne odgovornosti držav: bodisi v obliki pravila običajnega prava bodisi kot splošno pravno načelo.²⁸

Če pa možnost vpeljave dejanske zmote v sistem mednarodne odgovornosti držav presojava z vidika smotrnosti in koristnosti za mednarodno skupnost in predvsem za mednarodni mir in varnost, je rezultat takšne presoje malenkost drugačen. Dejstvo je, da so države že sedaj izjemno kreativne pri razlagi pravil o uporabi sile.²⁹ Vprašanje ostaja, ali je smotrno in koristno vpeljati dodaten koncept, ki bi državam še olajšal svojo obrambo³⁰ v primeru protipravne uporabe sile. Osebn nisem popolnoma prepričan v blagodejnost takšne vpeljave z vidika mednarodnega miru in varnosti. Zdi se, da je primarno pravilo o prepovedi uporabe sile, kot izhaja npr. iz 2. člena, 4. odstavka Ustanovne listine OZN, nekakšna pandorina skrinjica. Predvsem v luči argumentov, ki poskušajo utemeljiti upravičljivost unilateralne humanitarne intervencije, gre ugotoviti, da bi v določenih primerih bilo bolje za mednarodni mir in varnost, v kolikor se te Pandorine skrinjice o prepovedi uporabe sile ne bi odpiralo. Menim, da to utegne veljati tudi za dejansko zmoto kot okoliščino, ki bi opravičevala države in tako izključevala odgovornost za protipravno uporabo sile v percipiranem napadu.

28 38. člen Statuta: Ustanovna listina Organizacije združenih narodov in Statut Meddržavnega sodišča, 2015, str. 59-60.

29 Vidmar, *Excusing Unlawful Use of Force* (2014), str. 10.

30 Prav tam, str. 11.

SEZNAM LITERATURE

Bavcon, Ljubo; Šelih, Alenka; Korošec, Damjan; Ambrož, Matjaž; Filipčič, Katja: KAZENSKO PRAVO, Uradni list RS, Ljubljana 2017.

Caron, David D.: The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority, v: AJIL, 96 (2002), str. 868.

Crawford, James: Revising the Draft Articles on State Responsibility, v: EJIL (1999) št. 2, str. 443-445.

Davis, Naomi: Distinguishing Justifications from Excuses within the International Law Commissions Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) and whether there would be value in such a distinction, Bangor University, 2015, str. 10-11.

Franck, Thomas M.; Rodley, Nigel S.: After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force, v: AJIL (1973) št. 67, str. 290.

International Court of Justice, Aerial Incident of 3 July 1988 (Islamic Republic of Iran v. United States of America), URL: <<https://www.icj-cij.org/en/case/79>> (14. april 2022).

Murshid, Navide: India's Role in Bangladesh's War of Independence: Humanitarianism or Self-Interest?, v: Economic and Political Weekly (2011) št. 46, str. 53.

Roberts, Anthea; Alston, P.; Macdonald, E. (urednika): HUMAN RIGHTS, INTERVENTION, AND THE USE OF FORCE, Oxford University Press, Oxford 2008.

Sloane, Robert D.: On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility, v: AJIL (2012) št. 106, str. 480-481.

Türk, Danilo: TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA (2. pregledana in dopolnjena izdaja), Lexpera & GV Založba, Ljubljana 2018.

United Nations, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, URL:<https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf> (14. april 2022).

Varnostni svet Organizacije združenih narodov, Resolucija 1244 (1999), URL:<https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/990610_SCR1244%281999%29.pdf> (14. april 2022).

Vidmar, Jure: Excusing Unlawful Use of Force under the Law of State Responsibility, Draft Paper Presented at Harvard Law School, Human Rights Program, 2014, str. 5, 7, 10-11, 13-14, 18, 24-26.

POGODBA O KANDIDATI POSLANCA DRŽAVNEGA ZBORA IN VARSTVO REPREZENTATIVNEGA MANDATA*

Kristina Krajnc**

Pogosto slišimo, da v Sloveniji vlada strankokracija kot splošni očitak preveliki moči političnih strank pri izvolitvi in delu poslancev Državnega zbora. Moč političnih strank se kaže predvsem pri določitvi kandidatov njene liste in razporeditvi kandidatov po volilnih okrajih, kar pomembno vpliva na možnosti izvolitve posameznika. Prav tako pa lahko govorimo o bolj ali manj formalnih poskusih vplivanja na delo poslanca po nastopu njihovega mandata. Primer formalnega urejanja razmerja med politično stranko in poslancem je sklepanje civilnih pogodb o kandidaturi, ki ne urejajo le pravic in obveznosti pred izvolitvijo, temveč tudi po njej.

V tem prispevku bodo z vidika nedavne odločbe slovenskega Vrhovnega sodišča predstavljene meje takšnega pogodbenega urejanja z namenom varstva reprezentativnega mandata poslancev.

* Pričujoči članek je prilagojena verzija zmagovalnega članka na konferenci Pravna obzorja 2022 v organizaciji društva ELSA Slovenija. Celoten članek si lahko preberete v Pravni praksi.

** Študentka četrtega letnika Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.

RELATIVNI ZMAGOVALEC VOLITEV = MANDATAR? SLOVENSKI USTAVNI OBIČAJ?

Nika Podakar

Predsednik republike Pahor je razpisal državnozborske volitve za leto 2022 in navedel, da bo kot kandidata za predsednika vlade predlagal tistega, ki bo užival zadostno podporo. Gre za odklon od doseganje prakse, ko je predsednik republike kot kandidata za mandatarja imenoval relativnega zmagovalca volitev. Določba 111. člena URS pa ne vsebuje takšne zahteve, zato je na mestu vprašanje, ali gre za ustavni običaj.

Državnozborske volitev so pred vrati in večina javnosti se ta trenutek ukvarja z vprašanjem volitev. Le redki pa se vprašajo, kaj nam bo prinesel »povolilni ponedeljek«. Odprto namreč ostaja, koga bo predsednik republike imenoval kot kandidata z mandatom za sestavo vlade.

Predsednik Republike Slovenije Borut Pahor je državnozborske volitve razpisal za nedeljo, 24. aprila 2022.¹ Hkrati pa je predsednik Pahor pojasnil, da bo v skladu s svojimi ustavnimi pristojnostmi, kot kandidata za predsednika vlade predlagal tistega, ki bo užival zadostno podporo 46 poslanskih glasov. Predsednik republike bo pred podelitvijo mandata za sestavo vlade vodje poslanskih skupin pozval, naj ustrezno podporo posameznemu kandidatu izkažejo s podpisi poslancev. Ob tem je poudaril, da se zaveda, da gre za dotlej neobičajno zahtevo v slovenskem ustavnem redu. Dodatno je pojasnil še, da bo v primeru odsotnosti nedvomne podpore morebitnemu kandidatu, možnosti sestave vlade zaupal predsedniku stranke, ki je iz volitev izšla kot relativna zmagovalka.²

* Študentka četrtega letnika Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.

** Prispevek je bil napisan in predstavljen na študentski konferenci Pravna obzorja pred državnozborskimi volitvami 2022.

1 Odlok o razpisu rednih volitev v državni zbor, Uradni list RS, št. 16/2022 z dne 9. 2. 2022.

2 A. S., T. K. B., Pahor podpisal odlok o razpisu volitev in razložil, komu bo podelil mandat za sestavo vlade, URL: <<https://www.rtvsllo.si/slovenija/pahor-podpisal-odlok-o-razpisu-volitev-in-razlozil-komu-bo-podelil-mandat-za-sestavu-vlade/611714>>.

Imenovanje kandidata za mesto mandatarja v slovenskem pravnem redu

Za Slovenijo je značilen unikaten dvostopenjski sistem oblikovanja vlade, pri čemer državni zbor najprej izvoli predsednika vlade, v posebnem glasovanju nato še ministre.³ Predsednik vlade tako svoj mandat dobi od državnega zbora in ne od šefa države, kot je značilno za klasični parlamentarni model.⁴ Temeljna zamisel procesa oblikovanja vlade značilnega za Slovenijo leži v okrepitvi položaja predsednika vlade. Ker ga voli državni zbor, mu je dana tudi višja stopnja legitimnosti.⁵ Doslej se je večina pravnih strokovnjakov ukvarjala z drugo fazo oblikovanja vlade, torej z izvolitvijo ministrov, medtem ko so problematike, ki izhajajo iz prve faze, ostale relativno nedotaknjene.

Določba 111. člena Ustave Republike Slovenije (v nadaljevanju: URS) v zvezi z imenovanjem kandidata za predsednika vlade določa največ tri kroge glasovanj. V prvem krogu je predsednik republike edini upravičeni predlagatelj kandidata za mesto mandatarja, medtem ko je v drugem in tretjem krogu le eden izmed možnih predlagateljev.⁶ Prvi odstavek 111. člena URS predsedniku republike nalaga, da v prvem krogu na podlagi posvetovanja z vodji poslanskih skupin državnemu zboru predlaga kandidata za predsednika vlade. Določba 225. člena Poslovnika državnega zbora dodaja še, da mora predsednik republike kandidata imenovati v roku 30 dni, šteto od konstituiranja državnega zbora.

Ustavna določba je jasna, pristojnost predlagati kandidata za mesto mandatarja v prvem krogu leži na ramenih predsednika republike. Bistveno manj pa je jasno, *koga* naj predsednik republike sploh predlaga, saj je formalno vezan le na opravo posveta z vodji poslanskih skupin.⁷ Ker je vlada odvisna od večinske podpore v državnem zboru, mora predsednik republike pri izbiri kandidata zagotovo upoštevati izid volitev ter razmerje sil v državnem zboru.⁸ V slovenskem pravnem redu velja, da predsednik republike ni pravno vezan na izid volitev v smislu, da

3 Grad, Ustavna sprememba glede oblikovanja vlade ne bo ničesar rešila (2012), str. 6.

4 Grad, Državni zbor in oblikovanje vlade (2012), str. 1114., Grad, Predsednik vlade in ministri (2002), str. 1260.

5 Grad, Ustavna sprememba glede oblikovanja vlade ne bo ničesar rešila (2012), str. 6.

6 111. člen Ustave Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99, 75/16 – UZ70a in 92/21 – UZ62a), Ribarič, Odnos med predsednikom republike Slovenije in vlado, URL: <<https://www.bivsi-predsednik.si/up-rs/1992-2002/mk.nsf/3d3dc46d8a26fe27c125678d00365e48/54a5db0ef1ad5931c125678d-0064f2b2?OpenDocument>>.

7 Virant, Komentar, URL: <<https://e-kurs.si/komentar/komentar-36/>>.

8 Kaučič, Pristojnosti predsednika republike pri oblikovanju vlade (2012), str. 1125.

bi imel dolžnost za kandidata predlagati relativnega zmagovalca volitev,⁹ kakor to zahteva pravni red v nekaterih državah npr. v Grčiji, Romuniji in Bolgariji.¹⁰ Tem bolj raznovrsten in razdrobljen je povolilni politični prostor, tem večjo povezovalno in posreduvalno vlogo ima predsednik republike, saj mora skrbno izbrati kandidata za mesto mandatarja, ki je sposoben zbrati zadostno podporo v državnem zboru.¹¹ Načeloma velja, da lahko predsednik republike za mandatarja predlaga kogarkoli, za katerega meni, da uživa zadostno podporo v državnem zboru. Namen posvetovanj z vodji poslanskih skupin je, da predsednik republike ugotovi, kdo (praviloma gre za predsednike parlamentarnih strank) uživa zadostno podporo med poslanci, tako da bi njegova morebitna kandidatura tudi uspela.¹² Glasovanje poslancev pri volitvah predsednika vlade je tajno.¹³ Takšen način glasovanja naj bi pomenil garancijo, da gre za resnično svoboden izraz volje poslancev.¹⁴

Pregled dosedanjih postopkov prvega koraka oblikovanja vlade

Aprilske volitve bodo devete državnozborske volitve v samostojni Sloveniji.¹⁵ Kljub pravni nevezanosti glede imenovanja kandidata, se je predsednik republike v vseh osmih dosedanjih primerih, ko se je vlada oblikovala po izvolitvi nove sestave državnega zbora, odločil, da bo za mandatarja v prvem krogu predlagal predsednika stranke, ki je iz volitev izšla kot relativna zmagovalka. Načeloma velja, da bo 46 poslanskih glasov najlažje zbral relativni zmagovalec volitev, saj ima največ poslanskih sedežev. Vendar to načelo ni absolutno.

V zadnjih 30 letih kar dvakrat relativnima zmagovalcema volitev ni uspelo pridobiti večinske podpore v državnem zboru. Leta 2011 relativni zmagovalec na glasovanju v državnem zboru ni zbral zadosti glasov podpore, podprlo ga je namreč zgolj 42 poslancev.¹⁶ Medtem pa je leta 2018 relativni zmagovalec zavrnil soglasje k

9 Ribarič, Odnos med predsednikom republike Slovenije in vlado, URL: <<https://www.biv-si-predsednik.si/up-rs/1992-2002/mk.nsf/3d3dc46d8a26fe27c125678d00365e48/54a5db0ef1ad-5931c125678d0064f2b2?OpenDocument>>.

10 Avbelj et al. KOMENTAR USTAVE REPUBLIKE SLOVENIJE (2019), str. 221.

11 Ribarič, Odnos med predsednikom republike Slovenije in vlado, URL: <<https://www.biv-si-predsednik.si/up-rs/1992-2002/mk.nsf/3d3dc46d8a26fe27c125678d00365e48/54a5db0ef1ad-5931c125678d0064f2b2?OpenDocument>>; Kaučič, Pristojnosti predsednika republike pri oblikovanju vlade (2012), str. 1125.

12 Avbelj et al. KOMENTAR USTAVE REPUBLIKE SLOVENIJE (2019), str. 221.

13 Drugi odstavek 111. člena URS.

14 Avbelj et al. KOMENTAR USTAVE REPUBLIKE SLOVENIJE (2019), str. 222.

15 Državnozborske volitev so do sedaj potekale v letih: 1992, 1996, 2000, 2004, 2008, 2011, 2014, 2018.

16 A. Ž., Kolednik, Masten, Mavsar, Janković padel. Podprlo ga je le 42 poslancev, URL: <<https://www.rtv slo.si/slovenija/jankovic-padel-podprlo-ga-je-le-42-poslancev/274506>>.

predlogu predsednika republike, da ga imenuje za kandidata. V slednjem primeru predsednik republike v prvem krogu nato sploh ni imenoval svojega kandidata za mesto mandatarja.¹⁷ Zanimivo je, da je v obeh primerih predsednik vlade v naslednjih krogih glasovanj postal predsednik na volitvah drugo uvrščene stranke. Dodatna zanimivost je še, da sta bili obe tako oblikovani vladi le kratkega roka, naslednjo vlado pa je oblikoval predsednik oziroma predsednica stranke, ki v času neposredno po volitvah ni zbral ustrezne podpore za izvolitev na funkcijo predsednika vlade.

Po besedah predsednika republike, bo kandidat za mandatarja po aprilskih volitvah tisti, ki bo sposoben izkazati zadostno podporo. Gre za razliko od besed predsednika Pahorja pred državnoborskimi volitvami leta 2018, ko je navedel, da bo kot kandidata za predsednika vlade predlagal predsednika stranke, ki bo relativna zmagovalka volitev.¹⁸ Ker je predsednik republike v vseh osmih dosedanjih primerih, kot kandidata za mandatarja predlagal oz. v primeru iz leta 2018 vsaj želel predlagati relativnega zmagovalca volitev, je na mestu vprašanje, ali to predstavlja ustavni običaj.

Imenovanje relativnega zmagovalca volitev za mandatarskega kandidata kot ustavni običaj

Običaj predstavlja ponavljajoče se ravnanje, za katerega je značilno, da traja daljše časovne obdobje. Posledično se pri članih skupnosti oblikuje občutek, da je takšno ravnanje obvezno.¹⁹ Če gre za ravnanje s področja ustavnega prava, ki pa ni zapisano v ustavi, gre za ustavni običaj.²⁰ Tudi Kelsen je v svoji teoriji poudarjal, da mora ustavni običaj naprej vzpostaviti dejavno ravnanje relevantnih oseb, slednje pa morajo nato imeti še zavest, da so zavezane k ravnanju, čeprav ga pozitivno pravo ne predpisuje.²¹ Pravna teorija ustavnemu običaju torej pripisuje tri elemente; i) ravnanje ni zapisano v ustavi, ii) gre za ponavljajoče se ravnanje, ki traja daljše časovno obdobje in iii) obstaja občutek, da je takšno ravnanje obvezno.

Analiza 111. člena URS daje jasen izsledek, da določba predsedniku republike ne

17 STA // A.K. / N.P., Janša ni sprejel mandatarstva, Židan zanj pravi, da žanje, kar je sejal v preteklosti, URL: <<https://www.24ur.com/novice/slovenija/jansa-se-mora-odlociti.html>>.

18 G. K., G. C., Pahor: Prav in pošteno je, da zmagovalec prvi poskusi sestaviti vlado, URL: <<https://www.rtvsl.si/slovenija/grem-volit/pahor-prav-in-posteno-je-da-zmagovalec-prvi-posku-si-sestaviti-vlado/456965>>.

19 Accetto et al. PRAVNI TERMINOLOŠKI SLOVAR (2019).

20 Prav tam.

21 Maher, G. Custom and Constitutions, URL: <<https://doi.org/10.1093/ojls/1.2.167>> str. 170.

nalaga, da bi kot kandidata za mandatarja moral imenovati relativnega zmagovalca volitev. Možna je sicer razlaga, da naj predsednik republike kot kandidata predlaga tistega, ki bo sposoben zbrati zadostno podporo v državnem zboru. Navadno bo to relativni zmagovalec volitev, saj bo prinesel največ glasov podpore iz naslova poslancev svoje stranke. Vendar temu ni vedno tako. Če je razlika med številom poslanskih mandatov prvo in drugo uvrščene stranke minimalno (npr. 1), potem predsednik drugouvrščene stranke ne bo imel bistveno večjih težav pri zbiranju zadostne podpore, kot predsednik prvouvrščene stranke. Da relativni zmagovalec volitev nima vedno najboljših možnosti pri zbiranju zadostne podpore v državne zboru nas uči tudi primera iz leta 2011 in 2018. Določba 111. člena URS torej predsednika republike ne zavezuje, da bi kot kandidata za mandatarja v prvem krogu moral imenovati relativnega zmagovalca volitev.

Ali gre pri imenovanju relativnega zmagovalca kot kandidata za mesto predsednika vlade za ponavljajoče dejanje, ki traja daljše časovno obdobje, je zaradi relativno kratke zgodovine slovenske ustave dokaj nevhvaležno vprašanje. Menim, da osemkratna ponovitev pomeni zadostno količino, da ravnanje lahko označimo za ponavljajoče. Bolj sporno je, ali lahko 30-letno tradicijo izvrševanja takšnega ravnanja označimo za ravnanje, ki traja daljše časovno obdobje. V primerjavi z državami, ki imajo bogato stoletno ustavno tradicijo, zagotovo ne. Pa, vendar, v času od slovenske osamosvojitve je bilo razpisanih 8 državnozborskih volitev in prav po vsakih je predsednik republike kot kandidata za mandatarja imenoval relativnega zmagovalca. Ravnanje ravno nima stoletne tradicije, je pa bilo izvršeno v vseh do sedaj možnih primerih. Prav zato je po mojem mnenju tudi element daljšega trajanja v času izpolnjen.

Občutek predsednika republike, da je obvezan kot kandidata za mandatarja imenovati prav relativnega zmagovalca volitev, je vse do letos obstajal. Ne samo, da je bilo to ravnanje kar osemkrat izvršeno, temveč je na zadnjih državnozborskih volitvah leta 2018 sam predsednik republike že pred volitvami navedel, da bo kot kandidata za predsednika vlade imenoval relativnega zmagovalca. V tem času se je predsednik republike očitno čutil obvezanega, da prav predsednika zmagovalne stranke imenuje kot kandidata za mandatarja, čeprav je bilo leta 2018 zaradi predvolilnih izjav že na dan volitev jasno, da bo relativni zmagovalec le stežka zbral potrebnih 46 glasov. A predsednik republike ga je kljub temu želel predlagati kot kandidata za mandatarja. Seveda so letošnje izjave predsednika Pahorja, izpolnjevanje elementa zavesti o obveznosti ravnanja nekoliko ošibile.

V sedmih od osmih primerov je predsednik republike kot kandidata za predsednika

vlade v prvem krogu v sedmih primerih predlagal relativnega zmagovalca volitev. V preostalem primeru je to nameraval storiti, a kandidat ni soglašal. Čeprav takšno ravnanje ni zapisano v določbi 111. člena URS gre za ponavljajoče ravnanje, ki traja že vse od prvih državnozborskih volitev v samostojni Sloveniji. Polega tega je vsaj do letos predsednik republike imel zavest, da je takšno ravnanje obvezno. Na podlagi predstavljenega je mogoče zaključiti, da predsednik republike kot kandidata za predsednika vlade v prvem krogu vedno predlaga relativnega zmagovalca volitev. Takšna praksa pa predstavlja slovenski ustavni običaj.

SEZNAM LITERATURE

Accetto, Matej, et al. PRAVNI TERMINOLOŠKI SLOVAR, Založba ZRC, Ljubljana 2019.

Avbelj, Matej, et al.: KOMENTAR USTAVE REPUBLIKE SLOVENIJE, Nova univerza, Evropska pravna fakulteta, Nova Gorica 2019.

G. K., G. C.: Pahor: Prav in pošteno je, da zmagovalec prvi poskusi sestaviti vlado, URL: <<https://www.rtv slo.si/slovenija/grem-volit/pahor-prav-in-posteno-je-da-zmagovalec-prvi-poskusi-sestaviti-vlado/456965>> (30. marec 2022).

Grad, Franc: Državni zbor in oblikovanje vlade, v: Podjetje in delo (2012), št. 6-7, str. 1114.

Grad, Franc: Predsednik vlade in ministri, v: Podjetje in delo (2002), št. 6-7, str. 1260.

Grad, Franc: Ustavna sprememba glede oblikovanja vlade ne bo ničesar rešila, v: Pravna praksa (2012), št. 24-25, str. 6.

Kaučič, Igor: Pristojnosti predsednika republike pri oblikovanju vlade, v: Podjetje in delo (2012), št. 6-7, str. 1125.

Maher, G. Custom and Constitutions, URL: <<https://doi.org/10.1093/ojls/1.2.167>> (30. marec 2022).

Ribarič, Miha: Odnos med predsednikom republike Slovenije in vlado, URL: <<https://www.bivsi-predsednik.si/up-rs>> (20. februar 2022).

STA//A.K./N.P.: Janša ni sprejel mandatarstva, Židan zanj pravi, da žanje, kar je sejal v preteklosti, URL: <<https://www.24ur.com/novice/slovenija/jansa-se-mora-odlociti.html>> (30. marec 2022).

S., T. K. B.: Pahor podpisal odlok o razpisu volitev in razložil, komu bo podelil mandat za sestavo vlade, URL: <<https://www.rtv slo.si/slovenija/pahor-podpisal-odlok-o-razpisu-volitev-in-razlozil-komu-bo-podelil-mandat-za-sestavo-vlade/611714>> (30. marec 2022).

Virant, Gregor: Komentar, URL: <<https://e-kurs.si/komentar/komentar-36/>> (30. marec 2022).

Ž., Kolednik, Aleksander, Masten, Aljoša, Mavsar, Ana: Janković padel. Podprlo ga je le 42 poslancev, URL: <<https://www.rtv slo.si/slovenija/jankovic-padel-podprlo-ga-je-le-42-poslancev/274506>> (30. marec 2022).

»VLADANJE Z ODLOKI« KOT KRŠITEV NAČELA VLADAVINE PRAVA

Mihailo Terzić*

V prispevku obravnavam podzakonsko urejanje družbenih razmerij v luči načela vladavine prava. Sprašujem se, ali v času epidemije vladanje z odloki krši načelo vladavine prava. Moj odgovor je pritrdilen. To stališče utemeljujem tako, da vzamem pod drobnogled konkretne odloke v času epidemije in odločbo Ustavnega sodišča Republike Slovenije, ki je te odloke razveljavila.

Uvod

Dve leti trajajoča epidemija bolezni Covid-19 je sodobne države in njihove vlade postavila pred mnoge izzive. Nekateri govorijo celo o novi, (post) koronski resničnosti. Ta nova resničnost je pričakovano pritegnila tudi pozornost družboslovcev in drugih strokovnjakov, ki jo razumejo in razlagajo na različne načine ter iz različnih zornih kotov: filozofskega, sociološkega, psihološkega, zgodovinskega, medicinskega in drugih. V prispevku se bom osredotočil na pravni vidik problema, oziroma natančneje na vprašanje, ali je omejevanje nekaterih pravic z vladnimi odloki v Republiki Sloveniji v času trajanja epidemije (bilo) v skladu z načelom zakonitosti, ali pa je nasprotno prišlo do kršitev tega načela; v slednjem primeru, zlasti če so te kršitve prekoračile določeno mejo dopustnega, lahko govorimo o kršitvi načela vladavine prava. Moja teza je, da je bilo tovrstnih kršitev toliko, da je bilo načelo vladavine prava kršeno.

Parlamentarizem kot sistem državne oblasti

Za parlamentarni sistem državne oblasti, kot ga pozna tudi Republika Slovenija, je značilno, da je zakonodajno telo demokratično izvoljeno, medtem ko je vlada (kot nosilka izvršilno-upravne oblasti) vseskozi odvisna od zaupanja parlamenta. Parlament je tisti, ki sprejema zakon, proračun in določa politiko, ki naj jo vlada

* Študent drugega letnika Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.

izpeljuje. Vlada je na te odločitve vezana in jih je zavezana uresničevati.¹ V primeru samovolje vlade ima parlament v rokah institut konstruktivne nezaupnice.² Drugače je recimo v predsedniškem sistemu (predstavnice katerega so ZDA); predsednik, kot nosilec izvršilno-upravne dejavnosti, je neposredno demokratično izvoljen, zato imajo pravni akti, ki jih izda predsednikova administracija, demokratično legitimiteto in upravičeno zakonsko moč.³ Razmerje med parlamentom in vlado v parlamentarnem sistemu državne oblasti se na konkretni ravni odraža v razmerju med pravnimi akti, ki jih parlament ali vlada sprejemata. Zakon, ki ga sprejme parlament, je tisti, ki lahko (edini) izvirno uvaja in ureja pravice in dolžnosti pravnih subjektov,⁴ v kolikor seveda te pravice in dolžnosti niso določene že v ustavi.⁵ Beseda »izvirno« pomeni, da lahko pravice in dolžnosti ureja tudi podzakonski akt, ki ga sprejme vlada – vendar zgolj na podlagi pooblastila v zakonu. Uredba ali odlok vlade (t. i. delegirana akta) morata temeljiti na aktu, ki ga izpeljujeta ali se nanj opirata (t. i. delegirajoči akt).⁶ Temu načelu pravimo tudi načelo legalitete. Ustava ga v prvem in drugem odstavku 153. člena formulira takole: »Zakoni, podzakonski predpisi in drugi splošni pravni akti morajo biti v skladu z ustavo.«⁷ ter: »Podzakonski predpisi in drugi splošni pravni akti morajo biti v skladu z ustavo in z zakoni.«⁸ Načelo legalitete najdemo tudi v 120. členu Ustave, drugi odstavek: »Upravni organi opravljajo svoje delo samostojno, v okviru in na podlagi ustave in zakonov.«

1 Cerar, Novak, Pavčnik, UVOD V PRAVOZNAVSTVO (2019), str. 69.

2 Prav tam, str. 70.

3 Prim. prav tam, str. 70-72.

4 »Pravice in obveznosti državljanov ter drugih oseb lahko državni zbor določa samo z zakonom.« (87. člen Ustave RS)

5 Pavčnik, TEORIJA PRAVA (2020): prispevek k razumevanju prava, str. 253. Ustavo v tem smislu, čeprav se kvalitativno razlikuje od zakona (je najvišji pravni akt v hierarhiji pravnih aktov, nad zakoni, podzakonskimi akti in posamičnimi pravnimi akti), obravnavam na vsebinsko isti ravni kot zakon, saj je navsezadnje tudi ustava (ali: »ustavni zakon«) akt, ki ga sprejme parlament, ki je glede na svojo funkcijo tako lahko hkrati zakonodajno in ustavodajno telo. Razlika je seveda v začetku postopka (oziroma predlogu ali iniciativi; 168. člen Ustave RS in 114. člen Poslovnika Državnega zbora), v zahtevani večini za sprejem akta (za spremembo ustave je zahtevana dvotretjinska večina vseh poslancev (169. člen Ustave RS), medtem ko se za sprejem zakona zahteva večina opredeljenih glasov navzočih poslancev, kadar ni z ustavo ali z zakonom določena drugačna večina (84. člen Poslovnika Državnega zbora)) ter v načinu razglasitve (171. člen in prvi odstavek 91. člena Ustave RS).

6 Prav tam, str. 258-259; gl. tudi Barić, ZAKONODAVNA DELEGACIJA I PARLAMENTARIZAM U SUVREMENIM EVROPSKIM DRŽAVAMA (2009), str. 67.

7 Prvi odstavek 153. člena Ustave.

8 Tretji odstavek 153. člena Ustave.

Razmerje med zakoni in podzakonskimi akti

Razmerje med zakonom in odlokom je torej razmerje pooblastila; zakon pooblašča odlok, da uredi podrobnosti, ki se tako hitro spreminjajo, da jih zakonodajalec ne more pravočasno urejati. Poglavitni razlog, da podzakonski akti sploh obstajajo in se uporabljajo, je torej v tem, da bi prehitro in prepogosto spreminjajoči se zakoni, ki bi bili vrh tega še preveč podrobni, negativno vplivali na seznanjenost s pravom in s tem tudi na pravno varnost. Odlok naj bi opredeljeval podrobnosti tako, da izhaja iz načel ter pravic in dolžnosti, ki jih vsebuje zakon. Priporočljivo je, zlasti v parlamentarizmu, da že zakon podaja navodila in merila, kako naj ga odlok dopolnjuje in konkretizira, kar preprečuje, da bi se domena vlade pri sprejemanju odlokov širila. Zato je idealno pooblastilo tako imenovano posebno *zakonsko pooblastilo ali izvršilna klavzula*.⁹ Za zakonodajalca to pomeni, da mora že ob izdaji zakona domisliti, katera vprašanja naj morebitni predpis izvršilne veje oblasti ureja; po drugi strani pa je izvršilni veji olajšano delo zato, ker je njena dolžnost – skrbeti za izvrševanje zakonov – jasno opredeljena in usmerjena.¹⁰ Naj omenim še, da obstaja razlika med zakonom in odlokom, ne nepomembno, tudi v samih oblikovnih sestavinah obeh: zakon se sprejema v trifaznem postopku v državnem zboru (pri čemer sodeluje tudi opozicija),¹¹ odlok pa v enofaznem postopku v vladi (večina ministrov);¹² za zakon je potrebna promulgacija (podpis predsednika republike) in objava v Uradnem listu,¹³ odlok pa se zgolj objavi v Uradnem listu.¹⁴ Poleg tega so seje državnega zbora javne, seje vlade pa ne;¹⁵ to pomeni, da lahko o postopku sprejemanja zakonov poročajo mediji in je ta izpostavljen kritičnemu očesu strokovne in druge javnosti, medtem ko te možnosti pri postopku sprejemanja odlokov ni.

Ustavnosodna presoja nekaterih odlokov vlade in pasivnost slednje pri odpravljanju protiustavnega stanja

Od začetka Covida smo bili priča intenzivirani normodajni vladni dejavnosti pri

⁹ Nekaterje tuje pravne ureditve poznajo tudi splošna pooblastila, pri katerih je od presoje izvršilne veje oblasti odvisno, ali bo in kdaj bo izdala podzakonski predpis (Cerar, Novak, Pavčnik, UVOD V PRAVOZNA NSTVO (2019), str. 259).

¹⁰ Prav tam.

¹¹ Gl. Poslovnik Državnega zbora, 2. poglavje: Zakonodajni postopek (Poslovnik državnega zbora (PoDZ-1), Ur. l. RS, št. 92/07).

¹² Drugi odstavek 16. člena in tretji odstavek 21. člena Zakona o Vladi Republike Slovenije (ZVRS), Ur. l. RS, št. 24/05.

¹³ Prvi odstavek 91. člena in 154. člen Ustave RS.

¹⁴ Prvi odstavek 37. člena Poslovnika Vlade RS, Ur. l. RS, št. 43/01.

¹⁵ Prvi odstavek 5. člen PoDZ-1 ter drugi odstavek 40.a člena Poslovnika Vlade RS.

sprejemanju odlokov, ki so urejali velik del našega vsakdanjega življenja in posegali v ustavne pravice: od prepovedi gibanja izven občin, do policijske ure in prepovedi gibanja in zbiranja ljudi na javnih mestih in površinah.¹⁶ S tem seveda ne bi bilo nič narobe, če bi bili odloki skladni z zakonom, zakon pa z ustavo – torej, če bi bilo zadoščeno načelu zakonitosti in načelu hierarhije ali usklajenosti pravnih aktov. A kaže, da temu ni tako. Ustavno sodišče RS je namreč v svoji odločbi maja 2021 za pet vladnih odlokov ugotovilo, da so bili v neskladju z ustavo (gre za odloke o začasni splošni prepovedi ali omejitvi gibanja in zbiranja ljudi na javnih krajih, površinah in mestih ter prepovedi gibanja izven občin).¹⁷ Ustavna sodnica dr. Katja Šugman Stubbs je v svojem pritrdilnem ločenem mnenju k navedeni odločbi med drugim zapisala, da so odloki sami po sebi, torej vsebinsko, verjetno nujni, potrebni in sorazmerni. Problematično pa je bilo dejstvo, da so temeljili na določbah Zakona o nalezljivih boleznih (v nadaljevanju: ZNB), ki so bili sami v neskladju z Ustavo:

»Odločitev, da so odloki spoznani za neskladne z Ustavo zaradi kršitev načela legalitete, ne pove ničesar o njihovi vsebini. Z njihovo vsebino se v tej odločbi namreč sploh ni bilo treba ukvarjati, saj podzakonski akti črpajo svoje življenje iz zakona. Če je zakon v neskladju z Ustavo, potem odloki, sprejeti na podlagi takega zakona, sploh ne morejo obstati, ne glede na to, kakšni so po vsebini.«¹⁸

Dejstvo, da je od začetka epidemije marca 2020 in prvih odlokov, ki so posegali v ustavne pravice prebivalcev, do maja 2021, ko je bila sprejeta omenjena odločba Ustavnega sodišča, obstajalo protiustavno stanje, samo po sebi še ne more privedi do sklepa, da Republika Slovenija ni pravna država. Gre za normalno delovanje državnih institucij v skladu z načelom delitve oblasti: vlada sprejema podzakonske akte, parlament zakone, in če prvi niso v skladu z ustavo ali zakoni, drugi pa v skladu z ustavo, jih ustavno sodišče na zahtevo privilegirane subjekta ali pobudo kogarkoli, ki izkaže pravni interes, razveljavi (kolikor gre za zakon ali podzakonski akt), razveljavi oziroma odpravi (kolikor gre za podzakonski akt) ali

16 Na izjemnost pandemije Covida kaže podatek, da je bila policijska ura na ozemlju Slovenije nazadnje uvedena leta 1942 na območju italijanske okupacije; hkrati je to prva uvedba policijske ure v samostojni Sloveniji, torej v ustavnodemokratskem sistemu, ki postavlja v ospredje človekove pravice in temeljne svoboščine, kar je postavilo sodno in ustavnosodno prakso pred še posebej zahtevne izzive (gl. Košak, Policijska ura prvič po italijanski okupaciji (2020), URL: <<https://www.dnevnik.si/1042941406/slovenija/vlada-uvaja-policijsko-uro-in-omejitev-druzenja-nad-sest-ljudi>>).

17 U-I-79/20-24, 13. maj 2021.

18 Pritrdilno ločeno mnenje sodnice dr. Katje Šugman Stubbs k odločbi št. U-I-79/20 z dne 13. 5. 2021, ki se mu pridružuje sodnik dr. Rok Čeferin (U-I-79/20-32 z dne 27. 5. 2021), str. 3 (poudaril M. T.).

ugotovi njihovo neskladje z ustavo ter zakonodajalcu naloži odpravo ugotovljenega neskladja. To se je zgodilo tudi v primeru omenjene odločbe, ki je spoznalo za neskladni z Ustavo točki 2 in 3 prvega odstavka 39. člena ZNB, ki govorita o pristojnosti Vlade, da z ukrepi »*prepove oziroma omeji gibanje prebivalstva na okuženih ali neposredno ogroženih območjih*« oziroma »*prepove zbiranje ljudi po šolah, kinodvoranah, javnih lokalih in drugih javnih mestih, dokler ne preneha nevarnost širjenja nalezljive bolezni*«. ¹⁹

Po drugi strani v oči bodejo tri dejstva. Prvič, protiustavno stanje, od sprejema prvih odlokov do ugotovitve protiustavnosti s strani Ustavnega sodišča, je trajalo relativno dolgo, več kot eno leto, kar je še posebej problematično glede na dejstvo, da so bili ti posegi posebej intenzivni (npr. prepoved zapuščanja občine ali policijska ura) ter masovni (odloki so se nanašali na vse prebivalce Republike Slovenije). To si lahko razložimo s preobremenjenostjo Ustavnega sodišča (izjemen sodni pripad tako pobud kot ustavnih pritožb, zlasti od nastopa epidemije), pa tudi z razlogi, ki sodijo v »*polje psihologijo sodnega odločanja*«, kot zapiše ustavna sodnica dr. Šugman Stubbs v svojem ločenem mnenju:

»Tukaj namreč trčimo ob dejstvo, da na Ustavnem sodišču sedi devet posameznikov, ki smo s svojimi sposobnostmi, osebnostnimi potezami in vrednotami zgolj ljudje. Odgovore za odlašanje z odločitvijo tako lahko iščemo v različnih (racionalnih in iracionalnih) strahovih, oklevanjih, dvomih, pa tudi v nepripravljenosti dela sodnikov, (ki so kljub dolgotrajnim usklajevanjem nazadnje glasovali proti) da sprejemajo kompromise. Sprejemanje kompromisov pa je – pri tematiki, ki, tako kot razdvaja javnost, razdeljuje tudi sodnike Ustavnega sodišča in ki je strateško (v teh časih, žal, tudi politično) tako delikatna – nujno.«²⁰

Drugič, zgornji pomislek nedvomno nudi »*olajševalno okoliščino*« na strani Ustavnega sodišča RS. Vendar pogled na tuje pokaže, da so se marsikatero države članice Evropske unije na epidemijo Covida – ki je verjetno nihče ni pričakoval in so bile pravne podlage za aktivno in učinkovito spopadanje z epidemijo v večini neustrezne tudi pri njih – odzvale bistveno bolj agilno, pravočasno in

19 Zakon o nalezljivih boleznih (ZNB), Uradni list RS, št. 69/95. Na takorekoč evidentno zastarelost ZNB v tej obliki, ko verjetno še nihče ni pričakoval, da lahko pride do izbruha epidemije, kot se je zgodila marca 2020, ter pričakovano ugotovitev protiustavnosti, kaže tudi dikcija te določbe, ki omenja »zbiranje ljudi po kinodvoranah«: evidentno gre za tipičen zakon iz 1990-ih, ko so ljudje še bolj množično kot danes hodili v kino.

20 Pritrdilno ločeno mnenje sodnice dr. Katje Šugman Stubbs k odločbi št. U-I-79/20 z dne 13. 5. 2021, ki se mu pridružuje sodnik dr. Rok Čeferin (U-I-79/20-32 z dne 27. maja 2021), str. 10.

pravno utemeljeno. Svojo nalogo, torej ustrezno prilagoditev zakonodaje novim razmeram, so tuje vlade ali zakonodajalci opravili ali samoiniciativno v začetnem obdobju epidemije ali pa nekoliko kasneje, po posredovanju ustavnih sodišč.²¹ V tem času sta na primer »avstrijski in nemški zakonodajalec sprejela posebne Covid-19 člene ali Covid-19 zakone, ki so bistveno precizirali prej prav tako [kot v Sloveniji] bolj ali manj prazna zakonska pooblastila«. ²² V Avstriji so tako sprejeli Zvezni zakon o začasnih ukrepih za preprečitev širjenja Covid-19, v Nemčiji pa Zvezni zakon za varstvo pred nalezljivimi boleznimi. Podobno je ravnal francoski zakonodajalec: »Francija je z urgentnim zakonom, sprejetim 23. 3. 2020 po hitrem postopku razglasila izredno zdravstveno stanje. Z urgentnim zakonom št. 2020-290 za soočenje z epidemijo Covid-19 [...] je bil spremenjen Zakon o javnem zdravju, v katerega je bilo vstavljeno poglavje o hudih zdravstvenih nevarnostih in krizah.«²³

In tretjič, poleg zgornjega očitka, ki se nanaša predvsem na slovenskega zakonodajalca, posredno pa tudi na Vlado, ki ima dejansko največjo (z)možnost in realno kapaciteto predlagati zakone ali novele zakonov v državni zbor, ne moremo mimo dejstva, da ZNB v več kot 11 mesecih od ustavnosodne ugotovitve njegove protiustavnosti še ni bil noveliran: še vedno obstaja v identični obliki kot takrat, ko so bili na njegovi podlagi sprejemani neustavni odloki. Čeprav je ustavna sodnica dr. Šugman Stubbs maja 2021 zapisala, da slovensko Ustavno sodišče ni brezzobi tiger, se tako po preteku roka približno petih mesecev za uskladitev ZNB z Ustavo izkaže, da – žal – v precejšnji meri vendarle je brezzobi tiger. Razlogi za omenjeno neodzivnost parlamenta in vlade so po eni strani nedvomno delikatna in napeta (dnevno)politična razmerja, zaradi katerih vladna koalicija nima potrebne večine v parlamentu. Poleg tega bi lahko trdili tudi, da se je Vlada v nadaljnjih valovih epidemije enostavno odločila, da ne bo več omejevala gibanja in zbiranja ljudi – s čimer se seveda ravno tako dejansko izogne protiustavnemu stanju.²⁴ Ta rešitev, ki se izogne protiustavnosti tako, da namesto spremembe protiustavnega zakona, na katerem temeljijo odloki, pač ne sprejema več odlokov s podobno vsebino in posegi v človekove pravice in temeljne svoboščine, je nekoliko »klavrna« v smislu, da bi se ob morebitnem izbruhu nove epidemije ali pojavitvi močnejšega vala iste epidemije ter potrebi po novih, vsebinsko podobnih odlokih, pojavila ista težava

21 Petrovčič, *Prostovoljno zaprtje države?* (2021), str. 27.

22 Pritrdilno ločeno mnenje sodnice dr. Katje Šugman Stubbs k odločbi št. U-I-79/20 z dne 13. 5. 2021, ki se mu pridružuje sodnik dr. Rok Čeferin (U-I-79/20-32 z dne 27. maja 2021), str. 9-10.

23 Prav tam, str. 10, op. 36.

24 Kljub temu bodo finančne posledice nekateri državljani čutili kljub razveljavitvi odlokov, saj so bili ti razveljavljeni z učinkom ex nunc, in ne odpravljeni, z učinkom ex tunc, kar pomeni, da že plačanih glob ne bodo dobili povrnjenih.

glede načela zakonitosti (in vladavine prava) kakor ob začetku epidemije.

Zaključek

V pričujočem prosoevku, katerega tema je bilo razmerje med zakonodajno in izvršilno vejo oblasti (in ustreznimi pravnimi akti, ki jih sprejema ena ali druga) ter vpliv tega razmerja na stanje vladavine prava, sem odgovoril na vprašanje, ali vladanje pretežno z odloki, izmed katerih so nekateri relativno močno posegli v ustavne pravice in svoboščine državljanov in ki se v Republiki Sloveniji prakticira približno zadnji dve leti, pomeni tudi kršitev načela vladavine prava pri nas. Moj odgovor je bil pritrdilen. Več kot eno leto smo vzdrževali protiustavno stanje, ki se bo ob še vedno nespremenjenem Zakonu o nalezljivih boleznih potencialno ponovilo ter bo v precejšnji meri ostalo nesaniirano, saj obstajajo posameznice in posamezniki, ki že plačanih glob za kršitve določenih protiustavnih odlokov ne bodo dobili povrnjenih.

SEZNAM LITERATURE

Prof. dr. Accetto, Matej, oddaja Intervju na TV Slovenija 1, 16. 1. 2022. URL:<<https://365.rtv slo.si/arhiv/intervju/174839841>> (20. januar 2022).

Barić, Sanja: ZAKONODAVNA DELEGACIJA I PARLAMENTARIZAM U SUVREMENIM EUROPSKIM DRŽAVAMA, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Organizator d.o.o., Rijeka 2009.

Cerar, Miro; Novak, Aleš; Pavčnik, Marijan: UVOD V PRAVOZNANSTVO (učbenik in gradivo za predavanja, seminar, vaje) (3. izdaja), Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2019.

Grad, Franc; Kaučič, Igor; Zagorc, Saša: USTAVNO PRAVO (3. izdaja), Pravna fakulteta, Litteralis, Ljubljana 2020.

Košak, Klemen: Policijska ura prvič po italijanski okupaciji (19. oktober 2020), v: Dnevnik. URL: <<https://www.dnevnik.si/1042941406/slovenija/vlada-uvaja-policijsko-uro-in-omejitev-druzenja-nad-sest-ljudi>> (22. januar 2022).

Pavčnik, Marijan: TEORIJA PRAVA: PRISPEVEK K RAZUMEVANJU PRAVA (6. izdaja), Lexpera, GV založba, Ljubljana 2020.

Petrovčič, Peter: Prostovoljno zaprtje države?, v: Mladina (2021), št. 43, str. 26-27.

IQ TESTI PRED SODIŠČI: TEŽAVE Z OCENJEVANJEM INTELIGENTNOSTI

Mark Jeršič*

Ker se pravo sooča z normiranjem posameznikovega vedenja, je inteligentnost, definirana kot posameznikova kognitivna sposobnost, za odločanje sodnikov relevantna, saj omogoča opis posameznikovih sposobnosti razlogovanja, planiranja, reševanja problemov in abstraktnega razmišljanja, ki vplivajo na njegov odziv na in navigiranje po pravnih pravilih. Zdi se, da tudi praksa podpira takšne ugotovitve, saj je uporaba IQ testov relativno pogosta med izvedenci psihološke stroke. Kljub temu pa je potrebno opozoriti na določene zaplete do katerih pride pri uporabi inteligentnostnih testov pred sodišči, ki se pojavijo v naslednjih kategorijah: 1.) zapleti zaradi metodološko neodgovorne uporabe IQ testov in izbire napačnih testov, 2.) zapleti zaradi posameznikove variacije v rezultatih in učinka vaje (ang. practice effect), 3.) zapleti glede prepoznavanja hlinjenja intelektualne razvojne motnje in 4.) ovire pri prilagajanju rezultatov na Flynnov učinek.

Uvodoma

Ljudje vsakodnevno vstopamo v visoko število interakcij. Tekom takšnih interakcij pogosto ocenjujemo položaj našega sogovornika v raznih hierarhijah – bodisi socio-ekonomskih, bodisi ocenjujemo osebo po izgledu, lahko pa ocenjujemo njeno kognitivno sposobnost. Med takšnimi interakcijami se včasih zgodi, da osebo izstopa kot izjemno intelektualno sposobna, »pametna«, toda kakšno vsebino pravzaprav skrivajo takšne oznake? Obe oznaki se dotikata vprašanja mentalnih, kognitivnih zmogljivosti posameznika. Pogosto se oznaka »pameti« ali visoke »sposobnosti« uporabi namesto bolj kompliciranega opisa za učinkovito, fleksibilno in hitro delovanje posameznikovega intelekta. Vprašanje intelektualnega funkcioniranja pa je zanimivo tudi v empirično-znanstvenih krogih, predvsem v krogih psihologije.

* Študent dodatnega letnika Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.

Kaj je inteligentnost in kaj IQ?

Inteligentnost je splošna mentalna sposobnost, ki med drugim obsega sposobnost razlogovanja, planiranja, reševanja problemov, abstraktnega razmišljanja, razumevanja zapletenih idej, hitrega učenja in učenja iz izkušenj. Pri tem ne gre samo za t.i. učenje iz knjig ali sposobnost uspešnega reševanja testov, pač pa inteligentnost odraža širšo sposobnost za razumevanje posameznikovega okolja – osmišljanja stvari in dogodkov ter ugotavljanja, kaj narediti oziroma kako ravnati v dani situaciji.¹ Inteligentnost tako služi opisu posameznikovih kognitivnih sposobnosti.

Hkrati je inteligentnost izmerljiva in inteligenčnostni testi (pogosto imenovani IQ testi)² jo lahko izmerijo precej zanesljivo – izmed vseh psiholoških instrumentov so prav inteligentnosti testi najbolj natančni.³ IQ nam pove *relativno* inteligentnost posameznika, t.j. posameznikov položaj v populacijski razporeditvi inteligentnosti, ki jo predstavlja normalna oziroma *Gaussova krivulja*. Večina ljudi je na spektru nekje na sredini, torej okoli povprečnega IQ-ja, ki znaša 100, s premikom proti skrajnostima pa se razporeditev ljudi redči. Tako imamo na obeh ekstremih, ki predstavljata na eni strani intelektualno nadarjenost, in ga simbolizira IQ nad 130, in na drugi strani intelektualno prizadetost, ki jo predstavlja IQ pod 70, skupaj samo okoli 5 odstotkov populacije.⁴

Inteligentnost je torej lastnost, ki nam pove posameznikovo sposobnost prepoznavanja, učenja in apliciranja abstraktnih konceptov, in jo lahko izmerimo s psihološkimi instrumenti – t.i. IQ testi – ki podajo rezultate v obliki IQ-ja posameznika.

Zakaj je IQ relevanten za pravo?

Pravo s svojimi pravnimi pravili normira človekovo vedenje – t.j. opredeljuje dopustnost ali nedopustnost določenih ravnanj. Pravna pravila se sicer redko neposredno opredeljujejo do kognitivnih kapacitet posameznika – IQ posameznika

1 Gottfredson, *Mainstream Science on Intelligence* (1997), str. 13; Christie, *Introduction to IQ testing* (2005), str. 22-23.

2 Čeprav je izraz IQ (angl. *Intelligence Quotient*, inteligenčnostni količnik) oz. IQ test nekoliko neprimeren, saj se kognitivnih sposobnosti ne računa več preko količnika, pa se izraz zaradi svoje razširjenosti uporablja še naprej.

3 Gottfredson, *Mainstream Science on Intelligence* (1997), str. 13-14. Christie, *Introduction to IQ testing* (2005), str. 22-23.

4 Prav tam.

torej načeloma ni neposredno relevanten za pravo. Posameznikove sposobnosti razlogovanja, planiranja, reševanja problemov in abstraktnega razmišljanja pa vseeno vplivajo na njegov odziv na in navigiranje po pravnih pravilih.

Čeprav IQ ni nujno neposredno relevanten z vidika pravnih pravil pa lahko opazimo, da sodišča oziroma izvedenci v praksi vseeno uporabljajo IQ teste, in sicer predvsem v naslednjih pravnih sferah:

1. za ugotavljanje mentalnih stanj v času izvršitve kaznivega dejanja,
2. za testiranje obdolženčeve razpravne sposobnosti in sposobnosti odreka t.i. Miranda pravic,
3. za ocenjevanje verjetnosti prihodnjega ravnanja in
4. kot eden od kriterijev za diagnosticiranje intelektualne razvojne motnje (angl. *intellectual development disorder*), ki glede na vzpostavljeno prakso na podlagi primera *Atkins proti Virginiji*⁵ v ZDA preprečuje izvršitev smrtne kazni.⁶

Kljub temu pa ocenjevanje inteligentnosti oziroma uporaba IQ testov pred sodišči predstavlja določene metodološke in tudi konceptualne probleme.

Problemi z ocenjevanjem inteligentnosti pred sodišči

1. Odgovorna uporaba IQ testov in razločevanje med različnimi testi

Pogosta napaka v dojetju merjenja inteligentnosti je mišljenje, da obstaja samo eden oziroma ena vrsta IQ testov, v resnici pa obstaja precejšnje število instrumentov, ki merijo posameznikovo inteligentnost (recimo *WAIS-III*, *Stanford-Binet Intelligence Scale*, *Kaufman Adolescent and Adult Intelligence Test*, če jih naštejemo samo nekaj). Čeprav izraz IQ test pokriva vse naštetje in podobne teste, so si te med seboj precej različni – ne samo v svoji izvedbi in vsebini, ampak tudi v natančnosti rezultatov, ki jih podajo. Brez strokovnega vodstva lahko pravni strokovnjaki vse teste tretirajo kot enakovredne, enako kvalitetne ocenjevalce posameznikove inteligentnosti, čeprav to ne drži.⁷ Natančnost testov je še toliko bolj pomembna v sferi smrtne kazni, kjer lahko 1 točka razlike v izmerjenem IQ-ju spremeni posameznikovo diagnozo intelektualne razvojne motnje (eden od

5 Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002).

6 Za bolj natančen pregled različnih aspektov uporabe IQ testov pred sodišči glej Jeršič, *Uporaba IQ testov v sodnih postopkih* (2021).

7 Everington, *Implications of Atkins v Virginia* (2008), str. 6; Blume in ostali, *Of Atkins and Men* (2009), str. 695.

kriterijev za diagnozo je IQ, ki je manjši od 70; a contrario pomeni izmerjen IQ višji od 70 odsotost takšne diagnoze) in tako možnost, da je izpostavljen smrtni kazni. Prav zato so se pojavila priporočila, da bi se od sodišč (oziroma dela izvedencev) zahtevala uporaba vsaj enega standardiziranega testa za merjenje intelektualnega funkcioniranja, prav tako pa naj bi se predpisal postopek za izvajanje takšnih meritev, ki bi se skladal z sprejeto prakso stroke in bi ga izvedel strokovnjak, ki je izurjen v izvajanju, ocenjevanju in interpretaciji takšnih testov.⁸

2. Variacija v posameznikovitih rezultatih in učinek vaje

Dejstvo, da se lahko posamezniku pojavi nihanje v rezultatih inteligentnostnih testov, je lahko nekoliko kontraintuitivno, še sploh za pravnike, ki se ne ukvarjajo pogosto s psihološkimi aspekti posameznega funkcioniranja. Razširjena je torej laična percepcija, da bo posamezniku test vedno pokazal isti IQ ter da se njegove kognitivne sposobnosti ne bodo spreminjale tekom življenja.⁹

Za boljšo predstavbo variacije v posameznikovitih rezultatih na inteligentnostnih testih si lahko zamislimo analogijo s športnikom. Recimo, da želimo preveriti formo šprinterja, zato merimo čas, ki ga potrebuje, da preteče 100 metrov. Recimo tudi, da eksperiment strukturiramo tako, da vsak teden opravimo tri meritve – eno v ponedeljek, eno v sredo in eno v petek – formo pa spremljamo štiri mesece. Verjetno je, da bomo opazili dva pojava: i) dobili bomo precej raznolike rezultate, ki bodo odvisni od »dnevne forme« posameznika in ii) če bo atlet učinkovito treniral, se bo izmerjen čas zmanjševal oziroma bodo rezultati boljši. Obe lastnosti lahko preslikamo na situacijo IQ testov. Ne samo, da se pojavi variacija v izidih IQ testov zaradi »dnevne forme«, na izid vpliva tudi t.i. učinek vaje (angl. *practice effect*) – situacija v kateri se lahko pri posamezniku IQ umetno dvigne, če opravi več IQ testov v obdobju med 6 in 12 meseci.¹⁰

3. Hlinjenje intelektualne razvojne motnje

Inteligentnostni testi so eni bolj zanesljivih in natančnih psiholoških instrumentov,¹¹ kljub temu pa so lahko rezultati posameznega testa popolnoma nenatančni zaradi neveljavne izvedbe oziroma poročanja simptomov, še posebej v primeru, če obstajajo

⁸ Bonnie, The American Psychiatric Association's Resource Document on Mental Retardation and Capital Sentencing (2004), str. 307-308.

⁹ Everington, Implications of Atkins v Virginia (2008), str. 6-7.

¹⁰ Blume in ostali, Of Atkins and Men (2009), str. 700.

¹¹ Gottfredson, Mainstream Science on Intelligence (1997), str. 13; Christie, Introduction to IQ testing (2005), str. 22-23.

zunanje spodbude za hlinjenje (recimo dejstva, da te potencialno čaka nižja kazen).¹² Ravno zaradi precedenčnega primera *Atkins proti Virginiji* so se začele špekulacije, da se bo razširilo hlinjenje intelektualne motnje, da bi se posamezniki izmuznili smrtni kazni.¹³ Kljub temu je dejanska številka oseb, ki na testih ne odgovarjajo iskreno – svoje odgovore hlinijo – empirično nekoliko nejasna.¹⁴

Opozoriti pa je potrebno, da je ocenjevanje pristranskosti odziva oz. hlinjenja na področju psihologije in nevropsihologije pogosto in celo nujno. Glede ocenjevanja posameznikove pristranskosti sta relevantni predvsem dve metodi, in sicer testiranje veljavnosti simptomov (angl. *symptom validity testing* – *SVT*) in testiranje veljavnosti izvedbe (angl. *performance validity testing* – *PVT*).¹⁵ Pri kliničnem in forenzičnem testiranju se priporoča uporaba večjih testov veljavnosti simptomov in izvedbe, enako pa velja tudi za sfero testiranja kognitivnih sposobnosti obdolženca¹⁶ – za preizkus hlinjenja se recimo priporoča, da se vzporedno z IQ testom izvedejo tudi testi za poslabšanje spomina posameznika, izvajanje kliničnih intervjujev in potrditev motenj v kognitivnem funkcioniranju preko ostalih dokazov, kot so pretekli izidi kognitivnih testov, družinski intervjuji in klinični zapisi.¹⁷ Takšni testi naj bi strokovnjaku namreč omogočali vpogled v potencialno hlinjenje rezultatov.

4. Flynnov učinek

IQ testi so strukturirani tako, da je povprečen rezultat vedno 100 IQ točk, to pa hkrati pomeni, da lahko nastanejo razlike v »surovih« rezultatih v različnih populacijah oziroma v različnem časovnem obdobju. Predstavljajmo si, da izvajamo IQ teste vsako leto v obdobju 50 let. Vsako leto bo povprečen IQ enak – t.j. 100 točk – število pravih odgovorov na testu pa se bo spreminjalo. Prav ta opazka je sprožila raziskovanje Jamesa Flynna, filozofa in psihologa, ki je v svojem delu opazil dvig surovih rezultatov IQ testov med letoma 1932 in 1978 v višini 13,8 IQ točk oziroma približno 3 IQ točke vsako desetletje.¹⁸

Z uvedbo t.i. *Atkins* precedensa v ameriški sodni praksi pa se je debata o *Flynnovem učinku* preselila iz sfere razreševanja metodoloških psihometričnih problemov v

12 Larrabee, *The multiple validities of neuropsychological assessment* (2015), str. 784.

13 Everington, *Implications of Atkins v Virginia* (2008), str. 15.

14 Salekin, *Malingering Intellectual Disability: The Value of Available Measures and Methods* (2009), str. 109-111.

15 Lippa, *Performance validity testing in neuropsychology* (2018), str. 391.

16 Larrabee, *The multiple validities of neuropsychological assessment* (2015), str. 785.

17 Everington, *Implications of Atkins v Virginia* (2008), str. 10-13, 17-18.

18 Trahan in ostali, *The Flynn Effect* (2014), str. 1-2; glej tudi te Nijenhuis in van der Flier, *Is the Flynn effect on g? A meta-analysis* (2013).

sfero problematiziranja, kompenziranja rezultatov IQ testov obdolžencev.¹⁹ Eden od kriterijev za opredelitev duševne razvojne motnje je IQ, ki je nižji od 70, takšna diagnoza pa preprečuje izvedbo smrtne kazni. Hkrati je meja 70 binarna – t.j. posameznik, ki bo imel IQ 69, ne bo smel biti izpostavljen smrtni kazni in ravno obratno, če bo imel IQ recimo 71. V tem kontekstu lahko prilagajanje za povprečno razliko v rezultatih, ki znaša okoli 3 IQ točke na desetletje, dobesedno pomeni razliko med življenjem in smrtjo obdolženca.

V praksi so se odvetniki začeli posluževati formule, po kateri odštevajo 0,3 IQ točke od rezultata obdolženca za vsako leto, ki je preteklo od izvedbe testa. Če je recimo obdolženec izvedel test leta 2009 in dosegel rezultat 72, test pa se kot dokaz uporabi pred sodiščem leta 2019, naj bi se po tej logiki test prilagodil za 0,3 IQ točke na leto in naj bi se torej leta 2019 pred sodiščem uporabil rezultat 69. Takšno razlogovanje pa v psihološki stroki ni nekontroverzno,²⁰ ne samo to – tudi v jurisprudenci ni popolnoma jasno, kako naj sodišča tretirajo Flynnov učinek.²¹

Za konec

IQ testi so lahko relevantni za pravo, saj lahko s precej visoko mero natančnosti opišejo posameznikovo splošno mentalno sposobnost. Čeprav se pravo praviloma ne sklicuje neposredno na IQ teste, so ti lahko vseeno relevantni, saj kognitivne kapacitete posameznika v veliki meri vplivajo na njegovo obnašanje in tako navigiranje po pravnih pravilih. Zdi se, da je to prepoznala tudi praksa, saj je uporaba inteligentnostnih testov v delu izvedencev precej pogosta. Hkrati pa je potrebno opozoriti na določene metodološke in konceptualne probleme, ki lahko nastanejo pri uporabi IQ testov pred sodišči. Klasificiramo jih lahko v štiri širše kategorije, in sicer: i) zapleti zaradi metodološko neodgovorne uporabe IQ testov in napačne izbire testov, ii) zapleti zaradi posameznikove variacije v rezultatih in učinka vaje (angl. *practice effect*), iii) zapleti glede prepoznavanja hlinjenja intelektualne razvojne motnje in iv) ovire pri prilagajanju rezultatov na Flynnov učinek.

19 Hagan in ostali, Science rather than advocacy when reporting IQ scores (2010), str. 422; Sanger, IQ Intelligence Tests, »*Ethnic Adjustments*« and Atkins (2015), str. 102-104.

20 Prav tam.

21 Trahan in ostali, The Flynn Effect: A Meta-analysis (2014), str. 3-4, 23-25.

SEZNAM LITERATURE

Blume, John H., Johnson Sheri in Seeds, Christopher, W.: Of Atkins and Med: Deviations from Clinical Definitions of Mental Retardation in Death Penalty Cases, v: Cornell Journal of Law and Public Policy (2009) št. 3, str. 689-733.

Bonnie, Richard J.: The American Psychiatric Association's Resource Document on Mental Retardation and Capital Sentencing: Implementing Atkins v. Virginia, v: Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law (2004), št. 32, str. 304-308.

Christie, Deborah: Introduction to IQ testing, v: Psychiatry (2005) št. 4, str. 22-25.

Everington, Caroline: Implications of Atkins v. Virginia: Issues in Defining and Diagnosing Mental Retardation, v: Journal of Forensic Psychology Practice (2008) št. 8, str. 1-23.

Gottfredson, Linda S.: Mainstream science on intelligence: An editorial with 52 signatories, history and bibliography, v: Intelligence (1997) št. 24, str. 13-23.

Hagan, Leigh D., Drogin, Eric Y. in Guilmette, Thomas J.: Science rather than advocacy when reporting IQ scores, v: Professional Psychology: Research and Practice (2010) št. 41, str. 420-432.

Jeršič, Mark: Uporaba IQ testov v sodnih postopkih, v: Pravna praksa (2021) št. 41-42, str. 12-14.

Larrabee, Glenn J.: The multiple validities of neuropsychological assessment, v: American Psychologist (2015) št. 8, str. 779-788.

Lippa, Sara M.: Performance validity testing in neuropsychology: a clinical guide, critical review, and update on a rapidly evolving literature, v: The Clinical Neuropsychologist (2018) št. 3, str. 391-421.

te Nijenhuis, Jan in van der Flier, Henk: Is the Flynn effect on g?: A meta-analysis, v: Intelligence (2013) št. 6, str. 802-807.

Salekin, Karen L.: Malingering Intellectual Disability: The Value of Available Measures and Methods, v: Applied Neuropsychology (2009) št. 2, str. 105-113.

Sanger, Robert M.: IQ, Intelligence Tests, "Ethnic Adjustments" and Atkins, v: American University Law Review (2015) št. 1, str. 87-150.

Trahan, Lisa, Stuebing, Karla K., Hiscock, Merril K. in Fletcher, Jack M.: The Flynn Effect: A Meta-analysis, v: Psychological Bulletin Journal (2014) št. 5, str. 1332-1360.

ORIS POJMA PRAVNE DOBRINE V ZNANOSTI KAZENSKEGA PRAVA*

Timotej Obreza**

V prispevku obravnavam danes že notoričen pojem pravne dobrine v kazenskem pravu, o katerem pa je v slovenskem prostoru malo napisanega. Sprva na kratko opredelim znanost in sistem kazenskega prava ter na njuno presečišče uvede pojem pravne dobrine. Nato ob obravnavi temeljne nemške zgodovinske literature podam oris razvoja pojma pravne dobrine v 19. stoletju ter na podlagi kratke opredelitve funkcij, ki jih pojem pravne dobrine nosi v današnjem (slovenskem) kazenskem pravu, predstavim njegovo vsesplošno pomembnost. Zaključim s pozivom po globljem premisleku o tej pravni figuri, katere raba je sicer uveljavljena, a obenem nosi potencial za morebitne nove sistemske, zakonodajne, teoretske nastavke.

Uvod v oris

Pojem pravne dobrine je danes v slovenskem pravnem prostoru splošno uporabljan; postal je del skoraj vsake pravne debate, pravnega prispevka, pravne vloge. Njegova raba se posamezniku bodisi že tekom pravnega študija bodisi kasneje ob opravljanju pravosodne, pravoiznanstvene ali druge s pravom povezane vloge vtire v izrazoslovni oziroma miselni repertoar. Pojem pravne dobrine tako postane samoumeven, celo inherenten element pravnega diskurza, pri čemer pa prav posebno težo nosi za kazensko materialno pravo (v nadaljevanju: kazensko pravo). Namen prispevka je poskušati orisati in zarisati meje te osrednje pravne figure ter s tem preko kratke opredelitve ustrezne teoretične in historične podstati zagotoviti izhodišče za razumevanje, na kakšen način lahko pojem pravne dobrine v kazenskem pravu velja za terminus technicus, t.j. kot znanosti kazenskega prava lasten in specifičen pojem.

* Ukvarjanje s temo in problematiko pravne dobrine v kazenskem pravu poteka v okviru širšega raziskovalnega projekta pod mentorstvom doc. dr. Aleša Novaka. Ta prispevek predstavlja le strnjenje nekaterih misli, spisanih za namen znanstvene konference organizacije ELSA Slovenija in posledično za objavo v zborniku.

** Študent petega letnika Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.

Izhodišče orisa: znanost in sistem kazenskega prava

Da bi lahko sestavino mislili kot inhereten del nečesa večjega, kot del neke smiselne in zaključene celote, naj bo najprej opredeljena zadnja, da bi sploh razumeli prvo. Najprej lahko kazensko pravo kot pravno panogo ob določenih predpostavkah označimo za znanost; deloma smo tu dolžni tudi nemškemu (pristopu k) pojmovanju, saj to že izhodiščno govori o znanosti kazenskega prava (*Strafrechtswissenschaft(en)*) in ne le o kazenskem pravu (*Strafrecht*), kar loči od ostalih zasebnih – ter javnopravnih področij oziroma znanosti. Kazensko pravo lahko nadalje za ta namen poenostavljeno opredelimo kot pravno znanost natančnega razčlenjevanja zakonskih dejanskih stanov posebnega dela kazenskega zakonika in permutiranja z instituti splošnega dela kazenskega prava ter nenazadnje razčlenjevanja navedenega v okviru trodelne strukture splošnega pojma kaznivega dejanja. Pri tem ima edinstven značaj kazenskopravna dogmatika kot izvorno zlasti kontinentalnemu, na drugih celinah pa v okviru izvažanja nemške kazenskopravne teorije, veljavnemu kazenskemu pravu neogiben in sovisen pojav, običajno imenovan tudi kazensko pravo v ožjem pomenu. Kazensko pravo po naravi stvari predstavlja najbolj represiven, krut, grob odziv na določene pojave v družbi, s tem pa najhujši legitimen in legalen poseg v človeka, kar vse terja rigidno strukturo dogmatike, strogo upoštevanje načela zakonitosti, nenazadnje tudi aktivno prizadevanje za ugotovitev resnice v procesnem smislu. Njegov znanstveni cilj je ravno natančno ugotavljanje izpolnjenosti negativnih in pozitivnih predpostavk, ki so potrebne, da do tega najbolj represivnega (pravnega) odziva šele lahko pride.

Takšnemu pojmovanju znanosti kazenskega prava je nekoliko specifično neizbežen tudi pojem sistema. Kritična masa znanja oziroma vednosti, ki se nakopiči ob znanstvenem preučevanju kazenskopravnih pojavov, namreč ravno v formi sistema zadobi zagotovilo urejenosti, hierarhiziranosti, trdnosti. Znanstvena zahteva, torej prizadevanje za natančno urejenost in predvidljivost kazenskopravne represije, zato morebitno kršenje, odstopanje od sistema, bodisi s strani snovalca ali vršitelja kazenske norme, *a fortiori* prepozna za problematično. Govoriti o sistemu kazenskega prava se danes podobno zdi samoumevno; sistem lahko za ta namen razumemo kot skupek norm veljavnega prava, ki se na podlagi notranjih in zunanjih pravil organizira v smiselno in zaključeno celoto.

Pravna dobrina kot presečni pojem

Na presečišču obeh, tako znanosti kot sistema kazenskega prava, se zgodovinsko vzpostavi ravno pojem pravne dobrine (*Rechtsgutsbegriff*). Osrednja sestavina

prispevka, obravnavana in podprta v nadaljevanju, zadeva tezo, da pojem pravne dobrine ni naključno izbran, arbitrarno dodeljen oziroma samemu sebi namen, temveč je odraz daljšega in premišljenega razvoja v postajanju središčni pojem sodobnega kazenskega prava. Obravnavam jo v okviru kratkega zgodovinskega i) in funkcijskega ii) pregleda pojma.

Zgodovinski pregled

Začnimo še pred začetkom. Paul Anselm Johann von Feuerbach v letu 1811 konča svoje delo Bavarski kazenski zakonik, ki nato dve leti kasneje za vso deželo stopi v veljavo in po mnenju nekaterih predstavlja sploh prvi moderni kazenski zakonik. Feuerbach, razsvetljeni mislec pod vplivom Kanta in Beccarie, kazenski zakonik spiše izhajajoč iz svojega sicerjšnjega filozofskega sistema, osrednji del katerega predstavlja pojem kršitve posameznikove subjektivne pravice.¹ Ravno ta kriterij Feuerbach vzame za opredelitev kaznivega dejanja (*Verbrechen*) in ga s tem loči od nižjih prestopkov (*Übertretungen*). V primeru kaznivega dejanja se tako ugotavlja, ali je prišlo do kršitve oziroma posega v pravico (*Rechtsverletzungslehre*).²

Kljub številnim spornim elementom Feuerbachovega zakonika, kjer sta izstopali zlasti v luči zastraševalnosti in s tem generalne preventivnosti indicirani strogost ter surovost kazni, šele v letu 1834 pride do kritike Feuerbachovega osrednjega koncepta kaznivega dejanja. Takrat profesor kazenskega prava Johann Michael Franz Birnbaum za temelj svojega eseja³ vzame problem ugotavljanja obstoja kaznivega dejanja razžalitve. Birnbaumu namreč ni pojmljivo, da v primeru razžalitve govorimo o *kršitvi pravice do časti*. Zlasti glede na večplastnost časti kot entitete, lastne posamezniku, se mu zdi neprimerno govoriti o pravici do časti, saj je čast vendarle nekaj, kar posamezniku pripada, kar *mu je dano*, ne do česar pravico bodisi ima oziroma izgubi, ko ga nekdo razžali.⁴ Smiselneje se mu zdi govoriti o kršitvi oziroma poškodbi dobrine. Poleg tega pa, dogmatično gledano, za Birnbauma pojem dobrine brez večjih težav prenese tudi konstrukcijo ogrožitve,

1 Feuerbach, Über die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Dasein und die Gültigkeit der natürlichen Rechte (1795), str. 45-50.

2 Feuerbach, LEHRBUCH DES GEMEINEN IN DEUTSCHLAND GÜLTIGEN PEINLICHEN RECHTS (1847), str. 46 in nasl.

3 Birnbaumov esej »Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung« oziroma v angleškem prevodu, ki ga uporabljam, »Concerning the Need for a Right Violation in the Concept of a Crime, having particular Regard to the Concept of an Affront to Honour« iz leta 1834.

4 Birnbaum, Concerning the Need for a Right Violation, str. 394 in nasl.

ki teoriji o kršitvi pravici predstavlja težavo: »*Pravice ni mogoče ogroziti, temveč le odvzeti.*«⁵

Pol stoletja kasneje, ko je sicer že sprejet nemški kazenski zakonik iz leta 1871, kazenskopravni teoretik Karl Binding ob sklicevanju na Birnbaumov predlog resneje omeni pojem dobrine in ga uvede v sistem kazenskega prava. V svoji monografiji *Norme in njihova kršitev* opredeli, da je koncept dobrine smiseln šele takrat, ko govorimo o *pravni dobrini*, kaznivo dejanje pa je namenjeno njihoveму varovanju.⁶ Zanj je pravna dobrina vse, za kar obstaja v pozitivnem pravu interes,⁷ poškodbo dobrine pa, podobno kot naredi Feuerbach s svojo pravico, vzame za razločevalni kriterij med kaznivim dejanjem in prekrškom.

Kot zadnjega v okviru zgodovinskega preleta omenjam kazenskega pravnikar Franza von Listza, ki v genezi pojma pravne dobrine v kazenskem pravu naredi še korak dlje in ga ustrezno umesti tako v sistem kot znanost kazenskega prava. Zanj pravna dobrina ni le temelj kaznivega dejanja, temveč temelj kazenskega prava samega: varovanje in ohranjanje pravnih dobrin je cilj, ki ga mora kazensko pravo dosežati.⁸ Da bi ga lažje dosegel, pa Liszt pravno dobrino vzame še za temelj kaznovanja vobče. Kazen mora namreč odsevati kvantiteto in kvaliteto okrnitve pravne dobrine, ki jo doseže poseg vanjo.⁹ S tem združi čisti sistemski del s kriminalitetnopolitičnim, saj pravno dobrino razume kot mejni pojem (*Grenzbegriff*) med posameznimi družboslovnimi znanostmi.¹⁰ Nenazadnje pa na podlagi pravne dobrine ponovno organizira tudi posebni del kazenskega zakonika ter razčleni njen pomen v okviru kazenskopravne dogmatike.¹¹ Pravna dobrina se tako izkaže za orodje pravoznanstvenega napredka.

Funkcijski pregled

Pojem pravne dobrine v kazenskem pravu avtorji običajno obravnavajo skoraj izključno z vidika funkcij, ki jih opravlja.¹² O definiciji pravne dobrine in o tem, kakšen je njen ontološki status, je namreč bore malo konsenza.

5 Prav tam, str. 397.

6 Binding, *DIE NORMEN UND IHRE ÜBERTRETUNG* (1890), str. 189 in nasl.

7 Prav tam, str. 190.

8 Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882), str. 13 in nasl.

9 Prav tam, str. 21.

10 Liszt, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht* (1888), str. 138.

11 Prav tam, str. 153 in nasl.

12 Prim. Johannsen, *STRAFATBESTÄNDE ZUM SCHUTZ MEHRERER RECHTS-GÜTER*, opomba 31 na strani 27.

Predhodno je potrebno ugotoviti, da želi teorija pojem pravne dobrine (*Rechtsgutslehre*) razumeti zlasti kot del materialnega pojma kaznivega dejanja. Iz dejstva, da za osrednji element posamezne inkriminacije posebnega dela kazenskega zakonika opredeli prav okrnitev pravne dobrine, nujno izhaja, da brez pravne dobrine ni kaznivega dejanja, oziroma bolje, da brez ustreznega negativnega vpliva na (posameznikovo) pravno dobrino kaznivo dejanje ne more biti izvršeno. Usoden trn v peti takšnemu razumevanju običajno predstavlja argument, da je konstrukcija pravnih dobrin krožen proces, ki utemelji še tako sporno zakonodajalčevo odločitev.¹³

Funkcija, ki naj bi jo imela pravna dobrina kot instrument kazenskega prava *vis-à-vis* nujno politično motiviranemu zakonodajalcu, je ravno *zagotavljanje kritike*¹⁴ o (ne)ustreznosti in (ne)primernosti obstoječih ali prihajajočih sprememb kazenskega zakonika. Četudi morebitni kriteriji, ki bi jih kazensko pravo uspelo zagotoviti, ne morejo postati zavezujoč element v okviru sprejemanja kriminalitetne politike, poleg tega pa so lahko celo v navzkrižju z ustavnopravnimi zahtevami,¹⁵ je bistvo kritične funkcije pravne dobrine v zagotavljanju instrumentarija za nadrobnejšo pravo-znanstveno obravnavo. Na ta način pojem pravne dobrine obenem sistem upošteva in poskuša iti hkrati onkraj njega; nanj ni izključno in brezpogojno vezan, temveč ga prebija.

Drug sklop funkcij zadeva funkcije, ki izhajajo iz sistema kazenskega prava samega kot samozadostnega in zaprtega mehanizma. Tukaj omenjam *sistematizacijsko* funkcijo, v okviru katere je pojem pravne dobrine vzet za krovni razvrščevalni kriterij znotraj posebnega dela kazenskega zakonika; *razlagalno* funkcijo, v okviru katere ravno identificirana pravna dobrina (ali več njih) zagotovi razumevanje *namena kazenske norme*, s čimer razjasni pomen spornega zakonskega znaka; *procesno* funkcijo, v okviru katere se morebiti ugotavlja majhen pomen kaznivega dejanja zaradi neznatnega vpliva na pravno dobrino in, nenazadnje, *dogmatično* funkcijo, kjer narava in struktura kazenskopravne dobrine morda najbolj ključno zaznamujeta možne dogmatične konstrukcije,¹⁶ še posebej navideznost idealnih stekov, možnost privolitve oziroma silobranskega odziva. V okviru zadnje funkcije

13 Glej npr. Appel, *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?* (1999), str. 296.

14 Prim. Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, *STRAFGESETZBUCH AT I* (2013), str. 103.

15 Glej Stuckenberg, *The Constitutional Deficiencies of the Rechtsgutslehre* (2013) in Appel, *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht* (1999), oboje v celoti.

16 Za dogmatično obravnavo dobrinskih problematik glej npr. Korošec, *Pregledno o temeljnih dogmatskih napetostih aktualnega cestnoprometnega kazenskega prava Slovenije* (2014), v celoti.

je posebnega pomena tudi tipizacija pravnih dobrin na razpoložljive (disponibilne), delno razpoložljive in nerazpoložljive (nedisponibilne) kot tudi na individualne in kolektivne.

Namesto zaključka: zaris meja

Zgoraj orisana shema poskuša v plejadi teoretičnih opredelitev izpostaviti tiste ključne poudarke, ki pojem pravne dobrine v kazenskem pravu naredijo specifičen. Teoretična pozicija, iz katere izhajam, zagovarja preučitev in študij vsaj zgodovinskopravnega in pozitivnopravnega konteksta, v katerem se je kalil pojem, ki je danes absolutno osrednjega pomena znotraj kazenskopravnega diskurza. Če namreč stavimo na znanost in teorijo, potem je razširjati diskusijo o tako temeljnih konceptih še toliko bolj bistveno. V tem smislu je tudi obravnavana pravna figura lahko povedna v smeri morebitnega doseganja sprememb, denimo v okviru problematiziranja posameznih inkriminacij posebnega dela, usmerjanja novih zakonodajnih predlogov s predhodnimi teoretičnimi analizami ali pa z vnaprejšnjim spodbujanjem k spremembi neustreznih in nefunkcionalnih norm. Čeprav bi nadrobnejša (dogmatična) analiza posameznih inkriminacij zelo verjetno razkrila nova stranpota slovenske kazenske zakonodaje, je morda vredno začeti še pred začetkom – pri vprašanju: »*Kam gremo in kam želimo?*«

SEZNAM LITERATURE

Appel, Ivo: Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht, v: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) (1999) št. 3, str. 278-311.

Binding, Karl: DIE NORMEN UND IHRE ÜBERTRETUNG: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Bd. 1, Normen und Strafgesetze, W. Engelmann, Leipzig 1890.

Birnbaum, Johann Michael Franz: Concerning the Need for a Right Violation in the Concept of a Crime, having particular Regard to the Concept of an Allfront to Honour, v: Foundational Texts in Modern Criminal Law (ur. Markus D. Dubber), Oxford University Press, Oxford 2014, Appendix B.

Feuerbach, Paul Johann Anselm von: Über die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Dasein und die Gültigkeit der natürlichen Rechte, v: Naturrecht und positives Recht : ausgewählte Texte (ur. Gerhard Haney), Rudolf Haufe Verlag, Freiburg, Berlin 1993.

Feuerbach, Paul Johann Anselm von: LEHRBUCH DES GEMEINEN IN DEUTSCHLAND GÜLTIGEN PEINLICHEN RECHTS, Georg Friedrich Heyer's Verlag, Giessen 1847.

Johannsen, Oke: STRAFTATBESTÄNDE ZUM SCHUTZ MEHRERER RECHTSGÜTER: Zugleich ein Beitrag zur Rechtsgutsbestimmung durch Auslegung, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2019.

Kindhäuser, Urs; Neumann, Ulfrid; Paeffgen, Hans-Ullrich: STRAFGESETZBUCH Allgemeiner Teil, Band I, Nomos, Baden-Baden 2013.

Korošec, Damjan: Pregledno o temeljnih dogmatskih napetostih aktualnega cestnoprometnega kazenskega prava Slovenije, v: Pravosodni bilten (2014) št. 3, str. 11-28.

Liszt, Franz von: Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft, v: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (1888) št. 8, str. 133-156.

Liszt, Franz von: Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Universitätsprogramm 1882. Abgedruckt Z. III 1.), v: Band 1 1875 bis 1891, De Gruyter, Berlin, Boston 2021, str. 126-179.

Stuckenberg, Carl-Friedrich: The Constitutional Deficiencies of the German 'Rechtsgutslehre', v: Oñati Socio-Legal Series (2012), št. 1, str. 31-41.

POLOŽAJ KRIPTOVALUT V KAZENSKEM PRAVU

Jelena Popović*

Minili so dnevi dvigovanja gotovine na bankomatu, čakanja v vrsti pred banko, nakupovanja po trgovinah, kar vse bolj kaže, da se ljudje spopadamo z denarjem v neoprijemljivi obliki. Svet virtualnih valut je še vedno s pravnega vidika neurejeno področje. V tem prispevku skušam predstaviti temeljne pomanjkljivosti slovenskega sistema, pri čemer se posebej osredotočam na teorijo kazenskega prava, ki se nanaša na varstvo oseb v kazenskemu postopku. In sicer gre se za možne omilitve ustavno varovanega privilegija zoper samoobtožbo. Prav tako izpostavljam napredek domače zakonodaje s strani institucij, ki naj bi nadzirale potencialno pranje denarja.

Uvod

Ameriški poslovnež Jean Paul Getty je dejal, da je denar kakor gnojilo ga ne raztrešeš, začne smrdeti. V novem stoletju imamo vse več opravka z denarjem, ki niti ne smrdi niti ne diši, vendar sčasoma postaja vse bolj umazan, pa čeprav mogoče sploh ne pride v dotik s človeškimi rokami. Govorim o kriptovalutah.

Kriptovalute so v Sloveniji na področju pravne ureditve na precej trhljih temeljih, prav tako pa tudi sam Kazenski zakonik (v nadaljevanju: KZ-1) nima predvidenih določb, ki bi se konkretno uporabile v zadevah, kot je na primer pranje denarja, v katerih so predmet kaznivega dejanja velikokrat ravno kriptovalute. Tudi na stvarnopravnem področju velja kar zapletena ureditev, saj kriptovalute niso izrecno definirane kot premoženje. Zaenkrat večinoma niso še obdavčene (izjema je, če je trgovanje s kriptovalutami vezano na dejavnost subjekta), čeprav lahko kmalu pričakujemo drastične spremembe. Zadnje čase smo priča vse večjemu posvečanju pozornosti tej tematiki, kar je razvidno iz aktov mednarodnega prava, nadgradnje vladnega poslovanja in spreminjanju domače zakonodaje. V prispevku se bom osredotočila na zaplembo kripto sredstev, ki je v našem pravu v celoti odvisna

* Študentka drugega letnika Pravne fakultete Univerze v Mariboru.

od volje osumljenca. Močan status osumljenca je v tem primeru podprt z ustavno zagotovljenim privilegijem zoper samoobtožbo.¹ To pomeni, da obdolžencu ni treba izjaviti ničesar v zvezi s kaznivim dejanjem, s čemer bi se inkriminiral ali s čemer bi se lahko inkriminiral proti svoji volji.² Ravno ta ovira je izziv za veliko sistemov, ki ponujajo različne rešitve na to vprašanje. V nadaljevanju se bomo navezali na možne omilitve teh načel, ki gredo v prid državi v boju proti kibernetiskim kriminalom.

Treba se je zavedati, da bodo tovrstne valute v naslednjem desetletju nedvoumno dosegle globalen, morda celo prevladujoč položaj na plačilnem trgu, kar se bo pokazalo s časom, njihovo uporabo in legitimnostjo. Veliko vlogo imajo tudi v brezgotovinskem digitalnem sistemu, kar seveda predstavlja del naše prihodnosti.

Dejansko stanje virtualnih valut

Kriptovalutna zgodba se začne nekaj let nazaj, ko je skrivnostnež Satoshi Nakamoto,³ razvil valuto Bitcoin kot protitež bančnemu sistemu, ki nas je v tem obdobju pahnil v svetovno gospodarsko krizo. Osrednji cilj je bil, da ta nova tehnologija pridobi zaupanje, ki so ga finančne institucije zlorabile zaradi človeškega pohlepa in korupcije.

Poglavitni lastnosti, ki spodbujata zaželen cilj, sta anonimnost in decentralizacija. Načeloma velja, da se lahko ovira anonimnosti preskoči tako, da uporabniki svoje identitete povežejo z naslovom prejemanja kriptovalut. Razširjena praksa pa je, da posledično v teh primerih uporabniki dajejo napačne naslove ali enostavno več naslovov, ki med seboj niso povezani. Decentralizacija pa še vedno ostaja zaprto bojišče za tehnološko vojno, saj ne obstaja institucija, ki bi nadzirala nakup, prodajo, prenose in ostale aktivnosti z virtualnimi valutami. Govorimo o spletnem poslovanju in trgovanju, v katerem sodelujejo uporabniki iz različnih koncev sveta, kar zahteva regulacijo na globalni ravni in je posledično praktično nemogoče predvsem zaradi razlik med pravnimi sistemi in političnimi pogledi na samo tematiko.

Zakon o preprečevanju pranja denarja in financiranju terorizma (v nadaljevanju:

¹ V 4. alineji 29. člena Ustave Republike Slovenije je določeno, da se oseba, ki je obdolžena kaznivnega dejanja, ni dolžna izpovedati zoper sebe in svoje bližnje, Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91-I).

² VSL Sodba II Kp 41786/2016, z dne 26.11.2020.

³ Priznan psevdonim osebe ali skupine ljudi, ki je ustvarila Bitcoin.

ZPPDFT-2)⁴ daje okvirno definicijo kriptovalut kot digitalno obliko vrednosti, katere ne izdaja ali jamči zanjo niti centralna banka niti javni organ, in ki ni nujno vezana na zakonito uvedeno valuto ter je brez pravnega statusa valute ali denarnega sredstva. Le-to fizične ali pravne osebe sprejemajo kot sredstvo menjave, ki se lahko prenaša, shranjuje in izmenjuje.⁵ Želim poudariti, da zaplembe ni mogoče izvesti vse dokler jih ne podredimo kategorizaciji premoženja. Angleško sodišče je v zadevi *AA v Persons Unknown* izpostavilo, da so kriptovalute oblika lastnine, ki je lahko predmet lastniške odredbe.⁶ Osebnostno sem mnenja, da se naša ureditev bolj nagiba k definiranju teh valut za potrebe obdavčitve, saj je Vlada 7. aprila 2022 poslala predlog zakona državnemu zboru za sprejem po nujnem postopku, na podlagi katerega bi vse fizične osebe, ki zamenjajo virtualno valuto za fiat (klasično valuto) ali enostavno trgujejo z virtualnimi valutami, bile petodstotno obdavčene.⁷ Podobno stališče zavzema tudi sosedna avstrijska ureditev, ki dohodke iz kripto premoženja za potrebe dohodnine izračunava po veljavni stopnji kot druge nastale prihodke.⁸ Še vedno pa ostaja odprto vprašanje, kako lahko zasežemo nekaj, kar ni obravnavano kot premoženje, obenem pa izpostavljam, da Banka Slovenije in Ministrstvo za finance ostro zastopata, da kriptovalut ne moremo uvrstiti v skupine finančnih instrumentov, vrednostnih papirjev in elektronskega denarja.⁹

Pranje denarja

Prikazane komponente kripto trga narekujejo, da se takšna digitalna sredstva zelo pogosto najdejo kot predmet pranja denarja, ki se izvede v treh fazah:

- 1) PLASMA – začetna faza, za katero je značilna nezakonita pridobitev premoženjske koristi in razporeditev v kriptodenarnice.
- 2) USTVARJANJE PLASTI – v tej fazi pralec poskuša z logičnimi transakcijami prikriti izvor denarja
- 3) INTEGRACIJA – katere cilj je dobesedno sama integracija nelegitimno

⁴ Zakon o preprečevanju pranja denarja in financiranja terorizma (Uradni list RS, št. 68/16, 81/19, 91/20, 2/21 – popr. in 48/22 – ZPPDFT-2).

⁵ 56. točka 3. člena ZPPDFT-21, Uradni list RS, št. 48/22.

⁶ *AA v Persons Unknown* [2019] EWHC 3556, URL: <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2019/3556.html>>.

⁷ Predlog zakona o debirokratizaciji obdavčitve unovčenja virtualnih valut – nujni postopek, URL: <[https://gradiva.vlada.si/mandat20/VLADNAGRADIVA.NSF/18a6b9887c33a0bd-c12570e50034eb54/b837b1ccc9a4fd3cc125881d003197ef/\\$FILE/ZDOUVV230322.docx](https://gradiva.vlada.si/mandat20/VLADNAGRADIVA.NSF/18a6b9887c33a0bd-c12570e50034eb54/b837b1ccc9a4fd3cc125881d003197ef/$FILE/ZDOUVV230322.docx)>.

⁸ Tax treatment of crypto assets, URL: <<https://www.bmf.gv.at/en/topics/taxation/Tax-treatment-of-crypto-assets.html>>.

⁹ Več o tem pri Problematika pomanjkanja pravne regulacije pri poslovanju in izdaji kriptovalut, URL: <<https://www.pf.uni-lj.si/media/kriptovalute.koncni.elaborat.pdf>>, str. 29-31.

pridoljenega denarja v finančni sistem.¹⁰

V zvezi s tem, poudarjam, da je naša zakonodaja izjemno napredovala. Leta 2021 je implementirana evropska direktiva o preprečevanju pranja denarja¹¹ v naš pravni sistem, kar je pripeljalo do številnih sprememb. ZPPDFT-2 v 4. členu določa nabor zavezancev, ki so dolžni izvajati ukrepe za odkrivanje in preprečevanje pranja denarja in financiranja terorizma pred oziroma pri sprejemanju, izročitvi, zamenjavi, hrambi, razpolaganju oziroma drugem ravnanju z denarjem ali drugim premoženjem in pri sklepanju poslovnih razmerij.¹² Vzpostavljen je register v okviru Urada za preprečevanje pranja denarja (v nadaljevanju: Urad), v katerega morajo biti vpisani vsi ponudniki storitev s kriptovalutami.¹³ Na ta način je zagotovljen nadzor nad aktivnostmi kriptosfere, saj morajo zavezcanci prijaviti Uradu vsako sumljivo transakcijo (npr. transakcija z visoko denarno vrednostjo, prejeta iz azijske države). O konkretnih prijavah sumljivih transakcijah s strani zavezancev Urad zaradi varovanja tajnih podatkov ne daje pojasnil. Vendar pa sodna praksa še ni zasledila takšnega primera. Vsekakor, iz navedenega zatrjujem, da virtualni svet ni anarhija kibernetkega kriminala.

Zaplemba

Kadar zavezanec pošlje Uradu sporočilo o sumljivi transakciji, seveda po zaščiteni elektronski poti, je dolžan poskrbeti za potrebne podatke uporabnika. Ključno načelo je *Know Your Customer* (poznaj svojo stranko), ki zajema identifikacijo stranke.¹⁴ S pridobitvijo podatkov pooblaščen organi ukrepajo k pridobitvi zasebnega ključa,¹⁵ ki predstavlja edino sredstvo, s katerim lahko organi pridobijo vpogled v transakcije iz kriptodenarnice.¹⁶ Ta ključ je zelo pogosto v lasti tako uporabnika kot tudi ponudnika skrbniške denarnice, ki mora biti vpisan v register. To pomeni, da bodo pooblaščen organi ciljali na ponudnike, da zasežejo zasebni ključ in da se pri tem seznanijo z valovanjem ekonomskih sredstev v denarnici uporabnika. Ob tem pa že vnaprej ustvarijo denarnico za začasno shranjevanje zaseženih sredstev. Ključno vprašanje, ki se nam tukaj poraja je, kaj se zgodi, če osumljenec zavrne

10 Preprečevanje pranja denarja s kriptovalutami, magistrska naloga, URL: <<https://repozitorij.uni-lj.si/Dokument.php?id=121863&lang=slv>>, str. 26-27.

11 Directive (EU) 2015/849 (4th Anti-Money Laundering Directive, 4AMLD).

12 Glej 4. člen ZPPDFT-2.

13 Glej 4.a člen ZPPDFT-2.

14 *Know Your Customer* načela ZPPDFT-2 izrecno ne omenja, vendar je bivstvo vsebovano v 85. členu.

15 Lahko si ga predstavljate kot geslo, ki vam omogoča dostop do računa, URL: <<https://kriptomat.io/sl/blockchain/kaj-je-zasebni-kljuc/>>.

16 Elektronska denarnica, ki omogoča shranjevanje virtualnih valut.

razkritje gesla in dostopa do njegovih podatkov. Tukaj pride do problematike privilegija zoper samoobtožbo, o katerem bo več govora v naslednjem poglavju.

Privilegij zoper samoobtožbo

Zakon o kazenskem postopku (v nadaljevanju: ZKP)¹⁷ uveljavlja pravico obdolženca, da se ni dolžan zagovarjati zoper sebe in svoje bližnje.¹⁸ Zahvaljujoč temu pravilu je vsak uporabnik zaščiten pred posegom v njegovo kripto denarnico, v kateri hrani inkriminirajoče podatke. Bistvo privilegija zoper samoobtožbo je ohraniti obdolženčevo procesno subjektiviteto in s tem pošten postopek.¹⁹ Iz tega izhaja, da so praktični načini pridobitve zasebnega ključa (namestitvev vohunske opreme na računalnik osumljenca, prisilno razkritje, fizični zaseg) povsem nesprejemljivi, saj predstavljajo zelo hud poseg v človekovo zasebnost.

Kako zmanjšati domete privilegija zoper samoobtožbo odgovarja ameriško sodišče v zadevi *Boucher – Grand Jury Subpoena*,²⁰ iz katerega lahko sklepamo, da Petega amandmaja²¹ ni mogoče uveljaviti, ko je že na podlagi določenih dejstev znano, da elektronska naprava pripada osumljencu ter da le-ta pozna geslo. V povezavi s tem pa poudarjam, da ima obdolženec pravico molčati o tistih dejstvih, ki bi zanj bila inkriminujoča - kar pa ne velja za tista dejstva, ki so organom že znana. Posledično lahko zaključimo, da se molk lahko šteje kot dokaz proti obdolžencu, če ne da pojasnila v zvezi z dejstvom, ki ga pojasnilo zahteva.²² Ker naše sodišče ni zasledilo nobenih primerov, predvidevam spremembe na tem področju v luči zmanjšanja kroga privilegiranih izjav, ki so varovane s privilegijem zoper samoobtožbo. Ker ravnovesje med dvema dobrinama ni povsem sorazmerno, lahko vsakodnevno spremljamo v novicah, da kripto uporabniki služijo milijone evrov v zavetišču kibernetškega kriminala. Vsled temu je celotni kazenski postopek odvisen od volje obdolženca. Mogoče se bo moje mnenje bralcem zdelo kot izjemno radikalno, toda poudarjam, da molk ne sme biti odločilen dokaz, lahko pa kaže na resničnost nasprotnih trditev. Svoje stališče bom utemeljila z mnenjem Vrhovnega sodišča iz zadeve *Griffin v California*, v sklopu katerega je bilo poroti povedano: »*Glede dejanskih vprašanj v škodo obtoženca je mogoče razumno pričakovati, da bo,*

17 Zakon o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 176/21).

18 Glej 4. odstavek 5. člena ZKP.

19 VSRS Sodba I Ips 51717/2014, z dne 27.10.2016.

20 Grand Jury Subpoena to Sebastian Boucher No. 2:06-mj-91, 2009 WL 424718 (D. Vt. 2009), Ameriško zvezno sodišče Vermont.

21 Dežman, Erbežnik, Kazensko procesno pravo Republike Slovenije (2003), str. 336.

22 O tem več pri Boštjan M. Zupančič in soavtorji, Ustavno kazensko procesno pravo (2000), str. 606-611.

kolikor jih pozna, zanikal ali razložil dokaze v njegovo korist; če pa ne priča ali kljub temu, da priča, ne zanika ali razloži takih dokazov in da so med različnimi sklepi, ki jih je mogoče razumno upoštevati, tisti v škodo obtoženca bolj verjetni.»²³ Obrnjeno dokazno breme naj bi prišlo v poštev, kadar ni drugega načina za pridobitev določenih podatkov v okviru načela proste presoje dokazov.²⁴

Zaključek

Menim, da je naša zakonodaja storila izjemen dosežek z uveljavljanjem AMLD direktive. Zagotovljen je nadzor v širokem obsegu na tem področju, čeprav končnega »izdelka« še nismo dobili. Sodna praksa bo v prihodnosti imela veliko vlogo glede prilaganja osnovnih načel kazenskega prava bodočim primerom. Potrebno je temeljito povezati pravne strokovnjake z vseh relevantnih področij, saj izključno spreminjanje Kazenskega zakonika ne bo dovolj. Posamezna pravila morajo biti podprta še s strani predpisov civilnega prava (SPZ-B in Obligacijski zakonik), davčnega prava ipd. Vsekakor pa zgodbe ni konec, saj je pričakovati veliko več soočanj s to tematiko.

23 Zupančič in soavtorji, Ustavno kazensko procesno pravo, str. 262-263.

24 V eč o tem pri Šepec, Kriptografija digitalnih podatkov in sodobne dileme v kazenskem pravu (2014), str. 39.

SEZNAM LITERATURE

Anti money laundering directive (4AMLD) 2015/849.

Bizant, Erika; Černe, Iva; Dukič, Uroš; Hrovat, Jera; Jan, Kristina; Reya, Vita; Simčič, Mojca; Vrhovec, Jakob: Problematika pomanjkanja pravne regulacije pri poslovanju in izdaji kriptovalut (2018), URL: <<https://www.pf.uni-lj.si/media/kriptovalute.koncni.elaborat.pdf>> (13.april 2022).

Dežman, Zlatko; Erbežnik, Ante; Kazensko procesno pravo Republike Slovenije (2003).

Kaj je zasebni ključ?, URL: <<https://kript.omat.io/sl/blockchain/kaj-je-zasebni-kljuc/>> (14.april 2022).

Kočnik Urška; Preprečevanje pranja denarja, magistrsko diplomsko delo (2019) URL: <<https://repozitorij.uni-lj.si/Dokument.php?id=121863&lang=slv>> (14.april 2022).

Šepec, Miha; Kriptografija digitalnih podatkov in sodobne sileme, v: Pravosodni bilten (2014) št. 2, str. 21.

Tax treatment of crypto assets, URL: <<https://www.bmf.gv.at/en/topics/taxation/Tax-treatment-of-crypto-assets.html>> (14. april 2022).

