

Pravno mnenje o skladnosti definicije kritičnih elementov v predlogu Splošnega akta o varnosti omrežij, storitev in podatkov, ki ga je pripravila Agencija za komunikacijska omrežja in storitve, v povezavi z upoštevnicami določbami Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2), z Ustavo Republike Slovenije (URS)

Naročnik: Huawei Technologies Ljubljana d.o.o., Železna cesta 14, 1000 Ljubljana

Pripravil: izr. prof. dr. Samo Bardutzky

Ljubljana, marec 2023

I. Uvodno

Agencija za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenije (Agencija) je dne 17. 2. 2023 objavila obvestilo, da je na podlagi sedmega odstavka 115. člena Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2) pripravila predlog Splošnega akta o varnosti omrežij, storitev in podatkov (SAVOSP) in odprla javno razpravo o predlogu splošnega akta.

Kljub temu, da je zakonodajalec pooblastilo za to, da opredeli “kritične elemente omrežja in pripadajočih informacijskih sistemov” iz petega odstavka 116. člena, Agenciji podelil v šestem odstavku 116. člena, pa vsebuje pripravljeni predlog SAVOSP v 5. točki prvega odstavka 2. člena definicijo “kritičnih sredstev” in sicer so to:

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 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 bi lahko ogrozilo tudi nacionalno varnost (poudarek dodan).

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.

V nadaljevanju podajamo ustavnopravno analizo definicije kritičnih sredstev/elementov v 5. točki prvega odstavka 2. člena SAVOPS v kontekstu navedenih določb ZEKom-2, zlasti prepovedi uporabe opreme oziroma storitev iz petega odstavka 116. člena. Podajamo odgovor na vprašanje, kakšne so ustavnopravne dimenzije takšnega pristopa k definiranju kritičnih elementov in opozarjamo na ustavno spornost obravnavane določbe 5. točke prvega odstavka 2. člena SAVOPS.

II. Ustavnopravna kvalifikacija obravnavane definicije kritičnih elementov iz SAVOPS v kontekstu ZEKom-2

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 na sodelovali na trgu in zasledovali premoženjsko korist z izvajanjem svoje gospodarske dejavnosti.¹

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 zaključek, da bo obseg prepovedi uporabe, s tem pa 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. Za razlago tega zakonskega pojma je upoštevana določba 5. točke v povezavi s 6. in 10. točko prvega odstavka 2. člena predloga Splošnega akta o varnosti omrežij, storitev in podatkov (SAVOSP), ki definira kritična sredstva kot “sredstva, ki vključujejo *elemente*, funkcije ter storitve omrežja...” (poudarek dodan).

III. Izhodišča za presojo dopustnosti posega

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 URS) v povezavi s pravili URS o dopustnosti poseganja v človekove pravice in temeljne svoboščine iz tretjega odstavka 15. člena. Po naši oceni je poseg v svobodno gospodarsko pobudo (1) prekomeren in s tem v neskladju z ustavnim načelom sorazmernosti in (2) povezan s kršitvijo ustavno zahteve po jasnosti in določnosti predpisov.

Prvič, ne glede na to, da že besedilo 74. člena URS vsebuje podlago za omejevanje svobodne gospodarske pobude, ki se je ne sme izvajati v nasprotju z “javno koristjo”, in da je možno svobodno gospodarsko pobudo omejiti tudi zaradi varstva pravic drugih, pa to vseeno ne pomeni, da ne obstajajo “omejitve omejitev” (*Schranken-Schranken*) oz. meje dopustnosti posega. Pri tem je ključno spoštovanje splošnega načela sorazmernosti, “ki mu dovoljuje, da ustavno pravico omeji le toliko, kolikor je zaradi varovanja javne koristi, zaradi katere je ustavno dopustno poseči v pravico, treba vanjo poseči. Zato mora

¹ 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.

zakonodajalec pri uzakonitvi omejitve izbrati tak ukrep, ki bo zagotovil učinkovito varstvo javne koristi in hkrati kar najmanj posegel v ustavno pravico.”²

Drugič, ustava terja jasnost in določnost vseh predpisov, ki veljajo v slovenskem pravnem sistemu. Obenem pa je Ustavno sodišče večkrat izpostavilo tudi 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.”³ Po našem stališču, ki se prav tako opira na ustavnosodno presojo, se pomen zagotavljanja dvigne še za stopnico pri predpisih, ki “urejajo pooblastila državnih organov pri poseganju v človekove pravice.”⁴ Pri prepovedi uporabe opreme in storitev za poseg v pravico iz 74. člena Ustave in za pravno normo, ki vsebuje prepoved in s tem prisilno ureja oz. preprečuje svobodno odločanje subjektov na trgu, pri definiciji kritičnih elementov pa za normo, ki obseg tega posega sodefinira. Tako štejemo, da je treba pri presoji obravnavane definicije terjati visoko stopnjo jasnosti in določnosti predpisa.

IV. Obravnavana definicija kritičnih elementov z vidika zahteve po jasnosti in določnosti predpisov

Obravnavana definicija kritičnih sredstev in elementov je pomensko zelo ohlapna, na kar kaže uporaba večjega števila nedoločnih pravnih pojmov (“zelo velik negativni vpliv”, “vitalne gospodarske ali družbene aktivnosti države”) in uporaba več glagolov v pogojniku (“ki bi lahko imela...”, “ki bi kako drugače ogrozila”, “bi lahko ogrozilo...”). 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 zahtevo po določnosti in jasnosti predpisov.

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.”⁵

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,

² Ibid., rob. št. 18.

³ Odločba USRS U-I-56/08 z dne 16. 12. 2009, tč. 9.

⁴ 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 pritrnilno ločeno mnenje sodnika dr. Cirila Ribičiča v zadevi U-I-45/08, tč. 22.

⁵ Odločba USRS U-I-246/14-20 z dne 24. 3. 2017, tč. 20.

“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.”⁶

V. Posebne okoliščine, upoštevne za zahteve po jasnosti in določnosti predpisov v obravnavani situaciji

Zastopamo stališče, da je treba pri oceni skladnosti te definicije z zahtevo po jasnosti in določnosti predpisov upoštevati še en ustavnopravni premislek. Zgoraj očrtani standard iz ustavnosodne presoje za presojo skladnosti z načelom jasnosti in določnosti predpisov, po katerem se šteje, da je norma v zadostni meri jasna/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 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.⁷

V obravnavani situaciji si nasprotno lahko predstavljamo, da bo poseg v svobodno gospodarsko pobudo v konkretni situaciji le delno izvršen preko oblastnega akta. Res je, da bo za to, da bo do dosega 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/storitve sme in kje jih ne sme uporabljati, bo operater sprejel sam, z razlago definicije kritičnih elementov v SAVOPS. 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, in sicer lahko prekrškovni organ operaterju, 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 za razlago definicije kritičnih elementov s strani operaterja, ki ne ustreza razumevanju pojma kritičnih elementov s strani Agencije, pa ni

⁶ 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.

⁷ 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 upoštevanost stališča US na naš argument.

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.⁸ 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.⁹

Oboje negativne posledice so zelo težke, pri čemer je razveljavitev odločbe o dodelitvi frekvenc 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 pa prinaša znatne stroške, ki bi gotovo preseglji znesek globe, predvidene v prekrškovnih določbah ZEKom-2.

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 SAVOPS. 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.

VI. Obid, s tem pa tudi kršitev ustavnih jamstev

Tovrsten, povsem možen razvoj dogodkov pokaže, da je državna oblast¹⁰ s kombinacijo prepovedi uporabe opreme oziroma storitev po petem odstavku 116. člena ZEKom-2 in nedoločne definicije kritičnih elementov povsem zaobšla zahtevo po sorazmernosti v povezavi z zahtevo po jasnosti in določnosti predpisov kot element načela pravne države po 2. členu URS.

⁸ Sklep o uvedbi javnega razpisa z javno dražbo za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom je Agencija objavila v UL RS 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.

⁹ Točka A.5.6 razpisne dokumentacije, str. 32.

¹⁰ Ta izraz smo uporabili, ker gre za kombinacijo zakonodajnega urejanja v ZEKom-2, za katerim stoji zakonodajna veja oblasti, in podzakonskega urejanja s strani Agencije v SAVOSP.

povezavi z zahtevo po jasnosti in določnosti predpisov kot element načela pravne države po 2. členu URS.

S pomensko odprto definicijo, ki pa 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 zožala prostor za svobodno sprejemanje poslovnih odločitev. Postali bodo pravzaprav izvrševalci izjemno intenzivnega posega v svobodno gospodarsko pobudo dobaviteljev.

Ta poseg je tako intenziven, da bi, če bi bil transparentno predviden v zakonodaji, obenem pa bi bila pooblastila za izvrševanje dana oblastnim organom, ne prestal presoje skladnosti z ustavo - načelom sorazmernosti in načelom jasnosti in določnosti predpisov. Naše stališče je, da je to prav tako nedopustno oz. neskladno z zahtevami URS, če so norme oblikovane tako, da lahko logično pričakujemo, da bodo do istih posledic pripeljale tako rekoč edine možne odločitve zasebnih subjektov - akterjev na trgu.

VII. Dodaten argument v zvezi z jasnostjo in določnostjo definicije kritičnih elementov

Obravnavati je treba tudi morebiten ugovor, da v konkretni situaciji ni mogoče bolj jasno in določno formulirati predpisa, saj utegnejo spremenjene okoliščine, zlasti seveda v povezavi s tehnološkim razvojem, terjati hitro spremembo oz. prilagoditev razumevanja tega, kaj je kritični element. Takšno stališče bi lahko služilo v podporo odločitvi normodajalca za pomensko ohlapnejšo formulacijo, s katero državnim organom, katerih naloga je skrbeti za varnost in nemoteno delovanje kritičnih subjektov ter druge cilje, opredeljene v definiciji kritičnih elementov iz 5. točke prvega odstavka 2. člena SAVOSP. Vendar pa v tem konkretnem primeru ni mogoče govoriti o pomanjkanju informacij, ki bi narekovalo pomensko odprto formuliranje definicije oz. v kontekstu ustavnopravne analize služilo kot argument proti zahtevi po jasni in določni formulaciji. Po dostopnih informacijah je v postopku zbiranja informacij in analize stanja za potrebe ocene tveganja kibernetne varnosti omrežij 5G nastalo poročilo, s katerim so se strinjale države članice EU.¹¹ 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 -

¹¹ 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 kibernetne varnosti omrežij 5G (v nadaljevanju: Poročilo NIS, v izvirniku: *EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks*, dostopno preko <https://digital-strategy.ec.europa.eu/sl/node/1448>).

moderate).¹² 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 kibernetских 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 (denimo, spet, bazne postaje niso bile uvrščene med elemente s kritično stopnjo občutljivosti).

Ob teh razpoložljivih informacijah glede epistemološkega procesa razvrščanja elementov omrežij v različne kategorije, med katerimi je ena tudi kategorija “kritičnih” elementov, bi bilo težko logično podpreti argumente, ki bi nasprotovali bolj določni opredelitvi kritičnih elementov v *predpisih*. Veliko bolj natančna kategorizacija v postopku analize tveganja nasprotno kaže na to, da je zelo verjetno, da je tudi zavezujoče pravne norme mogoče oblikovati tako, da bodo iz njih naslovniki (pa tudi posredno prizadeti subjekti) lažje predvideli pravne posledice in zanesljiveje ocenili svoj pravni položaj. Obenem bi seveda jezikovna jasnost in določnost omogočila pravno urejanje, ki ne bi zaobšlo ustavne zahteve po sorazmernosti, saj se je, kot kažeta evropsko in nacionalno poročilo, preširokemu oblikovanju kategorije kritičnih elementov povsem mogoče izogniti.

Ob tem pa gre poudariti, da je obravnavana definicija kritičnih elementov predmet urejanja v splošnem aktu Agencije, torej na podzakonski ravni. V pravni stroki je splošno sprejeto, da je za urejanje na podzakonski ravni značilna možnost hitrejšega odzivanja na spremenjene razmere v družbi zaradi manj zapletenih postopkov sprejemanja predpisov ravni. Za ustavnoskladno razmerje med urejanjem na zakonski ravni na eni strani in na podzakonski ravni na drugi strani bi bilo po našem stališču najbolj smiselno, da bi zakon ob podelitvi pooblastila za podzakonsko urejanje (v 116. oziroma 117. členu ZEKom-2) opredelil tudi izhodišče za podzakonsko urejanje, tako da bi bilo mogoče enostavno ugotoviti namen, iz katerega je bilo dano pooblastilo. Na ravni podzakonskega urejanja pa bi Agencija ob zavedanju, da je mogoče splošni akt relativno hitro spremeniti, morala kritične elemente definirati bistveno bolj določno, z upoštevanjem ugotovitev iz analize tveganj, kot smo jih očrtali zgoraj.¹³

¹² Poročilo NIS, tč. 2.21, str. 16.

¹³ V grobem bi lahko ta pristop primerjali z ureditvijo v ZR Nemčiji, kjer je Zvezna agencija za omrežja izdala Seznam kritičnih funkcij (*Liste der kritischen Funktionen*, dostopna preko www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/OeffentlicheSicherheit/KatalogSicherheitsanforderungen/Sicherheitsanforderungen-node.html) na podlagi določbe zveznega Zakona o telekomunikacijah, ki vsebuje pooblastilo za podzakonsko urejanje, obenem pa napotuje na določbo Zakona o zveznem uradu za varnost v informacijski tehnologiji (“BSI-Gesetz”), ki splošno opredeljuje “kritične komponente” (trinajsti odstavek 2. člena). Seznam kritičnih funkcij sam navaja, da je ocena in kategorizacija posledica raziskav, med drugim tudi tistih, zajetih v Poročilu NIS (*Liste der kritischen Funktionen*, odsek 3, str. 3).

VIII. Možnost, da pride do strokovne ocene skladnosti spornih določb s hierarhično višjimi predpisi še pred uveljavitvijo predpisa

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 praviloma 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 zbora¹⁴) bodisi Službe vlade za zakonodajo (2. člen Odloka o organizaciji in delovnem področju Službe Vlade Republike Slovenije za zakonodajo¹⁵) 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.¹⁶ Za splošne akte nosilcev javnih pooblastil, kot je tudi obravnavani predlagani SAVOPS, pa ni predvideno, da bi morale *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.¹⁷

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 SAVOPS, in edino varovalko, ki lahko prepreči uveljavitev neskladnega predpisa, razumemo kot močan argument, da predstojnik službe vlade za zakonodajo v primeru SAVOPS tudi dejansko uporabi možnost opozorila po 10. členu Zakona o uradnem listu.

¹⁴ UL RS 92/07 – uradno prečiščeno besedilo, 105/10, 80/13, 38/17, 46/20, 105/21 – odl. US in 111/21)

¹⁵ UL RS 139/06 in 95/11.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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)

Sklepno

1. Po našem stališču predstavlja prepoved uporabe opreme in storitev po petem odstavku 116. člena ZEKom-2 poseg v ustavno zagotovljeno pravico do svobodne gospodarske pobude. Obseg in teža tega posega pa sodoloča obravnavana definicija kritičnih elementov iz SAVOPS, zato je treba učinek obeh norm na prizadete pravne subjekte ustavnopravno analizirati v medsebojni povezavi.
2. Za to, da bi poseg v pravico po 74. členu URS šteli za dopusten, bi moral biti skladen z načelom sorazmernosti; obenem pa se pri predpisih, ki posegajo v človekove pravice, postavlja dodatna, relativno stroga zahteva po jasnosti in določnosti predpisov.
3. Ker je procesna konstelacija, v kateri se bo uporabljala kombinacija prepovedi iz petega odstavka 116. člena ZEKom-2 in definicije kritičnih elementov po SAVOPS takšna, da bodo prave posledice prizadete subjekte zadele možnosti ustrezne razlage predpisov s strani sodne veje oblasti, lahko zaključimo, da pomensko zelo ohlapna definicija kritičnih elementov krši ustavno zahtevo po jasnosti in določnosti predpisov. Ker tako ohlapna definicija po naravi stvari vodi v prekomerne in neuravnotežene negativne posledice za dobavitelje, ne more prestati presoje skladnosti z ustavnim načelom sorazmernosti.
4. Glede na dostopnost informacij, pridobljenih v postopku izdelave ocene tveganja na nacionalni in na EU ravni, se kaže kot priporočljivo, da bi glede obravnavanih pravnih norm preuredili razmerje med zakonodajnim urejanjem in podzakonskim urejanjem, zlasti tudi tako, da bi v okviru podzakonskega urejanja zagotovili mnogo bolj jasno in določno formuliranje pravnih norm, s tem pa bistveno višjo predvidljivost za vse prizadete subjekte.

Ljubljana, 31. marec 2023

Izr. prof. dr. Samo Bardutzky

