



Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenija • www.ipp-pf.si

T: +386 1 42 03 119 • F: +386 1 42 03 120 • E: ipp.pf@pf.uni-lj.si

Pravno mnenje o skladnosti nekaterih določb, predvidenih v predlogu Splošnega akta o dodatnih varnostnih zahtevah in omejitvah, z Ustavo Republike Slovenije

Naročnik: Huawei Technologies Ljubljana d.o.o., Ameriška ulica 8, 1000 Ljubljana

Pripravil: izr. prof. dr. Samo Bardutzky

Ljubljana, april 2023

1. UVODNO

Agencija za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenije (v nadaljevanju: Agencija) je dne 7. 4. 2023 na svoji spletni strani objavila predlog Splošnega akta o dodatnih varnostnih zahtevah in omejitvah (v nadaljevanju: SADVZO). Predlog SADVZO navaja, da je zakonska podlaga zanj v določbi šestega odstavka 116. člena Zakona o elektronskih komunikacijah (v nadaljevanju: ZEKom-2).¹

Pravno mnenje se opredeljuje do skladnosti nekaterih rešitev, ki jih vsebuje predlog SADVZO, z Ustavo Republike Slovenije (v nadaljevanju: Ustava RS). Natančneje se mnenje opredeli do naslednjih rešitev:

- do definicije kritičnih elementov (določba 2. točke prvega odstavka 2. člena predloga SADVZO v povezavi s Prilogo k splošnemu aktu) in
- do zahtev po diverzifikaciji (7. točka prvega odstavka 3. člena in petega odstavka 6. člena predloga SADVZO).

Merila za presojo skladnosti z ustavo, na katera smo se osredotočili v mnenju, sta dve ustavnopravni zahtevi, ki izhajata iz načela pravne države (2. člen Ustave RS), in sicer zahteva po jasnosti in določnosti predpisov ter zahteva po sorazmernosti, ter ustavno načelo legalitete (120. člen Ustave RS).

2. USTAVNOPRAVNA IZHODIŠČA

2.1. Načelo legalitete in zakonska pooblastila za podzakonsko urejanje

Načelo vezanosti upravnih organov na ustavno in zakonsko podlago (načelo legalitete), ki izhaja iz drugega odstavka 120. člena Ustave RS, je eno temeljnih ustavnih načel in vsebuje dve ključni zahtevi: (1) podzakonski predpisi so lahko sprejeti le *na podlagi zakona*, kar pomeni, da morajo temeljiti na (dovolj določni) vsebinski podlagi v zakonu, (2) poleg tega pa morajo biti *v okviru zakona*, kar pomeni, da ne smejo preseči njegovega možnega pomena.²

Iz načela legalitete, ki je tesno povezano z načeli demokratičnosti (1. člen Ustave RS), pravne države (2. člen Ustave RS) in delitve oblasti (3. člen Ustave RS), torej izhajata obveznosti delovanja izvršilne veje oblasti na vsebinski podlagi in v okviru zakona in prepoved

¹ Uradni list RS, št. 130/22 in 18/23 – ZDU-10.

² Odločba USRS št. U-I-79/20-24 z dne 13. 5. 2021, tč. 68-69.

spreminjanja ali originarnega (izvirnega) urejanja zakonske materije s podzakonskimi predpisi.³

Vsebino, ki bodisi po Ustavi RS bodisi zaradi svojega pomena sodi v domet zakonskega urejanja, sme urejati le zakonodajalec z zakonom (86.- 89. člen Ustave RS), izvršilni oblasti pa prepustiti le, da materijo s splošnimi predpisi dopolnjuje, razčlenjuje in podrobneje opredeljuje.⁴ Kadar zakonodajalec izvršilno oblast izrecno pooblasti za izdajo podzakonskega predpisa, mora hkrati določiti okvire in usmeritve za podrobnejše podzakonsko urejanje, izvršilna oblast pa je na te okvire in usmeritve vezana ter jih ne sme preseči.⁵ Že načelo delitve oblasti (3. člen Ustave RS) namreč izključuje možnost, da bi upravni organi samostojno spreminjali ali urejali zakonsko materijo, podzakonski akti pa ne smejo vsebovati določb, za katere ni podlage v zakonu.⁶

Navedeno še zlasti velja za urejanje pravic in obveznosti, ki skladno s 87. členom Ustave RS sodi v izključno pristojnost zakonodajalca. Namen te obveznosti je zagotoviti, da pravne norme, ki na originaren način urejajo pravice in obveznosti pravnih subjektov, nastajajo v obliki zakonov.⁷ Temeljna vsebina in obseg pravic in obveznosti morajo biti tako dovolj natančno in jasno opredeljene z zakonom. Podzakonski predpis lahko takšno zakonsko materijo nadalje razčlenjuje le na način, ki ne uvaja originarnih nalog države, ne opredeljuje novih pravic in obveznosti in ne širi ali oži pravic in obveznosti, določenih z zakonom.⁸

Zahteva po določnosti zakonske podlage še toliko bolj velja pri urejanju in omejevanju človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Urejanje načina izvrševanja človekovih pravic in omejevanje človekovih pravic je dopustno le z zakonom, izvršilni oblasti pa je lahko prepuščeno urejanje zgolj manj pomembnih, tehničnih vprašanj, povezanih z omejevanjem določene človekove pravice ali temeljne svoboščine.⁹ Merila za takšno urejanje morajo biti dovolj jasno urejena že v zakonu, pri čemer je stopnja zahteve po določnosti odvisna od intenzitete posega v človekovo pravico - večji ko je poseg oziroma učinek na ureničevanje človekove pravice, tem bolj jasno mora biti zakonsko pooblastilo, vselej pa

³ Odločba USRS U-I-16/98 z dne 5. 7. 2001, tč. 18; odločba US RS št. U-I-260/09-18 z dne 13. 1. 2011, tč. 6; odločba USRS št. U-I-79/20-24 z dne 13. 5. 2021, tč. 69.

⁴ Odločba USRS št. U-I-79/20-24 z dne 13. 5. 2021, tč. 69.

⁵ Odločba USRS U-I-16/98 z dne 5. 7. 2001, tč. 18; odločba USRS U-I-60/06, U-I-214/06, U-I-228/06 z dne 7. 12. 2006, tč. 126.

⁶ Odločba US RS U-I-264/99 z dne 28. 9. 2000, tč. 9.

⁷ Odločba USRS U-I-40/96 z dne 3. 4. 1997, tč. 13; Odločba USRS št. U-I-79/20-24 z dne 13. 5. 2021, tč. 70.

⁸ Odločba US RS U-I-288/97 z dne 22. 1. 1998, tč. 4; odločba US RS. U-I-260/09-18 z dne 13. 1. 2011, tč. 6; odločba UprS RS I U 1201/2020-37 z dne 18. 12. 2020, tč. 62. Pri urejanju strokovno tehničnih vprašanj, ki niso primerna za zakonsko urejanje (tj. ne spadajo v sfero zakonodajne veje oblasti) pa lahko zakonodajalec izvršilni veji oblasti prepusti široko polje presoje. Odločba USRS št. U-I-79/20-24 z dne 13. 5. 2021, tč. 70.

⁹ Odločba USRS št. U-I-79/20-24 z dne 13. 5. 2021, tč. 71-72.

mora biti takšno, da onemogoča originarno omejevanje človekovih pravic v aktih izvršilne veje oblasti (tj. podzakonskih aktih).¹⁰

2.2. Načelo jasnosti in določnosti predpisov

Načelo pravne države (2. člen Ustave RS) terja jasnost in določnost vseh predpisov, ki veljajo v slovenskem pravnem sistemu, tudi podzakonskih predpisov. Tako bo načelo jasnosti in določnosti predpisov merilo za našo analizo in presojo definicij in opredelitev, ki jih vsebuje SADVZO - gre za vprašanje, ki je ločeno od vprašanja, kako določno je zakonsko pooblastilo, ki Agenciji sploh omogoča podzakonsko urejanje.

Za našo analizo je posebnega pomena, da je Ustavno sodišče že večkrat izpostavilo situacije, ki terjajo še posebno pozornost pri zagotavljanju zadostne jasnosti predpisov. Iz ustavnosodne presoje lahko izluščimo zlasti pravilo, da je jasnost in določnost posebej pomembno zagotavljati pri predpisih, "ki vsebujejo pravne norme, ki določajo pravice ali dolžnosti pravnih subjektov."¹¹ Po našem stališču, ki se prav tako opira na ustavnosodno presojo, je pomen zagotavljanja jasnosti in določnosti še toliko bolj izrazit pri predpisih, ki "urejajo pooblastila državnih organov pri poseganju v človekove pravice."¹² Po standardu varstva načela jasnosti in določnosti predpisov, kot se je uveljavil v ustavnosodni presoji Ustavnega sodišča, to načelo ne terja, da bi morali biti predpisi "taki, da jih ne bi bilo treba razlagati. Uporaba predpisov vedno pomeni njihovo razlago." Z vidika pravne varnosti je predpis sporen takrat, "kadar s pomočjo pravil o razlagi pravnih norm ni mogoče jasno ugotoviti njegove vsebine."¹³

Načelo jasnosti in določnosti predpisov ni samo sebi namen, temveč ima po stališču Ustavnega sodišča tri glavne funkcije. Ustava terja jasnost in določnost predpisov: prvič, "da jih je mogoče izvajati"; drugič, da predpisi ne "omogočajo arbitrarnega ravnanja izvršilne veje oblasti"; in tretjič, "da nedvoumno in dovolj določno opredeljujejo pravni položaj subjektov, na katere se nanašajo."¹⁴

Zastopamo stališče, da je treba pri oceni skladnosti te definicije z zahtevo po jasnosti in določnosti predpisov upoštevati še en ustavnopravni premislek. Zgoraj očitani standard iz ustavnosodne presoje za presojo skladnosti z načelom jasnosti in določnosti predpisov, po katerem se šteje, da je norma v zadostni meri jasna in določljiva, če je mogoče z uporabo pravnih interpretativnih metod razlage priti do razlage in normo uporabiti, izhaja iz predpostavke, da bodo pravne norme v končni posledici razlagala sodišča in sodniki

¹⁰ Odločba USRS št. U-I-79/20-24 z dne 13. 5. 2021, tč. 71-72.

¹¹ Odločba USRS U-I-56/08 z dne 16. 12. 2009, tč. 9.

¹² In obenem: "Čim pomembnejša je pravna dobrina, tem bolj je poudarjena zahteva po določnosti zakona." Odločba USRS U-I-152/03-13 z dne 23. 3. 2006, tč. 16. Gl. tudi pritrdilno ločeno mnenje sodnika dr. Cirila Ribičiča v zadevi U-I-45/08, tč. 22.

¹³ Odločba USRS U-I-246/14-20 z dne 24. 3. 2017, tč. 20.

¹⁴ Odločba USRS U-I-155/11 z dne 18. 12. 2013, tč. 28, kjer se Ustavno sodišče sklicuje tudi na druge odločbe s sorodnim stališčem.

kot nepristranski in neodvisni pravni strokovnjaki. Pri tem se opiramo tudi na stališče Ustavnega sodišča, po katerem se šteje, da je pri zahtevi, da je možno predpise razlagati, ta razlaga naloga sodne veje oblasti.¹⁵ Ta ustavnopravni premislek, kot bomo utemeljili v nadaljevanju (2.4.), je v primeru SADVZO še posebej upošteven.

2.3. Ustavno načelo sorazmernosti

Po presoji Ustavnega sodišča normodajalca pri urejanju gospodarske dejavnosti veže splošno načelo sorazmernosti, ki mu dovoljuje, da človekovo pravico omeji le toliko, kolikor je to potrebno zaradi varovanja javne koristi. Ključno je, ali je ob izkazani javni koristi poseg v skladu s splošnim načelom sorazmernosti, Ustavno sodišče pa presoja, ali je teža posledic omejitve pravice do svobodne gospodarske pobude sorazmerna vrednosti zasledovanega cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi te omejitve nastale.¹⁶

Po našem stališču mora, da bi bil poseg v pravico do svobodne gospodarske pobude dopusten, vsekakor prestati test primernosti in test nujnosti. Iz splošnega načela sorazmernosti, ki ga Ustavno sodišče v svoji presoji postavlja kot varovalko pred prekomernim posegom v to pravico, namreč po presoji Ustavnega sodišča v zvezi s pravico do svobodne gospodarske pobude izhaja, da mora normodajalec pri postavitvi »omejitve izbrati tak ukrep, ki bo zagotovil učinkovito varstvo javne koristi in hkrati kar najmanj posegel v ustavno pravico.«¹⁷ Ukrep, ki lahko zagotovi učinkovito varstvo javne koristi mora biti torej tak, da se z njim da zasledovani ustavno dopustni cilj doseči (test primernosti); obenem pa mora biti tak, da *kar najmanj* poseže v ustavno pravico – z drugimi besedami, če obstajajo alternativni, blažji ukrepi (ki torej *manj* posegajo) v ustavno pravico, presojani ukrep ne prestane testa nujnosti.¹⁸

2.4. Specifične okoliščine obravnavane predlagane ureditve, upoštevne za oceno skladnosti z ustavo

Kot bomo utemeljili v nadaljevanju (3.4.), predstavljata določba 117. člena ZEKom-2 in tam določena pooblastila vladi za izdajo odločbe v kombinaciji z definicijo kritičnih elementov po predlogu splošnega akta podlago za poseg v pravico do splošne gospodarske pobude (74. člen Ustave RS). V obravnavani situaciji si lahko predstavljamo, da bo poseg v svobodno gospodarsko pobudo v konkretnih primerih le delno izvršen preko oblastnega akta. Res je, da bo za to, da bo do posega prišlo, Vlada morala izdati odločbo po prvem odstavku 117. člena ZEKom-2. Vendar pa bo s tem določena le oprema oziroma storitve, ne pa tudi, v katerih elementih operater te opreme oz. storitev ne sme uporabljati. Odločitev, v katerih elementih operater opremo/storitev sme in kje jih ne sme uporabljati, bo

¹⁵ Odločba USRS U-I-123/11-14 z dne 8. 3. 2012, tč. 9. Poudarek v tem stališču Ustavnega sodišča je glede na okoliščine konkretne zadeve na vlogi t.i. "rednih" sodišč (in ne Ustavnega sodišča), kar pa ne vpliva na upoštevnost stališča Ustavnega sodišča za naš argument.

¹⁶ Odločba USRS U-I-311/11-16 z dne 25. 4. 2013, tč. 16.

¹⁷ Odločba USRS U-I-163/05-36 z dne 27. 10. 2005, tč. 20.

¹⁸ Glej tudi odločbo USRS U-I-212/03 z dne 24. 11. 2005, tč. 15.

operater sprejel sam, z razlago definicije kritičnih elementov v SADVZO. ZEKom-2 ne predvideva možnosti, da bi operater pravilnost svoje razlage preveril pri državnem organu. Morebitna napačna razlaga definicije kritičnih elementov, zaradi katere bi operater uporabil opremo dobavitelja tudi v kritičnem elementu, za katerega bi po *bona fide* razlagi definicije kritičnih elementov štel, da ni kritičen, bo lahko vodila do (vsaj) dveh izrazito negativnih posledic za operaterja.

Prva negativna posledica je kaznovalnopravna sankcija, predvidena že po določbah ZEKom-2. Prekrškovni organ lahko namreč operaterja, ki ne upošteva dodatnih varnostnih zahtev in omejitev iz 116. člena, kaznuje s plačilom globe (25. točka prvega odstavka 299. člena ZEKom-2).

Druga možna negativna posledica razlage definicije kritičnih elementov s strani operaterja, ki ne ustreza razumevanju pojma kritičnih elementov s strani Agencije, pa ni predvidena v zakonu, ampak jo je možno razbrati iz razpisnih pogojev nedavno objavljenega javnega razpisa za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom.¹⁹ V razpisni dokumentaciji je namreč predvideno, da lahko Agencija odločbo o dodelitvi radijskih frekvenc razveljavi, če “pristojen organ v postopku inšpekcijskega nadzora nad izvajanjem zakonskih in podzakonskih obveznosti s področja varnosti omrežij ugotovi kršitve”, imetnik frekvence pa jih ne odpravi.²⁰

Obe možni negativni posledici sta zelo težki, pri čemer je razveljavitev odločbe o dodelitvi frekvenc še mnogo hujša in invazivnejša. Pomeni lahko namreč uničujoč udarec za gospodarsko aktivnost operaterja. Alternativna pot odprave domnevnih kršitev, ki je denimo predvidena v citirani razpisni dokumentaciji in s katero bi se lahko operater izognil razveljavitvi odločbe o dodelitvi frekvence, pa bi terjala zamenjavo opreme, kar prinaša znatne stroške, ki bi gotovo presegli znesek globe, predvidene v prekrškovnih določbah ZEKom-2.

V prvi vrsti so očrtane negativne posledice za ustavnopravno analizo relevantne že z vidika teže posega v svobodno gospodarsko pobudo. Hkrati pa so omenjene posledice pomembne tudi zato, ker dodatno osvetlijo pomen jasnosti in določnosti predpisov. V tem smislu je obravnavana situacija nekoliko specifična. Zgoraj opisani standard ustavnosodne presoje Ustavnega sodišča glede zahteve po jasnosti in določnosti predpisov namreč izhaja iz predpostavke, da bodo pravne norme v končni posledici razlagala sodišča in sodniki kot nepristranski in neodvisni pravni strokovnjaki.²¹

¹⁹ Sklep o uvedbi javnega razpisa z javno dražbo za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom je Agencija objavila v Uradnem listu RS, št. 191/2020; prečiščeno besedilo razpisne dokumentacije, ki jo navajamo v našem besedilu, je dostopno na https://www.akos-rs.si/fileadmin/user_upload/Razpisna_dokumentacija_za_vecfrekvencno_drazbo_05022021_koncna.pdf.

²⁰ Točka A.5.6 razpisne dokumentacije, str. 32.

²¹ Gl. zgoraj spr. op. št. 15.

Res je, da bi pri obeh negativnih posledicah operater lahko zahteval sodno varstvo: zahtevo za sodno varstvo v primeru prekrškovnih sankcij oziroma upravni spor v primeru razveljavljanja upravnih odločb. Uveljavljanje sodnega varstva bi načeloma pomenilo, da bi sodna veja oblasti lahko prevzela funkcijo razlagalca predpisov, konkretno pa interpretirala obravnavano definicijo kritičnih elementov iz SADVZO. Obenem pa bi bilo na podlagi te ugotovitve zelo formalistično in neživljenjsko zaključiti, da bo lahko sodna veja oblasti tudi dejansko opravila svojo funkcijo razlagalca predpisov. Ne smemo namreč zanemariti, da se bo v takšni situaciji operater povsem razumno in ekonomično raje odločil, da *sploh* ne uporablja opreme, za katero je bila izdana odločba vlade po prvem odstavku 117. člena ZEKom-2 - torej ne le, da se tej opremi izogne v kritičnih elementih, temveč v celotnem omrežju.

Definicija kritičnih elementov v bistvenem sodefinira obseg posega (prepovedi uporabe opreme iz petega odstavka 116. člena ZEKom-2), obenem pa je problematična tako z vidika zahteve po jasnosti in določnosti predpisov kot tudi z vidika načela sorazmernosti. Ker je ne bodo imela priložnosti interpretirati sodišča, bo Agencija dosegla, da bo *de facto* učinek odločbe iz prvega odstavka 117. člena ZEKom-2 segel preko dometa, ki ga je predvidel zakonodajalec v prepovedi iz petega odstavka 116. člena ZEKom-2. Državna oblast operaterjem s tem, ko jih postavi pred pomensko izredno široko definicijo, povsem zoži prostor za svobodno sprejemanje poslovnih odločitev. Po rešitvah, predvidenih v predlogu SADVZO, bi operaterji, motivirani s previdnostjo in racionalno taktiko izogibanja negativnim pravnim posledicam morebitne napačne razlage definicije kritičnih elementov, postali izvrševalci izjemno intenzivnega posega v svobodno gospodarsko pobudo dobaviteljev.

2.5. Sklepno

Ustavnosodna presoja Ustavnega sodišča je oblikovala standarde za razlago in razumevanje vseh treh ključnih meril presoje za obravnavo izbranih določb SADVZO, torej tako načela legalitete in vezanosti uprave na ustavno in zakon, kot tudi zahtev, ki izhajajo iz načela pravne države. Za podzakonsko urejanje je ključnega pomena pooblastilo, ki ga da zakonodajalec. V zvezi z načelom jasnosti in določnosti predpisov je posebnega pomena stališče Ustavnega sodišča, da morajo biti predpisi takšni, da jih je mogoče razlagati z uveljavljenimi metodami pravne razlage, tako, da naslovniki pravne norme lahko predvidijo pravne posledice in načrtajo svoje ravnanje v skladu s predpisi. To, z druge strani, preprečuje arbitrarno odločanje in ravnanje državnih organov. Po presoji Ustavnega sodišča je tudi pri posegih v pravico do svobodne gospodarske pobude, ki je že izhajajoč iz besedila 74. člena Ustave RS omejena z javno koristjo, treba spoštovati zahtevo po sorazmernosti. Tako je treba pri posegih v svobodno gospodarsko pobudo izbrati takšna sredstva, s katerimi je mogoče doseči zasledovani cilj, ki najmanj omejuje svobodno ravnanje naslovnikov pravne norme. Obenem lahko v obravnavani situaciji zasledimo določene specifične, ki od nas terjajo posebno pozornost zlasti pri spoštovanju ustavne zahteve po jasnosti in določnosti predpisov.

3. PRESOJA DEFINICIJE KRITIČNIH SREDSTEV/ELEMENTOV, KOT JE PREDVIDENA S SADVZO

3.1. Relevantnost definicije kritičnih elementov/sredstev za ustavnopravno analizo SADVZO

Po določbi petega odstavka 116. člena ZEKom-2 operater mobilnih komunikacijskih omrežij, ki zagotavljajo ta omrežja določenemu krogu uporabnikov, “v kritičnih elementih in funkcijah tega omrežja in pripadajočih informacijskih sistemih ne sme uporabljati opreme in storitev podpore tretje ravni, katere uporaba bi lahko ogrozila nacionalno varnost.” 117. člen ZEKom-2 daje vladi pristojnost, da z odločbo določi takšno opremo in storitve tretje ravni.

Prepoved uporabe opreme in storitev iz petega odstavka 116. člena ZEKom-2, ki jo določi Vlada po prvem odstavku 117. člena ZEKom-2, je **z vidika dobaviteljev opreme in storitev nedvomno poseg v pravico do svobodne gospodarske pobude iz prvega odstavka 74. člena Ustave Republike Slovenije (URS)**, saj tem subjektom onemogoča, da bi sodelovali na trgu in zasledovali premoženjsko korist z izvajanjem svoje gospodarske dejavnosti.²²

Obseg tega posega pa je odvisen tudi od definicije *kritičnih elementov in funkcij*, v katerih operater opreme in storitev ne sme uporabljati. Obseg posega je v ključnem delu odvisen od razlage te definicije zato, ker so kriteriji za določitev opreme in storitev, ki bi lahko ogrozili nacionalno varnost, v prvem odstavku 117. člena ZEKom-2 formulirani tako, da se nanašajo na lastnosti bodisi dobavitelja bodisi države dobavitelja. V številnih primerih bo tako pojmovno tako rekoč nemogoče, da bi vlada z določbo iz prvega odstavka 117. člena ZEKom-2 določila le določen tip opreme oziroma storitev. V primeru, da Vlada za določenega dobavitelja ugotovi, da on ali njegova država dosega vsaj štiri od naštetih meril, bo - ob tako oblikovani določbi 117. člena - logični zaključek, da mora odločba vlade zajeti vso njegovo opremo/storitve. Iz tega izhaja, da bo obseg prepovedi uporabe, s tem pa tudi intenzivnost posega v pravico do svobodne gospodarske pobude, odvisen od tega, kako bo interpretiran zakonski termin “kritični elementi in funkcije (tega omrežja)” iz petega odstavka 116. člena ZEKom-2.

²² Prim. opredelitev polja varovanja pravice iz 74. člena URS v Zagradišnik, Komentar 74. člena, v: Avbelj (ur.) Komentar URS (Človekove pravice, 2019), rob. št. 10. Po stališču US gre za poseg v svobodno gospodarsko pobudo “praviloma takrat, ko zakonodajalec subjektom neko ravnanje prepoveduje” ali “zapoveduje točno določeno ravnanje, ki subjektu ne omogoča prav nikakršnega polja za prosto podjetniško odločanje”. Odločba US RS v zadevah U-I-446/20-11, U-I-448/20-8, U-I-455/20-8 in U-I-467/20-8 z dne 15. 4. 2021, tč. 16. Z vidika dobavitelja opreme, ki bi bil določen za dobavitelja z visokim tveganjem, gre tako rekoč za izključitev iz sodelovanja na trgu in tako brez dvoma za poseg.

V našem mnenju se bomo osredotočili na oceno obravnavane definicije kritičnih elementov v kontekstu omenjenih norm ZEKom-2 z vidika dveh ustavnopravnih načel, ki izhajata iz načela pravne države (2. člen Ustave RS) v povezavi s pravili Ustave RS o dopustnosti poseganja v človekove pravice in temeljne svoboščine iz tretjega odstavka 15. člena. Analiza, ki jo bomo predstavili v nadaljevanju, pokaže, da je obravnavana definicija v kontekstu drugih zgoraj očitanih določb ZEKom-2 sporna tako z vidika zahteve po jasnosti in določnosti predpisov kot z vidika zahteve po sorazmernosti.

3.2. Definicija kritičnih elementov v predlogu SADVZO

Predlog SADVZO v 2. točki prvega odstavka 2. člena opredeljuje pojem “kritičnih sredstev”, in sicer jih opredeljuje kot

sredstva, ki vključujejo elemente, funkcije ter storitve omrežja ter podporni informacijski sistemi v fizični, programski ali kakršni koli virtualizirani obliki pri operaterju ali pri ponudniku storitev v oblaku, ki operaterju takšne storitve zagotavlja, katerih potencialna odpoved ali zloraba *bi lahko imela zelo velik negativni vpliv* na razpoložljivost, avtentičnost, celovitost ali zaupnost v njih shranjenih, prenesenih ali obdelanih podatkov ali podatkov, ki so prek njih dostopni ter s tem ogrozila varnost in nemoteno delovanje storitev kritičnih subjektov ali na varnost in nemoteno delovanje zasebnih omrežij kritičnih subjektov *ali bi kako drugače pomembno ogrozila vitalne gospodarske ali družbene aktivnosti države oziroma njeno nacionalno varnost.* (poudarki dodani).

Glede na določbo druge točke istega odstavka predvideva predlog SADVZO tudi prilogo k splošnemu aktu (kot sestavni del splošnega akta), ki vsebuje seznam kritičnih sredstev. Seznam kritičnih sredstev iz priloge v okviru kategorije “Radijsko dostopovno omrežje” kot kritično sredstvo opredeljuje na primer “bazne postaje, ki podpirajo tehnologijo 5G ali višje, katerih sevalno območje sega na območje objektov kritične infrastrukture”. Vključuje pa tudi nekatere druge elemente, ki jih bomo še obravnavali spodaj, v 3.4.

3.3. Ocena skladnosti definicije kritičnih sredstev/elementov z vidika ustavne zahteve po jasnosti in določnosti predpisov

Definicija kritičnih sredstev oziroma elementov je tako sestavljena iz splošne, abstraktno zastavljene definicije v 2. členu SADVZO in seznama. Razmerje med tema dvema normama ni povsem jasno, saj bi splošna definicija teoretično morala služiti presoji konkretnega vprašanja, ali je neko sredstvo/element kritično ali ne. Seznam iz priloge bi lahko po eni strani šteli za taksativen (zaprt) seznam, kar bi pomenilo, da ni mogoče opredeliti dodatnih sredstev kot kritičnih sredstev; v tem primeru bi bilo vprašljivo, kakšen je sploh pravni učinek splošne definicije iz 2. člena SADVZO. Po drugi strani bi bilo glede na obstoj splošne klavzule morda bolj logično zaključiti, da gre za enumerativen (odprt) seznam. A te možnosti predlog SADVZO na noben način ne nakazuje z uporabo morebitnega odkazila na enumerativno naštevaje (kot z izrazi “na primer”, “drugo”, “primeroma naštetih”...).

Tako je že pristop SADVZO k definiranju kritičnih elementov konfuzen in predstavlja dejavnik manjše jasnosti in določnosti predpisa.

Problem pomanjkljive jasnosti in določnosti norm pa se pojavlja ne le v kombinaciji obeh prvin definicije (splošne definicije na eni strani in seznama na drugi strani), temveč tudi v vsaki prvini posebej.

3.3.1. Splošna definicija (2. točka prvega odstavka 2. člena predloga SADVZO)

V zvezi s splošno definicijo iz 2. točke prvega odstavka 2. člena predloga SADVZO lahko ugotovimo, da je pomensko zelo ohlapna, na kar kaže uporaba nedoločnih pravnih pojmov (“zelo velik negativni vpliv”, “*vitalne* gospodarske ali družbene aktivnosti države” – poudarek dodan) in uporaba glagola v pogojniku v kombinaciji s prislovom “lahko”, ki po Slovarju slovenskega knjižnega jezika “izraža možnost uresničitve dejanja ali stanja”: “ki bi lahko imela...”. Uporaba pogojnega naklona logično pomeni, da norma zajame veliko večje število situacij, tudi takšnih, kjer je veliko manjša verjetnost, da pride do nezaželene posledice. Zaradi naštetih lastnosti definicije gre za normo, pri kateri se postavlja utemeljeno vprašanje, ali ne krši ustavne zahteve po jasnosti in določnosti predpisov.

3.3.2. Seznam kritičnih sredstev/elementov iz priloge k splošnemu aktu

V zvezi s seznamom iz priloge, posebej in kot primer pa v zvezi s kategorijo “radijsko dostopovno omrežje”, ki kot kritično sredstvo opredeljuje “bazne postaje, ki podpirajo tehnologijo 5G ali višje, katerih sevalno območje sega *na območje objektov kritične infrastrukture*”, pa gre ugotoviti naslednje. Pregled pravnih predpisov pokaže, da pojem objekta kritične infrastrukture ni definiran. Zakon o kritični infrastrukturi sicer definira *sektorje* kritične infrastrukture,²³ a iz te definicije ni moč v konkretnem primeru presoditi, ali je nek objekt del kritične infrastrukture ali ne. Enako velja za omembo objektov kritične infrastrukture v prvem odstavku 128. člena Zakona o katastru nepremičnin.²⁴ Zakon o obrambi določa po eni strani pravila v zvezi z upoštevanjem obrambnih potreb pri infrastrukturnih objektih (28. člen) in po drugi strani definira obrambne objekte (29. člen),²⁵ kar so nedvomno pravne norme z ožjim poljem uporabe.

Iz tega sledi, da je definicija baznih postaj, ki se štejejo za kritična sredstva, takšna, da iz nje z uporabo uveljavljenih metod pravne razlage ni mogoče zanesljivo ugotoviti, kaj sploh so tiste točke v prostoru, na katere ne sme segati sevalno območje bazne postaje, da bi se ta štela za kritično sredstvo. To naslovnikom pravne norme povsem onemogoča, da bi svoja ravnanja prilagodili predpisom in se izognili negativnim posledicam potencialne kršitve pravne norme. Sicer bi bilo mogoče razumeti odločitev državne oblasti, da v interesu javne varnosti in obrambe države ter izven konteksta urejanja kibernetike varnosti

²³ 13. točka 3. člena Zakona o kritični infrastrukturi (Uradni list RS, št. 75/17 in 189/21 – ZDU-1M)

²⁴ Uradni list RS, št. 54/21.

²⁵ Zakon o obrambi (Uradni list RS, št. 103/04 – uradno prečiščeno besedilo, 95/15 in 139/20).

po ZEKom-2 natančen seznam objektov kritične infrastrukture skrije pred očmi javnosti. Vendar pa sprejetje takšne odločitve v drugem kontekstu zakonodajnega urejanja in vodenja državnih politik nato pomeni, da morajo spoznavno nedostopnost takšnih informacij, kot je seznam objektov kritične infrastrukture, naslovnikom pravnih norm, upoštevati normodajalci na drugih področjih. Da bi bilo za naslovnike pravnih norm sploh možno, da svoje ravnanje začrtajo v skladu s predpisi, se morajo normodajalci, kot je v tem primeru Agencija, odkazovanju na nejavne informacije praviloma povsem izogniti.

3.4. Ocena skladnosti definicije kritičnih elementov/sredstev z vidika načela sorazmernosti

Že zgoraj smo argumentacijo navezali na primer uvrstitve baznih postaj v katalog kritičnih sredstev v prilogi k splošnemu aktu. Poleg problema skladnosti z zahtevo po jasnosti in določnosti predpisov odpira ta uvrstitev tudi vprašanje skladnosti z načelom sorazmernosti.

Zgoraj smo zavzeli stališče, da bo moral poseg v svobodno gospodarsko pobudo, da bi bil dopusten, gotovo prestatl vsaj test primernosti in test nujnosti. Z vidika testa nujnosti odpira uvrstitev baznih postaj v seznam kritičnih elementov vprašanje, ali se brez tega ne da doseči zasledovanih ciljev.

To ni naključno izbrana točka preizkusa. Po dostopnih informacijah je v postopku zbiranja informacij in analize stanja za potrebe ocene tveganja kibernetske varnosti omrežij 5G nastalo poročilo, s katerim so se strinjale države članice EU.²⁶ V okviru priprave usklajene ocene tveganja opravljena tudi analiza vprašanja, katere ključne elemente (*key elements*) je mogoče šteti za kritične (*critical*), katere pa je po drugi strani moč razvrstiti v druge kategorije občutljivosti (visoka - *high* in zmerna - *moderate*).²⁷ V tej klasifikaciji je denimo jasno, da med državami članicami bazne postaje niso uvrščene med elemente, ki bi jih označili kot "kritične", temveč v nižjo kategorijo "visokega tveganja". Po razpoložljivih informacijah je tudi Slovenija v svojem nacionalnem poročilu o oceni tveganja kibernetskih tveganj v omrežjih 5G za posamezne kategorije elementov omrežij določila relativno stopnjo občutljivosti, pri čemer je določene kategorije označila kot kritične, določene pa kot visoko tvegane. Bazne postaje tudi v slovenskem poročilu niso bile uvrščene med elemente s kritično stopnjo občutljivosti).

²⁶ Skupina za sodelovanje NIS (NIS Cooperation Group), ki jo je predvidela Direktiva (EU) 2016/1148 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. julija 2016 o ukrepih za visoko skupno raven varnosti omrežij in informacijskih sistemov v Uniji (UL EU L 194/1, 2016 - 11. člen), je oktobra 2019 objavila poročilo o usklajeni oceni tveganj kibernetske varnosti omrežij 5G (v nadaljevanju: Poročilo NIS, v izvorniku: *EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks*, dostopno preko <https://digital-strategy.ec.europa.eu/sl/node/1448>).

²⁷ Poročilo NIS, tč. 2.21, str. 16.

Podobne zaključke nudi primerjava med vsebino seznama iz priloge k SADVZO na eni strani ter opredelitvijo kritičnih elementov v poročilu skupine za sodelovanje NIS *EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks* na drugi strani v zvezi z upravljavskimi sistemi (*Management systems and supporting services*) ter transportom in prenosnimi funkcijami (*Transport and transmission functions*). Obe kategoriji sta v poročilu skupine za sodelovanje NIS označeni s še nekoliko nižjo stopnjo občutljivosti - zmerno do visoko tvegani (*moderate/high level of sensitivity*). Predlog SADVZO pa jih prav tako uvršča med kritične elemente.

Na področjih pravnega urejanja, za katera je značilna pomembna vloga strokovnih dognanj, kakršno je gotovo tudi področje kibernetске varnosti, je za izvedbo testa nujnosti ključno upoštevati strokovna dognanja, s pomočjo katerih je moč ugotoviti, kateri izmed možnih alternativnih ukrepov predstavlja najmanj invaziven poseg v človekovo pravico, pa je z njim obenem še mogoče doseči cilj, ki ga zasledujemo. To velja tako za pripravljalca predpisa kot za sodno vejo oblasti v morebitni kasnejši fazi ustavnosodne kontrole predpisa. V procesu identifikacije tveganj, ki je temeljilo na stroki in katerega rezultat sta zgoraj omenjeni evropsko poročilo in nacionalno slovensko poročilo, bazne postaje ne glede na njihovo lokacijo kot tudi še nekateri drugi elementi (upravljavski sistemi, transport in prenosne funkcije) niso bile prepoznane kot kritični element omrežja.

Ob morebitni ustavnosodni presoji bi se zastavilo vprašanje, ali ne bi glede na strokovna dognanja, povzeta v teh poročilih, prišli do zaključka, da je možno zasledovani cilj doseči tudi brez uvrstitve baznih postaj in drugih omenjenih elementov v seznam. Breme, da pojasni racionalne in strokovne razloge za drugačno odločitev, ki po eni strani odstopa od javno predstavljenih in javnosti dostopnih strokovnih ugotovitev, po drugi strani pa težje prizadene naslovnike pravnih norm, bi bilo na pripravljalcu predpisa.

3.5. Sklepno

Definicija kritičnih elementov, predvidena v predlogu SADVZO in sestavljena iz splošne klavzule ter seznama kritičnih elementov v prilogi k splošnemu aktu, je ustavnopravno izjemno problematična z vidika prvič, zahteve po jasnosti in določnosti predpisov in drugič, ustavnega načela sorazmernosti. Že kombinacija splošne klavzule ter seznama oz. njuno dvoumno medsebojno razmerje je dejavnik nepredvidljivosti pri razlagi pravne norme. Raba pogojnikov in nedoločnih pravnih pojmov odpira obsežne možnosti za arbitrarno razlago pri aplikaciji teh norm na konkretne primere. Po našem mnenju gre tako za prenizko stopnjo jasnosti in določnosti predpisa, da bi zadostila ustavnim zahtevam iz 2. člena Ustave RS. Poleg tega pa primerjava predlaganih dikcij v splošnem aktu z informacijam iz dokumenta *EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks* kaže na obstoj manj invazivnih alternativ, zaradi česar se pojavljajo utemeljeni dvomi, ali bi predlagana ureditev prestala test nujnosti. Negativen rezultat testa nujnosti kot prvina presoje z vidika načela sorazmernosti pa posledično pomeni, da obravnavana ureditev ni skladna s tem temeljnim ustavnim načelom.

4. PRESOJA DOLOČB 7. TOČKE PRVEGA ODSTAVKA 3. ČLENA IN PETEGA ODSTAVKA 6. ČLENA SADVZO (ZAHTEVE PO DIVERZIFIKACIJI)

Predlog SADVZO med usmeritvami, ki jih morajo upoštevati operaterji, z namenom preprečevanja odvisnosti od posameznega dobavitelja oziroma ponudnika storitve tretje ravni ureja dve omejitvi, in sicer:

- v 7. točki prvega odstavka 3. člena SADVZO, ki med temeljnimi usmeritvami določa *“izogibanje enemu samemu dobavitelju, da se prepreči odvisnost ter zagotovi odpornost v primeru kritičnih ranljivosti sredstev, katastrofalne okvare omrežja oziroma grožnje za varnost omrežij in storitev kritičnih subjektov s strani tretjih fizičnih ali pravnih oseb javnega ali zasebnega prava,”*

in

- v petem odstavku 6. člena SADVZO, ki določa: *“Operater preprečuje svojo odvisnost od posameznega dobavitelja oziroma ponudnika storitev tretje ravni (t.i. »vendor lock-in«) tudi z izogibanjem dolgoročnim pogodbam (pet let ali več) s posameznim dobaviteljem oziroma ponudnikom storitev tretje ravni oziroma ima možnost njune menjave z namenom zmanjševanja motenj pri zagotavljanju storitev kritičnih subjektov na najmanjšo možno raven.”*

V nadaljevanju pojasnjujemo, da navedeni določbi presegata zakonsko pooblastilo iz šestega odstavka 116. člena ZEKom-2.

4.1. Obseg pooblastila iz šestega odstavka 116. člena ZEKom-2, vsebina splošnega akta, kot je opredeljena v 1. členu SADVZO ter zahtevi po diverzifikaciji, ki ju je s SADVZO predvidel AKOS

SADVZO je sprejet na podlagi izrecnega zakonskega pooblastila iz šestega odstavka 116. člena ZEKom-2. Ta Agencijo pooblašča za izdajo splošnega akta, s katerim opredeli “predvsem kritične elemente omrežja in pripadajočih informacijskih sistemov” iz petega odstavka 116. člena ZEKom-2 ter “druge zlasti tehnične usmeritve, ki jih morajo upoštevati operaterji.”

4.1.1. Opredelitev vsebine splošnega akta v 1. členu predloga SADVZO

Uvodoma lahko ugotovimo, da od dikcije zakonskega pooblastila v šestem odstavku 116. člena ZEKom-2 odstopa že določba 1. člena SADVZO, ki ureja vsebino splošnega akta in iz katere je povsem jasno, da Agencija podzakonsko urejanje na podlagi pooblastila iz šestega odstavka 116. člena ZEKom-2 koncipira v bistvenem drugače kot zakonodajalec. V prvi točki prvega odstavka 1. člena SADVZO namreč uporabi izraz “usmeritve”, s čimer se

naveže na dikcijo zakonskega pooblastila.²⁸ Vendar so vse usmeritve, opredeljene v tej točki, vezane na oceno tveganj, ki jo od operaterja zahtevata določbi tretjega in četrtega odstavka 116. člena ZEKom-2. V drugi točki prvega odstavka 116. člena ZEKom-2 je kot vsebina splošnega akta določen tudi seznam kritičnih sredstev, kar temelji na zakonskem pooblastilu.

Ključno pa je, da nato v drugem odstavku 1. člena (prva poved) SADVZO kot svojo vsebino navede tudi, da splošni akt “določa dodatne varnostne zahteve, ki veljajo za operaterje”. V drugi povedi nato pojasnjuje, da so “ostale varnostne zahteve” opredeljene v ZEKom-2. Iz tega je jasno razvidno, da je namen Agencije, da v splošnem aktu določi oz. postavi pravno obvezujoče pravne zahteve *po*leg tistih, ki jih določa ZEKom-2, s tem pa razširi obseg dodatnih varnostnih zahtev. V 116. členu sta že izrecno določeni dve dodatni varnostni zahtevi: prvič, izdelava ocene tveganj (tretji in četrti odstavek) in drugič, prepoved uporabe opreme (peti odstavek). Ker ZEKom-2 niti izrecno niti vsebinsko smiselno ne daje Agenciji pooblastila za določitev dodatnih varnostnih zahtev, tega Agencija v skladu z zgoraj očitanimi ustavnimi zapovedmi, ki izhajajo iz načela legalitete, v svojem splošnem aktu ne sme storiti. Določb 1. člena SADVZO pa ne moremo brati drugače, kot da je prav to namen Agencije, ki ga zasleduje s sprejetjem splošnega akta.

V tej luči je treba razlagati in oceniti tudi obravnavane določbe SADVZO, sploh zahtevi po diverzifikaciji, ki izhajata iz 7. točke prvega odstavka 3. člena in petega odstavka 6. člena SADVZO. Ker je prvi del zakonskega pooblastila iz šestega odstavka 116. člena ZEKom-2 usmerjen v podrobnejše definiranje kritičnih elementov in že po enostavni jezikovni razlagi ne more urejati dodatnih obveznosti za operaterje, kot potencialna podlaga za tovrstno podzakonsko urejanje preostane le še drugi del navedene zakonske določbe oz. pooblastila za zakonsko določanje, po katerem lahko Agencija določi “druge zlasti tehnične usmeritve”.

4.1.2. Razlaga zakonskega pooblastila za določitev “drugih zlasti tehničnih usmeritev”

S tako oblikovano dikcijo drugega dela zakonskega pooblastila za podzakonsko urejanje je zakonodajalec Agencijo pooblastil, da določi “druge usmeritve”, pri čemer gre v prvi vrsti in predvsem za tehnične usmeritve. Z dodatkom besede “zlasti” je zakonodajalec razširil pomensko oz. interpretativno polje tega pooblastila. Izraz “zlasti” sodi namreč z vidika nomotehnične stroke med tako imenovane “difuzne izraze,” pri katerih “sta zaradi ohlapnosti njihovega pomena in določenosti potrebni posebna previdnost in preudarnost, tako da jih je pri izvrševanju predpisa nujno razlagati (bolj kot druge izraze).”²⁹ Z opozorilom nomotehničke, da je potrebno dikcije, ki uporabljajo difuzne izraze, natančno razlagati, se povsem strinjamo. Povsem v nasprotju z zgoraj očitano logiko ustavnega načela

²⁸ Do uporabe izraza “usmeritev” se dodatno opredelimo spodaj, v 4.1.3.

²⁹ Služba Vlade RS za zakonodajo, Nomotehnične smernice, 3., spremenjena in dopolnjena izd., 2018, tč. 102, str. 69.

legalitete bi bilo, če bi besedici zlasti v našem kontekstu pripisali moč, da zakonsko pooblastilo razširi na *kakršne koli* druge usmeritve. Zaradi ustavno zajamčene vezanosti uprave na ustavo in zakon (120. člen Ustave RS) je treba dikcijo “druge zlasti tehnične usmeritve” razlagati ozko in si predvsem zastaviti vprašanje, kakšne druge, “netehnične” usmeritve bi še utegnile biti takšne, da bi se s podzakonskim urejanjem le-teh doseglo učinkovito izvrševanje zakonske norme.

Odgovor na to vprašanje ponuja dokument Skupine za sodelovanje na področju varnosti omrežij in informacij (ang. NIS Cooperation Group)³⁰ *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*.³¹ Dokument je bil zamišljen kot “podlaga za identifikacijo ukrepov za zmanjševanje tveganj, ki se jih lahko uporabi na ravni države članice in na ravni Unije.”³² V kontekstu razlage zakonskega pooblastila po 116. členu ZEKom-2 lahko služi (vsaj) kot interpretativni okvir, saj je nastal v okviru izgradnje skupnega evropskega sistema zagotavljanja kibernetne varnosti in s sodelovanjem vseh držav članic in pristojnih institucij ter teles EU.³³ Ta dokument tako v okviru instrumentov za zmanjševanje tveganj, ki so predvideni na ravni Unije³⁴ kot tudi pri prikazu pravil v državah članicah, s katerimi so le-te implementirale pravila za telekomunikacije v EU³⁵, omenja dva tipa ukrepov. Poleg tehničnih, ki so v jedru zakonskega pooblastila po šestem odstavku 116. člena ZEKom-2, tudi *organizacijske* ukrepe. Po naši oceni se lahko organizacijski ukrepi razlagajo kot vzpostavitev ustreznih sistemov oziroma mehanizmov, s katerimi operater svojo notranjo strukturo ter organizacijo delovnih procesov in človeških virov uredi tako, da mu omogoči učinkovito izvajanje ukrepov za zmanjševanje tveganj.³⁶

Zaključimo lahko torej, da si je na podlagi obstoječih virov mogoče zamisliti prepričljivo in ustrezno ozko razlago dikcije “drugih usmeritev”.

³⁰ Skupina za sodelovanje na področju varnosti omrežij in informacij (NIS Cooperation Group) je predvidena v 14. členu Direktive (EU) 2022/2555 Parlamenta in Sveta z dne 14. decembra 2022 o ukrepih za visoko skupno raven kibernetne varnosti v Uniji, spremembi Uredbe (EU) št. 910/2014 in Direktive (EU) 2018/1972 ter razveljavitvi Direktive (EU) 2016/1148, UL EU L 333/80 (krajše: direktiva NIS 2). Gl. tudi <https://digital-strategy.ec.europa.eu/sl/policies/nis-cooperation-group>.

³¹ NIS Cooperation Group, *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*, CG Publication 01/2020, dokument je objavljen na https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=64468.

³² *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*, str. 4.

³³ Po določbi tretjega odstavka 14. člena direktive NIS 2 Skupino sestavljajo “predstavniki držav članic, Komisije in Agencije Evropske unije za kibernetno varnost (ENISA).”

³⁴ *Ibid.*, str. 6.

³⁵ *Ibid.*, str. 9.

³⁶ Za ilustracijo teh procesov, pri katerih je moč terjati organizacijske prilagoditve operaterja lahko vzamemo navedbo iz *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*, str. 10., po kateri varnostni ukrepi zajemajo “...ukrepanje ob incidentih, menedžment v zvezi s kontinuiteto poslovanja, nadzor, preglede in testiranje... (*...handling of security incidents, business continuity management, monitoring, auditing and testing...*).”

4.1.3. Razčlenitev predlaganih določbi SADVZO, ki vsebujeta zahtevo po diverzifikaciji

Na podlagi teh vmesnih zaključkov je treba obravnavati določbi SADVZO, ki operaterjem z namenom preprečevanja njihove odvisnosti od enega samega ponudnika nalagata obveznost izogibanja “*enemu samemu dobavitelju*” (sedma točka prvega odstavka 3. člena SADVZO) in “*dolgoročnim pogodbam (pet let ali več) s posameznim dobaviteljem oziroma ponudnikom storitev tretje ravni*” (peti odstavek 6. člena SADVZO).

Ne glede na izbiro glagola v dikciji teh dveh določb SADVZO (“izogibati”) je vsebino pravne norme težko okarakterizirati kako drugače kot prepoved. Glagol “izogibati” je pomensko ohlapen, še posebej, ker je v nedovršenem glagolskem vidu.³⁷ Verjetno je Agencijo pri izbiri te besede vodila želja pravne učinke predlagane norme prikazati kot manj invazivne, kot v resnici so. Z vidika naslovnika pravne norme pa tudi na videz mehkejši izraz nima bistveno drugačnih posledic. Če želi preprečiti nastanek pravne sankcije oz. negativne posledice (bodisi izreka globe v prekrškovnem postopku bodisi odvzema frekvence, gl. spodaj), lahko utemeljeno pričakujemo, da bo naslovnik obveznost *izogibanja* sklepanju pogodb bral in razlagal kot *prepoved* sklenitve pogodbe.

Glede na naše zaključke glede razlage zakonskega pooblastila iz petega odstavka 116. člena ZEKom-2, kot smo jih predstaviti zgoraj, prepoved sklepanja pogodb ne more biti zajeta z drugim delom pooblastila, saj presega pooblastilo za določitev “drugih zlasti tehničnih usmeritev”. To dodatno utemeljujeta še dva argumenta. Prvi izhaja iz jezikovne analize predlagane ureditve. Izraz “usmeritev” nakazuje, da gre za mehkejše oblike navodil, ki nimajo nujno kakovosti pravne norme.³⁸ Vsebinsko zajemajo zlasti navodila, oblikovana na podlagi strokovnih dognanj, medtem ko omejevanje svobode poslovnega ravnanja, četudi bi bilo hipotetično ustavnopravno dopustno, terja višjo stopnjo demokra-

³⁷ Dovršna različica “izogniti”, denimo, je za odtenek pomensko jasnejša – predvsem v smislu, da bi bilo z uporabo dovršnega vida jasneje, da gre za *de facto* prepoved.

³⁸ Pregled predpisov po iskalniku Pravno informacijskega sistema RS (PISRS, www.pisrs.si) kaže, da je uporaba izraza “usmeritev” oz. “usmeritve” v zakonodajnem urejanju prejkone redka. Gre večino za zakonodajo, ki ne velja več. Pregled nekaterih zakonov kaže, da se v zakonodaji ta izraz uporablja npr. za informacije, ki jih političnim odločevalcem posredujejo strokovna telesa. Po že ne več veljavnem Zakonu o raziskovalni in razvojni dejavnosti (Uradni list RS, št. 22/06 – uradno prečiščeno besedilo, 61/06 – ZDru-1, 112/07, 9/11, 57/12 – ZPOP-1A, 21/18 – ZNorg, 9/19 in 186/21 – ZZrID) je tako denimo Svet za znanost in tehnologijo Republike Slovenije kot strokovno posvetovalno telo Vlade le-tej predlagal “usmeritve” za pripravo raziskovalne strategije Slovenije). Kadar je zakonodaja predvidevala podajanje usmeritve v drugo smer, torej od političnih odločevalcev (Vlada, ministrstva, Državni zbor) k bolj strokovnim ali poslovnim subjektom (npr. agencijam, pravnim osebam javnega prava), pa so morale biti te “splošne” in niso smele “posegati v vodenje postopkov oziroma odločanje o posamičnih zadevah,” kot je to predvideval 5. člen že ne več veljavnega Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (Uradni list RS, št. 36/08, 40/09, 26/11, 87/11, 57/12, 39/13 – odl. US, 63/13 – ZS-K, 33/14, 76/15, 23/17 in 130/22 – ZPOmK-2). Prim. tudi “usmeritve” ministrstva Družbi za upravljanje terjatev bank po 4. členu že ne več veljavnega Zakona o ukrepih Republike Slovenije za krepitev stabilnosti bank (Uradni list RS, št. 105/12, 63/13 – ZS-K, 23/14 – ZDIJZ-C, 104/15, 26/17 – ORZUKSB33, 27/17 – popr. in 174/20 – ZIPRS2122). Ti primeri kažejo na to, da je (bil) izraz “usmeritve” v slovenskem zakonodajnem izrazju namenjen informacijam ali navodilom, ki ne dosegajo kakovosti pravne norme.

tične legitimnosti, zaradi česar se ga sme urejati predvsem v zakonu. Ta argument pa dopolnjuje naša ugotovitev, da je vloga javnih agencij v našem ustavnem sistemu zlasti v tehnični regulaciji, utemeljeni na strokovnem znanju, ne pa na legitimnosti za sprejemanje širših, invazivnejših in po naravi bolj političnih odločitev.³⁹

4.1.4. Ustavnoppravna klasifikacija *de facto* prepovedi sklepanja pogodb

Prepoved sklepanja pogodb je težak in invaziven ukrep, ki operaterjem bistveno omejuje svobodno izbiro poslovnih partnerjev. Slednje upravičenje po stališču komentatorice Ustave Republike Slovenije spada v samo jedro polja ustavnega varstva svobodne gospodarske pobude.⁴⁰ Dodamo lahko, da je svobodna izbira poslovnih partnerjev s ciljem zasledovanja poslovnega uspeha, ustvarjanja dobička in konkurenčnosti na prostem trgu tudi izraz avtonomije pogodbene volje.⁴¹ Podobno trdimo za določitev trajanja veljavnosti pogodbe, ki jo lahko štejemo za bistveno sestavino tovrstnih pogodbenih razmerij, ter za zahtevo po vključitvi določenih pogodbenih klavzul, za katere se morda operater po logiki poslovne presoje sam ne bi odločil.⁴²

Brez dvoma lahko *de facto* prepoved sklepanja pogodb s svobodno izbranimi pogodbenimi strankami ter za obdobja, ki presegajo v petem odstavku 6. člena SADVZO določeno najdaljše obdobje, ustavnopravno klasificiramo kot poseg oz. omejitev ustavne pravice do svobodne gospodarske pobude iz 74. člena Ustave RS.

Posledica te ustavnopravne klasifikacije je, da je treba obravnavani določbi SADVZO presojeti z vidika dveh zahtev temeljnega ustavnopravnega načela pravne države (2. člen Ustave RS) v povezavi z načelom legalitete po 120. členu Ustave RS. Prvič, posege v človekove pravice in temeljne svoboščine je treba načeloma urediti v zakonu. Drugič, da bi bili skladni z ustavo, morajo biti v skladu z načelom sorazmernosti.

Kot smo pojasnili zgoraj, zastopamo stališče, da zakonskega pooblastila iz šestega odstavka 116. člena ne moremo razlagati tako, da bi Agenciji omogočal določanje omejitev poslovne svobode operaterjev. Tako obravnavani določbi kršita ustavnopravno načelo legalitete iz drugega odstavka 120. člena Ustave RS. Če bi javna oblast v Sloveniji želela določiti tovrstne omejitve pogodbene avtonomije v okviru pravice iz 74. člena Ustave RS, bi morala to storiti z zakonom.

³⁹ Prim. Rose-Ackerman, *The Regulatory State*, v: Rosenfeld in Sajo (ur.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP 2013, str. 676.

⁴⁰ Prim. opredelitev polja varovanja pravice iz 74. člena URS v Zagradišnik, *Komentar 74. člena*, v: Avbelj (ur.) *Komentar URS (Človekove pravice, 2019)*, rob. št. 10.

⁴¹ Prim. odločbo US RS U-I-202/93 z dne 6. 10. 1994, tč. 4.

⁴² Po dikciji petega odstavka 6. člena predloga SADVZO "...oziroma ima možnost njune menjave z namenom zmanjševanja motenj pri zagotavljanju storitev kritičnih subjektov na najmanjšo možno raven..."

4.2. Skladnost zahtev po diverzifikaciji, kot so formulirane v predlogu SADVZO, z načelom sorazmernosti

Ker zahteva po diverzifikaciji predstavlja *de facto* prepoved sklepanja pravnih poslov poseg v svobodno gospodarsko pobudo ne glede na to, v kateri obliki je postavljena, terja skladnost z načelom sorazmernosti. Da bi poseg v svobodno gospodarsko pobudo lahko šteli za dopusten, je treba skladno z našim zgoraj zavzetim stališčem presoјati vsaj primernost in nujnost ureditve.

Sprejeti je mogoče stališče, da je diverzifikacija primeren ukrep oz. sredstvo za doseganje cilja varnosti v kibernetskih omrežjih. Kot enega od možnih strateških ukrepov oz. sklopov ukrepov je diverzifikacijo namreč opredelil tudi dokument *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*.⁴³

Opozoriti pa velja na vidik nujnosti zahtev po diverzifikaciji, kot jih predvideva predlog SADVZO. Postavlja se namreč vprašanje, ali je mogoče isti cilj doseči tudi z drugače zastavljeno zahtevo po diverzifikaciji oz. natančneje, ali ima javna oblast na voljo tudi manj invazivna sredstva za doseg diverzifikaciji, ki jih lahko uporabi v razmerju do operaterja, s čimer mu povzroči tudi manjše breme.

Dokument *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures* sklop ukrepov SM05 nadaljnje razčlenjuje tako, da je potrebno “zagotoviti, da imajo operaterji primerno strategijo diverzifikacije (*multi-vendor strategy*), ki upošteva tehnične ovire in zahteve po medoperabilnosti različnih delov omrežja 5G”, in sicer z “izogibanjem oziroma omejevanjem večje odvisnosti od zgolj enega dobavitelja ali več dobaviteljev s podobnim profilom tveganja” ter “izogibanjem odvisnosti od dobaviteljev, ki se jih šteje za dobavitelje z visokim tveganjem v smislu opredelitev iz sklopa ukrepov SM03”.

Očitno je, da je dokument *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures* predvidel manj intenzivne posege od tistih, predvidenih v obravnavanih določbah SADVZO. Dokument namreč nikakor ne predvideva *de facto* prepovedi, kot smo to ugotovili za SADVZO, temveč zgolj obveznost za operaterje, da izdelajo in implementirajo primerno strategijo diverzifikacije. Očitno je, da obveznost priprave strategije prepušča bistveno večji manevrski prostor operaterjem, v tem prostoru pa lahko sprejemajo poslovne odločitve glede sklepanja pravnih poslov in s tem v mnogo večji meri udejanjajo svojo pravico do svobodne gospodarske pobude iz 74. člena Ustave RS. Poleg tega ukrepi v sklopu SM05 za razliko od predloga SADVZO glede zahteve po diverzifikaciji ločujejo med različnimi dobavitelji (oz. “skupinami” dobaviteljev) glede na njihov profil tveganja, SADVZO pa predvideva splošnejšo, nediferencirano zahtevo po diverzifikaciji. Prav tako je v zahtevo po izdelavi strategije diverzifikacije ukrep SM05 *Cybersecurity of 5G Networks*

⁴³ Gl. *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*, str. 12, točka 4.1.1., “SM05: Ensuring the diversity of suppliers for individual MNOs through appropriate multi-vendor strategies”.

- *EU Toolbox of risk mitigating measures* dodal *caveat*, da je treba upoštevati tudi tehnične ovire in zahteve po medoperabilnosti. In nenazadnje, opredelitve v sklopu SM05 uporabljajo (vsaj glede dobaviteljev na splošno) dva izraza: izraz "izogibati" (*avoid*), pa tudi izraz "omejevati" (*limit*). Agencija se je v predlogu SADVZO omejila le na uporabo pomensko močnejšega, z vidika naslovnika pravne norme bistveno bolj obremenjujočega izraza "izogibati". S tem je še enkrat izbrala trajektorijo doseganja cilja z invazivnejšim in bolj obremenjujočim sredstvom.

Vse to vodi do zaključka, da bi se ob morebitni ustavnosodni presoji zahteve po diverzifikaciji, kot je predvidena v predlogu SADVZO (pa tudi v primeru, da bi jo postavil zakon, ki bi bila klasificirana kot poseg v pravico do svobodne gospodarske pobude), gotovo pojavilo vprašanje, ali bi bilo mogoče zasledovani cilj doseči tudi z blažjimi rešitvami, kot jih predvideva sklop ukrepov SM05. Na Agenciji pa bi bilo breme, da artikulira razloge, na podlagi katerih je zaključila, da se s temi rešitvami ne da doseči cilja. Po naši oceni gre za znatno utemeljitveno breme, ki ga ne bi bilo lahko izpolniti.

4.3. Sklepno

Za obravnavo zahtev po diverzifikaciji, predvidenih v predlogu SADVZO, sta ključni dve ustavni merili presoje: prvič, načelo legalitete iz drugega odstavka 120. člena Ustave RS in s tem povezana zahteva po spoštovanju zakonskega pooblastila pri podzakonskem urejanju in drugič, splošno in temeljno ustavnopravno načelo sorazmernosti. Že opredelitev vsebine SADVZO v 1. členu kaže na preseganje zakonskega pooblastila iz petega odstavka Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2). Določanje vsebine pravnih poslov, ki jih bodo operaterji sklepali z dobavitelji, kot je predvideno v obravnavanih določbah SADVZO, presega pooblastilo za določitev "drugih zlasti tehničnih usmeritev", kot se glasi upoštevna določba zakonskega pooblastila. Določitev obveznosti "izogibanja" določenim odločitvami, ki omeji in nadomesti svobodo oblikovanja pogodbenih razmerij, smatramo kot *de facto* prepoved, ki ne more biti prepuščena podzakonskemu urejanju, zlasti tudi ne zaradi določbe 87. člena Ustave RS. Navedbe iz dokumenta *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*, glede na katere je moč tveganje prevelike odvisnosti od dobaviteljev zmanjšati tudi z manj invazivnimi ukrepi, v primerjavi z obravnavanimi določbami SADVZO, pa vzbujajo utemeljene dvome glede tega, ali bi predlagana ureditev prestala test nujnosti. Posledično je naše stališče, da je predlagana ureditev zahtev po diverzifikaciji v neskladju z načelom sorazmernosti.

5. MOŽNOST PREDHODNE PRESOJE USTAVNOPRAVNE SKLADNOSTI SADVZO S STRANI DRŽAVNIH ORGANOV

Glede na ugotovljene pomanjkljivosti predloga splošnega akta z vidika temeljnega ustavnega načela pravne države bi bilo po našem mnenju nadvse smiselno, da bi prišlo do strokovne (ustavnopravne) ocene obravnavanega predloga tudi s strani državnih organov. Postavljanje oblastnih splošnih in abstraktnih pravnih norm v slovenskem pravnem sistemu je na ravni zakonodaje in podzakonskih aktov urejeno tako, da še **pred sprejemom ali vsaj pred uveljavitvijo** pride do neke oblike preverjanja, četudi ta nima vedno pravno zavezujočih učinkov. Te oblike preverjanja predstavljajo priložnost, da se organ, pristojen za sprejemanje akta, seznaní z morebitnimi pomisleki z vidika skladnosti predpisa z višjimi pravnimi normami. Strokovni presoji bodisi Zakonodajno-pravne službe Državnega zbora (27. člen Poslovnika Državnega zbora⁴⁴) bodisi Službe vlade za zakonodajo (2. člen Odloka o organizaciji in delovnem področju Službe Vlade Republike Slovenije za zakonodajo⁴⁵) ali pa obeh so tako izpostavljeni vsi predlogi zakonov (in drugih aktov, ki jih vlada predlaga Državnemu zboru), predlogi pravnih aktov vlade in osnutki pravnih aktov ministrov.⁴⁶ Za splošne akte nosilcev javnih pooblastil, kot je tudi obravnavani predlagani SADVZO, pa ni predvideno, da bi moralo *pred uveljavitvijo* splošnega akta priti do strokovne ocene skladnosti s hierarhično višjimi predpisi.

Edini *predhodni* mehanizem zagotavljanja spoštovanja hierarhije pravnih norm v sistemu oblastnih predpisov, ki zajema tudi predpise nosilcev javnih pooblastil, je pristojnost predstojnika vladne službe za zakonodajo, ki lahko nosilca javnega pooblastila opozori na neskladnosti njegovega predpisa s hierarhično višjimi predpisi. Če nosilec javnega pooblastila pri predpisu vztraja, pa predstojnik službe predsedniku vlade predlaga zadržanje objave predpisa v Uradnem listu.⁴⁷

To, da mehanizem po 10. členu Zakona o uradnem listu predstavlja v primeru predpisov nosilcev javnih pooblastil edino potencialno sodelovanje drugih (strokovnih) državnih organov, ki lahko - v konkretnem primeru - izvedejo analizo ustavne skladnosti predloga SADVZO, in edino varovalko, ki lahko prepreči uveljavitev neskladnega predpisa, razumemo kot močan argument, da predstojnik službe vlade za zakonodajo v primeru SADVZO tudi dejansko uporabi možnost opozorila po 10. členu Zakona o uradnem listu.

⁴⁴ UL RS 92/07 – uradno prečiščeno besedilo, 105/10, 80/13, 38/17, 46/20, 105/21 – odl. US in 111/21)

⁴⁵ UL RS 139/06 in 95/11.

⁴⁶ Celó v sistemu lokalne samouprave je že na državni ravni, natančneje v 33. členu Zakona o lokalni samoupravi, predvidena vsaj minimalna *predhodna* varovalka - možnost preprečitve objave splošnega akta občinskega sveta.

⁴⁷ 10. člen Zakona o uradnem listu (UL RS 112/05 – uradno prečiščeno besedilo, 102/07, 109/09, 38/10 – ZUKN, 60/17 – ZPVPJN-B in 3/22 – ZDeb)

6. POVZETI SKLEPI USTAVNOPRAVNE ANALIZE OBRAVNAVANIH DOLOČB PREDLOGA SPLOŠNEGA AKTA

- Ustavnosodna presoja Ustavnega sodišča je oblikovala standarde za razlago in razumevanje vseh treh ključnih meril presoje za obravnavo izbranih določb Splošnega akta o dodatnih varnostnih zahtevah in omejitvah (SADVZO), torej tako načela legalitete in vezanosti uprave na ustavno in zakon, kot tudi zahtev, ki izhajajo iz načela pravne države. Za podzakonsko urejanje je ključnega pomena pooblastilo, ki ga da zakonodajalec. V zvezi z načelom jasnosti in določnosti predpisov je posebnega pomena stališče Ustavnega sodišča, da morajo biti predpisi takšni, da jih je mogoče razlagati z uveljavljenimi metodami pravne razlage, tako, da naslovniki pravne norme lahko predvidijo pravne posledice in načrtajo svoje ravnanje v skladu s predpisi. To, z druge strani, preprečuje arbitrarno odločanje in ravnanje državnih organov. Po presoji Ustavnega sodišča je tudi pri posegih v pravico do svobodne gospodarske pobude, ki je že izhajajoč iz besedila 74. člena Ustave RS omejena z javno koristjo, treba spoštovati zahtevo po sorazmernosti. Tako je treba pri posegih v svobodno gospodarsko pobudo izbrati takšna sredstva, s katerimi je mogoče doseči zasledovani cilj, ki najmanj omejuje svobodno ravnanje naslovnikov pravne norme. Obenem pa lahko v obravnavani situaciji zasledimo določene specifike, ki od nas terjajo posebno pozornost zlasti pri spoštovanju ustavne zahteve po jasnosti in določnosti predpisov.
- Definicija kritičnih elementov, predvidena v predlogu SADVZO in sestavljena iz splošne klavzule ter seznama kritičnih elementov v prilogi k splošnemu aktu, je ustavnopravno izjemno problematična z vidika prvič, zahteve po jasnosti in določnosti predpisov in drugič, ustavnega načela sorazmernosti. Že kombinacija splošne klavzule ter seznama oz. njuno dvoumno medsebojno razmerje je dejavnik nepredvidljivosti pri razlagi pravne norme. Raba pogojnikov in nedoločnih pravnih pojmov odpira obsežne možnosti za arbitrarno razlago pri aplikaciji teh norm na konkretne primere. Po našem mnenju gre tako za prenizko stopnjo jasnosti in določnosti predpise, da bi zadočila ustavnim zahtevam iz 2. člena Ustave RS. Poleg tega pa primerjava predlaganih dikcij v splošnem aktu z informacijam iz dokumenta *EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks* kaže na obstoj manj invazivnih alternativ, zaradi česar se pojavljajo utemeljeni dvomi, ali bi predlagana ureditev prestala test nujnosti. Negativen rezultat testa nujnosti kot prvina presoje z vidika načela sorazmernosti pa posledično pomeni, da obravnavana ureditev ni skladna s tem temeljnim ustavnim načelom.
- Za obravnavo zahtev po diverzifikaciji, predvidenih v predlogu SADVZO, sta ključni dve ustavni merili presoje: prvič, načelo legalitete iz drugega odstavka 120. člena Ustave RS in s tem povezana zahteva po spoštovanju zakonskega pooblastila pri podzakonskem urejanju in drugič, splošno in temeljno ustavnopravno načelo sorazmer-

nosti. Že opredelitev vsebine SADVZO v 1. členu kaže na preseganje zakonskega pooblastila iz petega odstavka Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2). Določanje vsebine pravnih poslov, ki jih bodo operaterji sklepali z dobavitelji, kot je predvideno v obravnavanih določbah SADVZO, presega pooblastilo za določitev "drugih zlasti tehničnih usmeritev", kot se glasi upoštevna dikcija zakonskega pooblastila. Določitev obveznosti "izogibanja" določenim odločitvami, ki omeji in nadomesti svobodo oblikovanja pogodbenih razmerij, smatramo kot *de facto* prepoved, ki ne more biti prepuščena podzakonskemu urejanju, zlasti tudi ne zaradi določbe 87. člena Ustave RS. Navedbe iz dokumenta *Cybersecurity of 5G Networks - EU Toolbox of risk mitigating measures*, glede na katere je moč tveganje prevelike odvisnosti od dobaviteljev zmanjšati tudi z manj invazivnimi ukrepi, v primerjavi z obravnavanimi določbami SADVZO, pa vzbujajo utemeljene dvome glede tega, ali bi predlagana ureditev prestala test nujnosti. Posledično je naše stališče, da je predlagana ureditev zahtev po diverzifikaciji v neskladju z načelom sorazmernosti.

- Glede na odsotnost primerljivih drugih predhodnih mehanizmov zagotavljanja spoštovanja hierarhije pravnih aktov v slovenskem pravnem sistemu in ustavnem redu v primeru normodajne dejavnosti agencij smatramo za smiselno, da opravi predhodno presojo SADVZO skladnosti z Ustavo RS in zakoni, če bo prišlo do sprejema v predlaganem besedilu, Služba Vlade RS za zakonodajo po določbah 10. člena Zakona o uradnem listu.

Ljubljana, 24. april 2023



Izr. prof. dr. Samo Bardutzky