

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik 70 (132)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka 9-10/2015

Slovenski pravnik je prvič izšel leta 1862 (izdajatelj dr. Jakob Radoslav Razlag), v letih 1870–1872 so izšli trije letniki revije *Pravnik slovenski* (izdajatelj dr. J. R. Razlag). Leta 1881 je kot 1. letnik izšla revija *Slovenski pravnik* in nato še leta 1882 in 1883 (izdajatelj dr. Alfons Mosche). Leta 1888 je izšel 4. letnik revije (izdajatelj društvo Pravnik), ki je nato izhajala (razen v letih 1918 in 1919) do leta 1944. Leta 1946 (kot 1. letnik) je začela izhajati revija *Ljudski pravnik*, ki se je leta 1953 preimenovala v *Pravnik*; od 1. januarja 1965, po združitvi z revijo Javna uprava, izhaja *Pravnik* kot revija za pravno teorijo in prakso, maja 2015 pa je postala tudi naslednik revije Slovenian Law Review, ki jo je Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani izdajala od leta 2004.

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

*Izdajo najstarejše slovenske pravne revije sofinancira
Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije.*

Uredniški odbor:

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

Mednarodni uredniški odbor:

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

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Jezikovni pregled in oblikovanje:

JusFin, d. o. o.

Pravnik Izdajatelj in založnik: Zveza društev pravnikov Slovenije, v sodelovanju s
Pravno fakulteto Univerze v Ljubljani

Naslov: Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana

Tisk: Sinet, d. o. o., Hrastnik

Naklada: 460 izvodov

Izide 12 številka na leto.

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

Naročila

e-naslov: pravnik@revija-pravnik.si, tel.: 01 42 03 113, faks: 01 42 03 115

Letna naročnina (cene z DDV):

- za pravne osebe 80,02 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za posameznike 50,00 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za študente 25,03 EUR, posamezni zvezek 8,00 EUR
- za tujino 160,02 EUR, posamezni zvezek 34,00 EUR

IBAN: SI56 6100 0000 9259 676

VSEBINA

Članki

Nina Plavšak,
Renato Vrenčur

Pomen razpolagalnega upravičenja pri
razpolaganju z lastninsko pravico
na nepremičnini – 595

Tina Drolec Sladojević

Military Aid as Complicity in
International Crimes:
Individual or State Responsibility? – 643

Vojaška pomoč kot udeležba pri mednarodnih
hudodelstvih: osebna odgovornost
posameznika ali odgovornost države?
(*daljši povzetek v slovenščini*) – 679

Tadeja Pirnat Battelli

Pravna analiza pogodbe o
računalništvu v oblaku – 683

L'analisi giuridica del contratto di
Cloud Computing
(*daljši povzetek v italijanščini*) – 705

Sendi Yukuppur

Joint Parental Care – 711

Skupna starševska skrb
(*daljši povzetek v slovenščini*) – 723

Prikaz knjige

Mojca Zadavec

Čista teorija prava kot izziv – 725

Avtorski sinopsisi

(*v slovenskem in angleškem jeziku*) – 735

Navodila za avtorje

(*v slovenskem, angleškem in hrvaškem
jeziku*) – 745

CONTENTS

Articles

- | | |
|---------------------------------|---|
| Nina Plavšak,
Renato Vrenčur | The Importance of the Disposal Right for
Transactions with Ownership Right on
Real Estate – 595 |
| Tina Drolec Sladojević | Military Aid as Complicity in
International Crimes:
Individual or State Responsibility? – 643
<i>Longer Summary in Slovenian</i> – 679 |
| Tadeja Pirnat Batelli | Cloud Computing Contract – Legal Analysis
in View of Slovene Law – 683 |
| Sendi Yakuppur | Joint Parental Care – 711
<i>Longer Summary in Slovenian</i> – 723 |

Book Review

- | | |
|---------------|---|
| Mojca Zadavec | Pure Theory of Law as a Challenge – 725 |
|---------------|---|

Authors' Synopses

(in Slovenian and English Language) – 735

Guidelines for Authors

*(in Slovenian, English and Croatian
Language)* – 745

POMEN RAZPOLAGALNEGA UPRAVIČENJA PRI RAZPOLAGANJU Z LASTNINSKO PRAVICO NA NEPREMIČNINI

Nina Plavšak,

univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti

Renato Vrenčur,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, profesor na
Pravni fakulteti Univerze v Mariboru*

1. NAMEN PRISPEVKA

Namen prispevka je razložiti pomen razpolagalnega upravičenja pri veljavnem in pravno učinkovitem razpolaganju z lastninsko pravico na nepremičnini. Po najini presoji je pomen razpolagalnega upravičenja mogoče dosledno in notranje skladno opredeliti samo na podlagi sistematične analize vseh pravnih pravil Stvarnopravnega zakonika (SPZ), Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1) in Obligacijskega zakonika (OZ), ki urejajo posamezne predpostavke za prenos oziroma pridobitev stvarnih pravic na nepremičnini. Zato sva v tem prispevku uporabila tak pristop.

2. TEMELJNI INSTITUTI IN NAČELA STVARNEGA PRAVA NEPREMIČNIN

2.1. Pojem in pomen stvarnega prava nepremičnin

V sodobni teoriji je splošno sprejeta opredelitev, po kateri je **stvarno pravo** del splošnega civilnega prava, ki v pravnih razmerjih med posamezniki ureja razmerja pripadnosti in oblasti na stvareh.¹ Stvarno pravo zagotavlja pripadnost stvari določenemu subjektu in mu zagotavlja izvrševanje oblasti nad njo.²

¹ Miha Juhart, v: Miha Juhart, Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur: Stvarno pravo. GV Založba, Ljubljana 2007, str. 39.

² Prav tam, str. 78.

Stvarnopravna razmerja imajo vse (skupne) značilnosti civilnopravnih razmerij, poleg teh pa tudi dodatne značilnosti, po katerih se razlikujejo od drugih civilnopravnih razmerij. Te dodatne (razločevalne) značilnosti omogočajo uresničevanje funkcije stvarnega prava, saj se z njimi zagotavlja učinkovito izvrševanje oblasti nad stvarjo. Najpomembnejša (razločevalna) dodatna značilnost stvarnopravnih razmerij, po kateri se ta ločijo od drugih civilnopravnih razmerij, je njihova **absolutnost** v tem pomenu, da učinkujejo proti vsakomur (*erga omnes*). Zaradi absolutnih učinkov morajo biti stvarnopravna razmerja vsakomur **jasno razpoznavna** (javna).

Predmet lastninske pravice kot temeljne, najobsežnejše stvarne pravice je stvar. Po dejanskih značilnostih je stvar lahko premočna stvar ali nepremočna. Absolutno oblast nad stvarjo njen lastnik izvaja tako, da ima stvar v posesti in jo uporablja. Dejanska značilnost večine premočnih stvari je, da jih lahko premočamo in držimo v rokah. Zato pri premočnih stvareh lahko sklepamo o tem, komu pripada stvar, na podlagi tega, kdo ima stvar v posesti. Ta značilnost premočnih stvari je podstat domneve lastninske pravice na premočni stvari, določene v drugem odstavku 11. člena SPZ:

»Domneva se, da je lastniški posestnik premočnine njen lastnik.«

Nepremočnin zaradi njihovih dejanskih značilnosti ne moremo premočati in držati v rokah. Zato se razpoznavnost stvarnopravnih razmerij glede nepremočnin zagotavlja z ustreznimi vpisi stvarnih pravic in pravnih dejstev glede nepremočnin v zemljiško knjigo. Tak način zagotavljanja razpoznavnosti stvarnopravnih razmerij glede nepremočnin je podstat domneve lastninske pravice na nepremočnini, določene v prvem odstavku 11. člena SPZ:

»Domneva se, da je lastnik nepremočnine tisti, ki je vpisan v zemljiško knjigo.«

Različna načina zagotavljanja razpoznavnosti stvarnopravnih razmerij glede premočnih stvari in nepremočnin sta razlog (*ratio*), zaradi katerega se pravna pravila, ki urejajo stvarnopravna razmerja glede premočnih stvari, razlikujejo od pravnih pravil, ki urejajo stvarnopravna razmerja glede nepremočnin.

Zato lahko **stvarno pravo nepremočnin** opredelimo kot tisti del stvarnega prava, ki ureja stvarnopravna razmerja glede nepremočnin. Čeprav se imenuje zakonik, SPZ ne ureja celovito vseh pravnih institutov stvarnega prava nepremočnin, temveč jih urejata še dva druga (splošna) zakona:

- Pomemben del pravil, ki urejajo stvarnopravna razmerja glede nepremočnin, vključuje ZZK-1. Neizkušeni ali površni pravniki pogosto mislijo, da je ZZK-1 v razmerju do SPZ izvedbeni predpis (v pomenu podzakonskega akta). Takšno sklepanje je zmotno. V ustavni hierarhiji so zakoni med seboj v razmerju prirejenosti. Zato moramo pri presoji stvarnopravnih razmerij glede nepremočnin uporabljati pravila SPZ in materialnopravna pravila

ZZK-1 kot notranje skladno sistemsko celoto. Samo tako bomo ta razmerja lahko pravilno pravno ovrednotili. Pomen materialnopravnih pravil ZZK-1 v sistemu stvarnega prava nepremičnin je razložen v razdelku 2.2.

- SPZ tudi ne ureja celovito vseh predpostavk veljavnosti razpolagalnih pravnih poslov stvarnega prava. Zato se glede preostalih predpostavk smiselno uporabljajo pravila OZ o pogodbah, kot je pojasnjeno v razdelku 2.3.

2.2. Pomen zemljiškoknjižnega materialnega prava v sistemu stvarnega prava nepremičnin

Izraz **zemljiškoknjižno pravo** uporabljamo za pravna pravila, ki urejajo zemljiško knjigo. Zemljiškoknjižno pravo v naši ureditvi ureja ZZK-1. Zemljiškoknjižno pravo vključuje materialno in procesno zemljiškoknjižno pravo.

Procesno zemljiškoknjižno pravo določa pravila postopka, v katerem sodišče odloča o vpisih in opravlja vpise v zemljiško knjigo. Za ta postopek uporabljamo izraz *zemljiškoknjižni postopek*.

Materialno zemljiškoknjižno pravo določa materialnopravna pravila, s katerimi ureja vsebino stvarnopravnih razmerij glede nepremičnin. Najpomembnejša materialno pravna pravila ZZK-1, ki urejajo institute stvarnega prava nepremičnin, so:

1. Za večino pravnih temeljev pridobitve, omejitve, prenehanja oziroma spremembe (preoblikovanja) stvarne pravice glede nepremičnine je značilno, da kot predpostavko vključujejo ustrezen vpis v zemljiško knjigo. Pogojev (predpostavk) za ta vpis ne ureja SPZ, temveč jih ureja ZZK-1. V zvezi s tem ZZK-1 ureja tudi čas, od katerega učinkuje pridobitev pravice.
2. SPZ ureja vsebino osnovnih stvarnih pravic (lastninske pravice in izvedenih stvarnih pravic) tako, da določa materialnopravna upravičenja, ki jih vključujejo, in pravne možnosti njihovih imetnikov glede razpolaganja z njimi. Poleg osnovnih stvarnih pravic lahko glede nepremičnine obstaja dodatna, posebna vrsta varovalnih stvarnih pravic, ki jih ureja ZZK-1 in ki varujejo vrstni red (čas učinkovanja) poznejših vknjižb. Mednje spada jo predznamovane pravice in zaznambe, ki varujejo vrstni red poznejših vpisov (zaznamba vrstnega reda, vse vrste zaznambe spora in zaznamba izrednega pravnega sredstva).
3. Vsaka stvarna pravica vključuje tudi pravovarstveni zahtevek. SPZ ne ureja vseh zahtevkov varstva stvarnih pravic, temveč ureja le vrnitveni in odstranitveni oziroma opustitveni zahtevek, ki sta namenjena varstvu pri kršitvi upravičenja uporabe, ki ga vključuje stvarna pravica. Vsaka stvarna pravica glede nepremičnine začne v polnem obsegu učinkovati (še) z

vpisom (vknjižbo) v zemljiški knjigi. Uveljavitvi stvarne pravice v pomenu dosege teh učinkov je namenjena izbrisna tožba, ki jo ureja ZZK-1.

2.3. Smiselna uporaba pravil OZ za presojo predpostavk veljavnosti razpolagalnih pravnih poslov

Naša pravna ureditev ne pozna zakona (zakonika), ki bi določal splošna pravila, skupna vsem civilnopravnim razmerjem. Zato se po 14. členu OZ pravila OZ o pogodbah uporabljajo tudi za druge pravne posle, in sicer tako za druge vrste obligacijskih pravnih poslov kakor tudi za pravne posle drugih podpanog civilnega prava. *Smiselna uporaba* pravnega pravila za določeno (civilno) pravno razmerje pomeni uporabo pravnega pravila na način in v obsegu, ki ustreza značilnostim tega pravnega razmerja.

Vsi pravni posli imajo določene skupne značilnosti. Vsi namreč vsebujejo izjavo volje. Določene predpostavke za veljavnost pravnega posla, ki se nanašajo na vsebino izjave volje, so zato skupne vsem pravnim poslom (**splošne predpostavke veljavnosti pravnih poslov**). To so zlasti:

- svobodna in resna izjava volje,
- predpostavke glede subjektov, ki izjavljajo voljo (pravna in poslovna sposobnost, sposobnost razsojanja),
- predpostavke glede predmeta pravnega posla (določnost, možnost in dopustnost).

Pravna pravila OZ o pogodbah, ki urejajo te predpostavke, so tako primerne tudi za uporabo glede drugih vrst pravnih poslov. Pri presoji, v kakšnem obsegu se za druge vrste pravnih poslov uporabljajo (druga) pravila OZ o pogodbah, je treba upoštevati posebne značilnosti civilnopravnih razmerij, ki jih urejajo drugi pravni posli. Večinoma te posebne značilnosti upoštevajo že zakoni, ki urejajo druge vrste civilnih pravnih razmerij. Med njimi sta najpomembnejša SPZ, ki ureja stvarnopravna razmerja, in Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1), ki ureja korporacijska pravna razmerja.

SPZ ne ureja celovito razpolagalnih pravnih poslov stvarnega prava. Določa samo nekatere **posebne (dodatne) predpostavke za veljavnost razpolagalnih pravnih poslov** stvarnega prava. Zato se glede preostalih predpostavk veljavnosti razpolagalnih pravnih poslov smiselno uporabljajo pravila OZ o pogodbah.

3. RAZPOLAGALNO UPRAVIČENJE

3.1. Razmerje med pravico in upravičenjem ter vrste upravičenj

Osrednja prvina pravice je »možnost, da pravni subjekt na določen način ravna (*facultas agendi*). Ta možnost je vsebovana v abstraktni in splošni pravni

normi (*abstraktno upravičenje*). Pravo dodeljuje taka upravičenja zato, da subjekti v njihovem okviru zadovoljujejo najrazličnejše lastne *interese*, če so in kolikor so v skladu s funkcijo prava v konkretni družbi. Možnost ravnanja, bodisi aktivnega bodisi pasivnega, je *pravno zavarovana*.³

Upravičenje je gradnik pravice v tem pomenu, da je vsaka pravica sestavljena (zgrajena) iz enega upravičenja ali več upravičenj. Značilnosti (vsebina) upravičenj, ki jih vsebuje (vključuje) pravica, nam povedo, na kakšen način (s katerimi ravnanji) lahko uveljavimo pravico in proti komu jo lahko uveljavimo ter ali lahko s pravico (pravno učinkovito) razpolagamo in na kakšen način lahko z njo razpolagamo. Zato členitev pravice na upravičenja, ki jih vključuje (vsebuje), nima zgolj teoretičnega pomena, temveč je pomembna za pravilno razumevanje vsebine pravice in s tem povezano (pravilno) uporabo pravnih pravil o uveljavljanju pravice in razpolaganju s pravico.

Posamezna pravica (lahko) vključuje tri **vrste upravičenj**.

1. Vsaka pravica mora vključevati najmanj eno **temeljno (materialnopravno) upravičenje**, ki opredeli, na kakšen način (s katerimi dejanji) lahko njen imetnik *uveljavi pravico* (uresniči pravno možnost, ki jo vsebuje) in proti komu lahko uveljavi pravico. Pomen temeljnega (materialnopravnega) upravičenja je podrobneje razložen v razdelku 3.2.
2. Vsaka pravica vključuje tudi **pravovarstveni zahtevek**.
3. Večina pravic vključuje tudi tretjo vrsto upravičenja, in sicer **razpolagalno upravičenje**. Od vsebine razpolagalnega upravičenja, ki ga vključuje pravica, je odvisno, ali lahko s pravico (pravno učinkovito) razpolagamo in *na kakšen način lahko z njo razpolagamo*. Pomen razpolagalnega upravičenja je obširneje razložen v razdelku 3.3.

3.2. Pojem in pomen temeljnega (materialnopravnega) upravičenja

Temeljno (materialnopravno) upravičenje je pravna možnost imetnika pravice (vključena v tej pravici), da ravna na določen način oziroma da od drugega zahteva, da ravna na določen način. Materialnopravno upravičenje opredeljuje dve značilnosti (pravni lastnosti) pravice, in sicer na kakšen način (s katerimi dejanji) lahko njen imetnik uveljavi pravico in proti komu jo lahko njen imetnik uveljavi.

1. Z izrazom *uveljavljanje pravice* označujemo ravnanje ali ravnanja, s katerimi imetnik pravice uresniči pravno možnost, ki jo vsebuje materialno-

³ Marijan Pavčnik: Teorija prava, Prispevek k razumevanju prava, 2., pregledana in dopolnjena izdaja. Cankarjeva založba, Ljubljana 2001, str. 123, 124.

pravno upravičenje, vključeno v pravici. Zato je odgovor na vprašanje, **na kakšen način (s katerimi dejanji) lahko njen imetnik uveljavi pravico**, odvisen od vrste materialnopravnega upravičenja, ki ga pravica vsebuje. Na primer:

- 1.1. Če pravica vsebuje *upravičenje uporabe stvari*, imetnik pravice uresničuje to upravičenje (uveljavlja pravico) z različnimi (aktivnimi) ravnanji, s katerimi uporablja stvar, odvisno od obsega uporabe, ki ga vsebuje to upravičenje. Navadno pravica, ki vsebuje upravičenje uporabe stvari, vsebuje tudi *prepovedno (opustitveno) upravičenje (zahtevek)*, ki daje imetniku pravice pravno možnost od vsake osebe, proti kateri učinkuje ta pravica, zahtevati, da opusti ravnanja, s katerimi imetniku pravice omejuje ali preprečuje izvrševanje upravičenja uporabe.
- 1.2. Če pravica vsebuje *izpolnitveni zahtevek (upravičenje)*, imetnik pravice uresniči to upravičenje (uveljavi pravico) tako, da od drugega zahteva, da opravi izpolnitveno ravnanje (dajatev, storitev, opustitev ali dopustitev), ki je predmet tega upravičenja.
- 1.3. Če pravica vsebuje *oblikovalno upravičenje*, imetnik pravice uresniči to upravičenje (uveljavi pravico) tako, da izjavi voljo (z enostranskim pravnim poslom), ki (glede na vrsto oblikovalnega upravičenja) povzroči nastanek, spremembo ali prenehanje določenega pravnega razmerja.
- 1.4. Če pravica vsebuje *poplačilno upravičenje*, imetnik pravice uresniči to upravičenje (uveljavi pravico) tako, da proda stvar, lastninska pravica na kateri je omejena s (izvedeno) pravico, ki vsebuje poplačilno upravičenje, oziroma drugo (premoženjsko) pravico, ki je omejena s tako (izvedeno) pravico, in kupnino, doseženo s tako prodajo, uporabi za poplačilo zavarovane terjatve.
2. Odgovor na vprašanje, **proti komu lahko njen imetnik uveljavi pravico**, je odvisen od tega, *proti komu učinkuje pravica* (materialnopravno upravičenje, ki ga vsebuje).
 - 2.1. Nekatere pravice učinkujejo (in jih lahko njihov imetnik uveljavlja) *samo proti drugi stranki* (subjektu) pravnega razmerja, iz katerega izvirajo. Za pravice s takim (omejenim) učinkom pogosto uporabljamo izraz *relativne pravice*. Tako značilnost imajo vse obligacijske pravice, korporacijske pravice, pravice, inkorporirane v vrednostnem papirju, in izvedene pravice intelektualne lastnine.
 - 2.2. Druge pravice učinkujejo *proti širšemu krogu subjektov*. Zanje navadno rečemo, da učinkujejo proti vsakomur (*erga omnes*). Za pravice s takim (širšim) učinkom pogosto uporabljamo izraz *absolutne pravice*. Tako značilnost imajo zlasti vse stvarne pravice in temeljne pravice intelektualne lastnine.

3.3. Razpolagalno upravičenje (razpolaganje s pravico)

Z izrazom *razpolaganje s pravico* označujemo pravno dejanje (pravni posel) njenega imetnika, ki povzroči prenos, omejitev, spremembo ali prenehanje te pravice. Ko obravnavamo razpolaganje s pravicami, se v resnici sprašujemo, ali pravica vključuje upravičenje (pravno možnost) njenega imetnika razpolagati z njo in v kakšnem obsegu (na kakšen način) je mogoče uresničiti to upravičenje.

Pri večini pravic zakoni opredelijo njihovo vsebino tako, da opredelijo materialnopravno upravičenje ali upravičenja, ki jih pravica vsebuje. Razpolagalno upravičenje je kot izrecna sestavina pravice opredeljeno samo v prvem odstavku 37. člena SPZ za lastninsko pravico in v prvem odstavku 16.a člena Zakona o nematerializiranih vrednostnih papirjih (ZNVP) za pravico, inkorporirano v nematerializiranem vrednostnem papirju. To seveda ne pomeni, da druge vrste pravic ne vključujejo razpolagalnega upravičenja (poleg materialnopravnega upravičenja). Vsaka civilna pravica vključuje tudi pravovarstveni zahtevek, čeprav zakoni, ki urejajo posamezne vrste pravic, navadno ne določajo izrecno, da pravice te vrste vključujejo pravovarstveni zahtevek, temveč obstoj tega zahtevka predpostavljajo (in s tem priznavajo) pravila civilnih sodnih postopkov. Podobno zakoni (posredno) urejajo (določajo) pravno možnost razpolagati z določeno vrsto pravice s tem, ko urejajo njeno prenosljivost, določajo, da je pravica lahko predmet drugih (izvedenih) pravic, ali urejajo (določen) način razpolaganja s pravico in pravne posledice takega razpolaganja.

Zato lahko **razpolagalno upravičenje** opredelimo kot pravno možnost imetnika pravice razpolagati s to pravico na določen način. Drugače kot materialnopravno upravičenje, ki ga vključuje vsaka (civilna) pravica (je nujna sestavina, brez katere pravica ne more obstajati), razpolagalno upravičenje ni nujna sestavina pravice. Zato nekatere pravice ne vključujejo razpolagalnega upravičenja.

Za (določno) opredelitev razpolagalnega upravičenja, ki ga vključuje posamezna pravica, je treba opredeliti tudi način razpolaganja, ki je predmet tega upravičenja. Z izrazom **način razpolaganja** označujemo vrsto pravne posledice (učinka), ki jo povzroči določeno razpolaganje s pravico. Način, na katerega je mogoče razpolagati s pravico, je odvisen od vrste pravice, ki je predmet razpolaganja, oziroma dosledneje od njenih pravnih lastnosti.

Načine, na katere je mogoče razpolagati s pravico, lahko po pravni posledici, ki jo povzroči posamezni način, razvrstimo tako:

1. Z nekaterimi pravicami lahko njihov imetnik razpolaga tako, da jih **prenese** na novega imetnika. Takšno razpolaganje povzroči, da dosedanji imetnik (odsvojitelj) pravico izgubi, ker ta s prenosom (razpolaganjem) preide na novega imetnika (pridobitelja).

Pravno možnost razpolagati s pravico tako, da jo imetnik prenese na novega imetnika, zakoni pogosto (posredno) urejajo tako, da določajo, da je pravica prenosljiva (primerjaj tretji odstavek 256. člena SPZ), ali da urejajo prenos pravice (kot je na primer prenos terjatve urejen v OZ). Pri tem moramo upoštevati, da je prenosljivost tipična značilnosti (samostojnih) pravic. Zato vsaka (samostojna) pravica vključuje upravičenje njenega imetnika prenesti jo na novega imetnika, razen če zakon za posamezno vrsto pravice izrecno določa, da je neprenosljiva.

2. Z nekaterimi pravicami lahko njihov imetnik razpolaga tako, da pravico **omeji** v najširšem pomenu **z ustanovitvijo izvedene pravice**. Takšno razpolaganje povzroči, da nastane nova, izvedena pravica. Hkrati se pravna možnost uveljavljati upravičenja, ki jih vključuje osnovna pravica (pravica, ki je predmet razpolaganja), omeji (zmanjša) v ustreznem obsegu oziroma na ustrezen način glede na vsebino upravičenj, ki jih vsebuje izvedena pravica. To pravno možnost zakoni navadno urejajo tako, da pri ureditvi posamezne vrste izvedene pravice določajo, katere (temeljne, osnovne) pravice je mogoče (pravno dovoljeno) omejiti z ustanovitvijo izvedene pravice te vrste.

Z nekaterimi stvarnimi pravicami glede nepremične lahko njihov imetnik razpolaga tudi tako, da jih omeji z **zaznambo vrstnega reda** pridobitve ali prenehanja pravice.

3. Z večino pravic lahko njihov imetnik razpolaga tudi tako, da se pravici **odpove** v celoti. Takšno razpolaganje povzroči prenehanje pravice, ki je predmet odpovedi.
4. Imetnik lahko z večino pravic razpolaga tudi tako, da se pravici delno odpove (jo **utesni**). Takšno razpolaganje povzroči utesnitev (zmanjšanje) vsebine ali obsega upravičenj, ki jih vključuje pravica.
5. Z nekaterimi pravicami lahko njihov imetnik razpolaga tudi tako, da jih **preoblikuje**. Pravna možnost preoblikovati pravico ni tipična značilnost (lastnost) pravice, temveč obstaja samo, če za določeno vrsto pravice zakon določa, da jo je mogoče preoblikovati na določen način.
- 5.1. Lastninsko pravico na nepremičnini lahko njen imetnik (lastnik) preoblikuje tako, da nepremičnino, ki je njen predmet, pravno *razdeli na dve ali več (novih) nepremičnin*, ali da *dve ali več nepremičnin združi v novo nepremičnino, tako da se hkrati prejšnja nepremičnina ukine*. Tak način razpolaganja nastane pri delitvi ali združitvi zemljiških parcel (*parcelaciji*) ali prostorskih delov stavbe v etažni lastnini. Takšno razpolaganje povzroči, da (prejšnja) nepremičnina (kot predmet pravic) preneha (se ukine) in namesto nje nastanejo nove nepremičnine (kot predmet pra-

vic), na katere preidejo lastninska pravica in morebitne druge (izvedene) pravice, ki so obstajale na ukinjeni nepremičnini.

- 5.2. Podoben učinek ima tudi *oblikovanje etažne lastnine*, le da se pri tem načinu preoblikovanja zemljiška parcela (lastninska pravica, na kateri je predmet preoblikovanja) ne ukine, temveč se samostojna lastninska pravica na tej zemljiški parceli preoblikuje v vključeno (akcesorno) lastninsko pravico.
- 5.3. Pri stvarnopravnih razmerjih *etažne lastnine* lahko vsi solastniki oziroma skupni lastniki skupaj *spremenijo pravni položaj posamezne nepremičnine, ki je predmet etažne lastnine*. S tem preoblikujejo bodisi samostojno lastninsko pravico v vključeno akcesorno lastninsko pravico ali obratno. Vsem načinom razpolaganja s pravico je skupno, da imetnik pravice *urešniči (uveljavi) razpolagalno upravičenje*, vključeno v tej pravici, z razpolagalnim pravnim poslom.

4. PRAVNI TEMELJI PRIDOBITVE, OMEJITVE, PRENEHANJA ALI SPREMEMBE (PREOBLIKOVANJA) STVARNE PRAVICE

4.1. Pravni temelj kot skup (nabor) pravnih dejstev (predpostavk)

Pravni temelj je pravno dejstvo oziroma nabor pravnih dejstev, katerih nastop povzroči nastanek, spremembo oziroma prenehanje določenega pravnega razmerja (in s tem tudi pravic in obveznosti subjektov tega razmerja).

Kadar govorimo o pravnem dejstvu oziroma naboru pravnih dejstev, ki povzročijo pridobitev, omejitev, prenehanje ali spremembo (preoblikovanje) stvarne pravice (so pravni temelj pridobitve, omejitve, prenehanja ali spremembe stvarne pravice), uporabljamo tudi izraz **predpostavka** oziroma **predpostavke pridobitve, omejitve, prenehanja ali spremembe (preoblikovanja) stvarne pravice**.

Posameznim vrstam pravnih temeljev dajemo imena (jih poimenujemo) po tistem pravnem dejstvu, vključenim v to vrsto pravnega temelja, ki je najbolj tipično za to vrsto pravnega temelja. To nas ne sme zavesti v tem pomenu, da bi prezrli, da večino pravnih temeljev poleg pravnega dejstva, po katerem se imenuje, vključuje tudi druge predpostavke, ki morajo nastati, da bi nastala pravna posledica – pridobitev, omejitev, prenehanje oziroma sprememba (preoblikovanje) stvarne pravice. Tako na primer pravni temelj poslovne pridobitve stvarne pravice (v ožjem pomenu), za katero SPZ uporablja izraz »na podlagi pravnega posla«, poleg razpolagalnega pravnega posla imetnika stvarne pravice (oziroma dosledneje vseh predpostavk, potrebnih za veljavnost

razpolagalnega pravnega posla), po katerem je ta vrsta pravnega temelja dobila ime, vključuje še dve skupini predpostavk, in sicer vse predpostavke, potrebne za veljavnost zavezovalnega pravnega posla, in vse predpostavke, potrebne za vpis pridobitve stvarne pravice v zemljiško knjigo.

Pravne temelje razvrščamo po značilnostih predpostavk (pravnih dejstev), ki jih vključuje posamezna vrsta pravnega temelja. Za (pravilno) uporabo pravil stvarnega prava nepremičnin so najpomembnejše te razvrstitve:

1. V praksi se najpogosteje uporablja **standardna razvrstitev** pravnih temeljev po merilu, ali se stvarna pravica pridobi, omeji, preneha ali preoblikuje na podlagi izjave volje (razpolagalnega pravnega posla) imetnika (oziroma dosedanjega imetnika) te pravice ali neodvisno od njegove volje. Po tem merilu se pravni temelji razvrščajo na **izvirne** in **izvedene**. Standardna razvrstitev ima pri (pravilni) uporabi pravil stvarnega prava nepremičnin sorazmerno majhen pomen. Pomembna je samo za presojo učinkov pravic in pravnih dejstev, ki omejujejo lastninsko pravico (ali drugo stvarno pravico) tako, da njenemu imetniku prepovedujejo razpolaganje s to pravico.⁴
2. Po merilu, ali pravni temelj vključuje pravni posel (bodisi imetnika pravice bodisi druge osebe, ki je pridobila upravičenje razpolagati s pravico) se pravni temelji razvrščajo na **poslovne** in **neposlovne**. Ta razvrstitev je pomembna pri uporabi načela zaupanja v zemljiško knjigo.
3. Po merilu, ali pravni temelj vključuje vpis v zemljiško knjigo, torej ali je vpis v zemljiško knjigo predpostavka za pridobitev, omejitev, prenehanje ali preoblikovanje stvarne pravice, se pravni temelji delijo na **knjižne** in **zunajknjižne**. Ta razvrstitev je pomembna za presojo časovnega trenutka, v katerem je bila stvarna pravica pridobljena oziroma se je omejila, prenehala ali preoblikovala.

V praksi se izvirne pridobitve pogosto enačijo z neposlovnimi pridobitvami oziroma zunajknjižnimi pridobitvami. To je pravno zmotno, saj poslovne pridobitve poleg položajev izvedenih pridobitev vključujejo tudi nekatere položaje izvirnih pridobitev. Med poslovne pridobitve namreč poleg izvedenih pridobitev (pridobitev, ki temeljijo na razpolagalnem pravnem poslu dosedanjega imetnika pravice) spadajo tudi pridobitve na podlagi pravnega posla zastavnega (hipotekarnega) upnika, ki se izvede zaradi uveljavitve prednostnega poplačilnega upravičenja, ki ga vključuje zastavna pravica (hipoteka), in (druge)

⁴ Take pravice oziroma pravna dejstva so ovira (negativna predpostavka) veljavnosti razpolagalnih pravnih poslov imetnika stvarne pravice, ki jih vključuje pravni temelj izvedene pridobitve (primerjaj drugi odstavek 47. člena ter drugi in tretji odstavek 99. člena ZZZK-1).

prodaje, ki se izvedejo v sodnem postopku. Ker se pri teh položajih prenos lastninske pravice izvede neodvisno od volje njenega imetnika (*izvirno*), za nje uporabljamo tudi skupni izraz **prisilna prodaja**. Vsem tem pravnim temeljem je skupno, da je (z vidika kupca kot pridobitelja) predpostavka pridobitve pravni posel (izjava kupca o sprejetju ponudbe). Pri večini teh pravnih temeljev (z izjemo prisilne prodaje v izvršilnem postopku) je predpostavka pridobitve sklenitev ustreznega zavezovalnega pravnega posla (prodajne pogodbe). Za prisilne prodaje nepremičnin je značilno, da predpostavka pridobitve ni razpolagalni pravni posel (zemljiškoknjižno dovolilo). Ta razpolagalni pravni posel nadomešča *oblikovalna odločba*, in sicer sklep sodišča oziroma notarski zapisnik o izročitvi nepremičnine kupcu.

4.2. Predpostavke poslovne pridobitve, omejitve, prenehanja ali preoblikovanja (spremembe) stvarnih pravic

V 40. členu SPZ je določeno **splošno pravilo** o predpostavkah za pridobitev lastninske pravice na stvareh (premičninah in nepremičninah). Po tem pravilu se za pridobitev lastninske pravice zahteva:

- veljaven pravni posel, iz katerega izhaja obveznost prenesti lastninsko pravico, in
- izpolnitev drugih pogojev, ki jih določa zakon.

Izraz »pravni posel, iz katerega izhaja obveznost prenesti lastninsko pravico«, uporabljen v 40. členu SPZ, označuje zavezovalni pravni posel.

Dodatni predpostavki (pogoja) za pridobitev lastninske pravice na nepremičnini sta določeni v 49. členu SPZ. To sta:

- listina, ki vsebuje zemljiškoknjižno dovolilo (drugi odstavek 49. člena SPZ), in
- vpis v zemljiško knjigo (prvi odstavek 49. člen SPZ).

Besedilo 49. člena SPZ je nedosledno. Izraz »listina, ki vsebuje zemljiškoknjižno dovolilo« označuje izjavo volje, ki je sestavina posebnega (dvostranskega) razpolagalnega pravnega posla stvarnega prava. Ta razpolagalni pravni posel je (samostojna) predpostavka za pridobitev stvarne pravice. V razmerju med odsvojiteljem (prejšnjim imetnikom pravice) in pridobiteljem stvarna pravica preide v poslovno sfero pridobitelja že, ko je opravljen razpolagalni pravni posel. V razmerju do tretjih pa začne stvarna pravica učinkovati z vpisom v zemljiško knjigo.

Smiselno enako so urejene predpostavke za pravnoposlovno pridobitev večine drugih stvarnih pravic glede nepremičnine, in sicer:

- hipoteke, v 131. členu ter prvem in drugem odstavku 141. člena SPZ,

- stvarne služnosti, v prvem odstavku 215. člena SPZ,
- užitka, v prvem in drugem odstavku 234. člena SPZ,
- rabe, v prvem odstavku 246. člena v zvezi s prvim in drugim odstavkom 234. člena SPZ,
- služnosti stanovanja, v 248. členu v zvezi s prvim in drugim odstavkom 234. člena SPZ,
- stvarnega bremena, v 251. člena SPZ, in
- stavbne pravice, v prvem odstavku 257. člena SPZ.

Zato je dosledneje reči, da so predpostavke izvedene pridobitve, omejitve, prenehanja oziroma spremembe stvarne pravice, tri skupine pravnih dejstev (in za vsako od teh skupin ustrezen niz predpostavk):

1. Obstajati mora **(veljavna) obligacijska obveznost** (dosedanjega) imetnika stvarne pravice:

- bodisi prenesti stvarno pravico na pridobitelja
- bodisi ustanoviti (novo, izvedeno) stvarno pravico v korist pridobitelja.

Obligacijska obveznost *prenesti ali ustanoviti stvarno pravico* nastane na podlagi zavezovalnega pravnega posla (s sklenitvijo pogodbe ali z začetkom učinkovanja enostranskega zavezovalnega pravnega posla). Zato navadno rečemo, da je predpostavka pridobitve (prenosa ali ustanovitve) stvarne pravice *veljaven zavezovalni pravni posel*, iz katerega izhaja obveznost (dosedanjega) imetnika prenesti stvarno pravico na pridobitelja ali ustanoviti (novo, izvedeno) stvarno pravico v korist pridobitelja. Predpostavke veljavnosti zavezovalnega pravnega posla o razpolaganju s stvarno pravico so obširneje obravnavane v 5. razdelku.

Pri tem moramo biti pozorni, da za pravnoposlovno *prenehanje ali preoblikovanje stvarnih pravic* ni nujno, da bi obstajala obligacijska obveznost imetnika stvarne pravice odpovedati se tej pravici ali jo preoblikovati. To pomeni, da zavezovalni pravni posel oziroma obligacijska obveznost ni predpostavka prenehanja ali preoblikovanja stvarnih pravic.

2. Obstajati mora **veljaven razpolagalni pravni posel**, katerega predmet je prenos, omejitev, prenehanje ali sprememba stvarne pravice. Vrsta razpolagalnega pravnega posla je odvisna od načina razpolaganja s stvarno pravico. Predpostavke veljavnosti razpolagalnega pravnega posla so razložene v 6. razdelku.
3. Izveden mora biti **vpis v zemljiško knjigo**, ki povzroči, da začne prenos, omejitev, prenehanje ali sprememba stvarne pravice učinkovati v razmerju do tretjih. Da bi bil vpis v zemljiško knjigo lahko izveden (dovoljen),

morajo biti izpolnjene predpostavke, ki jih ureja ZZK-1. Pomen teh predpostavk je obširneje pojasnjen v 7. razdelku.

Predpostavke poslovne pridobitve, omejitve, prenehanja oziroma spremembe stvarne pravice so odvisne od vrste pravice, ki je predmet razpolaganja, in načina razpolaganja. Izvedena (poslovna) pridobitev, omejitev, prenehanje oziroma sprememba stvarne pravice je posledica razpolaganja s to pravico (uresničitev razpolagalnega upravičenja, ki ga vključuje pravica, ki je predmet razpolaganja). Zato lahko za predpostavke poslovne pridobitve, omejitve, prenehanja oziroma spremembe stvarne pravice (kot sinonim) uporabimo tudi izraz **predpostavke veljavnega (pravno učinkovitega) razpolaganja s stvarno pravico**.

5. ZAVEZOVALNI PRAVNI POSEL, KATEREGA PREDMET JE OBVEZNOST RAZPOLAGATI S STVARNO PRAVICO

5.1. Pojem in pomen zavezovalnih pravnih poslov

Zavezovalni pravni posel je pravno dejanje, na podlagi katerega nastanejo med dvema pravnima subjektoma ali več subjekti (pravnimi ali fizičnimi osebami) medsebojne pravice in obveznosti (obligacije). Ker na podlagi zavezovalnega pravnega posla nastanejo pravice in obveznosti, je zavezovalni pravni posel *pravni temelj* pridobitve (obligacijskih) pravic in s tem hkrati pravni temelj nastanka poslovnega obligacijskega razmerja.

Z zavezovalnim pravnim poslom se subjekt (udeleženec obligacijskega razmerja) zaveže opraviti določeno izpolnitveno ravnanje, ki je predmet obligacijskega razmerja. Predmet izpolnitvenega ravnanja, ki se ga udeleženec obligacijskega razmerja z zavezovalnim pravnim poslom zaveže opraviti, pa je lahko dajatev, storitev, dopustitev oziroma opustitev.

Zavezovalni pravni posli so najpogostejše dvostranski posli. To so pravni posli, za nastanek katerih je potrebno soglasje volje obeh pogodbenih strank oziroma udeležencev pravnega razmerja. Za dvostranske zavezovalne pravne posle uporabljamo izraz *pogodbe*.

5.2. Obveznost razpolagati s stvarno pravico kot dajatvena obveznost

Če pogodbenik z zavezovalnim pravnim poslom prevzame obveznost ustanoviti, prenesti ali odpovedati se stvarni pravici, ima ta obveznost značilnost *dajatvene obveznosti*. Z nastankom zavezovalnega pravnega posla (torej s skle-

nitvijo veljavne pogodbe oziroma uresničitvijo enostranskega oblikovalnega upravičenja), katerega predmet je *dajatev*, nastane samo obligacijska pravica upnika od dolžnika zahtevati izpolnitveno ravnanje, ki je potrebno, da bo upnik pridobil premoženje (stvar oziroma premoženjsko pravico), ki je predmet dajatve, oziroma da bo ta pravica prenehala. To je tisto pravno dejanje dolžnika, ki je potrebno, da se premoženje premakne iz premoženjskopravne sfere dolžnika v premoženjskopravno sfero upnika. Izjave volje, ki povzročijo premik premoženja, pa so razpolagalni pravni posli. Zato je za (pravilno) izpolnitev tiste obligacijske obveznosti (izpolnitvenega ravnanja), katere predmet je dajatev, potreben še nadaljnji pravni posel – razpolagalni pravni posel.

Predmet dajatvene obveznosti je vedno razpolaganje s premoženjsko pravico. Zato lahko rečemo, da pogodbenik (odsvojitelj) z zavezovalnim pravnim poslom **prevzame obveznost razpolagati s svojo stvarno pravico**.

5.3. Splošno o predpostavkah veljavnosti zavezovalnega pravnega posla (pogodbe)

Pogodba je (zavezovalni) *pravni posel obligacijskega prava*. Pravni posel je izjava volje, ki jo je subjekt pravnega posla (oseba, ki izjavi voljo) izrazil z namenom, da nastane, se spremeni oziroma preneha določeno civilnopravno razmerje, katerega udeleženec je subjekt pravnega posla. Pogodba (pravno dosledneje sklenitev pogodbe) povzroči nastanek medsebojnih obligacijskih pravic in obveznosti pogodbenih strank ter hkrati s tem nastanek njenega medsebojnega poslovnega obligacijskega razmerja. Pogodba je zato *pravni temelj nastanka medsebojnih obligacijskih pravic in obveznosti pogodbenih strank*.

Da bi imela pogodba opisani pravni učinek, mora biti veljavno sklenjena. Povedano drugače, ob njeni sklenitvi (oziroma dosledneje ob začetku njenega učinkovanja) morajo biti izpolnjene predpostavke za veljavno sklenitev pogodbe.

Po merilu pomena, ki ga ima predpostavka za veljavno sklenitev pogodbe, se te razvrščajo na:

- predpostavke, ki se nanašajo na določitev sestavin poslovnega obligacijskega razmerja, in
- predpostavke, ki se nanašajo na poslovno voljo.

1. Predpostavke, ki se nanašajo na določitev sestavin poslovnega obligacijskega razmerja. Da bi katerokoli pravno razmerje lahko nastalo (in obstajalo), morajo biti podane (morajo obstajati) in določene njegove sestavine. Sestavine obligacijskega razmerja pa so:

- *subjekti* obligacijskega razmerja,

- *izpolnitveno ravnanje* kot predmet obligacijskega razmerja in
- medsebojne (obligacijske) pravice oziroma obveznosti subjektov obligacijskega razmerja (*vsebina obligacijskega razmerja*).

Predpostavke za veljavno sklenitev pogodbe, ki se nanašajo na obstoj oziroma določitev sestavin poslovnega obligacijskega razmerja, so zato:

- 1.1. **Pravna sposobnost.** Obligacijska (pa tudi druga) pravica oziroma obveznost ne more nastati in obstajati, ne da bi hkrati obstajal nosilec (subjekt) te pravice. Pravna sposobnost pa je prav sposobnost biti subjekt (nosilec) pravic in obveznosti.
- 1.2. **Predpostavke glede izpolnitvenega ravnanja.** Predmet obligacijskega razmerja je izpolnitveno ravnanje, ki se ga stranka s pogodbo (z izjavo volje kot pravnim poslom) zaveže opraviti. Subjekta (pogodbeni stranki) morata določiti izpolnitveno ravnanje oziroma izpolnitveni ravnanji, ki se ju druga v razmerju do druge s pogodbo (s sklenitvijo pogodbe) zavežeta opraviti. Z določitvijo predmeta določenega (posamičnega) izpolnitvenega ravnanja se konkretizira vsebina medsebojnih pravic in obveznosti subjektov pogodbenega (poslovnega) obligacijskega razmerja. Da bi bila pogodba veljavno sklenjena, morajo biti glede izpolnitvenega ravnanja izpolnjene te predpostavke (34. člen OZ):
 - 1.2.1. Predmet izpolnitvenega ravnanja mora biti *določen ali določljiv*.
 - 1.2.2. Predmet izpolnitvenega ravnanja mora biti *mogoč*. Ta predpostavka je glede pogodb o razpolaganju s stvarno pravico obširneje obravnavana v razdelku 5.4.
 - 1.2.3. Predmet izpolnitvenega ravnanja mora biti *dovoljen*. Ta predpostavka je glede pogodb o razpolaganju s stvarno pravico obširneje obravnavana v razdelku 5.5.
2. **Predpostavke, ki se nanašajo na poslovno voljo.** Ker je pogodba dvostranski pravni posel, je za njeno veljavno sklenitev potrebna soglasna izjava volje pogodbenih strank, ki jo ti izjavita z namenom, da na podlagi te izjave zanju nastanejo medsebojne pravice in obveznosti. Predpostavke za veljavno sklenitev pogodbe, ki se nanašajo na poslovno voljo, ki je potrebna za (veljavno) sklenitev pogodbe, so zato:
 - 2.1. **Poslovna sposobnost in sposobnost razsojanja.** Subjekta, ki izjavljata voljo, morata biti sposobna oblikovati poslovno voljo. Imeti morata tiste psihofizične lastnosti, ki so potrebne za oblikovanje volje (odločanje), in sposobnost razumeti pomen (pravne posledice) izjave take volje.
 - 2.2. **Svobodno oblikovana in resna volja.** Volja za sklenitev pogodbe mora biti oblikovana svobodno. Temeljiti mora na svobodni odločitvi subjekta, da

vstopi v poslovno obligacijsko razmerje določene vsebine. Izražena mora biti z resnim namenom, torej z namenom povzročiti sklenitev pogodbe.

- 2.3. **Soglasje volje.** Ker je pogodba dvostranski pravni posel, morata stranki, da bi bila pogodba veljavno sklenjena, doseči soglasje o izpolnitvenem ravnanju oziroma izpolnitvenih ravnanjih, ki so njen predmet.
- 2.4. **Poslovna podlaga.** Pogodba mora imeti dovoljeno (dopustno) poslovno podlago (prvi odstavek 39. člena OZ). Ta predpostavka je glede pogodb o razpolaganju s stvarno pravico obširneje obravnavana v razdelku 5.6.
- 2.5. **Oblika.** Volja za sklenitev pogodbe mora biti izjavljena tako, da jo lahko druga pogodbeni stranka razpozna. Za nekatere vrste pogodb pa je potrebno, da je volja izražena pisno.

5.4. Kdaj je predmet izpolnitvenega ravnanja mogoč pri pogodbi o razpolaganju s stvarno pravico

5.4.1. Splošna pravila o (ne)mogočem predmetu izpolnitvenega ravnanja

Predmet izpolnitvenega ravnanja mora biti objektivno mogoč. Za presojo, ali je predmet izpolnitvenega ravnanja, ki se ga je stranka s pogodbo zavezala opraviti, objektivno mogoč, niso pomembne osebne (subjektivne) sposobnosti te stranke. Zato (posredni) predmet posameznega izpolnitvenega ravnanja ni nemogoč, če ga pogodbeni stranka, ki se je zavezala opraviti to izpolnitveno ravnanje (na primer izdelati določeno stvar), ni sposobna opraviti, sposoben pa ga je opraviti kdo drug. Predmet izpolnitvenega ravnanja je objektivno nemogoč samo, če nihče ne more (ni sposoben) opraviti izpolnitvenega ravnanja z vsebino, določeno v pogodbi.

Po drugi strani pa za presojo, ali je predmet izpolnitvenega ravnanja (objektivno) mogoč, **ni pomembno, ali pravica, ki je predmet razpolaganja, ob sklenitvi pogodbe že obstaja.** Ta sklep utemeljuje tudi pravilo, določeno v drugem odstavku 438. člena OZ, po katerem se prodaja (prodajna pogodba) lahko naša tudi na **bodočo stvar** (torej na lastninsko pravico, ki ob sklenitvi pogodbe še ne obstaja, ker ne obstaja stvar, ki bi bila predmet te lastninske pravice).

5.4.2. Predmet izpolnitvenega ravnanja je nemogoč, če s pravico ni mogoče razpolagati na način, na katerega se je z njo zavezal razpolagati odsvojitelj

Če pogodbeni stranka (odsvojitelj) s pogodbo (ali drugim zavezovalnim pravnim poslom) prevzame (dajatveno) obveznost razpolagati s (stvarno) pravico,

je predmet izpolnitvenega ravnanja (posredni predmet dajatvene obveznosti) mogoč, če je s pravico, ki je predmet razpolaganja, objektivno mogoče razpolagati na način, na katerega se je odsvojitelj s pogodbo zavezal razpolagati s to pravico. S pravico določene vrste je (objektivno) mogoče razpolagati na določen način, če pravica te vrste vključuje razpolagalno upravičenje, ki njemu imetniku daje pravno možnost razpolagati s to pravico na tak način. Če pravica, razpolaganje s katero je predmet izpolnitvenega ravnanja, ne vključuje razpolagalnega upravičenja (pravne možnosti) razpolagati z njo na način, na katerega se je s pogodbo odsvojitelj zavezal razpolagati s to pravico, je predmet tega izpolnitvenega ravnanja (objektivno) nemogoč. Zato je pogodba nična (35. člen OZ).

To pomeni, da so razlog za položaj, da je predmet izpolnitvenega ravnanja nemogoč, (objektivne) pravne lastnosti pravice, ki je predmet razpolaganja. Te lastnosti so odvisne od vsebine razpolagalnega upravičenja, ki ga vključuje pravica (pravne možnosti glede načina razpolaganja z njo). Če s pravico ni mogoče razpolagati na določen način, lahko rečemo, da hkrati razpolaganje s pravico na tak način ni dovoljeno. Zato na prvi pogled zgleda, da je pri opisanem položaju predmet izpolnitvenega ravnanja hkrati nemogoč in nedovoljen. Vendar je zaradi pravne doslednosti te položaje primerneje obravnavati kot položaje, pri katerih je predmet izpolnitvenega ravnanja nemogoč. Namen (*ratio*) prisilnih predpisov, ki omejujejo ali prepovedujejo promet z določenimi stvarmi (na primer mamili ali orožjem), so namreč objektivne lastnosti teh stvari kot posrednega predmeta izpolnitvenega ravnanja in ne pravne lastnosti lastninske pravice kot neposrednega predmeta razpolaganja pri pravnih poslih, katerih predmet so te stvari. Na drugi strani pravna opredelitev, ali je predmet izpolnitvenega ravnanja nemogoč ali pa je nedovoljen, ni pretirano pomembna, saj je pravna posledica pri obeh položajih enaka: pogodba je nična (35. člen OZ).

Omejitev pravne možnosti razpolaganja s pravico je značilna za neprenosljive oziroma akcesorne pravice.

- Za **samostojne neprenosljive pravice** je značilno, da so vezane na določeno osebo (imetnika) in jih imetnik ne more prenesti na drugo osebo. To pomeni, da ne vključujejo razpolagalnega upravičenja, ki bi njihovemu imetniku dajalo pravno možnost prenesti pravico na drugo osebo. Zato z njimi na tak način ni mogoče razpolagati. Takšno značilnost imajo *osebne služnosti*.
- **Vključene akcesorne pravice** so pravice, ki so vključene v osnovno pravico tako, da se prenesejo (samo) hkrati s prenosom te (osnovne) pravice. Značilnost vključene akcesorne pravice ima na primer *lastninska pravica na nepremičnini s položajem splošnega ali posebnega dela stavbe v etažni lastni*, saj z njo ni mogoče razpolagati samostojno, torej neodvisno od prenosa

lastninske pravice na posameznem delu v etažni lastnini, v katero je vključena.

- Pravna možnost razpolaganja z izvedenimi stvarnimi pravicami je v skladu z **načelom omejenega števila stvarnopravnih položajev** omejena tudi tako, da je izvedeno pravico določene vrste mogoče omejiti samo z določenimi vrstami izvedenih pravic.

5.5. Kdaj je predmet izpolnitvenega ravnanja dovoljen pri pogodbi o razpolaganju s stvarno pravico

5.5.1. Splošna pravila o (ne)dovoljenosti predmeta izpolnitvenega ravnanja

Po 37. členu OZ je predmet izpolnitvenega ravnanja nedovoljen (nedopusten), če je v nasprotju z ustavo, s prisilnimi predpisi ali z moralnimi načeli. Predmet izpolnitvenega ravnanja je nedovoljen, če ga prepoveduje kogentno pravno pravilo, ki ga določa ustava ali drug predpis. Med prisilne predpise, ki prepovedujejo razpolaganje s stvarno pravico, spadajo zlasti predpisi, ki vsakomur prepovedujejo pravni promet z določeno stvarjo (na primer promet s človeškimi organi) oziroma promet z določenimi stvarmi omejujejo na ožji krog specializiranih profesionalnih oseb, ki izpolnjujejo posebne (predpisane) pogoje za promet s temi stvarmi (na primer promet z zdravili ali z orožjem).

5.5.2. Za veljavnost pogodbe ni pomembno, ali je odsvojitelj ob njeni sklenitvi imetnik stvarne pravice, s katero se je zavezal razpolagati

Po 440. členu OZ pogodba o prodaji tuje stvari (stvari, katere lastnik ob sklenitvi pogodbe ni prodajalec) veže pogodbenika. Zato za veljavnost pogodbe kot zavezovalnega pravnega posla ni pomembno, ali je prodajalec (pogodbena stranka) ob sklenitvi pogodbe lastnik te stvari. Pravilo se smiselno (analogno) uporablja tudi za pogodbo o ustanovitvi (primarne) izvedene stvarne pravice.

To pomeni, da je pogodba veljavna, čeprav pogodbena stranka, ki je s pogodbo prevzela (dajatveno) obveznost prenesti lastninsko pravico na drugo pogodbeno stranko ali ustanoviti izvedeno stvarno pravico, ob sklenitvi pogodbe ni lastnica stvari, ki je predmet te pravice. Lastninska pravica vključuje tudi upravičenje razpolagati s stvarjo. Lastnik (imetnik lastninske pravice) lahko razpolaga z lastninsko pravico tako, da jo prenese na novega imetnika, ali tako, da jo omeji z ustanovitvijo izvedene stvarne pravice. Zato je pravno dosledneje reči, da za veljavnost pogodbe ni pomembno, ali ima pogodbena stranka, ki se

je s pogodbo zavezala razpolagati z lastninsko pravico na stvari (*odsvojitelj*), ob sklenitvi pogodbe že upravičenje razpolagati s to stvarjo (oziroma dosledneje z lastninsko pravico na stvari).⁵

Okoliščina, ali je odsvojitelj imetnik lastninske pravice, razpolaganje s katero je predmet njegove dajatvene obveznosti, je pomembna samo za pravilno izpolnitev te (pogodbene) obveznosti. Pravilna izpolnitev obveznosti razpolagati z lastninsko pravico se presoja po pravnem stanju ob času, ob katerem začne (v razmerju do tretjih) učinkovati razpolagalni pravni posel, ki ga je opravil odsvojitelj zaradi izpolnitve svoje pogodbene obveznosti. Če je predmet razpolagalnega pravnega posla razpolaganje z lastninsko pravico na nepremičnini, je to čas vložitve zemljiškoknjižnega predloga na podlagi tega razpolagalnega pravnega posla – zemljiškoknjižnega dovolila (primerjaj 147. člen in prvi odstavek 150. člena ZZK-1). Če ob tem času odsvojitelj ni lastnik nepremičnine (in zato tudi ni imetnik razpolagalnega upravičenja, ki ga vključuje lastninska pravica), njegov razpolagalni pravni posel nima pravnih učinkov (ne povzroči prenosa lastninske pravice oziroma pridobitve izvedene pravice v korist pridobitelja). Zato ima njegova izpolnitev pravno napako. Pravna napaka pa ne vpliva na veljavnost pogodbe.

Smiselno enako velja tudi za razpolaganje z izvedeno stvarno pravico. Tudi za veljavnost pogodbe, s katero se odsvojitelj zaveže razpolagati z izvedeno stvarno pravico (jo prenesti na pridobitelja ali v korist pridobitelja ustanoviti sekundarno izvedeno stvarno pravico), ni pomembno, ali je odsvojitelj imetnik izvedene stvarne pravice, ki je predmet razpolaganja.

5.6. Dovoljena poslovna podlaga pri pogodbi o razpolaganju s stvarno pravico

5.6.1. Poslovna podlaga kot skupni poslovni namen strank

Poslovna podlaga (*causa*) je razlog (okoliščina oziroma sklop okoliščin), zaradi katerega pogodbeni stranki skleneta pogodbo, torej zaradi katerega izjavita voljo, potrebno za sklenitev pogodbe. Vsako zavestno ravnanje je usmerjeno k

⁵ Tako stališče je sprejelo tudi Vrhovno sodišče: »Pri ugotavljanju sklepčnosti tožbe sodišče ne preizkuša resničnosti dejstev, navedenih v tožbi, ampak preizkusi materialnopravno utemeljenost zahtevka glede na zatrjevana dejstva. Sodišče v tem primeru presodi ali bi, če bi se vse trditve v tožbi izkazale za resnične, bila utemeljena pravna posledica (ničnost), ki jo uveljavlja tožnik. Prodajalčeva razpolagalna nesposobnost sama po sebi ne more biti razlog ničnosti zavezovalnega pravnega posla (prodajne pogodbe). To pa pomeni, da tudi če bi tožnika na nepremičninah res priposestvovala lastninsko pravico, njun zahtevek za ugotovitev ničnosti – glede na navedeno trditveno podlago – po materialnem pravu ne bi bil utemeljen.« (VS, *sodba II Ips 420/2007*).

določenemu cilju: uresničitvi nekega interesa. Zato je namen (cilj) zavestnega ravnanja razlog (vzrok, motiv) za to ravnanje. Interes, ki ga želi človek uresničiti s sklenitvijo pogodbe ali izvedbo drugega pravnega posla, so posledice, ki jih bo povzročila sklenitev te pogodbe ali izvedba tega pravnega posla, oziroma dosledneje, posledice, ki naj bi nastale po presoji (oceni) tistega, ki oblikuje in izjavlja voljo z vsebino tega pravnega posla.

Interes, ki je razlog za sklenitev določene vrste pogodbe, je lahko tipičen, torej enak interesu, zaradi uresničitve katerega subjekti običajno (normalno, najpogostejše) sklepajo pogodbe te vrste, lahko pa je atipičen (glej naslednji razdelek). Pri zavestnem postopku oblikovanja odločitve o sklenitvi pogodbe človek presoja okoliščine, ki jih ocenjuje kot pomembne za uresničenje interesa, ki ga želi (namerava) uresničiti s sklenitvijo pogodbe, in uresničenje katerega je razlog (vzrok, motiv, nagib) za sklenitev pogodbe. Vse okoliščine, ki jih nekdo upošteva pri oblikovanju svoje (poslovne) odločitve za sklenitev določene (konkretne, posamične) pogodbe, tvorijo njegov poslovni namen (nagib) za sklenitev pogodbe. Kot usmeritev pri presoji, katere od okoliščin, ki tvorijo poslovni namen (nagib) posamezne pogodbene stranke, so tako pomembne, da jih je treba vključiti v poslovno podlago pogodbe, je treba upoštevati temeljna načela obligacijskega prava, zlasti načelo spoštovanja prevzetih obveznosti, ki kot vrednostni merili določa pravno varnost in varovanje dobrovernosti.⁶

V skladu s predvidljivostjo in zanesljivostjo, ki jo zahteva pravna varnost, v poslovno podlago pogodbe ne smemo vključiti vseh poslovnih nagibov (okoliščin), zaradi katerih je posamezna pogodbeni stranka sklenila pogodbo, temveč samo tiste, za katere druga pogodbeni stranka ve ali bi zanje lahko vedela (bi jih lahko ugotovila, če bi pri sklepanju pogodbe ravnala skrbno). Da poslovni namen (nagib) ene pogodbene stranke postane del poslovne podlage pogodbe samo, če tudi druga stranka ve zanj, izhaja tudi iz izrecnega pravila, določenega v prvem odstavku 40. člena OZ, po katerem nagibi, iz katerih je bila pogodba sklenjena, ne vplivajo na njeno veljavnost. Izjema od tega pravila je določena v drugem odstavku 40. člena OZ, po katerem je pogodba nična samo, če je nedovoljeni (nedopustni) nagib bistveno (pomembno) vplival na odločitev posamezne pogodbene stranke in je druga pogodbeni stranka za ta nedovoljeni nagib vedela ali bi zanj morala vedeti.

To pomeni, da poslovno podlago pogodbe oblikujejo (sestavljajo) samo ti poslovni nameni (nagibi) posamezne pogodbene stranke:

⁶ Obširneje o pomenu pravne varnosti in varovanja dobrovernosti kot vrednostnih meril, ki ju vsebuje načelo spoštovanja prevzetih obveznosti, glej Nina Plavšak, v N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur: *Obligacijsko pravo, splošni del*. GV Založba, Ljubljana 2009, razdelek 4.9.2.

- vsi poslovni nameni, ki so tipični za posamezno vrsto pogodbe (sestavljajo tipično poslovno podlago te pogodbe), zato velja domneva, da druga pogodbeni stranka zanje ve (glej naslednji razdelek), in
- tisti atipični poslovni nameni (nagibi), za katere druga pogodbeni stranka ve, ker ji jih je njen sopogodbenik razkril pri sklenitvi pogodbe.

5.6.2. Tipična poslovna podlaga pogodbe o razpolaganju s stvarno pravico

Tipično poslovno podlago posamezne vrste pravnega posla sestavljajo tisti interesi, zaradi uresničitve katerih stranke običajno (najpogosteje, večinoma) sklepajo pravne posle te vrste, in druge okoliščine, ki jih stranke pri sklepanju pravnih poslov te vrste navadno upoštevajo.

Pogodbe o razpolaganju s stvarno pravico imajo značilnost zavezovalnih pravnih poslov obligacijskega prava. Ker zavezovalni pravni posel povzroči nastanek obligacijskih pravic in obveznosti, je na najsplošnejši ravni razlog (poslovni namen), zaradi katerega stranke sklepajo pogodbe in druge zavezovalne pravne posle, prevzeti obligacijsko obveznost, torej se zavezati, da bodo opravile izpolnitveno ravnanje, ki je predmet tega posla. Zato je tipična poslovna podlaga zavezovalnih pravnih poslov na (prvi) najsplošnejši ravni (torej najpogostejši razlog, zaradi katerega stranke sklepajo pogodbe in druge zavezovalne posle) *prevzem zaveze opraviti izpolnitveno ravnanje, ki je predmet tega posla*.

Nadaljnji razlogi, zaradi katerih to zavezo prevzamejo, torej interesi, ki jih želijo uresniti s prevzemom te zaveze (obligacije), pa so lahko različni. Če želimo opredeliti tipično poslovno podlago na konkretnější (manj splošni, drugi) ravni, tako da bo njena opredelitev zajela podrobnejše značilnosti razlogov za sklenitev določene vrste zavezovalnih pravnih poslov, moramo zavezovalne pravne posle razvrstiti po tistih značilnostih, ki so pomembne za opredelitev poslovne podlage. Večina pogodb o razpolaganju s stvarno pravico ima značilnost dvostranskih zavezovalnih pravnih poslov, torej pravnih poslov, za nastanek katerih je potrebno soglasje volje obeh strank. Razlogi (interesi), zaradi katerih subjekti navadno (v večini primerov) sklepajo pogodbe, ki povzročijo nastanek dvostranskega poslovnega (obligacijskega) razmerja (na primer prodajne pogodbe), so večinoma povsem drugačni od razlogov, zaradi katerih sklepajo pogodbe, ki povzročijo nastanek enostranskega poslovnega (obligacijskega) razmerja (na primer darilne pogodbe).

- **Dvostransko poslovno razmerje (odplačna, dvostranska pogodba)** je isto poslovno (pogodbeno) razmerje, v katerem sta obe stranki hkrati dolžnika in upnika, torej v katerem je vsaka pogodbeni stranka zavezana opraviti

določeno izpolnitveno ravnanje in hkrati upravičena od druge pogodbene stranke zahtevati, da opravi (nasprotno) izpolnitveno ravnanje, ki se ga je ta s pogodbo zavezala opraviti. Interes, zaradi uresničitve katerega pravni subjekti (stranke) najpogosteje (navadno, običajno) vstopajo v dvostranska poslovna razmerja, je interes (potreba) po izpolnitvenem ravnanju, ki ga ponuja nasprotna stranka. Ta interes imenujemo izpolnitveni interes. Zato lahko sklenemo, da je tipična poslovna podlaga pogodb, ki povzročijo nastanek dvostranskega poslovnega razmerja, na (drugi) manj splošni ravni (torej najpogostejši razlog, zaradi katerega stranke vstopajo v dvostranska poslovna razmerja) **izpolnitveni interes** glede nasprotnega izpolnitvenega ravnanja, ki ima značilnosti *premoženjskega (ekonomskega) interesa*.

- **Enostransko poslovno razmerje (neodplačna pogodba)** je tisto, v katerem je ena stranka samo dolžnik (zavezanec opraviti izpolnitveno ravnanje), druga stranka pa samo upnik (upravičenec zahtevati od druge stranke, da opravi izpolnitveno ravnanje). Ker pri enostranskem poslovnem razmerju, ki nastane s sklenitvijo pogodbe, samo ena stranka prevzame obveznost, navadno (najpogosteje) razlog za prevzem te obveznosti ni izpolnitveni (premoženjski) interes, temveč **interes nakloniti drugi pogodbeni stranki (upniku) neko ugodnost** (na primer pri darilni pogodbi). Ta interes ni premoženjski, temveč nepremoženjski (na primer želja izraziti naklonjenost do drugega).

V tretjem odstavku 39. člena OZ je določena domneva, da ima vsaka pogodba (obveznost, ki nastane s sklenitvijo pogodbe) poslovno podlago, tudi če ta ni izražena. Besedilo »poslovna podlaga ni izražena« se nanaša na tiste okoliščine, ki so pomembne za sklenitev pogodbe (so razlog za njeno sklenitev) in ki jih stranke navadno (v večini primerov, najpogosteje) upoštevajo pri sklepanju pogodb določene vrste. O teh okoliščinah se stranke navadno ne dogovarjajo posebej (jih ne razkrivajo druga drugi), ker se zanje pri tej vrsti pogodb razumejo same po sebi. Te okoliščine oblikujejo (sestavljajo) tipično poslovno podlago pogodbe določene vrste. To pomeni, da po tretjem odstavku 39. člena OZ velja domneva, da ima vsaka pogodba določene vrste poslovno podlago, ki je tipična za pogodbe te vrste.

5.6.3. Kdaj je pogodba o dvakratni prodaji nična zaradi nedovoljene poslovne podlage

Po drugem odstavku 39. člena OZ je poslovna podlaga nedovoljena (nedopustna), če je v nasprotju z ustavo, s prisilnimi predpisi ali z moralnimi načeli. Če je poslovna podlaga pogodbe nedovoljena, je pogodba po četrtem odstavku 39. člena OZ nična. Pri (pravilni) uporabi teh pravnih pravil moramo izhajati

iz značilnosti (pomena) poslovne podlage, ki so razložene v prejšnjih razdelkih in so zaradi boljše preglednosti in razumljivosti povzete v tem razdelku.

Poslovna podlaga je razlog, zaradi katerega sta stranki sklenili pogodbo in obsega vse okoliščine, ki sestavljajo *skupni poslovni namen strank* za sklenitev pogodbe. Poslovna podlaga opredeljuje cilj (namen), ki ga želita stranki doseči (uresničiti) s sklenitvijo pogodbe (in izpolnitvijo obveznosti, ki so vsebina te pogodbe). To pomeni, da je poslovna podlaga nedovoljena, če želita stranki s sklenitvijo pogodbe uresničiti (doseči) nedovoljen cilj. Cilj (namen sklenitve pogodbe) je nedovoljen, če je prepovedan. Prepoved doseči neki cilj pa lahko izhaja iz kogentnega pravnega pravila, ki ga določa ustava ali drug predpis, ali iz moralnega načela (vrednostnega merila, ki ga uveljavlja tako načelo).

Položaje nedovoljene poslovne podlage je treba razlikovati od položajev, ko pogodba sploh nima poslovne podlage, torej ko stranki sploh nista imeli (resnega) namena skleniti pogodbe. Te (druge) položaje označujemo z izrazom *navidezna pogodba*. Za položaje pri navidezni pogodbi se uporablja posebno pravilo, določeno v 50. členu OZ, po katerem navidezna pogodba nima pravnih učinkov med strankama, ki s tem (kot posebno pravilo) izključuje uporabo četrtega odstavka 39. člena OZ za te položaje.

Izraz dvakratna prodaja (oziroma večkratno, vzporedno razpolaganje) se v praksi uporablja za položaje, pri katerih je (resnični) lastnik dvakrat ali večkrat razpolagal (oziroma, dosledneje, se zavezal razpolagati) z lastninsko pravico na isti nepremičnini tako, da je sklenil prodajno pogodbo (ali drug zavezovalni pravni posel) z več pridobitelji. Glede presoje (predpostavk) veljavnosti teh zavezovalnih pravnih poslov se je že pred uveljavitvijo SPZ oblikovala ustaljena sodna praksa na podlagi naslednjega pravnega mnenja občne seje Vrhovnega sodišča RS:⁷

»1. Ponovna prodaja nepremičnine, ki jo je lastnik že prodal in tudi dejansko izročil prvemu kupcu, pa je zato izgubil tako pravico do posesti kot pravico do uporabe nepremičnine in pravico do dejanskega razpolaganja z njo, je v nasprotju z moralo socialistične samoupravne družbe in zato prepovedana v smislu drugega odstavka 4. člena Zakona o temeljnih lastninskopravnih razmerjih (ZTLR, Uradni list SFRJ, št. 6/80).

2. Drugi kupec, ki ve, da prodajalec ponovno prodaja nepremičnino, glede katere mu je ostala le še možnost pravnega razpolaganja (medtem ko je vso drugo, v 3. členu ZTLR opredeljeno vsebino lastninske pravice na tej nepremičnini, že pridobil prvi kupec), s tem ve, da je tako prodajalčevo pravno razpolaganje s stvarjo zaradi kršitve etičnih načel socialistične samoupravne

⁷ Pravno mnenje, občna seja VS 29. in 30. junija 1987, Poročilo VS 1/87, str. 16. Pravno mnenje je bilo sprejeto na podlagi sodb VS II Ips 215/86 in II Ips 216/86 z dne 6. novembra 1986. Oštevilčenje odstavkov dodala N. P.

družbe prepovedano. Zaradi tega tudi drugi kupec ne more nasproti prve-
mu kupcu uspešno nastopiti z lastninsko tožbo iz prvega odstavka 37. člena
ZTLR, zakaj tudi proti njemu ima prvi kupec ugovor prodane in izročene
stvari, v enaki vsebini, kot ga je imel nasproti prodajalcu.

3. Prvi kupec ima v opisani situaciji zoper nedobrovernega drugega kupca
zahtevek, da mu izroči zemljiškoknjižno listino, ki mu bo omogočila vknjiž-
bo lastninske pravice – namreč listino, ki bo odpravila oviro za vknjižbo la-
stninske pravice prvega kupca na podlagi njegove kupne pogodbe, sklenjene
z zemljiškoknjižnim prednikom sedaj vknjiženega nedobrovernega drugega
kupca.«

Pri presoji pomena tega pravnega mnenja kot podlage za ustaljeno sodno pra-
kso moramo upoštevati, da je bilo sprejeto v letu 1987, torej pred uveljavitvijo
SPZ, ki je dosledno uredil kavzalnost zemljiškoknjižnega dovolila v tem po-
menu, da je njegova veljavnost odvisna od veljavnosti zavezovalnega pravnega
posla. Zato pravno mnenje ni (neposredno) usmerjeno v presojo veljavnosti
prodajne pogodbe kot zavezovalnega pravnega posla obligacijskega prava,
temveč se osredini neposredno na presojo učinkov zemljiškoknjižnega dovoli-
la kot razpolagalnega pravnega posla stvarnega prava.

Že OZ, ki se je začel uporabljati 1. januarja 2002, je med temeljna načela obli-
gacijskega prava uvrstil načelo prepovedi zlorabe pravic (7. člen OZ). S smisel-
no enako vsebino načelo prepovedi zlorabe pravic v 11. členu ureja SPZ, ki se
je začel uporabljati 1. januarja 2003. Vidik načela prepovedi zlorabe pravic je
zahteva, da je obligacijske oziroma stvarne pravice treba izvrševati v skladu s
temelnimi načeli obligacijskega oziroma stvarnega prava in z njihovim name-
nom (prvi odstavek 7. člena OZ oziroma prvi odstavek 11. člena SPZ). Pravica
je (pravno) sredstvo za dosego (pravno priznanega) interesa. Uresničevanje
pravice je v skladu z njenim namenom, če se pravica izvršuje zaradi uresniči-
tve (pravno) priznanega (dovoljenega) interesa. Skrajni položaj nedovoljenega
izvrševanja pravice je navidezno izvrševanje pravice. Za navidezno izvrševanje
pravice gre, če njen nosilec ravna z izključnim namenom, da drugemu škoduje
(tretji odstavek 7. člena OZ oziroma drugi odstavek 11. člena SPZ).

Pravno mnenje presoja položaj, pri katerem je odsvojitelj prvemu kupcu že iz-
ročil posest nepremičnine (1. točka pravnega mnenja). Pri tem položaju je po-
slovni nagib prodajalca (odsvojitelja) pri ponovni prodaji nedovoljen, ker ima
značilnost (pomeni) zlorabe lastninske pravice (izvrševanje lastninske pravice
v nasprotju z njenim namenom).⁸ Če drugi kupec ve, da je prodajalec na pod-

⁸ Drugi odstavek 4. člena ZTLR je določal: »Prepovedano je izvrševanje lastninske
pravice v nasprotju z namenom, zaradi katerega je z zakonom ustanovljena ali priznana, ali
v nasprotju z moralo socialistične samoupravne družbe.«

lagi prve prodajne pogodbe že izročil posest nepremičnine prvemu kupcu (2. točka pravnega mnenja), to pomeni, da je drugemu kupcu poznan nedovoljeni nagib prodajalca za sklenitev druge prodajne pogodbe. Zato postane ta nedovoljeni nagib kot skupni poslovni namen del poslovne podlage druge prodajne pogodbe. Taka poslovna podlaga je po drugem odstavku 39. člena OZ nedovoljena, saj nasprotuje vrednostnim merilom, ki jih uveljavlja načelo prepovedi zlorabe pravic (skupni poslovni namen je škodovati prvemu kupcu) in s tem temeljni moralni vrednoti – nikomur škodovati (*naeminem leadere*). To pomeni, da je po sedanji ureditvi zaradi nedovoljene poslovne podlage nična že (druga) prodajna pogodba (četrti odstavek 39. člena OZ). Zaradi kavzalnosti razpolagalnih pravnih poslov stvarnega prava je zaradi ničnosti prodajne pogodbe neveljavno (brez učinka) tudi zemljiškoknjižno dovolilo, izstavljeno v korist drugega kupca na podlagi te (nične) prodajne pogodbe.⁹

Pri opisanem položaju lahko po četrtem odstavku 243. člena ZZK-1, kot je bil dopolnjen z novelo ZZK-1C, prvi kupec uveljavi sodno varstvo proti prodajalcu in drugemu kupcu z izbrisno tožbo.¹⁰ Zato ni več opore za uporabo

⁹ Primerjaj tudi stališče Vrhovnega sodišča v *sodbi II Ips 567/2009*. V 8. točki obrazložitve je Vrhovno sodišče navedlo: »V obravnavani zadevi gre za dvakratno prodajo iste nepremičnine, pri čemer jo je prvi kupil tožnik, drugi pa toženec. V tovrstnih sporih se je v dosednji sodni praksi res izoblikovalo stališče, da je tako ravnanje glede na konkretne okoliščine primera lahko nemoralno, da je zato kasnejša pogodba nična in ima prvi kupec, ki mu je bila nepremičnina tudi dejansko izročena, tožbeni zahtevek za izstavitve zemljiškoknjižne listine proti drugemu kupcu, vendar le, če je bil ta nedobroveren. V določenih primerih je sodna praksa tudi odstopila od zahteve, da je treba hkrati uveljavljati še tožbeni zahtevek za ugotovitev ničnosti kasnejše pogodbe, ker se to lahko obravnava kot predhodno vprašanje. Vendar je tudi v teh primerih vztrajala pri temeljni zahtevi o nedobrovernosti kasnejšega kupca. Novi ZZK-1 (in tudi Stvarnopravni zakonik), ki je izrecno izvedel načelo ločevanja med razpolagalnim in zavezovalnim pravnim poslom ter v večjem obsegu uveljavil načelo zaupanja v zemljiško knjigo, tudi drugače ureja možnost izbrisne tožbe. Zato se zaostreno postavlja vprašanje, ali ima po sedanji ureditvi prvi kupec res še možnost tožbe, kot se je uveljavila v dosednji sodni praksi, ali pa le še izbrisno tožbo, pri kateri je glede na zahteve iz 243. člena ZZK-1 tožbeni zahtevek drugačen (več o dosednji sodni praksi, razlogih zanj in novih okoliščinah po sprejetju ZZK-1 v *sodbi II Ips 44/2007*). Kljub okoliščini, da je bila tožba za izdajo zemljiškoknjižne listine v tej pravdni zadevi vložena po uveljavitvi ZZK-1, se revizijsko sodišče s tem zadnjim vprašanjem ni dodatno ukvarjalo: tudi če bi bil odgovor na postavljeno vprašanje pritrdilen, tožnik s svojim zahtevkom le za izstavitve zemljiškoknjižne listine ne more uspeti, ker manjka ena od temeljnih zahtev, to je nedobrovernost toženca.«

¹⁰ Četrti odstavek 243. člena ZZK-1 določa: »(4) Če izbrisni upravičenec proti odsvojitelju in pridobitelju kot nujnima sospornikoma uveljavlja zahtevek za izbris izpodbijane vknjižbe iz 1. točke prvega odstavka tega člena na podlagi trditve, da je zemljiškoknjižno dovolilo, ki je bilo podlaga za izpodbijano vknjižbo, neveljavno po 1. točki drugega odstavka tega člena, ker sta odsvojitelj in pridobitelj sklenila zavezovalni pravni posel, na podlagi katerega je bilo izstavljeno to zemljiškoknjižno dovolilo, z nedovoljenim namenom onemogočiti izbrisnemu upravičencu uresničitev zahtevka

ustaljene sodne prakse na podlagi 3. točke pravnega mnenja.¹¹

6. RAZPOLAGALNI PRAVNI POSEL, PREDMET KATEREGA JE RAZPOLAGANJE S STVARNO PRAVICO

6.1. Pojem razpolagalnega pravnega posla

Vsem razpolagalnim pravnim poslom je skupno, da je njihov predmet (vsebi-na) razpolaganje z določeno pravico (obligacijsko, stvarno ali drugo premoženjsko pravico). Z razpolagalnim pravnim poslom imetnik pravice uresniči *razpolagalno upravičenje*, vključeno v tej pravici. Glede na način razpolaganja, ki je predmet razpolagalnega pravnega posla, lahko razpolagalni pravni posel povzroči prenos pravice, omejitev pravice z ustanovitvijo nove (izvedene) pravice, prenehanje pravice ali njeno preoblikovanje.

Pri opredelitvi razpolagalnega pravnega posla izhajamo iz splošne opredelitve pravnega posla kot izjave volje, ki jo je subjekt pravnega posla izjavil z namenom zase (za svoj pravni položaj) povzročiti določeno pravno posledico. Zato

za pridobitev lastninske pravice na nepremičnini na podlagi zavezovalnega pravnega posla, sklenjenega med izbrisnim upravičencem in odsvojiteljem (v nadaljnjem besedilu: kršeni zavezovalni pravni posel), lahko z izbrisno tožbo poleg zahtevka iz druge alineje 1. točke prvega odstavka tega člena uveljavlja zahtevek proti odsvojitelju za izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila ali za priznanje podpisa na zemljiškoknjižnem dovolilu zaradi izpolnitve odsvojiteljeve obveznosti iz kršenega zavezovalnega pravnega posla.«

¹¹ Tako stališče je sprejelo tudi Vrhovno sodišče: »Ob dejstvu, da je bilo varovanje položaja prvega kupca v primeru dvojne prodaje z zahtevkom za izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila skladno z uveljavljeno sodno prakso tako v času vložitve tožbe kot tudi ob zaključku glavne obravnave, bi bila potrditev stališča v izpodbijani sodbi, ki bi jo sicer narekovala spremenjena ureditev izbrisne tožbe, in sicer da mora prvi kupec vložiti izbrisno tožbo, z vidika načela zaupanja v pravo nesprejemljiva.« (VS, *sodba II Ips 898/2009*). V 6. točki obrazložitve je navedlo: »Vrhovno sodišče ugotavlja, da sta sodišči pravilno presodili, da je položaj tožnikov podoben položaju prvega kupca pri dvojni prodaji iste nepremičnine. Pravilno je tudi stališče, da se na podlagi ugotovljene ničnosti pogodbe lahko vzpostavi z izbrisno tožbo prejšnje zemljiškoknjižno stanje (prvi odstavek 87. člena Obligacijskega zakonika v zvezi z 243. členom Zakona o zemljiški knjigi; v nadaljevanju ZZZK-1). Vendar pa je treba upoštevati, da je sodna praksa v primerih večkratne prodaje dopuščala, da lahko prvi kupec svoj položaj v razmerju do drugega nedobrovernega kupca varuje z zahtevkom za izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila, ki ima v tem primeru stvarnopravno naravo. Šele z uveljavitvijo Zakona o spremembah in dopolnitvah ZZZK-1 (Uradni list RS, št. 25/2011; ZZZK-1C,) je postalo jasno, da lahko tudi prvi kupec (imetnik obligacijske pravice) pri dvojni prodaji svoj položaj varuje z izbrisno tožbo (prvi in četrti odstavek 243. člena ZZZK-1). Ob dejstvu, da je bila izbrana oblika sodnega varstva skladna z uveljavljeno sodno prakso tako v času vložitve tožbe kot tudi ob zaključku glavne obravnave, bi bila potrditev stališča v izpodbijani sodbi, ki bi jo sicer narekovala spremenjena ureditev izbrisne tožbe, z vidika načela zaupanja v pravo nesprejemljiva.«

lahko **razpolagalni pravni posel** opredelimo kot izjavo volje, ki jo je odsvojitelj (stranka razpolagalnega pravnega posla) izjavil z namenom povzročiti prenos, omejitev, prenehanje ali preoblikovanje pravice, ki je predmet razpolaganja s tem poslom.

Za osebo, ki z razpolagalnim pravnim poslom razpolaga s svojo pravico, običajno uporabljamo izraz **odsvojitelj**. Z razpolaganjem, ki je vsebina razpolagalnega pravnega posla, odsvojiteljeva pravica (pravica, ki je predmet razpolaganja):

- bodisi preneha, ker jo prenese na pridobitelja, se ji odpove ali jo preoblikuje v pravico druge vrste (drugačnih pravnih lastnosti),
- bodisi se omeji z ustanovitvijo nove, izvedene pravice.

Zato rečemo, da je odsvojitelj tisti subjekt razpolagalnega pravnega posla, proti kateremu (v čigar breme) učinkuje ta posel.

Odsvojitelj navadno razpolaga s svojo pravico v dobro (korist) druge osebe. Za osebo, v dobro (korist) katere učinkuje razpolagalni pravni posel, običajno uporabljamo izraz **pridobitelj**.

6.2. Zemljiškoknjižno dovolilo kot sestavina dvostranskega razpolagalnega pravnega posla, katerega predmet je razpolaganje s stvarno pravico glede nepremičnine

Zemljiškoknjižno dovolilo (*intabulacijska klavzula*) je izrecna nepogojna izjava tistega, čigar pravica se prenaša, spreminja, obremenjuje ali preneha, da dovoljuje vpis v zemljiško knjigo (23. člen SPZ).

Zemljiškoknjižno dovolilo vsebuje izjavo volje (sedanjega) imetnika stvarne pravice (*odsvojitelja*), izjavljeno z namenom:

- da se ta pravica prenese na drugo osebo (*pridobitelja*),
- da se ta pravica omeji z novo pravico, ustanovljeno v korist druge osebe, ali
- da ta pravica, ki omejuje lastninsko pravico druge osebe, preneha.

Izjava volje, ki jo subjekt (imetnik pravice) izjavi z namenom, da nastane, se spremeni oziroma preneha določeno civilno pravno razmerje (pravice in obveznosti, ki so vsebina tega razmerja), udeleženec katerega je ta subjekt, je opredelilna značilnost pravnega posla. To lahko zavede k sklepu, da je zemljiškoknjižno dovolilo enostranski (razpolagalni) pravni posel. Tak sklep bi bil napačen.

Pravni posel razpolaganja s stvarno pravico tako, da jo njen imetnik prenese na drugo osebo (pridobitelja), jo omeji z ustanovitvijo (izvedene) stvarne pravice (razen zemljiškega dolga) ali se ji v korist druge osebe (pridobitelja) odpove,

je *dvostranski pravni posel*, ki mora (da bi začel učinkovati) vsebovati soglasje volje odsvojitelja in pridobitelja.¹² To pomeni, da je razpolagalni pravni posel sestavljen iz dveh izjav volje.

1. *Izjava volje odsvojitelja* o razpolaganju s pravico. Za to izjavo volje SPZ (in ZZK-1) uporablja izraz *zemljiškoknjižno dovolilo*. Zaradi svojega pomena (pravnih posledic, ki jih povzroči za odsvojitelja) mora ta izjava ustrezati strogim formalnim zahtevam glede oblike in vsebine.
2. *Izjava volje pridobitelja*, da soglaša z razpolaganjem, torej da sprejema pravico, ki je predmet odsvojiteljevega razpolaganja (izjave odsvojitelja, ki jo vsebuje zemljiškoknjižno dovolilo). Za izjavo volje pridobitelja oblika ni predpisana. Zato za njeno učinkovanje zadošča, da je izjavljena z besedami ali z drugačnim aktivnim ravnanjem, ki v poslovnem prometu običajno pomeni sprejem (prevzem) izpolnitve (primerjaj prvi odstavek 18. člena v zvezi s 14. členom OZ). Običajno bo pridobitelj soglasje izrazil tako, da bo sprejel (prevzel) listino, ki vsebuje zemljiškoknjižno dovolilo (izjavo volje odsvojitelja o razpolaganju).

Zato razpolagalni pravni posel, predmet katerega je razpolaganje s stvarno pravico v korist druge osebe (pridobitelja), nastane (je sklenjen), ko pridobitelj sprejme (prevzame) listino, v kateri je odsvojitelj izjavil voljo z vsebino zemljiškoknjižnega dovolila.

6.3. Splošno o predpostavkah veljavnosti razpolagalnih pravnih poslov, predmet katerih je razpolaganje s stvarno pravico na nepremičnini

Za zemljiškoknjižno dovolilo kot izjavo volje odsvojitelja, ki je sestavina razpolagalnega pravnega posla o prenosu oziroma ustanovitvi stvarne pravice, in za druge razpolagalne pravne posle se po 14. členu OZ smiselno uporabljajo pravila OZ o **splošnih predpostavkah** veljavnosti pravnega posla, ki se nanašajo na vsebino izjave volje, razen glede predpostavk, ki so urejene s posebnimi pravili, ki jih določata SPZ in ZZK-1. To so:

1. Predpostavke glede strank razpolagalnega pravnega posla:
 - 1.1. **Pravna sposobnost** odsvojitelja in pridobitelja.
 - 1.2. **Jasna identifikacija odsvojitelja**. Odsvojitelj mora biti v zemljiškoknjižnem dovolilu (ali drugem razpolagalnem pravnem poslu) označen s

¹² Primerjaj Miha Juhart, v M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur: Stvarnopravni zakonik s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 139: »Večinsko stališče razume razpolagalni pravni posel kot dvostranski pravni posel, ki temelji na soglasju volje obeh strank, zemljiškoknjižnega prednika in pridobitelja stvarne pravice.«

podatki, s katerimi je (kot imetnik pravice, ki je predmet razpolaganja) vpisan v zemljiški knjigi (prvi odstavek 32. člena ZZK-1).

2. **Predpostavke, ki se nanašajo na poslovno voljo** odsvojitelja (osebe, ki izjavlja voljo o razpolaganju s pravico):
 - 2.1. **Poslovna sposobnost in sposobnost razsojanja.** Odsvojitelj mora biti sposoben oblikovati poslovno voljo. Imeti mora tiste psihofizične lastnosti, ki so potrebne za oblikovanje volje (odločanje), in sposobnost razumeti pomen (pravne posledice) izjave take volje.
 - 2.2. **Svobodno oblikovana in resna volja.** Volja za razpolaganje s stvarno pravico mora biti oblikovana svobodno. Temeljiti mora na svobodni odločitvi odsvojitelja. Izražena mora biti z resnim namenom, torej z namenom povzročiti prenos stvarne pravice, njeno omejitev, prenehanje oziroma preoblikovanje.
 - 2.3. **Poslovna podlaga.** Razpolagalni pravni posel mora imeti dovoljeno poslovno podlago (primerjaj prvi odstavek 39. člena v zvezi s 14. členom OZ). Ta predpostavka je podrobneje pojasnjena v razdelku 6.4.
3. **Predpostavke glede razpolaganja s pravico (predmeta razpolagalnega pravnega posla).** Predmet razpolagalnega pravnega posla je razpolaganje s pravico, podobno kot je predmet obligacijskega (zavezovalnega) pravnega posla izpolnitveno ravnanje. Zato morajo biti, da bi bil razpolagalni pravni posel veljaven, izpolnjene te predpostavke glede razpolaganja (smiselno 34. člen v zvezi s 14. členom OZ):
 - 3.1. **Določenost vsebine razpolaganja.** Iz pravila, določenega v 23. členu SPZ, da mora zemljiškoknjižno dovolilo vsebovati *izrecno izjavo*, izhaja zahteva, da mora biti vsebina volje odsvojitelja v zemljiškoknjižnem dovolilu jasno in nedvoumno izražena (zapisana). To ne pomeni, da bi moralo zemljiškoknjižno dovolilo vsebovati besedo »izrecno«. Pomeni le, da mora biti vsebina razpolaganja v zemljiškoknjižnem dovolilu opredeljena (zapisana) jasno tako, da je že na podlagi njegovega besedila mogoče (enopomensko, brez dvoma) določiti, kaj je vsebina razpolaganja. Zaradi pomena izjave volje odsvojitelja, ki jo vsebuje razpolagalni pravni posel, mora biti vsebina razpolaganja (predmet razpolagalnega pravnega posla) opredeljena jasno in nedvoumno. Drugače kot pri zavezovalnih pravnih poslih za veljavnost razpolagalnega pravega posla (in zemljiškoknjižnega dovolila kot sestavine razpolagalnega pravnega posla) ne zadošča, da bi bila vsebina razpolaganja le določljiva. Biti mora jasno in nedvoumno določena.
 - 3.2. **Razpolaganje mora biti mogoče in dovoljeno.** V zvezi s presojo, kdaj je razpolaganje mogoče in dovoljeno, je pomembna zlasti presoja, kakšen

pomen ima **razpolagalno upravičenje odsvojitelja** za veljavnost zemljiškoknjižnega dovolila. Presoja tega pomena je razložena v razdelku 6.5.

4. Za veljavnost zemljiškoknjižnega dovolila, kot sestavine razpolagalnega pravnega posla, ali drugega razpolagalnega pravnega posla, katerega predmet je razpolaganje s stvarno pravico glede nepremičnine, morata biti izpolnjeni tudi **posebni (dodatni) predpostavki**, ki ju določata SPZ in ZZK-1. To sta:
 - 4.2. **Nepogojnost izjave o razpolaganju.** Iz pravila, določenega v 23. členu SPZ, da mora zemljiškoknjižno dovolilo vsebovati *nepogojno izjavo*, izhaja zahteva, da učinkovanje zemljiškoknjižnega dovolila ne sme biti povezano z nobenim (odložnim ali razveznim) pogojem. To ne pomeni, da bi morale zemljiškoknjižno dovolilo vsebovati besedo »nepogojno«. Pomeni le, da v listini, ki vsebuje zapis izjave odsvojitelja o dovolitvi vpisa, učinkovanje te izjave ne sme biti povezano s pogojem.
 - 4.3. **Obličnost.** Za izjavo volje odsvojitelja o razpolaganju s pravico (zemljiškoknjižno dovolilo) je predpisana pisna oblika. Zahteva po pisni obliki v SPZ sicer ni izrecno določena, vendar izhaja iz zahteve, da mora biti podpis na zemljiškoknjižnem dovolilu overjen (drugi stavek 23. člena SPZ). To pomeni, da ima izjava volje odsvojitelja o razpolaganju s pravico učinke zemljiškoknjižnega dovolila (kot sestavine dvostranskega razpolagalnega pravnega posla) samo, če je izstavljena pisno in če je na listini, ki vsebuje zapis te izjave, odsvojiteljev podpis notarsko overjen.

6.4. Poslovna podlaga (causa) razpolagalnih pravnih poslov, predmet katerih je razpolaganje s stvarno pravico

6.4.1. Pojem in pomen poslovne podlage

Poslovno podlago sestavljajo vse okoliščine, ki so razlog, da je stranka izjavila voljo, ki je vsebina pravnega posla. Zato navadno rečemo, da je poslovna podlaga pravnega posla razlog (poslovni namen) za sklenitev dvostranskega pravnega posla oziroma za opravo enostranskega pravnega posla. Pri dvostranskih pravnih poslih tvorijo poslovno podlago samo tiste okoliščine, zaradi katerih je stranka sklenila tak pravni posel, ki so poznane tudi drugi stranki tega pravnega posla. Zato pri dvostranskih pravnih poslih rečemo, da je poslovna podlaga skupni poslovni namen strank.

Tipično poslovno podlago posamezne vrste pravnega posla sestavljajo tisti interesi, zaradi uresničitve katerih stranke običajno (najpogosteje, večinoma) sklepajo pravne posle te vrste, in druge okoliščine, ki jih stranke pri sklepanju pravnih poslov te vrste navadno upoštevajo.

Razpolagalni pravni posli, s katerimi odsvojitelj prenese svojo pravico ali jo omeji z ustanovitvijo izvedene pravice, se najpogosteje (običajno) sklepajo zaradi izpolnitve obveznosti, ki jo je odsvojitelj prevzel z razpolagalnim pravnim poslom. Zato rečemo, da je **izpolnitev obveznosti iz zavezovalnega pravnega posla tipična poslovna podlaga razpolagalnih pravnih poslov o prenosu pravice ali ustanovitvi izvedene (stvarne) pravice**.

Razlog (poslovna podlaga) razpolagalnih pravnih poslov so lahko tudi drugi interesi, zaradi uresničitve katerih odsvojitelj opravi razpolagalni pravni posel. To je značilno zlasti za razpolagalne pravne posle, s katerimi odsvojitelj preoblikuje svojo pravico. Zato izpolnitev obveznosti iz zavezovalnega pravnega posla ni edina (mogoča oziroma dovoljena) poslovna podlaga razpolagalnih pravnih poslov.

6.4.2. Kavzalnost razpolagalnih pravnih poslov, ki so opravljeni zaradi izpolnitve obveznosti odsvojitelja

Vsak pravni posel mora imeti (dovoljeno) poslovno podlago, da bi veljavno nastal (primerjaj 39. člen v zvezi s 14. členom OZ). Pri tem ni nujno, da bi bila poslovna podlaga izražena v tem pomenu, da bi bili v listini, ki vsebuje zapis pravnega posla, navedeni poslovni interesi in druge okoliščine, ki so razlog (poslovna podlaga) za sklenitev oziroma opravo pravnega posla. Po tretjem odstavku 39. člena OZ namreč velja domneva, da ima vsak pravni posel poslovno podlago, torej da ta obstaja, čeprav ni (izrecno) izražena.

Zato o abstraktnosti ali kavzalnosti pravnega posla govorimo samo v zvezi s tistimi pravnimi posli, poslovna podlaga katerih je nek drug pravni posel oziroma – dosledneje – izpolnitev obveznosti, ki izvira iz drugega pravnega posla. To je značilno samo za razpolagalne pravne posle, ki se opravijo zaradi izpolnitve obveznosti, ki je nastala z zavezovalnim pravnim poslom, in za nekatere enostranske zavezovalne pravne posle (izdaja dolžniških vrednostnih papirjev in izdaja bančne garancije). Navedene (in samo te) pravne posle razvrščamo na abstraktne in kavzalne pravne posle po merilu, ali veljavnost drugega pravnega posla, ki je njihova poslovna podlaga, vpliva tudi na njihovo veljavnost.

Abstraktni pravni posel je pravni posel, ki ima ti značilnosti:

1. njegova poslovna podlaga je drug pravni posel in
2. veljavnost ali neveljavnost drugega pravnega posla, ki je njegova poslovna podlaga, *ne vpliva* na njegovo veljavnost.

Kavzalni pravni posel je pravni posel, ki ima ti značilnosti:

1. njegova poslovna podlaga je drug pravni posel in

2. veljavnost ali neveljavnost drugega pravnega posla, ki je njegova poslovna podlaga, *vpliva* na njegovo veljavnost.

Za predpostavke veljavnosti pogodbe velja splošno pravilo, da morajo obstajati ob sklenitvi pogodbe in da poznejši dogodki ali ravnanja (pravna dejstva, ki nastanejo po sklenitvi pogodbe) ne vplivajo na veljavnost pogodbe. To splošno pravilo se uporablja tudi za poslovno podlago kot predpostavko za veljavnost razpolagalnih pravnih poslov. Izjeme veljajo samo za položaje, za katere zakon izrecno določa drugačno (posebno) pravilo. Iz tega splošnega pravila izhaja, da so abstraktni vsi pravni posli, razen tistih, za katere zakon izrecno določa, da je njihova veljavnost ali neveljavnost odvisna od veljavnosti ali neveljavnosti drugega pravnega posla, ki je njihova poslovna podlaga.

Taka izjema (in s tem njihova kavzalnost) je določena za nekatere razpolagalne pravne posle stvarnega prava (primerjaj 40. člen SPZ v zvezi z ureditvijo izbrišne tožbe v 243. in 244. členu ZZK-1), in sicer tiste, katerih poslovna podlaga je izpolnitev obveznosti iz zavezovalnega pravnega posla. Mednje spadajo zemljiškoknjižno dovolilo (kot sestavina dvostranskega razpolagalnega pravnega posla), s katerim je odsvojitelj prenesel svojo pravico ali jo omejil z ustanovitvijo izvedene (stvarne) pravice.

To pomeni, da je veljavna obveznost odsvojitelja razpolagati s stvarno pravico poslovna podlaga zemljiškoknjižnega dovolila in hkrati zaradi kavzalnosti zemljiškoknjižnega dovolila predpostavka za njegovo veljavnost. Zato neveljavnost zavezovalnega pravnega posla (pogodbe), s katerim je odsvojitelj v razmerju do pridobitelja prevzel obveznost nanj prenesti stvarno pravico ali ustanoviti izvedeno stvarno pravico, povzroči neveljavnost zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je odsvojitelj izstavil zaradi izpolnitve te obveznosti. Kdaj nastane ta pravna posledica (neveljavnost zemljiškoknjižnega dovolila) je odvisno od vrste neveljavnosti zavezovalnega pravnega posla:

- Če je **zavezovalni pravni posel ničen**, medsebojne pravice in obveznosti strank, ki so vsebina tega pravnega posla, ne nastanejo, saj ničen pravni posel ne povzroči nobenega pravnega učinka (primerjaj 87. člen OZ). Zato je zemljiškoknjižno dovolilo, izstavljeno za izpolnitev te (neobstoječe) obveznosti, neveljavno že ob njegovi izstavitvi.
- Zemljiškoknjižno dovolilo, izstavljeno zaradi izpolnitve obveznosti iz pogodbe, ki ima značilnost **navidezne pogodbe**, je prav tako neveljavno že ob njegovi izstavitvi, ker sklenitev navidezne pogodbe ne povzroči nastanka medsebojnih pravic in obveznosti (50. člen OZ).
- Položaj je drugačen, če je **zavezovalni pravni posel izpodbojen**. Drugače kot nična pogodba, ki nikoli ne povzroča pravnih učinkov, izpodbojna pogodba velja, dokler ni razveljavljena (dokler ni uspešno uresničena izpod-

bojna pravica), in povzroča učinke (medsebojne pravice in obveznosti) za pogodbeni stranki. Izpodbojno pravico je treba uveljaviti sodno z oblikovalnim tožbenim zahtevkom za razveljavitev pogodbe. Zato (še)le pravnomočna sodba, s katero sodišče razveljavi pogodbo (ugodi tožbenemu zahtevku za razveljavitev), povzroči, da prenehajo medsebojne pravice in obveznosti strank, ki so nastale s sklenitvijo te (izpodbite) pogodbe. To pomeni, da je zemljiškoknjižno dovolilo, izstavljeno zaradi izpolnitve obveznosti iz izpodbojne pogodbe, veljavno (če so izpolnjene tudi preostale predpostavke njegove veljavnosti). Če pa je pogodba (na podlagi uspešno uveljavljene izpodbojne pravice) razveljavljena, hkrati z razveljavitvijo pogodbe preneha veljati tudi zemljiškoknjižno dovolilo.

- Veljaven zavezovalni pravni posel lahko pozneje (po njegovi sklenitvi) neha veljati, če je **razvezan**. Razvezo zavezovalnega pravnega posla lahko povzroči sklenitev pogodbe, s katero se stranki sporazumeta o razvezi, ali uresničitev enostranskega oblikovalnega upravičenja odstopiti od pogodbe (odstopne pravice) pogodbene stranke. V takem primeru hkrati s tem, ko začne učinkovati razveza zavezovalnega pravnega posla, preneha veljati zemljiškoknjižno dovolilo.

6.5. Pomen razpolagalnega upravičenja odsvojitelja za veljavnost zemljiškoknjižnega dovolila

V literaturi najdemo stališče, da je (dodatna, posebna) predpostavka veljavnosti zemljiškoknjižnega dovolila (ali drugega razpolagalnega pravnega posla) tudi *razpolagalna sposobnost* odsvojitelja.¹³ To stališče ni pravilno. Izraz »sposobnost« označuje splošno lastnost osebe, ki ni odvisna od značilnosti predmeta posamezne vrste pravnega posla. Z zemljiškoknjižnim dovolilom odsvojitelj razpolaga s (stvarno) pravico na individualno določeni stvari. To pomeni, da je predmet tega posla razpolaganje s to, posamično stvarno pravico. Zato pri presoji, ali je razpolaganje s stvarno pravico mogoče in dovoljeno, presojava značilnosti (pravne lastnosti) te pravice. Značilnost pravice, ki je pomembna pri tej presoji, je, ali stvarna pravica, ki je predmet razpolaganja, vključuje

¹³ Primerjaj Tomaž Keresteš, v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur: Stvarnopravni zakonik s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 633: »Razpolagalni pravni posel je pravni posel, kar pomeni, da gre za izjavo poslovne volje. Poleg običajnih predpostavk za veljavnost pravnega posla zahteva SPZ tudi dodatno – razpolagalno sposobnost. Razpolagalna sposobnost je sposobnost razpolagati s pravico. [...] SPZ določa pogoj razpolagalne sposobnosti v 133. členu, pri čemer imenuje razpolagalno sposobnost »pravica razpolaganja« s predmetom zastave.«

razpolagalno upravičenje (upravičenje razpolagati s pravico na način, na katerega je z njo razpolagal odsvojitelj z zemljiškoknjižnim dovolilom).¹⁴

SPZ ne določa nobenih (posebnih) pravil o tem, kdaj je razpolaganje s stvarno pravico mogoče oziroma dovoljeno. Zato se za presojo teh predpostavk veljavnosti razpolagalnega pravnega posla smiselno uporabljajo pravila o mogočem in dovoljenem izpolnitvenem ravnanju (14. člen OZ).

Ko presojamo pomen razpolagalnega upravičenja za veljavnost zemljiškoknjižnega dovolila, moramo presojo opraviti v dveh korakih.

1. Najprej moramo presoditi, ali pravica vključuje razpolagalno upravičenje, ki imetniku daje pravno možnost razpolagati z njo, na način, na katerega je odsvojitelj razpolagal z njo z zemljiškoknjižnim dovolilom. Kadar pravica ne vključuje takega razpolagalnega upravičenja, razpolaganje s pravico na tak način ni mogoče. V takem primeru razpolaganje, ki je vsebina (in hkrati predmet) zemljiškoknjižnega dovolila, ni mogoče, zato je zemljiškoknjižno dovolilo nično (primerjaj 35. člen v zvezi s 14. členom OZ) oziroma, dosledneje, je ničen že zavezovalni pravni posel (pogodba), s katero se je odsvojitelj zavezal razpolagati s pravico na način, na katerega z njo (objektivno) ni mogoče razpolagati.
2. Če pravica (objektivno) vključuje tako razpolagalno upravičenje, moramo presoditi tudi, ali je razpolaganje dovoljeno, če odsvojitelj ob izstavitvi zemljiškoknjižnega dovolila ni imetnik stvarne pravice (lastnik), s katero je razpolagal. Predpostavke veljavnosti pravnih poslov vedno presojamo glede na pravna dejstva, ki obstajajo takrat, ko je pravni posel opravljen (ko stranka pravnega posla izjavi voljo z vsebino tega pravnega posla). SPZ ne vsebuje pravnega pravila, ki bi določalo, da je razpolagalni pravni posel (zemljiškoknjižno dovolilo) dovoljeno (veljavno) samo, če je odsvojitelj ob njegovi izstavitvi imetnik razpolagalnega upravičenja (lastnik). Zato moramo tudi za presojo te predpostavke smiselno uporabiti pravila OZ (14. člen OZ). Po 440. členu OZ pogodba o prodaji tuje stvari (stvari, katere lastnik ob sklenitvi pogodbe ni prodajalec) veže pogodbenika. To pomeni, da je pogodba veljavna (povzroči nastanek medsebojnih pravic in obveznosti strank), čeprav prodajalec (odsvojitelj) ni lastnik stvari – imetnik lastninske pravice na stvari, ki se jo je s pogodbo zavezal

¹⁴ Izraz »razpolagalna sposobnost« se v literaturi v resnici uporablja kot sinonim za razpolagalno upravičenje. Primerjaj Miha Juhart, v M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur: Stvarno pravo. GV Založba, Ljubljana 2007, str. 240: »Glede razpolagalne sposobnosti je treba poudariti, da ni lastnost pravnega subjekta tako kot pravna in poslovna sposobnost, ampak *upravičenje, ki je del same pravice* [poudarila N. P.]. Razpolagalna sposobnost se tako nanaša na vsako posamezno premoženjsko pravico.«

prenesti na kupca (pridobitelja). Smiselna uporaba tega pravila za zemljiškoknjižno dovolilo omogoča sklep, da pravno dejstvo, da je odsvojitelj imetnik razpolagalnega upravičenja ob izstavitvi zemljiškoknjižnega dovolila, ni predpostavka veljavnosti tega razpolagalnega pravnega posla. Zato je zemljiškoknjižno dovolilo veljavno, čeprav odsvojitelj ob njegovi izstavitvi ni imetnik stvarne pravice (in razpolagalnega upravičenja, ki ga vključuje ta pravica), s katero je z dovolilom razpolagal.

Razpolagalno upravičenje odsvojitelja (oziroma dosledneje vknjižena lastninska pravica, ki vsebuje razpolagalno upravičenje) je predpostavka za začetek učinkovanja zemljiškoknjižnega dovolila v tem pomenu, da (kot sestavina razpolagalnega pravnega posla) povzroči pridobitev stvarne pravice s polnimi učinki (v razmerju do vseh) z vpisom lastninske ali druge stvarne pravice v korist pridobitelja v zemljiško knjigo na njegovi podlagi.¹⁵

6.6. Učinek izročitve zemljiškoknjižnega dovolila o prenosu stvarne pravice ali ustanovitvi izvedene stvarne pravice pridobitelju (pridobitev pričakovane stvarne pravice)

6.6.1. Pridobitev (pričakovane) stvarne pravice v korist pridobitelja v relativnem razmerju do odsvojitelja

Razpolagalni pravni posel, katerega predmet je razpolaganje s stvarno pravico, je dvostranski pravni posel. Sestavljen je iz izjave volje odsvojitelja o razpolaganju s pravico in izjave volje pridobitelja, da soglaša s takim razpolaganjem. Odsvojitelj izjavi voljo o razpolaganju tako, da pridobitelju izroči zemljiškoknjižno dovolilo, na katerem je njegov podpis overjen. Za izjavo volje pridobitelja posebna obličnost ni predpisana. Zato pridobitelj lahko izjavi voljo o soglasju z razpolaganjem z besedami ali drugim (konkludentnim) ravnanjem, iz katerega izhaja, da z razpolaganjem soglaša. Navadno pridobitelj izrazi soglasje tako, da od odsvojitelja prevzame listino z vsebino zemljiškoknjižnega dovolila, na kateri je podpis odsvojitelja notarsko overjen.

¹⁵ Enako stališče o pomenu razpolagalnega upravičenja se uveljavlja tudi v novejši sodni praksi: »Razpolagalno upravičenje odsvojitelja je predpostavka za začetek učinkovanja zemljiškoknjižnega dovolila v tem pomenu, da kot sestavina razpolagalnega pravnega posla povzroči pridobitev stvarne pravice s polnimi učinki v razmerju do vseh z vpisom stvarne pravice v korist pridobitelja v zemljiško knjigo na njegovi podlagi. To pomeni, da sporazum, ki združuje oba posla, zgolj zato ne more biti nič. Pomeni lahko le, da razpolaganje ne bo učinkovito, torej, da razpolagalni pravni posel ne bo imel nobenih učinkov.« (VS, *sodba II Ips 103/2012*, 25. april 2013).

Izjava pridobitelja o soglasju z razpolaganjem povzroči sklenitev razpolagalnega pravnega posla. Sklenitev (nastanek) razpolagalnega pravnega posla pa povzroči začetek učinkovanja razpolagalnega pravnega posla v (relativnem) razmerju med pridobiteljem in odsvojiteljem. Učinek razpolagalnega pravnega posla je nastanek, prenos, omejitev ali prenehanje stvarne pravice. V (relativnem) razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem ta učinek nastane že s trenutkom, ko začne učinkovati razpolagalni pravni posel. To pomeni, da se v razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem odsvojiteljeva (lastninska ali izvedena stvarna) pravica, ki je predmet razpolaganja, prenese na pridobitelja, omeji z novo (izvedeno) pravico v korist pridobitelja ali preneha, že ko odsvojitelj pridobitelju izroči (overjeno) zemljiškoknjižno dovolilo in ga ta prevzame.

Če je odsvojitelj s svojo lastninsko pravico razpolagal tako, da jo je prenesel na pridobitelja, že z izročitvijo in prevzemom zemljiškoknjižnega dovolila **lastninska pravica v relativnem razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem preide v premoženjskopravno sfero pridobitelja v tem pomenu, da v tem (relativnem) razmerju velja, da je postal imetnik lastninske pravice pridobitelj in da njen imetnik ni (več) odsvojitelj**. Zato odsvojitelj v razmerju do pridobitelja ne more uveljavljati upravičenj, ki jih vsebuje lastninska pravica (ne more na primer zahtevati, da naj mu pridobitelj vrne posest nepremičnine). Prav tako lahko pridobitelj od tega trenutka dalje v razmerju do odsvojitelja uveljavlja upravičenja, ki jih vsebuje lastninska pravica. Tako lahko pridobitelj na primer zahtevke za izročitev posesti nepremičnine v razmerju do odsvojitelja uveljavlja kot vrnitveni (*petitori*) zahtevek po 92. členu SPZ, ki ne zastara, in ne samo kot obligacijski (izpolnitveni) zahtevek, za katerega se uporabljajo pravila o zastaranju.

Če je odsvojitelj na pridobitelja prenesel izvedeno pravico ali če je omejil svojo lastninsko pravico z ustanovitvijo (nove) izvedene pravice v korist pridobitelja, lahko pridobitelj upravičenja, ki jih vsebuje ta (prenesena oziroma nova) izvedena pravica, v razmerju do odsvojitelja uveljavlja že od izročitve in prevzema zemljiškoknjižnega dovolila.

Podobno velja, če je odsvojitelj s svojo izvedeno pravico razpolagal tako, da se ji je odpovedal ali jo utesnil. Prenehanje oziroma utesnitev izvedene pravice v razmerju do pridobitelja (vsakokratnega lastnika nepremičnine) učinkuje že od izročitve in prevzema zemljiškoknjižnega dovolila. Zato po izročitvi in prevzemu zemljiškoknjižnega dovolila odsvojitelj v razmerju do pridobitelja ne more več uveljavljati upravičenj, ki se jim je odpovedal z odpovedjo svoji izvedeni pravici oziroma z njeno utesnitvijo.

Pri tem nas ne sme motiti, da SPZ tega relativnega učinka razpolagalnega pravnega posla stvarnega prava izrecno ne ureja. Drugače kot OZ, ki celovito ureja

predpostavke veljavnosti zavezovalnih pravnih poslov in njihove učinke, SPZ razpolagalnih pravnih poslov, katerih predmet je razpolaganje z lastninsko ali drugo stvarno pravico glede nepremičnine, ne ureja celovito. Ureja samo (dodatne, posebne) predpostavke glede vsebine in oblike zemljiškoknjižnega dovolila. Glede preostalih predpostavk teh razpolagalnih pravnih poslov in njihovega relativnega učinka v razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem pa se po 14. členu OZ smiselno uporabljajo pravila o zavezovalnih pravnih poslih, ki jih ureja OZ. Dokler razpolagalni pravni posel (oziroma, dosledneje, prenos ali pridobitev stvarne pravice, ki je vsebina tega razpolagalnega pravnega posla) ni javno objavljen (z vložitvijo ustreznega zemljiškoknjižnega predloga), razpolagalni pravni posel (enako kot zavezovalni pravni posli) učinkuje (samo) v relativnem razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem (primerjaj smiselno prvi odstavek 125. člena v zvezi s 14. členom OZ).

Pravilnost sklepa, da izročitev notarsko overjenega zemljiškoknjižnega dovolila pridobitelju (sklenitev razpolagalnega pravnega posla) povzroči opisano posledico v relativnem razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem, potrjuje tudi pravilo, določeno v 3. točki tretjega odstavka 94. člena ZZK-1. Pravilo predpostavlja, da z izročitvijo notarsko overjenega zemljiškoknjižnega dovolila pridobitelju lastninska pravica na nepremičnini (v razmerju do odsvojitelja) preide na pridobitelja in ne spada v stečajno maso (med premoženje odsvojitelja, nad katerim je pozneje začel stečajni postopek). Zato je po tem pravilu tudi po začetku stečajnega postopka nad odsvojiteljem dovoljena vknjižba lastninske pravice v korist pridobitelja na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki je bilo notarsko overjeno pred začetkom stečajnega postopka.

Za stvarno pravico, katere prenos oziroma pridobitev učinkuje samo v relativnem razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem, uporabljamo izraz **pričakovana stvarna pravica**, za njenega imetnika pa pričakovani imetnik oziroma pri prenosu lastninske pravice **pričakovani lastnik**. Polna (resnična) lastninska pravica ima zaradi njene absolutnosti (učinka *erga omnes*) izključujoč učinek v tem pomenu, da dve osebi ne moreta biti hkrati imetnici lastninske pravice (do celote) na isti individualno določeni stvari (primerjaj 101. člen SPZ). Pričakovana lastninska pravica nima tega absolutnega učinka. Zato lahko hkrati obstaja več pričakovanih lastninskih pravic (v korist različnih pričakovanih lastnikov) na isti individualno določeni stvari.

6.6.2. Pomen razpolagalnega upravičenja za učinkovanje razpolagalnega pravnega posla v relativnem razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem

Za učinek, ki ga povzroči izročitev notarsko overjenega zemljiškoknjižnega dovolila v relativnem razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem, ni pomembno, ali je odsvojitelj ob tej izročitvi imetnik razpolagalnega upravičenja. Ta učinek namreč nastane samo v razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem. V tem razmerju od izročitve (in prevzema) notarsko overjenega zemljiškoknjižnega dovolila velja (v pomenu neizpodbojne domneve), da je nastal učinek razpolaganja z vsebino, ki je predmet zemljiškoknjižnega dovolila.

Če je odsvojitelj **dovolil vknjižbo lastninske pravice na določeni nepremičnini v korist pridobitelja**, v razmerju med pridobiteljem in odsvojiteljem velja, da je lastninska pravica na tej nepremičnini prešla na pridobitelja in da njen imetnik ni (več) odsvojitelj. Zato odsvojitelj v razmerju do pridobitelja ne more več uveljavljati upravičenja, ki jih vključuje lastninska pravica. Pridobitelj pa lahko v razmerju do odsvojitelja uveljavlja ta upravičenja. Smiselno enako velja za zemljiškoknjižno dovolilo, s katerim je odsvojitelj prenesel stavbno pravico.

Če je odsvojitelj **dovolil vknjižbo pridobitve nove izvedene pravice**, ki omejuje lastninsko pravico na nepremičnini, v razmerju med pridobiteljem in odsvojiteljem velja, da je pridobitelj pridobil izvedeno pravico. Zato lahko v razmerju do odsvojitelja uveljavlja upravičenja, ki jih ta pravica vsebuje.

Zaradi omejenosti tega učinka (samo) na razmerje med odsvojiteljem in pridobiteljem lahko odsvojitelj sklene več veljavnih razpolagalnih pravnih poslov (izstavi in izroči več veljavnih zemljiškoknjižnih dovolil) z enako vsebino v korist različnih pridobiteljev. Ker vsak od teh razpolagalnih pravnih poslov učinkuje (povzroči posledice) samo v razmerju med odsvojiteljem in posameznim pridobiteljem, se njihovi učinki medsebojno ne izključujejo. Pravni položaji, ki se medsebojno ne izključujejo, pa lahko obstajajo hkrati (vzporedno). To lahko prikažemo na primeru večkratnega razpolaganja z isto nepremičnino (zemljiškoknjižnega dovolila za vknjižbo prenosa lastninske pravice na nepremičnini).

Primer 1 – Prenos lastninske pravice na nepremičnini

Pipsi Navihani sklene dve prodajni pogodbi o prodaji iste nepremičnine (do celote). Prvo prodajno pogodbo sklene z Miho Plezalcem, drugo pa z Nemanjo Gostobesednim. Na podlagi obeh pogodb izstavi ter Mihi in Nemanji izroči notarsko overjeni dovolili za vknjižbo lastninske pravice na nepremičnini do celote (vsakemu od njiju tisto, s katerim je dovolil vknjižbo lastninske pravice v njegovo korist).

V relativnem razmerju med Pipsijem kot odsvojiteljem in Miho kot pridobiteljem velja, da Pipsi ni (več) lastnik nepremičnine in da je lastninsko pravico pridobil Miha. Podobno tudi v relativnem razmerju med Pipsijem in Nemanjo velja, da Pipsi ni (več) lastnik nepremičnine in da je lastninsko pravico pridobil Nemanja. Zaradi omejenosti na relativno razmerje med odsvojiteljem (Pipsijem) in posameznim pridobiteljem (Miho oziroma Nemanjo) se učinka obeh razpolagalnih pravnih poslov ne izključujeta, saj lastninske pravice na nepremičnini (oziroma upravičenj, ki jih vključuje) ne more uveljavljati niti Miha proti Nemanji niti Nemanja proti Mihi. V razmerju med Pipsijem in Miho ima namreč Nemanja položaj tretje osebe, zato proti njemu (ali proti katerikoli drugi osebi, razen proti Pipsiju) Miha ne more uveljavljati lastninske pravice. Enako ima Nemanja položaj tretje osebe v razmerju med Pipsijem in Miho.

To pomeni, da odsvojitelj s tem, ko izstavi zemljiškoknjižno dovolilo in ga izroči pridobitelju (torej s sklenitvijo razpolagalnega pravnega posla), ne izgubi razpolagalnega upravičenja (tudi če ga takrat že ima) v tem pomenu, da pozneje ne bi več mogel (ne bi bil sposoben) pravno učinkovito ponovno opraviti razpolagalnega pravnega posla z enako vsebino v korist drugega pridobitelja.

Pravilnost tega sklepa potrjuje (izrecna) ureditev (učinkov) razpolagalnega pravnega posla obligacijskega prava (cesije) v OZ. V 420. členu OZ je večkratni odstop (cesija) terjatve urejen tako:

»če je upnik odstopil isto terjatev raznim osebam, pripada terjatev tistemu prevzemniku, o katerem je odstopnik najprej obvestil dolžnika ali ki se je pri dolžniku prvi oglasil«.

Navedeno pravilo tako predpostavlja, da so vsi odstopi terjatve (razpolagalni pravni posli o prenosu terjatve) veljavni, saj bi sicer določilo, da terjatev pridobi tisti med več prevzemniki (pridobitelji), ki mu je upnik prvemu odstopil terjatev. Tudi terjatev kot (prenosljiva) obligacijska pravica poleg materialno-pravnega upravičenja zahtevati od dolžnika, da opravi ustrezno izpolnitveno ravnanje (izpolnitvenega zahtevka), vsebuje razpolagalno upravičenje, ki daje upniku (imetniku terjatve) pravno možnost razpolagati s terjatvijo (tako, da jo prenese na drugo osebo kot novega upnika). Terjatev kot relativna pravica ne učinkuje proti katerikoli (tretji) osebi, temveč samo proti dolžniku, ki je druga stranka obligacijskega razmerja, iz katerega izvira. Zato začne njen prenos (odstop, cesija) učinkovati, ko je o njem obveščen dolžnik (edina oseba, proti kateri učinkuje terjatev, ki je predmet razpolaganja). Ta učinek nastane seveda samo, če je odsvojitelj (odstopnik) ob času, ko dolžnik prejme obvestilo o odstopu, imetnik te terjatve. To pomeni, da je za presojo učinka odstopnikove izjave o prenosu (za presojo, ali povzroči prenos terjatve na prevzemnika) pomembno, ali je odstopnik imetnik te terjatve (in s tem razpolagalnega upravičenja, ki ga vključuje) v času, ko dolžnik prejme obvestilo o odstopu (cesiji).

Primer 2 – Cesija terjatve

Fifi Pogoltni je imetnik terjatve do družbe Kotel d.o.o. (dolžnika) za plačilo 1.000.000 evrov. Fifi o prodaji te terjatve (do celotnega zneska) sklene dve prodajni pogodbi, ki vsebujeta tudi izjavo o prenosu (cesiji) terjatve. Prvo sklene 12. 8. 2012 z družbo Izterjava d.o.o., drugo pa 16. 8. 2012 z družbo Črni angeli d.d.

Družba Črni angeli d.d. (prevzemnik) 17. 8. 2012 obvesti družbo Kotel d.o.o. (dolžnika). Na ta dan (ob času, ko družba Kotel d.o.o. prejme obvestilo prevzemnika o prenosu terjatve) je imetnik terjatve Fifi Pogoltni. Zato njegova izjava o odstopu terjatev s tem, ko je dolžnik obveščen o tem odstopu, povzroči učinek: terjatev preide na družbo Črni angeli d.d. (kot novega upnika).

Družba Izterjava d.o.o. 19. 8. 2012 družbi Kotel d.o.o. (dolžniku) pošlje obvestilo o prenosu terjatve (izjavo Fifija Pogoltnega, da prenaša terjatev nanjo). Na ta dan je imetnik terjatve že družba Črni angeli d.d. Zato obvestilo o prenosu terjatve ne povzroči nobene posledice (nima pravnega učinka).

Položaja večkratnega prenosa lastninske pravice na nepremičnini (vzporednega razpolaganja) SPZ ne ureja. To pa ne pomeni, da za ta položaj velja pravilo, ki je drugačno od pravila o večkratnem odstopu terjatve, urejenega v 420. členu OZ. Pomeni le, da SPZ ne ureja predpostavk veljavnosti razpolagalnih pravnih poslov stvarnega prava, razen predpostavke glede obličnosti zemljiškoknjižnega dovolila.

Lastninska pravica se kot stvarna pravica od terjatve (obligacijske pravice) razlikuje po tem, da ne učinkuje le proti določeni osebi, temveč učinkuje proti vsem. Ta absolutni učinek lastninske pravice na nepremičnini v polnem obsegu nastane z vpisom (vknjižbo) lastninske pravice v korist določene osebe v zemljiško knjigo. Vpis (vknjižba) lastninske pravice na nepremičnini v zemljiško knjigo ima enak učinek (pomen) kot obvestitev dolžnika o odstopu (cesiji) terjatve. Z vpisom lastninske pravice na nepremičnini v zemljiško knjigo se javno objavi, da je lastninsko pravico pridobila oseba, v korist katere je bila vknjižena. Zaradi publicitetnega učinka tega vpisa velja, da je s tem o njem obveščen vsakdo (primerjaj 6. člen ZZK-1) s trenutkom začetka zemljiškoknjižnega postopka, katerega predmet je tak vpis. To pomeni, da so obveščene vse osebe (tretji), proti katerim tak vpis učinkuje. Zato začne prenos lastninske pravice učinkovati (tudi proti tretjim, in ne le v relativnem razmerju med odsojiteljem in pridobiteljem) s trenutkom, od katerega učinkuje vknjižba lastninske pravice v korist pridobitelja v zemljiški knjigi.

Primer 3 – Prenos lastninske pravice na nepremičnini (nadaljevanje)

Pri prodaji iste nepremičnine Mihi Plezalcu in Nemanji Gostobesednemu nobeden od njiju s tem, ko mu je Pipsi Navihani izročil notarsko overjeno zemljiško-knjižno dovolilo, še ni pridobil lastninske pravice v polnem obsegu z učinkom proti tretjim. Pri tem ni pomembno, s katerim od kupcev je Pipsi prej sklenil

prodajno pogodbo ali kateremu od njiju je prej izročil notarsko overjeno zemljiškoknjižno dovolilo za vknjižbo lastninske pravice. Lastninsko pravico pridobi tisti od njiju, ki na podlagi tega zemljiškoknjižnega dovolila prej vloži predlog za vknjižbo lastninske pravice v svojo korist.

Če Miha Plezalec vloži predlog za vknjižbo lastninske pravice 17. 8. 2012 (in do takrat Nemanja Gostobesedni še ni vložil zemljiškoknjižnega predloga), je po stanju zemljiške knjige ob tem času kot lastnik vknjižen Pipsi Navihani. Zato zemljiškoknjižno sodišče na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je Pipsi (vknjiženi lastnik) izstavil v korist Mihe, dovoli vknjižbo (prenosa) lastninske pravice na nepremičnini v korist Mihe (primerjaj prvo alinejo prvega odstavka 150. člena in drugo alinejo 1. točke prvega odstavka 149. člena ZZK-1). Nemanji s pozneje vloženim predlogom za vknjižbo lastninske pravice ne bo uspelo pridobiti lastninske pravice, saj zemljiškoknjižno dovolilo, ki ga je v korist Nemanje izstavil Pipsi, ne učinkuje proti Mihi (zemljiškoknjižnemu lastniku nepremičnine po stanju ob času vložitve Nemanjinega predloga).

Najpomembnejši razlog, ki potrjuje pravilnost sklepa, da ima izročitev zemljiškoknjižnega dovolila učinek prenosa lastninske pravice samo v relativnem razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem, je ta, da je vpis (vknjižba) lastninske pravice v korist predlagatelja (poleg veljavnega zavezovalnega in razpolagalnega pravnega posla) predpostavka poslovne pridobitve lastninske pravice na nepremičnini (49. člen v zvezi s 40. členom SPZ). Zato pri poslovni pridobitvi postane pridobitelj resnični lastnik šele s trenutkom, od katerega učinkuje vknjižba lastninske pravice v njegovo korist (dovoljena na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je v njegovo korist izstavil vknjiženi lastnik). Razlaga, po kateri naj bi pridobitelj že z izročitvijo zemljiškoknjižnega dovolila pridobil (polno) lastninsko pravico in bi s tem odsvojitelj izgubil razpolagalno upravičenje, ki ga vključuje lastninska pravica, je v neposrednem nasprotju s pravnim pravilom, določenim v 49. členu SPZ, zato je materialnopravno zmotna. To pomeni, da lastninska pravica odsvojitelja (vknjiženega lastnika) preneha šele, ko pridobitelj na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je odsvojitelj izstavil v njegovo korist, predlaga (in doseže) vknjižbo lastninske pravice v svojo korist.

Na podlagi razloženega lahko sklenemo, da razpolagalno upravičenje odsvojitelja ni:

- niti predpostavka veljavnosti razpolagalnega pravnega posla, katerega del je zemljiškoknjižno dovolilo,
- niti predpostavka za nastanek relativnega učinka prenosa lastninske pravice v razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem.

Zato odsvojitelj izgubi razpolagalno upravičenje (ki ga vključuje lastninska pravica) šele, ko začne učinkovati vknjižba lastninske pravice v korist pridobitelja.

bitelja, saj šele takrat lastninska pravica na nepremičnini (vključno z razpolagalnim upravičenjem) z učinkom proti tretjim preide na pridobitelja. Pomen (oblikovalni učinek) vpisa (vknjižbe) lastninske pravice ali druge (izvedene) stvarne pravice je obširneje obravnavan v 7. razdelku.

6.6.3. Pomen (relativnega) učinka razpolagalnega pravnega posla v primeru stečaja ali izvršbe proti odsvojiteljevim upnikom

Ker pričakovana lastninska pravica učinkuje proti odsvojitelju, jo lahko pridobitelj (pričakovani lastnik) uveljavlja tudi proti odsvojiteljevim upnikom. Relativni učinek razpolagalnega pravnega posla v razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem (pridobitev pričakovane lastninske pravice v korist pridobitelja) je pomemben zlasti takrat, ko je treba razmejiti premoženje, ki (pravno) pripada dolžniku, od premoženja, ki pripada drugim osebam, po stanju ob točno določenem času. Tak položaj nastane v stečajnem ali izvršilnem postopku.

Če je razpolagalni pravni posel začel učinkovati pred začetkom **stečajnega postopka** nad odsvojiteljem, nepremičnina ne spada v stečajno maso odsvojitelja, saj je (v relativnem razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem) lastninska pravica že prešla na pridobitelja (primerjaj 3. točko tretjega odstavka 94. člena ZZK-1).

Primer 4 – Izločitev v stečajnem postopku

Družba Zavarovanje d.o.o. je kot prodajalec na podlagi prodajne pogodbe v korist kupovalke Goge izstavila zemljiškoknjižno dovolilo za vknjižbo lastninske pravice na nepremičnini parc. št. 100 k. o. Bežigrad. Notarsko overjeno zemljiškoknjižno dovolilo je kupovalki Gogi izročila 18. 1. 2012. Nad družbo Zavarovanje d.o.o. je 22. 1. 2012 začet stečajni postopek. Ker je v razmerju med družbo Zavarovanje d.o.o. in Gogo lastninska pravica na nepremičnini parcela št. 100 k.o. Bežigrad prešla na Gogo že 18. 1. 2012, torej pred začetkom stečajnega postopka (22. 1. 2012), nepremičnina ne spada v stečajno maso družbe Zavarovanje d.o.o.

Smiselno enako velja tudi, če je razpolagalni pravni posel začel učinkovati pred začetkom učinkovanja hipoteke, pridobljene v **izvršilnem postopku**. V izvršilnem postopku tretji, z ugovorom tretjega (in če upnik ugovoru nasprotuje s tožbo za nedovoljenost izvršbe na to nepremičnino), uveljavlja zahtevek, da nepremičnina ne spada med premoženje dolžnika (primerjaj prvi odstavek 64. člena in tretji odstavek 65. člena ZIZ), z enako vsebino, kot ga v stečajnem postopku uveljavlja s prijavo izločitvene pravice. Zato je tudi v izvršilnem postopku pri presoji, ali določena nepremičnina spada med premoženje dolžnika, pomembno, ali je do takrat, ko začne učinkovati hipoteka, pridobljena na podlagi sklepa, s katerim je izvršilno sodišče dovolilo izvršbo na določeno nepremičnino, lastninska pravica na tej nepremičnini v razmerju med dolžnikom in tretjim (pridobiteljem) že prešla na pridobitelja. Če je do takrat lastninska

pravica v razmerju do dolžnika že prešla na pridobitelja, lahko pridobitelj v zvezi z izvršilnim postopkom uspešno uveljavi zahtevek za nedovoljenost izvršbe na to nepremičnino zaradi prisilne izterjave odsvojiteljeve obveznosti. Pri tem moramo biti pozorni, da upnika, ki je izvirno pridobil hipoteko na podlagi oblikovalne sodne odločbe (sklepa o dovolitvi izvršbe na nepremičnino), ne varuje načelo zaupanja v zemljiško knjigo (in načelo varovanja dobrovernega pridobitelja), saj se to načelo uporablja samo glede poslovnih pridobitev stvarnih pravic.¹⁶

Primer 5 – Izločitev v izvršilnem postopku

Franci Zadolženec je kot prodajalec na podlagi prodajne pogodbe v korist kupca Mihe Civilista izstavil zemljiškoknjižno dovolilo za vknjižbo lastninske pravice na nepremičnini parc. št. 200 k. o. Ajdovščina. Notarsko overjeno zemljiškoknjižno dovolilo je kupcu izročil 18. 1. 2012. Upnik Največja banka d.d. je predlagal izvršbo za izterjavo svoje terjatve (ki pred začetkom izvršbe ni bila zavarovana s hipoteko).

Izvršilno sodišče je dovolilo izvršbo za izterjavo te terjatve na nepremičnino parc. št. 200 k. o. Ajdovščina. Zemljiškoknjižno sodišče je obvestilo o začetku izvršbe (skupaj s sklepom o dovolitvi izvršbe) prejelo 22. 1. 2012. Zato je začela

¹⁶ Enako stališče je sprejelo Ustavno sodišče v odločbi Up-591/10-15 z dne 2. decembra 2010. V 9. točki obrazložitve je navedlo: »Lastninska pravica kot absolutna pravica z erga omnes učinkom sicer začne učinkovati v polnem obsegu (torej s takšnim učinkom) šele z vpisom v zemljiški knjigi oziroma s trenutkom, ko zemljiškoknjižno sodišče prejme predlog za vknjižbo lastninske pravice v korist pridobitelja. Vendar je pri tem treba upoštevati tudi namen takšne zakonske ureditve. Namen vknjižbe lastninske pravice na nepremičnini v zemljiški knjigi je v zagotavljanju njene publicitete. Prvi odstavek 11. člena SPZ zato vzpostavlja domnevo, da je lastnik nepremičnine tisti, ki je vpisan v zemljiški knjigi. Načelo zaupanja v zemljiško knjigo, ki pomeni izvedbo načela publicitete, zahteva, da tisti, ki v pravnem prometu pošteno ravna in se zanese na podatke o pravicah, ki so vpisani v zemljiški knjigi, zaradi tega ne sme trpeti škodljivih posledic. S pogojevanjem pravnoposlovne pridobitve lastninske pravice na nepremičnini z vpisom v zemljiško knjigo se torej zasleduje varstvo zaupanja v pravni promet in s tem varstvo tretjih dobrovernih oseb. V tej zadevi nasprotna stranka ni takšna oseba, zato je ne varuje načelo zaščite dobrovernega pridobitelja, katerega izraz je glede nepremičnin načelo zaupanja v zemljiško knjigo. V tej zadevi gre namreč za spor med prenositeljem in pridobiteljem lastninske pravice na sporni nepremičnini. V razmerju med njima pa začne prenos lastninske pravice (in upravičenj, ki jih ta vključuje) učinkovati že s tem, ko prenositelj izstavi (in izroči) pridobitelju zemljiškoknjižno dovolilo z vsebino, določeno v 23. členu SPZ, na katerem je prenositeljev podpis notarsko overjen (41. člen ZZK-1). Prav za tak položaj gre glede na razloge izpodbijanih sklepov v obravnavanem primeru. Upnica pritožniku zemljiškoknjižnega dovolila z notarsko overjenim podpisom sicer ni izročila, vendar to njeno izjavo volje nadomešča po ugotovitvah sodišč pravnomočna sodba, ki ji nalaga dolžnost izstavitve takšnega zemljiškoknjižnega dovolila. Glede na takšno presojo sodišč glede obstoja veljavnega zavezovalnega in razpolagalnega pravnega posla v konkretnem primeru pa se je pritožnik v izvršilnem postopku utemeljeno skliceval na svojo lastninsko pravico v pričakovanju. Pridobitev njegove lastninske pravice v polnem obsegu je namreč v razmerju do prenositeljice odvisna izključno od njegovega ravnanja – to je vložitev predloga za vpis lastninske pravice v zemljiško knjigo.«

hipoteka, vknjižena na podlagi tega obvestila, učinkovati 22. 1. 2012, torej v času, ko nepremičnina ni več spadala med premoženje dolžnika Francija Zadolženca. Zato lahko Miha Civilist z ugovorom tretjega oziroma s tožbo za nedovoljenost izvršbe uspešno uveljavi zahtevek, da nepremičnina ne spada med premoženje dolžnika (in da zato izvršba na to nepremičnino ni dovoljena).

7. VPIS PRIDOBITVE STVARNE PRAVICE V ZEMLJIŠKO KNJIGO

7.1. Pomen vpisa v zemljiško knjigo

Poslovna pridobitev stvarne pravice začne v razmerju do tretjih učinkovati z vpisom v zemljiško knjigo oziroma dosledneje s trenutkom, ko začne učinkovati vpis (vknjižba) pridobitve te pravice v zemljiško knjigo. Stvarna pravica začne učinkovati (jo pridobitelj pridobi) v polnem obsegu šele, ko začne učinkovati v razmerju do vseh (*erga omnes*), in ne samo v razmerju med pridobiteljem in odsvojiteljem. Ker ta (absolutni) učinek nastane šele z vpisom v zemljiško knjigo oziroma dosledneje z vložitvijo predloga za vknjižbo pridobitve pravice (primerjaj 5. člen ZZK-1), navadno rečemo, da ima vpis (vknjižba) poslovne pridobitve stvarne pravice oblikovalni učinek. Ker je pri poslovni pridobitvi vpis v zemljiško knjigo predpostavka za začetek učinkovanja stvarne pravice v razmerju do tretjih, za tako pridobitev uporabljamo tudi izraz *knjižna pridobitev stvarne pravice*.

Izvirna pridobitev stvarne pravice začne v razmerju do tretjih učinkovati že, ko se izpolnijo vse predpostavke (pravna dejstva) za tako pridobitev. Zato navadno rečemo, da vpis izvirne pridobitve stvarne pravice v zemljiško knjigo nima oblikovalnih učinkov, temveč le publicitetne učinke. Ker vpis v zemljiško knjigo ni predpostavka za začetek učinkovanja izvirne pridobitve stvarne pravice v razmerju do tretjih, za ta položaj uporabljamo tudi izraz *zunajknjižna pridobitev stvarne pravice*. Zaradi posebnih pravil o varstvu poštenega (dobrovernega) pridobitelja, s katerimi se operacionalizira načelo zaupanja v zemljiško knjigo, pa v resnici tudi zunajknjižna pridobitev stvarne pravice začne v polnem obsegu učinkovati šele z vpisom v zemljiško knjigo v tem pomenu, da šele z vknjižbo zunajknjižno pridobljene lastninske pravice njen imetnik (resnični lastnik) pridobi polno varstvo svoje lastninske pravice.

7.2. Vknjiženi, resnični in pričakovani lastnik

Pri presoji pomena vpisa (vknjižbe) v zemljiško knjigo ter pravil SPZ in ZZK-1, ki operacionalizirajo načelo zaupanja v zemljiško knjigo, moramo dosledno

razlikovati tri položaje glede lastninske pravice. To so položaj vknjiženega lastnika, resničnega lastnika in pričakovanega lastnika.

Vknjiženi lastnik je oseba, ki je v zemljiški knjigi vpisana kot imetnica (vknjižene) lastninske pravice. Vknjižena lastninska pravica je podstat domneve, določene v prvem odstavku 11. člena SPZ, da je vknjiženi lastnik (oseba, ki je v zemljiški knjigi vpisana kot imetnica vknjižene lastninske pravice) resnični lastnik (resnični imetnik te pravice).

Resnični lastnik je oseba, ki je pridobila lastninsko pravico (v polnem obsegu, z učinki v razmerju proti vsakomur) v tem pomenu, da obstajajo vse predpostavke za pridobitev lastninske pravice (glede na pravni temelj pridobitve) in njen obstoj v njeno korist. Resnična lastninska ali druga stvarna pravica je lastninska ali druga stvarna pravica z vsebino (upravičenji), kot jo ureja SPZ in s polnim absolutnim učinkom proti vsakomur (5. člen SPZ).

Pričakovani lastnik je oseba, ki ima (omejeno) lastninsko pravico, ki učinkuje v razmerju do vknjiženega lastnika (odsvojitelja – osebe, ki je v korist domnevnega lastnika izstavila ZK dovolilo), ker ima veljaven pravni naslov (veljavno zemljiškoknjižno dovolilo) za pridobitev (vknjižbo) lastninske pravice v njegovo korist. Nujna predpostavka, da oseba pridobi položaj (in pravno varstvo) pričakovanega lastnika, je, da je bilo v njeno korist izstavljeno veljavno zemljiškoknjižno dovolilo (na podlagi veljavnega zavezovalnega pravnega posla). Ta oseba s prevzemom zemljiškoknjižnega dovolila pridobi pričakovano lastninsko pravico.

7.3. Vknjiženo (domnevano) razpolagalno upravičenje odsvojitelja kot predpostavka začetka učinkovanja poslovne pridobitve stvarne pravice v razmerju do tretjih

Da bi pridobitelj dosegel učinkovanje stvarne pravice, ki jo je z razpolagalnim pravnim poslom (zemljiškoknjižnim dovolilom) ustanovitelj prenesel nanj oziroma v njegovo korist dovolil njeno ustanovitev, tudi v razmerju do tretjih (in ne le v razmerju do odsvojitelja), mora zagotoviti, da se te (tretje) osebe na zanesljiv način seznani s pridobitvijo stvarne pravice v njegovo korist. Javni seznaitvi (objavi) stvarnih pravic (in njihovih imetnikov) glede nepremičnin je namenjena zemljiška knjiga. Zaradi pravne fikcije, določene v 5. členu ZZK-1, velja, da je vpis v zemljiško knjigo začel učinkovati že s trenutkom začetka zemljiškoknjižnega postopka, katerega predmet je ta vpis (odločanje o tem vpisu). Zemljiškoknjižni postopek se začne s trenutkom, ko zemljiškoknjižno sodišče prejme predlog za ustrezen vpis oziroma obvestilo (listino), na podlagi katerega o vpisu odloča po uradni dolžnosti (prvi odstavek 133. člena ZZK-1).

Začetek zemljiškoknjižnega postopka se javno objavi z vpisom plombe (134. člen ZZK-1).

Zato mora pridobitelj, da bi dosegel učinkovanje stvarne pravice v svojo korist tudi v razmerju do tretjih (in jo tako pridobil v polnem obsegu), opraviti še eno pravno dejanje (poleg prevzema zemljiškoknjižnega dovolila od odsvojitelja): vložiti mora predlog za vknjižbo stvarne pravice v svojo korist. Za to pravno dejanje (vložitev predloga) ne potrebuje (več) sodelovanja odsvojitelja.

Po splošnem pravilu, ki je izvedeno iz načela, po katerem nihče ne more na drugega prenesti več pravic, kot jih ima sam, lahko poslovna pridobitev stvarne pravice začne učinkovati v razmerju do tretjih samo, če je odsvojitelj po stanju vpisov v zemljiški knjigi ob času, ko bi začel učinkovati vpis, ki se predlaga na podlagi njegovega zemljiškoknjižnega dovolila (primerjaj 147. člen ZZK-1), upravičen razpolagati s pravico, ki je predmet razpolaganja, na način, na katerega je razpolagal. To pomeni, da zahteva, da je odsvojitelj imetnik razpolagalnega upravičenja, ni predpostavka veljavnosti zemljiškoknjižnega dovolila, temveč je predpostavka za dovolitev ustreznega vpisa v zemljiško knjigo na podlagi tega zemljiškoknjižnega dovolila in s tem za začetek učinkovanja pridobitve stvarne pravice v razmerju do tretjih. Zato tega učinka zemljiškoknjižnega dovolila (povzročitve pridobitve stvarne pravice v razmerju do tretjih) ne presojamo v času njegove izstavitve, temveč ga presojamo šele v času, ko pridobitev stvarne pravice začne učinkovati v razmerju do vseh.

Pri odločanju o dovolitvi vpisa je presoja, ali je odsvojitelj upravičen razpolagati s stvarno pravico, na način, na katerega je razpolagal z zemljiškoknjižnim dovolilom, na podlagi katerega se predlaga vpis, omejena na presojo stvarno-pravnih razmerij, kot izhajajo iz stanja zemljiške knjige.

Lastninska pravica na nepremičnini vključuje (tudi) upravičenje razpolagati z nepremičnino. Po prvem odstavku 11. člena SPZ se domneva, da je lastnik nepremičnine tisti, ki je v zemljiški knjigi vpisan kot lastnik. Kot lastnik nepremičnine je v zemljiški knjigi vpisan tisti, v čigar korist je vknjižena lastninska pravica na tej nepremičnini. Zato zemljiškoknjižno sodišče na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila dovoli vknjižbo lastninske pravice v korist pridobitelja, če je odsvojitelj (oseba, ki je izstavila zemljiškoknjižno dovolilo) po stanju vpisov v zemljiški knjigi v času, od katerega učinkuje ta vpis, vknjižen kot lastnik nepremičnine (prvi odstavek 150. člena ZZK-1). Povedano velja tudi pri večkratnih zaporednih prenosih (zaporednem razpolaganju v ožjem pomenu), za katere se uporablja drugi odstavek 150. člena ZZK-1.

Na podlagi razloženega lahko sklenemo, da začne zemljiškoknjižno dovolilo v polnem obsegu (tudi v razmerju do tretjih, in ne le v razmerju do odsvojitelja) učinkovati šele s trenutkom vložitve zemljiškoknjižnega predloga za ustrezen

vpis na njegovi podlagi. To pomeni, da za učinke zemljiškoknjižnega dovolila ni pomembno, ali je bil odsvojitelj imetnik razpolagalnega upravičenja v času izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila, temveč je pomembno, ali je **odsvojitelj vknjižen kot lastnik nepremičnine in s tem (domnevni) imetnik razpolagalnega upravičenja** v času vložitve zemljiškoknjižnega predloga za vpis v zemljiško knjigo oziroma v času, od katerega učinkuje vknjižba, ki se predlaga s predlogom, če se ta predlaga v vrstnem redu zgodnejšega vpisa.

Primer 6 – Izstavev in začetek učinkovanja zemljiškoknjižnega dovolila

Matej je zemljiškoknjižni lastnik nepremičnine parc. št. 212 k. o. Maribor – v njegovo korist je vknjižena lastninska pravica na tej nepremičnini. Matej (kot prodajalec) s Katjo (kot kupovalko) sklene pogodbo o prodaji te nepremičnine. S pogodbo se Matej zaveže Katji izročiti notarsko overjeno zemljiškoknjižno dovolilo za vknjižbo lastninske pravice v njeno korist v dveh delovnih dneh po prejemu celotne kupnine.

Katja zaradi zagotovitve virov za plačilo kupnine najame kredit pri Največji banki d.d. Za zavarovanje obveznosti vračila kredita Katja z Največjo banko d.d. (kot hipotekarnim upnikom) 12. 6. 2011 v obliki notarskega zapisa sklene pogodbo (sporazum) o ustanovitvi hipoteke, ki vsebuje tudi zemljiškoknjižno dovolilo za vpis hipoteke v korist hipotekarnega upnika. Ob sklenitvi te pogodbe (in izstavitvi zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga vsebuje ta pogodba) Katja še ni lastnica nepremičnine. Kljub temu je zemljiškoknjižno dovolilo veljavno. Za presojo, ali bo povzročilo učinek, ki je predmet razpolaganja (pridobitev hipoteke v korist hipotekarnega upnika), je pomembno, ali je Katja ob času, od katerega bi učinkoval vpis pridobitve (vknjižbe) hipoteke, že vknjižena kot lastnica nepremičnine.

Matej 15. 6. 2011 izroči Katji notarsko overjeno zemljiškoknjižno dovolilo za vknjižbo lastninske pravice. Katja še istega dne na podlagi tega dovolila vloži zemljiškoknjižni predlog za vknjižbo lastninske pravice v svojo korist. Če Največja banka d.d. vloži predlog za vknjižbo hipoteke po času vložitve Katjinega predloga za vknjižbo lastninske pravice, je ob času, od katerega bi učinkovala pridobitev hipoteke (po času vložitve predloga za vknjižbo hipoteke), Katja že vknjižena kot lastnica nepremičnine. Zato je vpis hipoteke dovoljen (primerjaj prvi alinejo prvega odstavka 150. člena ZZK-1). To pomeni, da je Katjino zemljiškoknjižno dovolilo začelo učinkovati (v polnem obsegu, v razmerju do tretjih) v trenutku vložitve zemljiškoknjižnega predloga za vknjižbo hipoteke na njegovi podlagi. Učinkovati je začelo zato, ker je bila Katja po stanju zemljiške knjige v tem trenutku (že) vknjižena kot lastnica nepremičnine.

MILITARY AID AS COMPLICITY IN INTERNATIONAL CRIMES: INDIVIDUAL OR STATE RESPONSIBILITY?

Tina Drolec Sladojević,

LLB, LLM (University of Amsterdam, Amsterdam Law School, The Netherlands), attorney at law at Ulčar & partners, PhD candidate at the Faculty of Law of the University of Ljubljana

1. INTRODUCTION

This article examines the question of whether political decisions of states to provide military aid to another state or to a non-state actor in situations involving commission of international crimes¹ should be qualified as acts of state and should, accordingly, be addressed within the framework of international law of state responsibility, or whether they should be regarded as acts invoking individual criminal responsibility within the realm of international criminal law. The analysis is methodically limited to the provision of military aid by one state to another or to a non-state actor, operating in an armed conflict situation.²

Within this framework, the goal is to expose the apparent tension between the existing rules on the provision of military aid deriving from international criminal law, on the one hand, and the law of state responsibility, on the other. In contemporary international law practice, the focus seems to be on the individual criminal responsibility of (an) individual military or political leader(s),

¹ The notion of *international crime* is used here as abbreviation and umbrella term for serious violation of international law committed both by individual and/or state. It therefore encompasses crimes under international law committed by individuals and international crimes *stricto sensu* contained in ex- Article 19 of Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (hereinafter: DASR).

² The scope of this article therefore does not include other aspects of the topic at issue, such as the regulation of international trade in conventional arms, international cooperation and legitimate trade in materiel, equipment and technology for peaceful purposes, and illicit arms trade.

whilst the responsibility of a state remains unclear. The article addresses this tension particularly in light of the recent developments in international criminal law. Namely, different international tribunals have rendered conflicting decisions on individual criminal responsibility of a political and/or military leader for the provision of military aid to another state or its armed forces.

In addition, the article explores the proposition that provision of military aid could be said to necessarily entail the implementation of a state policy, and should therefore be considered as an act of state rather than (or in addition to) an act of an individual. Current international law is called up to solve special unlawful situations where identical conduct invokes parallel legal consequences both in the province of state and individual responsibility.³ If certain acts (that essentially boil down to implementation of state policy) invoke criminal responsibility when committed by an individual, the same acts should also invoke responsibility when committed by the state. To conclude otherwise would enable states to shield themselves behind the individual. Thus, it is argued that the whole of the international law norms concerning the prohibition of international crimes should operate at inter-state as well as individual level so that no legal loopholes are left, resulting in state and individual responsibility being complementary instruments aimed at suppressing international crimes.

The relationship between state responsibility and individual criminal responsibility for acts or omissions that constitute internationally wrongful acts as well as crimes under international criminal law forms one of the most fascinating, yet underdeveloped, aspects of international law. While questions of both state responsibility and individual criminal responsibility have generated considerable debate in literature, the articulation of the relationship between state and individual responsibility in the realm of international crimes remains for the most part unclear. Some scholars argue that one of the main characteristics of the relationship between state and individual criminal responsibility is a dual attribution, as there are certain acts, which are attributable to both, states and individuals, and invoke a dual responsibility under international law.⁴ The

³ Ondrej Svacek: State and Individual Responsibility for International Crimes – Case of Genocide, p. 4, <www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22658/OndrejxSvacek.pdf?sequence=1> (24. 11. 2010).

⁴ Shabtai Rosenne: State Responsibility and International Crimes: Further Reflections on Article 19 of the Draft Articles on State Responsibility, in: *NYU Journal of International Law and Politics*, 30 (1997-1998), pp. 145-166; Maurice Kamto: Responsabilité de l'Etat et responsabilité de l'individu pour crime de génocide. Quels mécanismes de mise en oeuvre?, in: K. Boustany and D. Dormoy (eds.): *Genocide(s)*. Bruylant, Bruxelles 1999, pp. 487-511; Vladimir-Djuro Degan: Responsibility of States and Individuals for International Crimes, in: Yee, S. and Tieya, W. (eds.): *International Law in the Post-Cold War World: Essay in Memory of Li Haopei*. Routledge 2001, pp. 202-223; David D. Caron: *State Cri-*

second characteristic of the examined relationship is complementarity, which entails that individual and state responsibility for serious breaches of the most fundamental norms of international law are viewed as complementary regimes and the emphasis is generally on the fact that individual criminal responsibility cannot exhaust state responsibility for the same serious wrongful acts.⁵

In sum, it is generally accepted that international crimes give rise to dual responsibility, of the state as well as of the concerned individual.⁶ In other words, “[i]ndividual responsibility has certainly coupled state responsibility but is far from replacing it.”⁷ Thus, it is maintained that state and individual responsibility often coexist and complement each other, by being subject to different rules and pursuing different goals. Indeed, despite their different operations, the two regimes should act in a complementary way and enhance effectiveness of international criminal justice.⁸

In respect of certain crimes, the circle of potential perpetrators is inevitably limited to leaders or organizers, as these crimes are always committed by, or on orders from, individuals occupying the highest decision-making positions in the political or military apparatus of the state. As regard such crimes, state responsibility should not be considered as precluding individual responsibility of the leaders or organizers for the same crimes. Crimes such as genocide, war crimes, and crimes against humanity can thus be considered as amounting to either “crimes of state”⁹ or individual crimes or both, depending on the circumstances of the unlawful act.

mes: Looking at Municipal Experience with Organizational Crime, in: Maurizio Ragazzi (ed.): *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2005, pp. 23-30; Hector G. Espiell: *International Responsibility of the State and Individual Criminal Responsibility in the International Protection of Human Rights*, in: Maurizio Ragazzi (ed.): *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2005, pp. 151-160.

⁵ *Ibid.*

⁶ Christian Dominicé: *La question de la double responsabilité de l'Etat et de son agent*, in: E. Yakpo and T. Boumedra (eds.), *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, Kluwer Law International, The Hague 1999, p. 147.

⁷ Andrea Bianchi: *State Responsibility and Criminal Liability of Individuals*, in: *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford University Press, Oxford 2009, p. 17.

⁸ Beatrice Bonafe: *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2009.

⁹ The notion of “crime of state” is introduced to indicate the category of crimes for which state involvement is a constitutive element of their definition, in the sense that they cannot be established factually without the implication of the state. In those cases, state involvement is a necessary precondition of the establishment of individual criminal liability. The use of the term is not intended to make any reference to the now obsolete concept of state international crimes reflected in Draft Art. 19 of the ILC Articles on State Respon-

The review of jurisprudence of international criminal courts and tribunals leads to a conclusion that before the case of the *Prosecutor v. Momčilo Perišić* (hereinafter: the *Perišić case*), adjudicated before the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (hereinafter: ICTY), no international court had dealt with criminal responsibility of an individual charged with aiding and abetting international crime(s) by way of provision of military aid to another state or its armed forces. Thus, the *Perišić case* represents a precedent on the issue of individual criminal responsibility for aiding and abetting by way of provision of military aid to another state or a non-state actor operating in the territory of another state. The other notable case of aiding and abetting by way of provision of military aid is the *Charles Taylor case*, examined by the Special Court for Sierra Leone (hereinafter: SCSL). The analysis of individual complicity cases is methodically limited to these two cases, being the most significant in the history of international criminal law. Not only have they raised novel legal issues, concerned mass atrocities and involved high-profile defendants; these two cases also stand out as instances where international courts have either impliedly, or at times overtly, considered how international relations could be affected by a precedent involving a top state official convicted for providing military assistance to a foreign military force responsible for war crimes and crimes against humanity. Yet, the courts reached vastly different conclusions.¹⁰

Concerning the question of state responsibility, the International Court of Justice (hereinafter: ICJ or the Court) has been little instructive on the issue of states providing military and other type of aid to another state.¹¹ It is interesting to note that the *Case concerning the Application of the Convention of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (hereinafter: the *Genocide case*)¹² represents an almost parallel case in the realm of state responsibility.

sibility (that was partly substituted by the notion of "aggravated" state responsibility), nor to the concept of criminal responsibility of the state, which has as of today no basis in international law.

¹⁰ Mugambi Jouet: Judging Leaders who Facilitate Crimes by a Foreign Army: International Courts Differ on a Novel Legal Issue, in: Vanderbilt Journal of Transnational Law, 47 (2014), p. 1092-3.

¹¹ The cases where the Court was asked to adjudicate on the issues of state responsibility concerning provision of military aid from one state to another or to a non-state actor acting in the territory of another state involve the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (hereinafter: *Nicaragua case*), the *Case concerning the Application of the Convention of the prevention and punishment of the crime of Genocide* (hereinafter: *Genocide case*) and the *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo* (hereinafter: *Armed activities case*).

¹² ICJ, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 11 July 1996, ICJ Reports 1996, p. 595 *et seq.*

This represents a distinctive opportunity for comparison of treatment of complicity between the two distinct responsibility regimes. Contemporary armed conflict of the war in Bosnia and Herzegovina (hereinafter: BiH) between 1992 and 1995 has been selected as a unique example allowing to explore both, the role of a third state (i.e., the Federal Republic of Yugoslavia) and its military leader (i.e., the Head of the Army of Yugoslavia) as potential accomplices in crimes committed in BiH.

The scope of this article is limited to analysis of a particular form of participation in international crimes by way of provision of military aid, namely aiding and abetting. This mode of liability is of particular relevance to those furnishing military aid to commit core international crimes or contributing in other ways to such commission. Part One of the article examines elements of aiding and abetting in international criminal law and considers their application on a selected case of provision of military aid. Part Two explores elements of state complicity and their application on a selected case in the realm of state responsibility. Concluding remarks provide for a comparison between the two regimes of responsibility.

2. DEFINITION OF MILITARY AID AS COMPLICITY IN INTERNATIONAL CRIMES

Determination of an appropriate mode of participation for prosecuting the provision of military aid to direct perpetrators of international crimes is a challenging task. The statutes of the *ad hoc* tribunals provide that those persons who “planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime” are liable to prosecution.¹³ In contrast, the Rome Statute of the International Criminal Court (hereinafter: Rome Statute) provides a more detailed treatment of the various forms of individual criminal responsibility in Articles 25 and 28.¹⁴

¹³ Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, UN Doc. S/RES/827, 25 May 1993 (hereinafter: ICTY Statute), Art. 7(1); Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States between January 1, 1994 and December 31 1994, UN Doc. S/RES/955, 8 November 1994 (hereinafter: ICTR Statute), Art. 6(1). See also Statute of the Special Court for Sierra Leone, 16 January 2002, 2178 UNTS 138 (entered into force 12 April 2002), UN Doc. S/2002/246 (hereinafter: SCSL Statute), Appendix II, Art. 6(1).

¹⁴ Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998 (entered into force 1 July 2002), UN Doc A/CONF.183/9. See also Sabina Zgaga: Posredno storilstvo in so-

Aiding and abetting as a form of liability is of particular relevance to persons who supply the means to commit core international crimes, or who contribute in other ways to such commission. Complicity is a particular way of contributing to a wrongdoing – a way of participating in a wrong committed by another actor. In accounting for complicity in law, there are principled reasons for holding accomplices responsible for their own contribution to the principal's wrong, rather than for the wrong itself.¹⁵ In criminal law, the central means of achieving this end is through a differentiated model of participation in wrongdoing, distinguishing principals from other participants in the wrong.¹⁶ Distinguishing principal perpetrators and accomplices carries an implied suggestion that the latter are less blameworthy than the former. The denomination of a mode of participation as a form of accessory liability suggests that a person's act had a substantial effect on the commission of a crime by someone else, while in the case of commission as a principal, the crime is ascribed to one's own conduct.

While criminal law might treat the facilitator more leniently than the physical perpetrator, the former's role should not be neglected in the context of core international crimes. Aiding and abetting is aimed at those who knowingly provide assistance, which has a substantial effect on the commission of crimes. The relevant knowledge requirement is a lower *mens rea* standard – Article 30 of the Rome Statute lays down “intent and knowledge” as the general standard – although with respect to superior responsibility, for example, military commanders can be criminally responsible for subordinate's crime of which they “should have known”.¹⁷ This form of liability (i.e. superior responsibility), however, is “predicated upon the power of the superior to control or influence

storilstvo mednarodnih hudodelstev, in: Zbornik znanstvenih razprav, 70 (2010), p. 333 (Noting that international judicial practice sometimes prefers one form of participation in wrongdoing while at times favours others. Once the court decides for one model of participation, the tendency is to continue preferring the selective form. Doing so, it relaxes the elements for selected form of participation in order to justify its selection even though the facts of the case might prefer the use of another form of participation. In any event, none of the existing forms of participation is flawless. It is worth mentioning that the ICC distanced itself from the use of JCE and instead favours traditional forms of participation in a criminal offence.)

¹⁵ Miles Jackson: *Complicity in International Law*. Oxford University Press, Oxford 2015, p. 20.

¹⁶ Albin Eser: *Individual Criminal Responsibility*, in Cassese A., Gaeta P., and Jones J (eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary – Vol I* (2002), 782.

¹⁷ Rome Statute, Art. 28(a)(i).

the acts of subordinates”,¹⁸ whereas for aiding and abetting, it is not necessary to show that an accused “had any power to control those who committed offences”.¹⁹ The emphasis is instead on the significant influence that the assistance has on the commission of crimes.

Similarly, joint criminal enterprise (hereinafter: JCE) as a form of liability is predicated upon showing that the accused shared the principal’s intent, whereas for aiding and abetting the requisite mental element is knowledge that the acts performed assist the commission of a specific crime by the principal.²⁰ The Trial Chamber of the ICTY in *Kvočka* held that as soon as an accomplice shared the intent of the perpetrator, he would become a perpetrator himself.²¹

While it remains difficult to draw a clear distinction between joint liability and complicit liability, the need for complicity liability alongside joint liability is obvious. Considering the law of state responsibility, many acts falling short of rendering a state a co-principal involve it in activity that substantially contributes to the wrongful act of another state, such that an international legal prohibition is needed. While the International Law Commission (hereinafter: ILC) in its Articles on State Responsibility (hereinafter: ARSIWA)²² prohibits states from *inter alia*, assisting in the maintenance of a situation involving serious breaches of peremptory norms, the rules do not require the assisting state to share the principal’s intent, and this, as well as the fact that the responsibility it entails is clearly apart from that of the principal, sets it apart from co-perpetration.²³

In order for an individual to be held responsible for aiding and abetting an international crime by way of provision of military aid, it must be proven that they provided practical assistance, encouragement, or moral support to the principal perpetrator of the crime, which had a substantial effect on the per-

¹⁸ ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A-T, Trial Chamber, Judgment, 7 June 2001, para. 37.

¹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Simić*, Case No. IT-95-9-A, Appeals Chamber, Judgment, 28 November 2006, para. 103.

²⁰ *Tadić* Appeals Judgment, para. 228.

²¹ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Chamber, Judgment, 2 November 2001, paras. 273, 284, 285.

²² International Law Commission: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, annexed to United Nations General Assembly Resolution 56/83 (12 December 2001), UN Doc A/Res/56/83.

²³ International Law Commission Commentary on the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Commentary on Article 41, para. 11, ILC Report A/56/10 (2001), Yearbook of ILC, Volume II, Part Two, p. 65 (hereinafter: ILC Report on State Responsibility); Georg Nolte and Helmut P. Aust: Equivocal helpers – Complicit States, Mixed Messages and International Law, in *International and Comparative Law Quarterly*, 58 (2009) 1, p. 16.

petration of the crime.²⁴ Assistance may be logistical (e.g. delivery of weaponry or military equipment, provision of fuel, payment for military supplies, unauthorized donations), technical or personnel assistance (e.g. provision of personnel, training of personnel, payment of salaries, deployment of troops). Similarly, the provision of military aid by a State in breach of its obligation under customary international law has been defined by the ICJ in terms of “recruiting, training, arming, equipping, financing, supplying and otherwise encouraging, supporting, aiding, and directing military and paramilitary actions in another state”.²⁵

3. PART ONE - INDIVIDUAL COMPLICITY

States provide military and technical assistance to each other with varying strategic objectives in a number of regions around the world. The examined case study attempts to provide an answer as to whether such assistance renders the leaders of the assisting states individually criminally responsible for aiding and abetting the crimes committed during such wars, simply because they provided the aid. The author argues that for the determination of individual criminal responsibility it must be shown that one has committed or aided and abetted the commission of specific crimes during the war, an act which is distinct, and apart, from the mere provision of military assistance. By holding military leaders criminally liable for aiding and abetting crimes of a foreign army, new boundaries are being drawn in the international criminal law.

²⁴ ICTY, *Prosecutor v. Mrkšić and Šljivančanin*, Appeals Chamber, Judgement, 5 May 2009, para. 81 (hereinafter: Mrkšić and Šljivančanin Appeals Judgment); ICTR, *Prosecutor v. Karera*, Appeals Chamber, Judgment, 2 February 2009, para. 321; ICTY, *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, Appeals Chamber, Judgment, 9 May 2007, (hereinafter: Blagojević and Jokić Appeals Judgment), paras. 127, 188, quoting ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, 10 December 1998, para. 249 (hereinafter: Furundžija Trial Judgment); ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Appeals Chamber, Judgment, 29 July 2004, para. 45 (hereinafter: Blaškić Appeals Judgment); ICTY, *Prosecutor v. Simić*, Appeals Chamber, Judgment, 28 November 2006, para. 85 (hereinafter: Simić Appeals Judgment); ICTY, *Prosecutor v. Orić*, Appeals Chamber, Judgment, 3 July 2008, para. 43 (hereinafter: Orić Appeals Judgment). For a thorough analysis of the *actus reus* of aiding and abetting, see Furundžija Trial Judgment, paras. 192-235.

²⁵ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, para. 228.

3.1. Elements of Aiding and Abetting in International Criminal Law

3.1.1. The *actus reus* Elements (The Objective Elements)

The first ICTY Appeals judgment setting out the parameters of aiding and abetting was the *Tadić* Appeal Judgment, rendered in 1999, which described the *actus reus* of criminal liability for aiding and abetting as follows:

“The aider and abettor carried out acts specifically directed to assist, encourage or lend moral support to the perpetration of a certain specific crime (murder, extermination, rape, torture, wanton destruction of civilian property, etc.), and this support has a substantial effect upon the perpetration of the crime.”²⁶

Accordingly, at the *ad hoc* tribunals, the conduct element of aiding and abetting liability consists of acts or omissions directed at providing practical assistance, encouragement or moral support to the perpetration of a certain specific crime, which have a substantial effect on the perpetration of the crime.²⁷ Article 25(3)(c) of the Rome Statute refers to those who aid, abet or otherwise assist in the commission or attempted commission of crime, and specifically includes the provision of means for the commission of crime.²⁸ It follows from the term “aids, abets or otherwise assists” that both aiding and abetting are forms of providing assistance to the perpetrator. As the word “including” suggests, providing the means for the commission of a crime is but an illustrative example of such assistance.²⁹

Assistance, often termed as “practical” assistance by the tribunals,³⁰ is in many cases relatively straightforward, and encompasses the range of conduct aimed at helping the principal to commit crime.³¹ Examples are provision of wea-

²⁶ *Tadić* Appeals Judgment, para. 229.

²⁷ *Mrkšić and Šljivančanin* Appeals Judgment, para. 81; ICTY, *Prosecutor v. Simić*, Appeals Chamber, Judgment, 28 November 2006, para. 85; ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Appeals Chamber, Judgment, 25 February 2004, para. 45 (hereinafter: *Vasiljević* Appeals Judgment); ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Appeals Chamber, Judgment, 19 April 2004, para. 238 (hereinafter: *Krstić* Appeals Judgment); ICTY, *Krnojelac Appeals Chamber*, Judgment, 17 September 2003, para. 51 (hereinafter: *Krnojelac* Appeals Judgment); ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, Appeals Chamber, Judgment, 29 July 2004, para. 48; *Tadić* Appeals Chamber, Judgment, 15 July 1999, para. 229.

²⁸ Article 25(3)(c) Rome Statute.

²⁹ Gerhard Werle: Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, in: *Journal of International Criminal Justice*, 953 (2007) 5, p. 491.

³⁰ *Blaškić* Appeals Judgment, para. 46.

³¹ Sanford H. Kadish: Complicity Cause and Blame, in: *California Law Review*, 73 (1985) 323, p. 345.

pons, transport, or information concerning location of potential victims to the principal perpetrator.³² The *ad hoc* tribunals have proposed that “aiding and abetting include all acts of assistance in either physical form or in the form of moral support”.³³ Yet, already in its first judgment on aiding and abetting in the *Tadić* case, the ICTY called for a minimum *actus reus* requirement. Consequently, two additional, unwritten *actus reus* elements for aiding and abetting have been introduced, and both have been held to reflect customary international law. Some chambers have held that the contribution must have had a substantial effect on the commission of the crime, whereas others have cumulatively put forward a direct effect requirement.

3.1.1.1. The Substantial Effect Requirement

The substantial effect requirement was introduced by the *Tadić* Trial Chamber as an *actus reus* threshold to give aiding and abetting quantifiable limits. In its strive to determine what “amount of assistance”³⁴ an aider and abettor must have provided in order to be held responsible under customary international law, the *Tadić* Trial Chamber examined post-World War II cases. Holding that from these examples no general rule as to the required extent of participation had yet crystallized, the Trial Chamber rather simplistically concluded that “aiding and abetting includes all acts of assistance by words or acts that lend encouragement or support”.³⁵

Notably, the *actus reus* threshold goes back to the works of the ILC, which was also unable to substantiate it in a more elaborate way than to determine that a “significant” facilitation was needed.³⁶ The Trial Chamber relied on the works of the ILC, namely, the 1996 ILC Draft article 2(3)(d), which stipulates that the aider and abettor must contribute “*directly and substantially*” to the commission of the crime.³⁷ ILC commented that the assistance “facilitates the

³² ICTR, *Prosecutor v. Ntakirutimana*, Ntakirutimana, Case No. ICTR-96-10-A & ICTR-96-17-A Appeals Chamber, Judgment, 13 December 2004, paras. 530, 532.

³³ ICTR, *Prosecutor v. Rutaganza*, Case No. ICTR-96-3, Trial Chamber, Judgment, 6 December 1999, para. 43, ICTR, *Prosecutor v. Musema*, Case No. ICTR-96-13-A, Trial Chamber, Judgment, 27 January 2000, para. 126.

³⁴ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Trial Chamber, Judgment, 7 May 1997, para. 681 (hereinafter: *Tadić Trial Judgment*)

³⁵ *Tadić Trial Judgment*, para. 688.

³⁶ Flavio Noto: *Secondary Liability in International Criminal Law, A Study on Aiding and Abetting or otherwise Assisting the Commission of International Crimes*. Dike, Zurich 2013, p. 79.

³⁷ Report of the ILC work of its forty-eight session, UN doc. A/51/10, 1998, Volume two: The Treaties, Part II, Oxford 2004, p. 18 (hereinafter: Report of the ILC work of its forty-eight session).

commission of a crime in some significant way,”³⁸ marking the contrast to its previous drafts, such as the 1991 Draft Code, which remained silent on any quantitative threshold.³⁹

The Trial Chamber elaborated that “the substantial contribution requirement calls for a contribution that in fact has an effect on the commission of the crime,”⁴⁰ underlying this point by holding that the post-World War II cases it had reviewed showed that “the criminal act most probably would not have occurred in the same way had not someone acted in the role that the accused in fact assumed.”⁴¹ Following *Tadić*, the Trial Chamber in *Furundžija* also attempted to base the substantial effect requirement on customary international law. It found that substantial effect meant that “[h]aving a role in a system without influence would not be enough to attract criminal responsibility.”⁴² Both *Tadić* and *Furundžija* remained unsatisfactorily vague. Even so, substantial effect has become firmly entrenched in the jurisprudence of international criminal tribunals. No Chamber concerned with this subject matter has ever questioned this prerequisite for aiding and abetting or proposed a different approach to tackle the marginal assistance to international crimes.⁴³

Considering a substantial effect requirement in Article 25(3)(c) of the Rome Statute, the ICC in *Lubanga* sided with the case law of the *ad hoc* tribunals and interpreted Article 25(3)(c) as requiring substantial effect. Yet, as it did so in an *obiter dictum* when discussing the accused’s liability as a co-perpetrator under Article 25(3)(a),⁴⁴ this subject may still be open to debate.⁴⁵ Should the ICC

³⁸ Report of the ILC work of its forty-eight session, p. 1693.

³⁹ Thomas Weigend: Article 3, in: M. Cherif Bassiouni (ed.): Commentaries on the International Law Commission’s 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Toulouse 1993, pp. 113-118.

⁴⁰ *Tadić* Trial Judgment, para. 688.

⁴¹ *Tadić* Trial Judgment, para. 688.

⁴² *Furundžija* Trial Judgment, para. 233.

⁴³ The Trial Chamber in *Kvočka* case further determined that a significant assistance made a criminal undertaking more efficient: “By significant, the Trial Chamber means an act or omission that makes an enterprise efficient or effective; e.g., a participation that enables the system to run more smoothly or without disruption. Physical or direct perpetration of a serious crime that advances the goal of the criminal enterprise would constitute a significant contribution.” See *Kvočka* Trial Judgment, para. 309; Equally, the *Orić* Trial Chamber stated that the aider and abettor’s contribution had to be “substantial and efficient enough to make the performance of the crime possible or at least easier”. See *Orić* Trial Judgment, para. 282.

⁴⁴ ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Case No. ICC 01/04-01/06, Trial Chamber, Judgment, 14 March 2012, para. 997.

⁴⁵ Notably, the drafters of the Rome Statute did not incorporate the rule set out in the 1996 Draft Article 2(3)(d), according to which the aider must contribute “directly and substantially” to the commission of the crime. See the Report of the ILC on the work of its

reconfirm a substantial effect requirement in the Article 25(3)(c), it is doubtful whether the Court will be able to come up with a satisfactory substantive definition of what a substantial contribution is; the rather unsuccessful attempts of the *ad hoc* tribunals render the prospect of a meaningful test for cases of marginal assistance rather unlikely.⁴⁶

3.1.1.2. The Direct Effect Requirement

In addition to the substantial effect requirement, the *Tadić* Trial Chamber rather boldly determined that under customary international law, aiding and abetting presupposed a “*direct contribution*” to the commission of the crime.⁴⁷ The Trial Chamber reasoning indicates that a direct contribution was meant to reflect the requirement that, without the accessory’s assistance, the crime would not have occurred in the manner it did.⁴⁸ Direct effect requirement from *Tadić* has only been reaffirmed in three judgments – *Akayesu*, *Strugar* and *Čelebići*.⁴⁹ In other cases, the ICTY either explicitly rejected⁵⁰ or simply did not mention⁵¹ *Tadić*’s direct effect requirement when assessing the *actus reus* requirements of aiding and abetting. In *Čelebići*, the Trial Chamber followed *Tadić* in merging direct and substantial effect into one single *actus reus* element.⁵²

3.1.1.3. The Specific Direction Requirement

In defining the elements of aiding and abetting liability, the *Tadić* Appeal Judgment contrasted aiding and abetting with JCE, distinguishing the modes of liability on the basis of specific direction.⁵³ The Appeals Chamber underscored

forty-eighth session, p. 18. Accordingly, some writers claim that the drafters have implicitly rejected the substantial effect requirement advocated by the *ad hoc* tribunals (see William A. Schabas: *Enforcing International Humanitarian Law: Catching the Accomplices*, in: *International Review Red Cross*, 83 (2001) 439, p. 448; Zorzi Giustiniani: *Stretching the Boundaries of Commission Liability*, in: *Journal of International Criminal Justice*, 6 (2008), p. 442; William A. Schabas: *Introduction to the International Criminal Court*. Fourth Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2011, p. 228).

⁴⁶ Flavio Noto, *op. cit.*, p. 188.

⁴⁷ *Tadić* Trial Judgment, paras. 678–680.

⁴⁸ *Tadić* Trial Judgment, paras. 680, 688.

⁴⁹ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgment, 2 September 1998, para. 477; ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case No. IT-01-42-T, Trial Chamber, Judgment, 31 January 2005, paras. 349, 355 (hereinafter: *Strugar* Trial Judgment); ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Trial Chamber, Judgment, 20 February 2001, para. 326.

⁵⁰ *Furundžija* Trial Judgment, para. 232; *Orić* Trial Judgment, para. 285.

⁵¹ *Aleksovski* Trial Judgment; *Tadić* Appeals Judgment; *Blaškić* Trial Judgment and *Blaškić* Appeals Judgment; *Kvočka et al.*, Appeals Judgment; *Mrkšić et al.* Appeals Judgment.

⁵² *Strugar* Trial Judgment, para. 349, fn. 1042.

⁵³ *Tadić* Appeals Judgment, para. 229.

that, while *actus reus* of JCE requires only “acts that in some way are directed to the furthering of the common plan or purpose” the *actus reus* of aiding and abetting requires a closer link between the assistance provided and particular criminal activities: assistance must be “specifically” – rather than “in some way” – directed towards relevant crimes. Many subsequent ICTY and the International Criminal Tribunal for Rwanda (hereinafter: ICTR) appeal judgments explicitly referred to “specific direction” in enumerating the elements of aiding and abetting, often repeating verbatim the *Tadić* Appeal Judgment’s relevant holding.⁵⁴ However, according to *Blagojević* Appeals Chamber “specific direction” ought not constitute the focus as it had effectively served as a proxy for practical assistance having a substantial effect on commission of the crime.⁵⁵

The “specific direction” saga started to unfold when *Perišić* Appeals Chamber held that “no conviction for aiding and abetting may be entered if the element of specific direction is not established beyond reasonable doubt, either explicitly or implicitly.”⁵⁶ The *Perišić* Appeals Chamber asserted that “previous appeal judgments had not conducted extensive analyses of specific direction because prior convictions for aiding and abetting entered or affirmed by the Appeals Chamber involved relevant acts geographically or otherwise proximate to, and thus not remote from, the crimes of principal perpetrators.”⁵⁷ Where such proximity is present, specific direction may be demonstrated implicitly through discussion of other elements of aiding and abetting liability, such as substantial contribution.⁵⁸ In such case, the existence of specific direction, which demonstrates the culpable link between the individual’s assistance and the crimes of principal perpetrators, will be self-evident. However, not all cases of aiding and abetting will involve proximity of an individual’s relevant acts to crimes committed. Where an individual is remote from relevant crimes, evidence proving other elements of aiding and abetting may not be sufficient

⁵⁴ See *Blagojević* and *Jokić* Appeals Judgment, para. 127; *Kvočka et al.* Appeals Judgment, para. 89; *Blaškić* Appeals Judgment, para. 45; *Vasiljević* Appeals Judgment, para. 102; *Krnojelac* Appeals Judgment, para. 33; ICTR, *Prosecutor v. Muvunyi*, Case No. ICTR-2000-55A-A, Appeals Chamber, Judgment, 1 April 2011, para. 79; ICTR, *Prosecutor v. Kalimanzira*, Case No. ICTR-05-88-A, Appeals Chamber, Judgment, 20 October 2010, para. 74.

⁵⁵ See *Blagojević* and *Jokić* Appeals Judgment, para. 189.

⁵⁶ *Perišić* Appeals Judgment, para. 36.

⁵⁷ *Perišić’s* Appeals Judgment, para. 38.

⁵⁸ For example, an individual may have been physically present during the preparation or commission of crimes committed by principal perpetrators and made a concurrent substantial contribution. See, e.g. *Lukic and Lukic* Appeals Judgment, paras. 419-461; *Kvočka et al.* Appeals Judgment, paras. 563-564; *Furundžija* Appeals Judgment, paras. 124-127.

to prove specific direction. In such circumstances, explicit consideration of specific direction may be required.⁵⁹

Relying on *Tadić* and *Perišić*, the Trial Chamber in *Stanišić and Simatović*⁶⁰ acquitted the defendants of aiding and abetting war crimes on the grounds that “the accused’s assistance was not specifically directed towards the commission of the crimes.”⁶¹ Contrary to the Appeals Chamber in *Perišić*, the SCSL Appeals Chamber in *Taylor* concluded that the specific direction is not a requisite element of *actus reus* of aiding and abetting. Moreover, a different panel of judges on the ICTY Appeals Chamber subsequently reversed the legal standard set in *Perišić* less than a year earlier. Namely, in *Prosecutor v. Šainović et al.* (known as the *Milutinović case*) the appellant Lazarević had been convicted for having provided various forms of support and assistance to soldiers of the Yugoslav Army involved in forcible displacement in Kosovo.⁶² The Šainović Appeals Chamber held that the *Perišić* had been wrongly decided⁶³ as it deviated from both ICTY jurisprudence and customary international law. The Šainović panel announced that it “unequivocally reject[ed]” the *Perišić* standard since “specific direction” is not a requisite element of aiding and abetting,⁶⁴ thereby siding with the SCSL’s holding in *Taylor*.⁶⁵ The Šainović case should, however, be differentiated from *Perišić* as it did not concern the question of “remote assistance”. It may be correct, as Judge Tuzmukhamedov held in dissent, that the *Perišić* specific direction requirement arguably did not apply because in Šainović the assistance provided was not “remote” in the same way as in *Perišić* case⁶⁶, meaning that the majority’s decision⁶⁷ to reject the analysis in *Perišić* “unequivocally” may not have been strictly necessary.

⁵⁹ Mrkšić and Šljivančanin Appeals Judgment, para. 81. (finding that in the context of the *actus reus* of aiding and abetting, substantial contribution may be geographically and temporally separated from crimes of principal perpetrators). ICTY, *Prosecutor v. Perišić*, Case No. IT-04-81-A, Appeals Chamber, Judgment, 28 February 2013 (hereinafter: *Perišić Appeals Judgment*), paras. 38-39.

⁶⁰ ICTY, *Prosecutor v. Stanišić*, Case No. IT-03-69-T, Trial Chamber, Judgment, May 30, 2013 (hereinafter: *Stanišić Trial Judgment*).

⁶¹ *Stanišić Trial Judgment*, para. 2360.

⁶² ICTY, *Prosecutor v. Šainović et al.*, Case No. IT-05-87-A, Appeals Chamber, Judgment, 23 January 2014, para. 1615.

⁶³ Šainović Appeals Judgment, paras. 1612, 1649-50.

⁶⁴ Šainović Appeals Judgment, para. 1650 (“The Appeals Chamber...unequivocally rejects the approach adopted in the *Perišić Appeals Judgment* as it is in direct and material conflict with the prevailing jurisprudence on the *actus reus* of aiding and abetting liability and with customary international law in this regard.”).

⁶⁵ Šainović Appeals Judgment, para. 1649.

⁶⁶ Šainović Appeals Judgment, Judge Tuzmukhamedov dissenting opinion, paras. 42-44.

⁶⁷ Šainović Appeals Judgment, para. 1650.

While there is no reference to specific direction in the Article 25(3)(c) of the Rome Statute, the formulation of aiding and abetting does seem to require that the accused acted purposively, perhaps requiring a specific intent rather than mere knowledge.⁶⁸ Professor and renowned scholar William Schabas has suggested that this might be deduced from the acts of the accused,⁶⁹ and it would likely be satisfied where assistance was specifically directed towards criminal acts, although such specific direction may not be essential. As regards specific direction at the ICC, the jurisprudence to date has simply not addressed this matter in any great detail.⁷⁰

It should be emphasized that *Perišić* and other ICTY acquittals gave rise to considerable political and scholarly criticism.⁷¹ Specific direction itself was seen as a conscious raising of liability standards that could render accountability for international crimes more difficult.⁷²

3.1.2. The *mens rea* Elements (the Subjective Element)

The requisite mental element (*mens rea*) of aiding and abetting under the ICTY case law is knowledge that the assistance aids the commission of the specific crime of the principal perpetrator along with awareness of the essential elements of these crimes.⁷³ For many scholars, that standard reflects customary

⁶⁸ William A. Schabas: *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 435-436. See, however, Joanna Kyriakakis: *Developments in International Criminal Law and the Case of Business Involvement in International Crimes*, in: *International Review of the Red Cross*, 887 (2012) 94, pp. 998-1000; Andrew Clapham: *Weapons and Armed Non-State Actors*, in: Stuart Casey-Maslen (ed.): *Weapons Under International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2014, p. 18.

⁶⁹ William A. Schabas, *op. cit.*, p. 436.

⁷⁰ Kevin Jon Heller: *A Defence of the Specific Direction Requirement*, in: *Milestones in International Criminal Justice*, Chatham House, London 2013, pp. 9-10.

⁷¹ See, e.g., Julian Borger: *War Crimes Convictions of Two Croatian Generals Overturned*, in: *The Guardian*, 16 November 2012; Marlise Simmons: *U.N. Court Acquits 2 Serbs of War Crimes*, in *New York Times*, 30 May 2013; Thomas Escritt and Fatos Bytici: *Kosovo Ex-Premier Haradinaj Cleared of War Crimes Again*, in: *Reuters*, 29 November 2012; Owen Boycott: *Hague War Crimes Ruling Threatens to Undermine Future Prosecutions*, in: *The Guardian*, 13 August 2013.

⁷² For Kenneth Roth of Human Rights Watch, it could cripple future efforts to prosecute senior officials responsible for human rights crimes (see Kenneth Roth: *A Tribunal's Legal Stumble*, in: *New York Times*, 9 July 2013).

⁷³ *Mrkšić and Šljivančanin Appeals Judgment*, para. 159; *Orić Appeals Judgment*, para. 43; *ICTR, Prosecutor v. Seromba, Appeals Chamber, Judgment*, 12 March 2008, para. 56; *Blagojević and Jokić Appeals Judgment*, para. 127; *Simić Appeals Judgment*, para. 86; *Blaškić Appeals Judgment*, paras. 45-46, 49; *Vasiljević Appeals Judgment*, para. 102.

international law.⁷⁴ In contrast, the Rome Statute explicitly adopted a “purpose” *mens rea* for most crimes of complicity.⁷⁵

In *Tadić*, the Trial Chamber held that the “clear pattern” emerging from relevant cases required that the aider and abettor knew of the crime committed by the perpetrator and, despite his or her knowledge, took a “conscious decision to participate” in the crime by supporting it.⁷⁶ As the Trial Chamber in *Aleskovski* has interpreted the term, “conscious decision to participate” meant that aider and abettor had participated in the act of the perpetrator “in full knowledge of what he was doing”.⁷⁷ Other chambers have consistently applied the knowledge standard.⁷⁸

Article 25(3)(c) Rome Statute does not seem to incorporate a *mens rea* for aiding and abetting that would correspond to the threshold put forth by the *ad hoc* tribunals. Rather, Article 30 of the Rome Statute defines the general *mens rea* as cumulatively composing both knowledge *and* intent. Besides, Article 25(3)(c) specifically requires the aider and abettor *to act with the purpose of facilitating* the commission of the crime, which appears to exceed the ICTY’s knowledge only standard. The term *purpose* has been left undefined in the Rome Statute and may therefore be open to interpretation.⁷⁹ Time will tell what reading of the notion of *purpose* the ICC will give Article 25(3)(c).

⁷⁴ Norman Farrell: Attributing Criminal Liability to Corporate Actors – Some Lessons from the International Tribunals, in: *Journal of International Criminal Justice*, 8 (2010), pp. 885-889; Flavio Noto, *op. cit.*, p. 175.

⁷⁵ See Art. 25.3(c) of the Rome Statute.

⁷⁶ *Tadić* Trial Judgment, paras. 674, 675; See also Delalić *et al.* Trial Judgment, para. 326.

⁷⁷ *Aleskovski* Trial Judgment, para. 61.

⁷⁸ In *Furundžija* the Trial Chamber held that the threshold was “knowledge, rather than intent” (*Furundžija* Trial Judgment, para 237). The Appeals Chamber in *Blaškić* held that *Furundžija* was correct to find that the applicable mental element was knowledge of the act of assistance alone (*Blaškić* Appeals Chamber, para. 49). As the Trial Chamber in Orić explained, it was “undisputed that the aider and abettor had to deliberately support the commission of the crime by the perpetrator” (Orić Trial Judgment, para. 286).

⁷⁹ Markus Dubber: Criminalizing Complicity: A Comparative Analysis, in: *Journal of International Criminal Justice*, 5 (2007) 4, p. 1000; John Ruggie: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights: Clarifying the Concepts of Sphere Influence and Complicity, UN Doc. A/HCR/8/16, 15 May 2008, para 42; Norman Farrell, *op. cit.*, p. 887.

3.2. Case Study of Aiding and Abetting by way of Provision of Military Aid

It is noteworthy that, notwithstanding numerous opportunities to do so, prior to *Perišić*, no political or military leader had been charged before the international tribunals with aiding and abetting international crimes of another state or its armed forces merely for the reason that he supplied them with arms or personnel. In September 2011, the ICTY Trial Chamber convicted general *Perišić*, the former Chief of Staff of the Yugoslav Army for aiding and abetting crimes committed by the Army of Republika Srpska (hereinafter: VRS) in Sarajevo and Srebrenica during 1993 and 1995.⁸⁰ The Trial Chamber held *Perišić* responsible for his role in facilitating the provision of substantial military and logistical assistance to the VRS,⁸¹ an independent army with separate chain of command. On 28 February 2013, the ICTY Appeals Chamber overturned the 2011 conviction of General *Perišić*.⁸² *Perišić*'s conviction by the Trial Chamber marked the first judgment against an official of the Yugoslav Army (hereinafter: VJ), an army of the Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter: FRY), for international crimes committed in another internationally recognized state (i.e. BiH) and by principal perpetrators being members of (belonging to) another army (i.e. VRS).

3.2.1. *Perišić*'s Role in the Provision of Military Aid

The Trial Chamber convicted *Perišić* for the role he had played in the provision of logistical and other type of assistance to the VRS. The Trial Chamber recognized that the ultimate authority over the FRY defence policy rested with the FRY Supreme Defence Council (hereinafter: SDC).⁸³ The decision to provide VJ assistance to the VRS had been adopted by the SDC before *Perišić* was appointed Chief of the VJ General Staff,⁸⁴ and the SDC continued to support the policy of assistance during *Perišić*'s tenure.⁸⁵ Logistical assistance to the VRS was regularly discussed and agreed upon at the SDC meetings. While the SDC meetings were attended by many individuals, including *Perišić*, final decisions were taken by political leaders: Slobodan Milošević, President of Serbia, Zoran Lilić, President of the FRY, and Momir Bulatović, President of Mon-

⁸⁰ ICTY, *Prosecutor v. Perišić*, Case No. IT-04-81-T, Trial Chamber, Judgment, 6 September 2011 (hereinafter: *Perišić* Trial Judgment).

⁸¹ *Perišić* Trial Judgment, para. 1627.

⁸² *Perišić* Appeals Judgment.

⁸³ *Perišić* Trial Judgment, para. 199.

⁸⁴ *Ibid.*, paras. 761-763, 948, 1595.

⁸⁵ *Ibid.*, paras. 962-988, 1622.

tenegro.⁸⁶ Yet, Perišić never suggested that the VJ discontinue its assistance to the VRS despite the problems with the VJ's funding and resources.⁸⁷

The Trial Chamber classified the assistance provided by the VJ to the VRS in two broad categories: first, secondment of personnel,⁸⁸ and second, provision of military equipment, logistical support, and military training.⁸⁹

With respect to the secondment of VJ soldiers to the VRS, the Trial Chamber found that Perišić had persuaded the SDC to create the 30th Personnel Centre (PC), a unit of the VJ that served as the administrative home of VJ soldiers and officers seconded to the VRS and was used to increase and institutionalise the support already provided to seconded VJ soldiers and officers.⁹⁰ However, the trial record contains no evidence suggesting that the benefits provided to seconded soldiers and officers – including VJ-level salaries, housing, and educational and medical benefits⁹¹ – were tailored to facilitate the commission of the VRS crimes.⁹² According to the Appeals Chamber, the evidence does not suggest that VJ soldiers and officers were seconded in order to specifically assist the VRS criminal acts.⁹³ In sum, the evidence provided a basis for the conclusion that Perišić's facilitation of secondments was directed to assist the VRS war effort, rather than VRS's crimes.⁹⁴

With respect to the second category of assistance, namely, the provision of military equipment, logistical support, and military training, the Trial Chamber found that the VJ had supplied the VRS with "comprehensive" logistical aid,⁹⁵ often not requiring payment for such assistance.⁹⁶ The Trial Chamber concluded that the VJ had provided the VRS with military equipment and supplies *on a large scale*, including semi-automatic rifles, machine guns, pieces for machine-gun barrels, cannons, bullets, grenades, rocket launchers, mortar ammunition, mines, rockets, anti-aircraft ammunition, and mortar shells.⁹⁷

⁸⁶ *Ibid.*, paras. 198-200.

⁸⁷ *Ibid.*, para. 963.

⁸⁸ *Ibid.*, paras. 761-940.

⁸⁹ *Ibid.*, paras. 1010-1154, 1232-1237.

⁹⁰ *Ibid.*, paras. 763-766, 1607-1611, 793, 795.

⁹¹ *Ibid.*, paras. 866-915.

⁹² Perišić Appeals Judgment, para. 63.

⁹³ *Ibid.*, para. 63.

⁹⁴ *Ibid.*, para. 63.

⁹⁵ Perišić Trial Judgment paras. 1594, 1234-1237.

⁹⁶ *Ibid.*, paras. 1035, 1597, 1116-1134.

⁹⁷ *Ibid.*, paras. 1034-1069.

Furthermore, the VJ offered military training to VRS troops and assisted with military communications.⁹⁸

According to the Trial Chamber's conclusions, Perišić's role in coordinating the logistic process demonstrate that he intended to assist the VRS and supported the continuation of the SDC policy of assisting the VRS.⁹⁹ During the SDC meetings, Perišić argued both for sustaining the aid to the VRS and for adopting related legal and financial measures that facilitated such aid.¹⁰⁰ However, the Trial Chamber did not identify evidence demonstrating that Perišić urged the provision of VJ assistance to the VRS in furtherance of specific criminal activities. Rather, the Trial Chamber's analysis of Perišić's role in the SDC deliberations indicates that Perišić, while recurrently encouraging the SDC to maintain this assistance and thereby helping craft the FRY's policy to aid the other army, nevertheless merely supported the continuation of assistance to the general VRS war effort.¹⁰¹

3.2.2. Perišić merely implemented FRY State policy on assisting VRS?

Perišić admitted that the VJ, pursuant to orders of the SDC, provided assistance to the VRS.¹⁰² It is suggested that while advocating for the continuation of the provision of assistance to the VRS, Perišić merely continued the same line of state policy on assisting the VRS as had been in place prior to his tenure.

Review of the *Perišić* trial record reveals that the FRY and the VJ had been providing military and other type of aid to the VRS/RS prior to the appointment of Perišić as the head of the VJ.¹⁰³ Pursuant to the FRY Constitutions and Law on the Army, only the SDC had the authority to adopt decisions on the provision of aid and assistance to the VRS/RS. Perišić advocated for the continuation of the provision of aid to the VRS/RS and called for regulation of the provision of logistics to the VRS and regulation of status of the officers sent to the VRS. Moreover, Perišić implemented SDC decisions on the provision of assistance to the VRS and advocated that military assistance be provided pursuant to the SDC decisions and in accordance with the FRY legislation. The trial record did not establish that Perišić provided aid to the VRS outside of the establis-

⁹⁸ *ibid.*, paras. 1135-1154, 1352-1358.

⁹⁹ *Ibid.*, paras. 962-988.

¹⁰⁰ *Ibid.*, paras. 963-974.

¹⁰¹ *Ibid.*, paras. 1007-1009.

¹⁰² Perišić Defence Final Brief, para. 607, at <<http://www.icty.org>> (4. 3. 2011).

¹⁰³ The SDC stenographic transcripts and minutes are a record of "state secret" discussions. They represent a combination of the highest form of political speech and candid interchanges between and views of the participants during those sessions.

hed channels.¹⁰⁴ The Appeals Chamber's review of evidence demonstrated that, pursuant to the overall policy of the FRY, as expressed in decisions of the SDC, Perišić administered and facilitated the provision of large-scale military assistance to the VRS.¹⁰⁵

3.2.3. Aid specifically directed towards the commission of crimes

3.2.3.1. Specific Direction in the *Perišić* case

This chapter will focus on the extremely high legal standard to convict a top official for facilitating atrocities from a remote location, as laid down in the appellate decision in *Perišić*. While an apparent solid majority of experts disagree with the requirement of "specific direction", certain experts have defended it.¹⁰⁶

The focal issue for the Trial Chamber in the *Perišić* case was not whether logistical assistance was provided, but rather whether Perišić's acts *were directed to* assist, encourage, or lend moral support to the perpetration of a certain specific crime, and which had a substantial effect on the perpetration of that crime. In finding Perišić guilty of aiding and abetting, the Trial Chamber held that "the acts of the aider and abettor need not have been *"specifically directed"* to assist the crimes."¹⁰⁷ The Trial Chamber defined the objective element of aiding and abetting as "acts or omissions directed at providing practical assistance, encouragement or moral support to the perpetration of the crime, which have a substantial effect on the perpetration of the crime."¹⁰⁸

On the other hand, the *Perišić* Appeals Chamber recalled that the element of specific direction establishes a culpable link between assistance provided by the accused and the crimes of the principal perpetrators.¹⁰⁹ The Appeals Chamber observed that Perišić's assistance to the VRS was remote from the relevant crimes of the principal perpetrators.¹¹⁰ In particular, the Trial Chamber

¹⁰⁴ *Perišić Appeals Judgment*, para. 67.

¹⁰⁵ *Ibid.*, para. 64.

¹⁰⁶ See, e.g., Kai Ambos & Ousman Njikam: Charles Taylor's Criminal Responsibility, in *Journal of International Criminal Justice*, 11 (2013) 789, pp. 804-08 (expressing support for the "specific direction" standard), Kevin Jon Heller: Why the ICTY's "Specifically Directed" Requirement is Justified ("As long as aiding and abetting's *mens rea* requires no more than knowledge, the specific direction requirement is a necessary and useful element of aiding and abetting's *actus reus*") <<http://opiniojuris.org/2013/06/02/why-the-ictys-specifically-directed-requirement-is-justified>> (2. 6. 2013).

¹⁰⁷ *Perišić Trial Judgement*, paras. 126, 1264 [emphasis added].

¹⁰⁸ *Ibid.*, para. 126 [emphasis added].

¹⁰⁹ *Perišić Appeals Judgment*, para 37.

¹¹⁰ *Ibid.*, para 42.

found that the VRS was independent from the VJ¹¹¹ and that the two armies were based in separate geographic regions.¹¹² Furthermore, the Trial Chamber did not find that the VRS was *de jure* or *de facto* subordinated to the VJ.¹¹³ Rather, it found that the VRS had a separate command structure.¹¹⁴ According to the Appeals Chamber, in circumstances where an accused was not physically present when relevant criminal acts were planned or committed, an explicit analysis of specific direction is required in order to establish the necessary link between the aid Perišić provided and the crimes.

The Appeals Chamber overruled the convictions on the grounds that the necessary link (nexus) was missing. In its analysis of the objective element of aiding and abetting, it considered Perišić's role in shaping and implementing FRY's policy of supporting the VRS and whether the FRY policy was specifically directed towards the commission of crimes by the VRS.¹¹⁵ While the Appeals Chamber recognized that the parameters of its inquiry are limited and focus solely on factors related to Perišić's individual criminal responsibility, and not the potential responsibility of States over which the Tribunal has no pertinent jurisdiction,¹¹⁶ it was the *state policy* that was in the centre of its analysis. Particularly, the Appeals Chamber inquired whether the SDC endorsed a policy of assisting VRS crimes, which would suggest that the VJ assistance was *specifically directed* towards the VRS crimes in Sarajevo and Srebrenica. Furthermore, the assessment of *actus reus* by both the Trial Chamber and the Appeals Chamber focused on evidence indicating SDC approval of measures to secure financing for the VJ's assistance to the VRS and to increase the effectiveness of this assistance by systematising the secondment of VJ personnel and the transfer of equipment and supplies.¹¹⁷

The Appeals Chamber found that Perišić had indeed furthered the FRY's policy of supporting the VRS war effort; however, providing general assistance that could be used for lawful and unlawful activities did not by itself suffice to prove

¹¹¹ Perišić Trial Judgment, paras. 2-3, 205-210, 235-237, 262-266.

¹¹² *Ibid.*, paras. 183-184, 195-196, 235-237, 262-266.

¹¹³ *Ibid.*, paras. 262-293, 1770-1779.

¹¹⁴ *Ibid.*, para. 265.

¹¹⁵ Perišić Appeals Judgment, para. 47.

¹¹⁶ Statute ICTY, Articles 6-7; Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), UN Doc. S/25704, 3 May 1993, para. 53 ("An important element in relation to the competence *ratione personae* (personal jurisdiction) of the Tribunal is the principle of individual criminal responsibility").

¹¹⁷ Perišić Trial Judgment, paras. 763-771, 780-787, 966-967, 974. Perišić Appeals Judgment, para. 54.

that the assistance was *specifically directed* towards the commission of crimes by the VRS perpetrators.¹¹⁸

Accordingly, the Appeals Chamber's analysis of individual criminal responsibility consisted of an inquiry over the state policy, i.e. the policy undertaken by the FRY SDC, particularly, whether the SDC had endorsed a policy of assisting VRS crimes.¹¹⁹ By finding that no basis existed for concluding that the highest state defence body pursued the policy of specifically directing aid towards VRS crimes,¹²⁰ the Appeals Chamber reached a conclusion that Perišić's provision of military and other type of aid could not qualify as *actus reus* of aiding and abetting crimes committed by VRS in Sarajevo and Srebrenica. While the Appeals Chamber considered Perišić's role in SDC deliberations, the nature of the assistance Perišić provided to the VRS, and the manner in which this aid was distributed, it is evident that the crux of the analysis of the objective element of aiding and abetting liability of individual military commander significantly depended on the Chamber's analysis of state policy on assisting the army of another state.

3.2.3.2. Specific Direction Disregarded in the *Charles Taylor* case

In one of the most high-profile international prosecutions to date, that of the former Liberian president Charles Taylor, the Appeals Chamber of the SCSL departed from the *Perišić* decision concerning specific direction. Much of the case against Charles Taylor rested upon finding him criminally responsible for the assistance he provided, including various quantities of arms and ammunition, to the rebel groups fighting and committing war crimes in the civil war in Sierra Leone. The Trial Chamber considered that this aid amounted to practical assistance to the commission of crimes, being indispensable to military offensives in certain instances, and having an overall substantial effect on the commission of the crimes charged.¹²¹

The Appeals Chamber in *Perišić* concluded that assistance from one army to another army's war efforts is insufficient in itself to trigger individual criminal liability for individual aid providers absent of proof that the relevant assistance was specifically directed towards criminal activities.¹²² Nonetheless, it is no-

¹¹⁸ Perišić Appeals Judgment, para. 58.

¹¹⁹ *Ibid.*, para. 52.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ SCSL, *Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-1-T, Trial Chamber, Judgment, 26 April 2012, paras 6912-6914 (hereinafter: Taylor Trial Judgment).

¹²² Perišić Appeals Judgment, para. 72.

teworthy to recall Judge Liu's view on imposition of such a strict standard for aiding and abetting liability:

"Given that specific direction has not been applied in past cases with any rigour, to insist on such a requirement now that effectively raises the threshold for aiding and abetting liability. This shift risks undermining the very purpose of aiding and abetting liability by allowing those responsible for knowingly facilitating the most grievous crimes to evade responsibility for their acts."¹²³

Seven months later the Appeals Chamber in the *Charles Taylor* case reached a completely contrasting decision.¹²⁴ With an almost identical factual basis to the one examined in the *Perišić* case,¹²⁵ the case of Charles Taylor enables a direct comparison of decisions reached by two different international judicial institutions.¹²⁶

Contrary to the Appeals Chamber in *Perišić*, the Appeals Chamber in *Taylor* concluded that the *actus reus* of aiding and abetting liability under Article 6(1) of the Statute of SCSL and customary international law is that an accused's acts and conduct of assistance, encouragement and/or moral support had a

¹²³ *Perišić Appeals Judgment*, Partially Dissenting Opinion of Judge Liu, para 3.

¹²⁴ Appeal Chamber in *Taylor* case contends that "specific direction", as used in the *Tadić* Appeal Judgment, merely clarified that the *actus reus* of aiding and abetting liability is more strict than the *actus reus* of joint criminal enterprise, since for aiding and abetting liability, it is not enough that you contribute to the enterprise [The accused's acts and conduct] have to contribute to the crime. It submitted that this was the understanding expressed by the ICTY Appeals Chamber held in *Blagojević and Jokić* and *Mrkšić and Šljivančanin*. See *Taylor Appeal transcript*, 22 January 2013, pp. 49849-49851.

¹²⁵ The Trial Chamber found Taylor individually criminally liable for aiding and abetting the commission of crimes, committed between 30 November 1996 and 18 January 2002 in the Districts of Bombali, Kailahun, Kenema, Kono, Port Loko and Freetown and the Western Area. What was critical to the conviction for aiding and abetting were the Trial Chamber's findings that (i) Taylor's assistance supported, sustained and enhanced the RUF/AFRC's capacity to undertake its Operational Strategy involving the commission of crimes; (ii) his assistance was critical in enabling the RUF/AFRC's Operational Strategy; and that (iii) Taylor knew that his support to the RUF/AFRC would assist the commission of crimes in the implementation of the RUF/AFRC's Operational Strategy. Furthermore, the Trial Chamber found that "without the contributions of Charles Taylor to the AFRC/RUF alliance, the crimes charged in the indictment would not have occurred". See *Charles Taylor Trial Judgment*, paras. 4262, 6936, 5835, 5842, 6914, 6949.

¹²⁶ The Appeal Chamber in *Taylor* emphasized that while in applying the Statute and customary international law, it is guided by the decisions of the ICTY and ICTR Appeals Chamber, the Appeals Chamber remains the final arbiter of the law for this Court, and the decisions of other courts are only persuasive, not binding, authority. The Appeals Chamber recognises and respects that the ICTY Appeals Chamber is the final arbiter of the law for that Court. See *Taylor Appeals Judgment*, para. 472.

substantial effect on the commission of a crime for which they are to be held responsible.¹²⁷ According to the Appeals Chamber in *Taylor*, this requirement ensures that there is a sufficient causal, a ‘culpable,’¹²⁸ link between the accused and the commission of the crime before an accused’s acts and conduct may be adjudged criminal.¹²⁹ The SCSL subsequently held that the controversial *Perišić* precedent did not comport with customary international law, and therefore affirmed the conviction of Charles Taylor, the former Liberian President, for knowingly assisting atrocities by rebel forces during the Sierra Leone Civil War.

While the Appeals Chamber in *Perišić* emphasized that its ruling “should in no way be interpreted as enabling military leaders to deflect criminal liability by subcontracting the commission of criminal acts”¹³⁰, had the Appeals Chamber in *Taylor* followed its specific direction requirement, Taylor’s convictions would most likely have been overruled. Indeed, under the *Perišić* standard, it would be nearly impossible to convict a high-ranking military or political official of knowingly facilitating mass atrocities from a remote location.¹³¹

Recognizing the *Perišić* case as factually distinct from any of the cases that have come before the ICTY, it is necessary to acknowledge the political implications for military and political leaders if the standards as articulated in the *Perišić* are applied in similar scenarios around the world. It is alarming that after more than two decades of the existence of various international criminal tribunals, their jurisprudence is less, rather than more predictable. Yet, after the two most recent and completely conflicting decisions in two strikingly similar cases of complicity for provision of military aid, the elements of aiding and abetting in international criminal law are murkier than ever.

This Chapter has examined provision of military aid within the framework of individual criminal responsibility. In determining *actus reus* of individual criminal responsibility for complicity, the international court analysed *state policy*, rather than the conduct of an individual, thereby blurring the boundaries between the two separate regimes of international responsibility. This

¹²⁷ Taylor Appeals Judgment, paras. 362-385, 390-392.

¹²⁸ *Contra* Perišić Appeal Judgment, paras. 37 (At the outset, the Appeals Chamber, Judge Liu dissenting, recalls that the element of specific direction establishes a culpable link between assistance provided by an accused individual and the crimes of principal perpetrators.), 38 (In such a case, the existence of specific direction, which demonstrates the culpable link between the accused aider and abettor’s assistance and the crimes of the principal perpetrators, will be self-evident.).

¹²⁹ Taylor Appeals Judgment, paras. 390-392.

¹³⁰ Perišić Appeals Judgment, para. 72.

¹³¹ Mugambi Jouet, *op. cit.*, p. 1110.

argument will be further examined in the next Chapter dealing with provision of military aid within the framework of state responsibility.

4. PART TWO - STATE COMPLICITY

International law prohibits state complicity by providing for different layers of responsibility. One way in which complicity is discussed is in the context of attribution. The issue of attribution arises in the context of the secondary rules of international law, as reflected in the ARSIWA. The concept of attribution is an important component in the determination of an internationally wrongful act. Since states can only act through individuals, there needs to be a way to connect the conduct¹³² of actors to states. This is achieved by examining the relationship between a state and the individual perpetrators of a relevant act to determine if there is a strong enough link to attribute the perpetrators' conduct to that state. In limited circumstances, international law attributes the conduct of non-state actors to the state where there is a sufficient connection between them. Traditionally, the nature of that connection entails an agency relationship.¹³³ Attribution, in this sense, may occur either under the test of complete dependence or strict control¹³⁴ – rendering the non-state actor a *de facto* state organ¹³⁵ – or the subsidiary test of direction or control of specific conduct.¹³⁶ Both of these tests constitute rules of customary international law¹³⁷ and denote the search for a relationship of principal to agent.¹³⁸

Another way in which the term complicity might be used is in determining derivative state responsibility; that is, when one state is derivatively responsible

¹³² Although the term “conduct” can refer to both acts and omissions, in the case of omissions the issue of attribution does not directly arise. As omission is a lack of action, an actor is not required. Hence, the state is essentially in a constant default of state of omission. However, in order for an omission to constitute a basis of responsibility, there must be a duty to act. The question of establishing a duty to act will turn on the content of the relevant primary rule. Thus, in these circumstances, the issue of attribution collapses into the content of the primary rule. See John Cerone: *Human Dignity in the Line of Fire: The Application of International Human Rights Law During Armed Conflict, Occupation, and Peace Operations*, in: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 39 (2006), 1447.

¹³³ Christine Chinkin: *Third Parties in International Law*. Clarendon Press, Oxford 1993, p. 142.

¹³⁴ *Nicaragua case*, para. 109; *Genocide case*, para 392.

¹³⁵ Article 4 ARSIWA.

¹³⁶ Article 8 ARSIWA; *Nicaragua case*, p. 115; *Genocide case*, p. 397.

¹³⁷ *Genocide case*, para. 385 with respect to Article 4 and para. 398 with respect to Article 8. See also ICJ Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, 19 December 2005, para. 160.

¹³⁸ Christine Chinkin, *op. cit.*, p. 142.

for assisting another state in the commission of an internationally wrongful act.¹³⁹ Derivative state responsibility arising from complicit conduct is governed by the rule set forth in Article 16 of the ARSIWA.¹⁴⁰ That Article, titled “Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act”, provides

“A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

(a) That State does so with knowledge of the circumstances of the international wrongful act; and

(b) The act would be internationally wrongful if committed by that State.”¹⁴¹

Thus, Article 16 prohibits general form of complicity – aid or assistance – in the commission of *any* international wrong by the recipient state, so long as the act committed by the principal state would be wrongful if committed by the accomplice state.¹⁴² The rule reflected in Article 16 has been accepted as one of customary international law.¹⁴³

According to ILC, a State will be responsible for the internationally wrongful conduct of individuals or groups, absent acknowledging or adopting such conduct as its own, if those persons are acting on the instructions of, or under the direction or control of that State in carrying out the conduct.¹⁴⁴ As determined by Article 16, absent the direction and control of another State in the commission of a wrongful act, a State can be responsible for knowingly providing aid or assistance to the commission of an international wrong by another State. The ILC Articles thus envisage different standards for when a State is implicated in violations committed by an individual or group, compared to when those are perpetrated by another State. For a State to be responsible for providing aid or assistance to non-State groups that commit international crimes,

¹³⁹ This type of complicity (i.e. derivative responsibility) is analytically distinct to attribution as the rules of attribution concern the attribution of conduct to a subject of international law (i.e. a state); they are distinct from the question of responsibility. Rules of derivative responsibility focus on the relationship between a principal and an accomplice (or assistant). Thus, derivative responsibility is generally predicated on the internationally wrongful act of a principal state.

¹⁴⁰ Helmut P. Aust: *Complicity and the Law of State Responsibility*. Cambridge University Press, Cambridge 2011, p. 102.

¹⁴¹ ILC Report on State Responsibility, Commentary on Article 16(1), p. 65.

¹⁴² Article 16 ARSIWA.

¹⁴³ Considering Serbia's potential complicity in the genocide in Srebrenica under Article III(e) of the Genocide Convention, the ICJ declared that Article 16 reflects a rule of customary international law. See *Genocide case*, para 420.

¹⁴⁴ Articles 8 and 11 ARSIWA.

the Articles require that such groups were instructed, directed or controlled by the State in relation to the specific conduct.¹⁴⁵

4.1. The elements of state complicity

4.1.1. The Objective Element: The Scope of Aid and Assistance

The ILC has not explicitly defined what constitutes relevant “aid and assistance”. It is theoretically conceivable that “aid or assistance” comprises every act (or omission) which facilitates the commission of an international wrongful act by another State.¹⁴⁶ In the ILC’s conception, the rule reflected in Article 16 comprises different forms of physical assistance. As examples of actions that fulfil the conduct element of the test, the Commentary of the ILC Report on State Responsibility (hereinafter: the Commentary) lists financing, the provision of an essential facility, the provision of means for the closing of an international waterway, facilitating the abduction of persons on foreign soil, and assisting in the destruction of property belonging to third state nationals.¹⁴⁷ In light of this, it is necessary to determine whether Article 16 is contingent on the provision of a certain kind of aid.¹⁴⁸ It is argued that all kinds of aid and assistance fall within the rule.¹⁴⁹ Moreover, the ILC has made it clear that no particular kind of aid or assistance is necessary in order for this responsibility to arise.¹⁵⁰ Lowe argues that it may include technical or financial assistance, the non-application of mandatory sanctions, and even the provision by states of credit or investment guarantees that facilitate investments by their companies in other states.¹⁵¹ This is certainly correct. There is no principled reason for limiting the kind of aid or assistance that might implicate Article 16. The Commentary does not do so.

4.1.2. The Nexus Element

The second element of any complicity rule concerns the relationship between the aid provided and the wrongful act committed. Given the range of actions

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Omissions are particularly difficult to deal with. The ICJ has now ruled out the possibility of complicity by omission in its *Genocide case*, para 432.

¹⁴⁷ ILC Report on State Responsibility, Commentary on Article 16[1], p. 66.

¹⁴⁸ Vaughan Lowe: Responsibility for the Conduct of Other States, in: Japanese Journal of International Law, 101 (2007) 1, p. 5.

¹⁴⁹ James Crawford: State Responsibility: The General Part. Cambridge University Press, Cambridge 2013, 402.

¹⁵⁰ Stefan Talmon: A Plurality of Responsible Actors, p. 218 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1018172> (3. 10. 2007).

¹⁵¹ Vaughan Lowe, *op. cit.*, pp. 5-6.

that might satisfy the conduct element of complicity, a substantiality criterion should apply. On first glance, this is the approach of the ILC in respect of Article 16. The Commentary specifies as follows:

“There is no requirement that the aid or assistance should have been essential to the performance of the internationally wrongful act; it is sufficient if it contributed significantly to that act”.¹⁵²

This standard demands that the assistance materially facilitates the commission of the wrongful act.¹⁵³ It excludes assistance that is indirectly or remotely related to that act.¹⁵⁴ Material facilitation is a standard that catches conduct with a sufficient link to another state's wrongdoing while excluding the incidental relationships that arise from virtually every state interaction.¹⁵⁵ It is noteworthy that this standard of significant contribution is similar to that imposed by international criminal law – the accomplice's assistance must have a substantial effect on the commission of the crime.¹⁵⁶

4.1.3. The Subjective Element

Considering the standard of fault¹⁵⁷ required by Article 16, strict liability was never an option.¹⁵⁸ This builds on the general principle that states may presume that recipient states will use their aid lawfully.¹⁵⁹ As it stands, the standard of fault for the specific primary rule prohibiting state complicity is not clear. The

¹⁵² ILC Report on State Responsibility, Commentary on Article 16 [5].

¹⁵³ James Crawford: Second Report on State Responsibility, A/CN.4/498/Add. 2, p. 180, Vaughan Lowe, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁴ Georg Nolte and Helmut P. Aust, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁵ According to Becker, the ILC Commentary makes it plain that on the one hand some form of causality is required, as the assisting State will only be held responsible to the extent that its assistance caused and/or contributed to the internationally wrongful act. On the other hand, the Commission is also quite clear that the support need not have been an essential contribution to the commission of the wrongful act. Rather, it would be enough for the aid or assistance to contribute significantly to it. See Tal Becker: Terrorism and the State: Rethinking the Rules of State Responsibility. Hart Publishing, Oxford 2006, p. 326.

¹⁵⁶ See, e.g. Simić Appeals Judgment, para. 85; Vasiljević Appeals Judgment, para. 45; Krstić Appeals Judgment, para. 238; Krnojelac Appeals Judgment, para. 51; Blaškić Appeals Judgment, para. 48; Tadić Appeals Judgment, para. 229.

¹⁵⁷ The Commentary of Article 2 ARSIWA, in considering the necessary elements of an international wrongful act of a State, uses the term “fault”. The same terminology is used in literature on the respective subject.

¹⁵⁸ Roberto Ago: Seventh Report on State Responsibility of the Special Rapporteur, at 30th session of the ILC (1978), pp. 108-120. U.N. Doc A/CN.4/307, <<http://legal.un.org/ilc/sessions/30/30sess.htm>> (8. 5. 1978).

¹⁵⁹ ILC Report on State Responsibility, Commentary on Article 16 [4], p. 66; Vaughan Lowe, *op. cit.*, p. 10.

text requires only that the aid or assistance be given “with knowledge of the circumstances of the international wrongful act...”¹⁶⁰ In interpreting the text, the Commentary suggests that the aid or assistance “must be given with a view of facilitating the commission of the wrongful act”¹⁶¹ suggesting a more stringent fault requirement. Thus, some scholars argue that the textual knowledge standard is subsumed by one of wrongful intent.¹⁶² No responsibility arises unless the relevant State organ intended, by the aid or assistance given, to facilitate the occurrence of the wrongful conduct.¹⁶³ In his 7th Report on State Responsibility, the Special Rapporteur Ago stated:

“The very idea of ‘complicity’ in the international wrongful act of another necessarily presupposes an intent to collaborate in the commission of an act of this kind, and hence, knowledge of the specific purpose for which the State receiving certain supplies intends to use them.”¹⁶⁴

Accordingly, it appears that the ILC intended Article 16 to be interpreted narrowly so that the “knowledge” element turns into a requirement of wrongful intent.¹⁶⁵ Likewise, the ICJ has, *mutatis mutandis*, adopted this approach in the *Genocide case*.¹⁶⁶ Inquiring whether Serbia was responsible for complicity in genocide, the Court pointed out that:

“[T]here is not doubt that the conduct of an organ or a person furnishing aid or assistance to a perpetrator of the crime of genocide cannot be treated as complicity in genocide unless *at the least* that organ or person acted knowingly, that is to say, in particular, was aware of the specific intent (*dolus specialis*) of the principal perpetrator.”¹⁶⁷

The words “at the least” suggest that, as a general rule, more than mere knowledge is required. Moreover, state practice supports assigning international responsibility to a state, which *deliberately* participates in the internationally wrongful conduct of another through the provision of aid or assistance, in cir-

¹⁶⁰ Article 16 ARSIWA.

¹⁶¹ ILC Report on State Responsibility, Commentary on Article 16 [5], p. 66.

¹⁶² Miles Jackson, *op. cit.*, p. 159; Georg Nolte and Helmut P. Aust, *op. cit.*, p. 14.

¹⁶³ ILC Report on State Responsibility, Commentary on Article 16, p. 66.

¹⁶⁴ Roberto Ago, *op. cit.*, p. 58.

¹⁶⁵ Georg Nolte and Helmut P. Aust, *op. cit.*, p. 14; Similarly, Alexandra Boivin: Complicity and Beyond: International law and the transfer of small arms and light weapons, in: *International Review of the Red Cross*, 87 (2005) 859, p. 471.

¹⁶⁶ *Genocide case*, paras. 420-424.

¹⁶⁷ *Ibid.*, para. 421.

cumstances where the obligation breached is equally opposable to the assisting state.¹⁶⁸

It is interesting to note that the debate on the fault element in Article 16 corresponds to the knowledge/purpose debate concerning aiding and abetting in international criminal law. The requirement of specific direction for individual complicity seems to impose a similar standard to the one required for state complicity. Thus, the introduction of lower thresholds of individual criminal responsibility as reflected by the *Perišić* Trial Judgment and *Taylor* Appeals Judgment may create tension within both systems. Where the standard for complicity in international criminal law becomes significantly lower than the one in the law on state responsibility, the possibility exists for an individual to be held criminally responsible for conduct that the state is permitted to undertake.

4.2. State Complicity for Provision of military aid to another state/army

The current state of international law does not provide for a clear answer on whether foreign policies that result in the provision of different types of military aid necessarily amount to state complicity in international crimes merely by reason of providing such aid. The ICJ has been little instructive on the issue: the issue of state responsibility for the provision of military aid to another state (or rather, to a non-state actor) has been adjudicated in the *Nicaragua case* and in the *Genocide case*.¹⁶⁹ In the *Genocide case*, the ICJ was called upon to determine, *inter alia*, whether the provision of political, financial and military aid by the FRY to the authorities of the RS, a non-state entity in BiH, used in the commission of genocide by the VRS invokes state responsibility for complicity.¹⁷⁰

¹⁶⁸ For example, in 1984 Iran protested against the supply of financial and military aid to Iraq by the UK, which allegedly included chemical weapons used in attacks against Iranian troops, on the ground that the assistance was facilitating acts of aggression by Iraq. The British government denied both the allegation that it had chemical weapons and that it had supplied them to Iraq. See *New York Times*, 6 March 1984, p. A1, col. 1; In 1998, a similar allegation surfaced that Sudan had assisted Iraq to manufacture chemical weapons by allowing Sudanese installations to be used by Iraq technicians for steps in production of nerve gas. The allegation was denied by Iraq's representative to the United Nations. See *New York Times*, 26 August 1998, p. A8, col. 3.

¹⁶⁹ For the reasons explained in the Introduction, the scope of this Article is limited to demonstrate the relevant issues of state complicity as deriving from the *Genocide case*.

¹⁷⁰ *Genocide case*, paras. 418-424. According to the ICJ, customary international law prohibits complicity in genocide.

In the first place, the Court held that complicity certainly “includes the provision of means to enable or facilitate the commission of the crime”.¹⁷¹ Although “complicity” is not a notion which exists in the current terminology of the law of international responsibility, it is similar to a category found among the customary rules constituting the law of State responsibility, that of “aid or assistance” furnished by one State for the commission of a wrongful act by another State. In constructing the meaning of complicity, the Court turned to Article 16, rather than to doctrines of complicity as developed in international criminal law:

“The Court sees no reason to make any distinction of substance between ‘complicity in genocide’, within the meaning of Article III, paragraph (e), of the Convention, and the ‘aid or assistance’ of a State in the commission of a wrongful act by another State within the meaning of the aforementioned Article 16... In other words, to ascertain whether [the FRY] is responsible for ‘complicity in genocide’... it must examine whether organs of the FRY, or persons acting on its instructions or under its direction or effective control, furnished “aid or assistance” in the commission of the genocide in Srebrenica, in a sense not significantly different from that of those concepts in the general law of international responsibility.”¹⁷²

This is the basis of the holding that the meaning of complicity in the context of genocide did not differ significantly from the provision of “aid and assistance” under Article 16.¹⁷³ Clearly, the Court located the prohibition of complicity in genocide within the general law of international responsibility for aid and assistance.

4.2.1. Substantial Contribution Applied

As argued above, substantiality requirement ought to condition complicity rules. The ICJ paid little attention to the connection between the complicit state’s assistance and the principal’s wrong, though in its factual assessment it asserts that “undoubtedly, the quite substantial aid of a political, military and financial nature provided by the FRY to the RS and the VRS, beginning long before the tragic events of Srebrenica, continued during those events”.¹⁷⁴ The Court held that there is thus little doubt that the atrocities in Srebrenica were committed, at least in part, with the resources, which the perpetrators of those acts possessed as a result of the general policy of aid and assistance pursued towards

¹⁷¹ *Ibid.*, para. 419.

¹⁷² *Ibid.*, para. 420.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*, para. 422.

them by the FRY.¹⁷⁵ Since the Court found that the concept of complicity in the prohibition on state complicity does not differ significantly from the concept of aid or assistance in the law of state responsibility,¹⁷⁶ it can implicitly be read to endorse the nexus requirement in the Article 16.

4.2.2. Provision of Military Aid does not Establish Total Dependence

The ICJ found that while FRY was making its considerable military and financial support available to the RS, neither the RS nor the VRS could be regarded as mere instruments through which the FRY was acting, and thus lacking any real autonomy. The ICJ recognized that while the political, military and logistical relations between the FRY authorities and RS authorities had been strong and close, they were not such that the Bosnian Serbs' political and military organizations should be equated with organs of the FRY.¹⁷⁷ Differences over strategic options emerged at the time between FRY authorities and Bosnian Serb leaders evidenced that the latter "had some qualified, but real, margin of independence".¹⁷⁸ Nor, notwithstanding the very important support given by the FRY to the RS, without which it could not have "conduct[ed] its crucial or most significant military and paramilitary activities"¹⁷⁹, did this signify a total dependence of the RS upon FRY.

4.2.3. Complicit Relationship does not Suffice for Attribution

In both the *Genocide case* and the *Nicaragua case*, the ICJ asserted that a complicit relationship, established by financing, organizing, training, supplying and equipping of an army of another state, is, on a traditional understanding of the rules of attribution, insufficient to render the conduct of the assisted party conduct of the state.¹⁸⁰ Particularly, in the *Genocide case* the ICJ affirmed the

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*, para. 420.

¹⁷⁷ *Ibid.*, para. 394.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Nicaragua case*, para. 109: The Court found that from 1981 until 1984 the US was providing funds for military and paramilitary activities by the *contras* in Nicaragua with the aim to support the opposition front in paramilitary and political operations in Nicaragua. The ICJ held that it was established that the US authorities largely financed, trained, equipped, armed and organized the *contras*. However, there was no clear evidence of the US having actually exercised such a degree of control as to justify treating the *contras* as acting on its behalf. The Court found that the *contras* "constituted an independent force" and that the only element of control that could be exercised by the US was cessation of aid.

need for control, thus rejecting the idea that a complicit relationship may be sufficient to attribute the conduct of non-state groups to the state.¹⁸¹ Similarly, in the *Nicaragua case*, the ICJ held that substantial provision of military and other type of aid by the US to the *contras* did not warrant attributing to the US the acts committed by the *contras* in the course of their military operations in Nicaragua.¹⁸²

4.2.4. Application of the Subjective Element of Complicity

The level of fault required by the primary rule prohibiting state complicity in genocide proved problematic for the ICJ. Indeed, the Court in the *Genocide case* appeared unsure of how to approach the simple question whether the accomplice needs to share in the specific intent of the principal or if, instead, knowledge of that intent is sufficient.¹⁸³ It was on that basis that the Bosnian claim failed.¹⁸⁴ According to the ICJ, the FRY was not found guilty for complicity to genocide simply because it had not been established that at the crucial time, the authorities of the FRY supplied with their aid and assistance the VRS leaders (perpetrators of the genocide) in full awareness that the aid supplied would be used to commit genocide.¹⁸⁵

Regrettably, the Court failed to set out precisely the fault element for complicity in genocide – and possibly Article 16 by implication. Instead, the ICJ merely held that “at the least” complicity requires knowledge.¹⁸⁶ Some scholars have

While various forms of assistance provided to the *contras* by the US have been crucial to the pursuit of their activities, such was insufficient to demonstrate their complete dependence on US aid.

¹⁸¹ *Genocide case*, paras. 369-407.

¹⁸² *Nicaragua case*, para. 115: All the forms of US participation in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the *contras*, and even the general control by the US over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the US directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law. Such acts could well be committed by members of the *contras* without the control of the US.

¹⁸³ *Genocide case*, para. 421.

¹⁸⁴ The ICJ held that the link between the specific intent (*dolus specialis*) which characterizes the crime of genocide and the motives which inspire the actions of an accomplice must be established and that complicity presupposes that the accomplice is aware of the specific intent (*dolus specialis*) of the principal perpetrator. There is no doubt that the conduct of an organ or a person furnishing aid or assistance to a perpetrator of the crime of genocide cannot be treated as complicity in genocide unless at the least that organ or person acted knowingly, that is to say, in particular, was aware of the specific intent (*dolus specialis*) of the principal perpetrator.

¹⁸⁵ *Genocide case*, para. 423.

¹⁸⁶ *Ibid.*, para. 421.

taken this holding to imply that, in general, complicity requires more than knowledge.¹⁸⁷ In determining the appropriate standard, there is the methodological question as to whether one should look to Article 16 or the requirement of fault in international criminal law. There remains an ongoing debate as to whether a standard of knowledge or wrongful intent is required for the rule reflected in Article 16.¹⁸⁸

5. CONCLUSION

Provision of military aid by a state or its political or military leader in contemporary armed conflicts which involve the commission of international crimes may, under certain circumstances, be characterized as complicity in those crimes. Whether such military aid should be considered as amounting to individual criminal responsibility alone, or also state responsibility continues to be challenged in the world of international law. The *Genocide case* provided the ICJ with an opportunity to examine the various aspects of the relationship between state responsibility and individual criminal liability. Regrettably, the Court avoided an in-depth analysis on the matter. The examined case showed that in addressing accomplice liability in the context of provision of military aid, there exist a direct connection between state responsibility and individual criminal responsibility. Specifically, the manner in which international criminal tribunals establish the material element of international crimes is very similar to the manner in which the state act amounting to an international wrongful act is demonstrated. The general context of a violation serves a fundamental role in proving that material element. The assessment of individuals' crimes reveals traits of overlap with the assessment of states' violations.

A comparison of the legal requirements for complicity for State and individual responsibility under international law reveals similarities as well as differences between the two. Firstly, there is no requirement in the law of state responsibility that the aid or assistance should have been essential to the performance of the internationally wrongful act; it is sufficient if it contributed significantly to that act.¹⁸⁹ The standard of significant contribution is similar to that imposed by international criminal law – the accomplice's assistance must have a substantial effect on the commission of the crime.¹⁹⁰ On the other hand, the law of Sta-

¹⁸⁷ Helmut P. Aust, *op. cit.*, p. 236; James Crawford, *op. cit.*, p. 407.

¹⁸⁸ Miles Jackson, *op. cit.*, pp. 135-174.

¹⁸⁹ ILC Report on State Responsibility, Commentary on Article 16 [5], p. 66. On military support to other States, see Helmut P. Aust, *op. cit.*, pp. 129-145.

¹⁹⁰ See, e.g. Simić Appeals Judgment, para. 85; Vasiljević Appeals Judgment, para. 45; Krstić Appeals Judgment, para. 238; Krnojelac Appeals Judgment, para. 51; Blaškić Appeals

te responsibility requires more than the mere provision of aid or assistance to non-State actors for the providing State to be liable for violations committed by such groups. The internationally wrongful acts must have been committed under the instructions or direction of the State, or the group must have been under the State's control, be it "effective" or "overall". Such standard does not apply in case of an individual knowingly providing aid or assistance: in order to be held criminally liable it is not necessary that the aider and abettor issued instructions to, or exercised control over, the direct perpetrators of international crime.

Further differences are revealed in terms of the culpable provision of aid or assistance. On the one hand, individuals must know that their acts assist the commission of a specific crime and have a substantial effect on its commission. By contrast, for States that knowingly provide aid or assistance to another State, it must be shown that the relevant State organ by providing the aid or assistance, intended to facilitate the occurrence of the wrongful conduct. The criterion of intent could well stand in the way of holding complicit States responsible in a number of cases.

If one holds that the applicable international criminal law standard in terms of *actus reus* of aiding and abetting international crimes needs to be that the aid was "specifically directed" to the commission of the crime, the "specifically directed" standard is, coincidentally, almost identical to the standard for state complicity and for attribution in the Articles of State Responsibility. It may be that an effort to synchronize the requirements of both forms of responsibility lay at the heart of *Perišić*, even if this meant raising the threshold requirement for individual responsibility. It would seem logical that a State should also be responsible for acts of its officials, which invoked liability under international criminal law. The emphasis on "specific direction" by the Appeals Chamber in *Perišić* did not require that the accomplice directed the crimes of the actual perpetrators, but rather that the assistance itself was directed towards those crimes. It entailed a raising of the aiding and abetting standard by insisting on a purposive element, one which has not been accepted in subsequent jurisprudence, although it is arguably required by the Rome Statute.

Many serious violations of international law should invoke international responsibility of the state as well as individual criminal responsibility of the persons who have committed the said violations, either as officials, agents, or in any other respect. As demonstrated by the *Perišić* case, the provision of military aid could be said to necessarily entail the implementation of a state policy, and should therefore be considered as an act of state in addition to an act of an individual. However, by rejecting the specific direction standard in relation

Judgment, para. 48; Tadić Appeals Judgment, para. 229.

to complicity, the *Perišić* Trial Judgement and *Taylor* judgments expose the disconnection of individual responsibility from state responsibility and add to the complexity and uncertainty. It would seem that the ICTY Trial Chamber in *Perišić* and the SCSL regard individual responsibility as the result of an autonomous development of principles of individual criminal responsibility, which does not need to be derived from responsibility of the state. Yet, it remains conceptually problematic to disconnect the responsibility of a military or a state leader, particularly if his acts can only be explained by the fact that he acted for the state, entirely from the responsibility of the state itself.

The current system calls for a full appreciation of the mutual relationship and coexistence of the two systems. New developments in international criminal law should affect the rules governing the responsibility of the states in this regard. If military and political leaders are to be held responsible for implementing the state policy of provision of military aid to another state/its armed forces in an armed conflict situation, then the assisting state should also be held responsible for that conduct. In other words, the determination of individual criminal responsibility for complicity in the commission of international crimes through provision of military aid should entail the presumption of state responsibility for the same act.

VOJAŠKA POMOČ KOT UDELEŽBA PRI MEDNARODNIH HUDODELSTVIH: OSEBNA ODGOVORNOST POSAMEZNIKA ALI ODGOVORNOST DRŽAVE?

Tina Drolec,

univerzitetna diplomirana pravnica, LL.M. (University of Amsterdam, Amsterdam Law School, Nizozemska), odvetnica v Odvetniški pisarni Ulčar & partnerji, študentka doktorskega študija na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

Države po vsem svetu iz različnih strateških vzgibov ena drugi nudijo vojaško pomoč in tehnično podporo v oboroženih spopadih, v katerih prihaja do mednarodnih hudodelstev. Članek se ukvarja z vprašanjem, ali politične odločitve države o nujenju take vojaške pomoči štejejo za dejanja države in jih je torej treba presojeti na podlagi mednarodnega prava odgovornosti držav, ali pa jih je treba presojeti na podlagi pravil o osebni kazenski odgovornosti v mednarodnem kazenskem pravu. V tem okviru je cilj članka izpostaviti in razjasniti očitno napetost med obstoječimi pravili, ki se nanašajo na nujenje vojaške pomoči, kot izhajajo iz mednarodnega kazenskega prava, na eni strani, in iz prava odgovornosti držav za mednarodno protipravna dejanja na drugi strani. Sodobna mednarodna praksa je osredotočena na osebno kazensko odgovornost posameznega vojaškega ali političnega voditelja, medtem ko ostaja odgovornost držav nejasna. Omenjeno napetost članek preučuje v luči sodobnih normativnih sprememb na področju mednarodnega kazenskega prava. Sodobna sodna praksa mednarodnih kazenskih sodišč namreč razkriva nasprotujoče si odločitve v zvezi z osebno kazensko odgovornostjo političnih in/ali vojaških voditeljev zaradi zagotavljanja vojaške pomoči drugi državi ali nedržavnim oboroženim skupinam v drugi državi v situacijah oboroženih spopadov.

Članek se osredotoča zlasti na vprašanje, ali nujenje vojaške pomoči nujno vključuje uveljavljanje državne politike in bi jo bilo zato treba dojemati (tudi) kot dejanje države, ne (samo) kot dejanje posameznika. Članek predstavi em-

pirično študijo izbranega primera sodobnih oboroženih spopadov in vlogo tretjih držav kot morebitnih udeležencev pri izvršitvi mednarodnih hudodelstev v kontekstu teh spopadov.

Analiza različnih teoretskih pristopov k odnosu med državno in osebno odgovornostjo za mednarodna kazniva dejanja razkriva, da je strokovna literatura na tem področju nepopolna. Med režimoma državne in osebne odgovornosti nedvomno obstaja povezava, hkrati pa obstaja tudi možnost, da oba režima obstajata in delujeta vzporedno. Resne kršitve temeljnih načel mednarodnega prava predvidevajo tako osebno kazensko odgovornost kot odgovornost države. Cilj članka je pokazati, da mora na področju nujenja vojaške pomoči v oboroženih spopadih, v katerih prihaja do mednarodnih hudodelstev, obstoječi sistem v polni meri upoštevati medsebojni odnos in so-obstoj obeh sistemov.

V primeru ugotavljanja odgovornosti za udeležbo v obliki nujenja vojaške pomoči obstaja tesna zveza med odgovornostjo držav in osebno kazensko odgovornostjo. Analiza se zato osredotoča na vprašanje, ali je mogoče nujenje pomoči drugi državi ali oboroženim skupinam z namenom vojskovanja enačiti s »pomočjo in napeljevanjem« k hudodelstvu, storjenim med takšnim oboroženim spopadom. To vprašanje ostaja predmet burnih razprav v mednarodnem pravu. Mednarodno pravo ne daje jasnega odgovora na vprašanje, ali zunanje politike, ki vodijo v nujenje različnih oblik vojaške pomoči, avtomatično pomenijo udeležbo v mednarodnih hudodelstvih zgolj na podlagi dejstva nujenja takšne pomoči. Koncept vojaške pomoči je širok in zajema različne stopnje vpletenosti države donatorke. Tako na primer vključuje varnostno pomoč v smislu, da ena vlada drugi nudi vojaška sredstva ali storitve brezplačno, pa tudi v zameno za druga materialna sredstva ali proti plačilu. Nujenje tovrstne vojaške pomoči drugi državi, ki pridobljeno pomoč uporabi pri izvršitvi kršitev mednarodnega prava, lahko vodi v odgovornost države donatorke ne glede na to, v kakšni obliki je pomoč dana. Različne oblike in stopnje te pomoči pa lahko vplivajo na odločitev o tem, ali država donatorka nosi odgovornost za vpletenost v dejanje države prejemnice ali ne.

Sodbi sodnega in pritožbenega senata Mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo (MKSJ) v primeru *Perišić*¹ ponujata podlago za morebitno razširitev novo razvitih standardov za odgovornost za udeležbo pri hudodelstvih na področje odgovornosti držav, hkrati pa predstavlja skoraj vzporeden na tem področju primer *Uporaba konvencije o Genocidu* (v nadaljevanju

¹ MKSJ, *Tožilec v Momčilo Perišić*, sodba sodnega senata z dne 6. septembra 2011 in sodba pritožbenega senata z dne 28. februarja 2013.

»primer *Genocid v BiH*«² pred Meddržavnim sodiščem v Haagu (v nadaljevanju: MDS). Obravnavani empirični primer pokaže, da je treba v primeru ugotavljanja odgovornosti za udeležbo pri najhujših kršitvah mednarodnega prava ta dva režima odgovornosti obravnavati hkrati.

Članek je zasnovan na predpostavki, da je nudenje vojaške pomoči v sodobnih oboroženih spopadih, v katerih prihaja do mednarodnih hudodelstev, pod določenimi pogoji mogoče opredeliti kot udeležbo pri teh hudodelstvih. Kar se tiče pravil, ki urejajo osebno kazensko odgovornost političnih in vojaških voditeljev v tem smislu, nekaj smernic ponuja sodna praksa mednarodnih sodišč in tribunalov, zlasti nedavni sodbi sodnega senata MKSJ v obravnavanem primeru *Perišić*³ in sodbi sodnega in pritožbenega senata Posebnega sodišča za Sierro Leone (SCSL) v primeru *Charles Taylor*⁴, ki ambiciozno začrtajo nove meje ter postavljajo nižje standarde za presojo odgovornosti vojaških in političnih voditeljev zaradi nujenja vojaške pomoči tuji državi ali nedržavnim delovalcem v tuji državi. K nejasnosti glede obravnave omenjenega vprašanja odgovornosti za udeležbo je z zagovarjanjem strožjih standardov za osebno odgovornost za pomoč in napeljevanje pripomogla sodba pritožbenega senata MKSJ v primeru *Perišić*. Analiza sodne prakse MKSJ in Mednarodnega kazenskega sodišča za Ruando (MKSR) razkriva, da mednarodna kazenska sodišča vse do primera *Perišić* niso obravnavala primerov kazenske odgovornosti posameznika, obtoženega za pomoč in napeljevanje v primeru storitve vojnih hudodelstev, hudodelstev proti človečnosti ali genocida, z nudenjem vojaške pomoči drugi državi ali nedržavnim delovalcem v drugi državi. Sodna praksa MDS pa ponuja zgolj nekaj smernic glede vprašanja nujenja vojaške ali druge pomoči drugi državi, konkretno, v sodbah v primeru *Vojaške in paravojaške aktivnosti v in proti Nikaragvi*⁵ (v nadaljevanju »primer *Nikaragva*«) in v primeru *Genocid v BiH*.⁶

² MDS, *Genocid v BiH (BiH v Jugoslavija)*, predhodni ugovori, sodba, 11. julija 1996, I.C.J. Reports 1996, str. 595 in naslednje; MDS, *Zahtevek za revizijo sodbe z dne 11. julija 1996 v primeru Genocid v BiH (BiH v Jugoslavija)*, predhodni ugovori, sodba z dne 3. februarja 2003, I.C.J. Reports 2003, str. 7 in naslednje; MDS, *Genocid v BiH (BiH v Srbija in Črna Gora)*, sodba v glavni stvari z dne 26. februarja 2007.

³ MKSJ, *Tožilec v Momčilo Perišić*, sodba sodnega senata z dne 6. septembra 2011.

⁴ SCSL, *Tožilec v Charles Taylor*, sodba sodnega senata z dne 26. aprila 2012 in sodba pritožbenega senata z dne 26. septembra 2013.

⁵ MDS, *Vojaške in paravojaške aktivnosti v in proti Nikaragvi (Nikaragva v ZDA)*, sodba v glavni stvari, 27. junij 1986, I.C.J. Reports 1986.

⁶ MDS, *Genocid v BiH (BiH v Jugoslavija)*, predhodni ugovori, sodba, 11. julija 1996, I.C.J. Reports 1996, str. 595 in naslednje; MDS, *Zahtevek za revizijo sodbe z dne 11. julija 1996 v primeru Genocid v BiH (BiH v Jugoslavija)*, predhodni ugovori, sodba z dne 3. februarja 2003, I.C.J. Reports 2003, str. 7 in naslednje; MDS, *Genocid v BiH (BiH v Srbija in Črna Gora)*, sodba v glavni stvari z dne 26. februarja 2007.

Za vzpostavitev odgovornosti posameznika za pomoč in napeljevanje k mednarodnim hudodelstvom je treba dokazati, da je nudil praktično pomoč, spodbudo ali moralno podporo glavnemu storilcu, ki je imela znaten učinek na izvršitev kaznivega dejanja.⁷ Pomoč je lahko logistična (dobava orožja in/ali vojaške opreme, goriva, neupravičenih donacij), tehnična ali osebna pomoč (preskrba ali urjenje osebja, financiranje, namestitve vojaških enot). Nudjenje pomoči s strani države v nasprotju z njenimi mednarodnopravnimi obveznostmi je MDS opisalo kot:

»zbiranje, urjenje, oboroževanje, opremljanje, financiranje, preskrba ali druge oblike spodbujanja, podpiranja, pomoči ali usmerjanja vojaških in paravojaških aktivnosti v drugi državi«.⁸

Obravnavani empirični primer pokaže, da bi bilo treba nedavne normativne spremembe v mednarodnem kazenskem pravu na tem področju upoštevati tudi pri razvoju in uporabi pravil, ki urejajo mednarodno odgovornost držav: če so politični in vojaški voditelji osebno kazensko odgovorni za dejanja, ki pomenijo uveljavljanje državne politike glede nudenja vojaške pomoči tuji državi oziroma nedržavnim delovalcem v situacijah oboroženih spopadov, so tudi države odgovorne za enaka dejanja. Povedano drugače, ugotavljanje (vzpostavitev) osebne kazenske odgovornosti za udeležbo pri mednarodnih hudodelstvih z nudenjem vojaške pomoči bi moralo vključevati tudi ugotavljanje (vzpostavitev) odgovornosti države za enako dejanje.

⁷ MKSJ, *Tožilec v Mrkšić in Šljivančanin*, sodba pritožbenega senata z dne 5. maja 2009, odst. 81; MKSJ, *Tožilec v Blagojević in Jokić*, sodba pritožbenega senata z dne 9. maja 1997, odst. 127, 188, navajajoč sodbo sodnega senata v primeru *Tožilec v Furundžija* z dne 21. julija 2000, odst. 249; MKSJ, *Tožilec v Blaškić*, sodba pritožbenega senata z dne 29. julija 2004, odst. 45; MKSJ, *Tožilec v Simić*, sodba pritožbenega senata z dne 28. novembra 2006, odst. 85.

⁸ MDS, *Vojaške in paravojaške aktivnosti v in proti Nikaragvi (Nikaragva proti ZDA)*, sodba v glavni stvari, 27. junija 1986, I.C.J. Reports 1986.

PRAVNA ANALIZA POGODBE O RAČUNALNIŠTVU V OBLAKU

Tadeja Pirnat Battelli,

*univerzitetna diplomirana pravnica,
odvetniška pisarna Rucellai & Raffaelli, Milano*

1. UVOD

Ne glede na opredelitev storitve računalništva v oblaku, bodisi da je računalništvo v oblaku skupek računalniških sredstev (angl. *utility computing*), namenjenih shranjevanju, upravljanju in arhiviranju podatkov, bodisi preprosteje, da je računalništvo v oblaku celotna potrošnja zunaj požarnega zidu (angl. *consuming outside the firewall*), imajo vse vrste in modeli te storitve nekatere skupne značilnosti. Te so: povečanje zmogljivosti računalnika brez naložb v novo infrastrukturo, brez usposabljanja novih kadrov in brez pridobivanja licenc za uporabo posamezne programske opreme; plačevanje storitve po uporabi (angl. *pay-per-use*) na podlagi pogodbenega razmerja med ponudnikom in naročnikom (angl. *on-demand service*); dosegljivost storitev vsakomur in vsepovsod v realnem času prek interneta; ter dinamičnost in nadziranost storitev.¹

Namen posebnega načina poimenovanja različnih računalniških virov s kratice angleških izrazov je natančno opisati in prikazati glavne lastnosti in funkcije storitve. Vsaka od ponujenih oblik je v nenehnem razvoju in nadgradnji, kar je nepremagljiva ovira pri nastavitvi »stebrov« dinamične storitve računalništva v oblaku. V nadaljevanju so predstavljene tri osnovne oblike storitve (angl. *service models*):

¹ <www.infoworld.com/d/cloud-computing/what-cloud-computing-really-means-031> (18. 3. 2015).

- **Software as a Service (SaaS):**² programska oprema kot storitev, naložena v oblak;³ uporabnik nima možnosti sam razvijati programske opreme in je pri uporabi in nadzoru zelo omejen (najvidnejši primer take storitve je Gmail);
- **Platform as a Service (PaaS):**⁴ platforma kot storitev, ki je lahko skupek različnih programov, orodij in druge strojne računalniške opreme, ki jo ponuja ponudnik, uporabnik pa na tej operacijski opremi programske rešitve (najvidnejši primer take storitve je Google App Engine) razvija in uporablja sam;
- **Infrastructure as a Service (IaaS):**⁵ uporaba virtualnih strojnih virov kot storitev, ki jo uporabnik najame, na katerih lahko po lastni želji uporablja operacijske sisteme in programske rešitve (najvidnejši primer take storitve je Amazon Web Services).

Oblike storitev računalništva v oblaku, ki so sorodne osnovnim oblikam, vendar niso omejeno le nanje, so **Desktop as a Service (DaaS)**,⁶ pri kateri gre za obliko infrastrukture virtualnega namizja kot storitev, ki jo upravlja tretja oseba, tj. ponudnik DaaS (angl. *DaaS Provider*) (najvidnejša primera take storitve sta Amazon Work Spaces in AppStream); **Metal as a Service (MaaS)**,⁷ pri kateri gre za operacijski sistem, zasnovan na podlagi *Canonical system*⁸ (tj. nameščanje, upravljanje in stopnjevanje operacijskih sistemov prek enega ali več t. i. strežnikov *Ubuntu*) z namenom, da lajša in avtomatizira dinamično oskrbovanje podatkov v računalniških okoljih, angl. *big data workloads* (najvidnejši primer take storitve je Ubuntu 12.04 LTS);⁹ in **Disaster Recovery as a Service (DRaaS)**,¹⁰ pri katerem gre za obliko infrastrukture fizičnih in virtualnih strežnikov na drugem kraju (angl. *off-site*),¹¹ ki jo zagotavlja tretja oseba, za pri-

² Peter Mell, Timothy Grance: The NIST Definition of Cloud Computing. Recommendations of the National Institute of Standards and Technology, september 2011, str. 2.

³ Oblak je videti kot skladovnica strežnikov, naloženih eden na drugega, na katerem velja večnajemniško pogodbeno razmerje (angl. *multi-tenant model*) naročnikov. <www.microsoft.com/enterprise/microsoftcloud/platform/default.aspx#fbid=m3mVjaETu5g> (29. 3. 2015).

⁴ P. Mell, T. Grance, nav. delo, str. 2.

⁵ P. Mell, T. Grance, nav. delo, str. 3.

⁶ <www.searchvirtualdesktop.techtarget.com/definition/desktop-as-a-service-DaaS> (3. 4. 2015).

⁷ <www.maas.ubuntu.com/> (21. 4. 2015).

⁸ <www.canonical.com/> (19. 4. 2015).

⁹ Prav tam.

¹⁰ <www.datacenterknowledge.com/archives/2011/10/27/cloud-based-disaster-recovery-as-a-service-options/> (2. 4. 2015).

¹¹ Angleški izraz *off-site* opisuje stanje, v katerem se strežniki ponudnika storitve računalništva v oblaku DRaaS fizično nahajajo drugje in tako ponudniku omogočajo

mere nevarnosti izgube podatkov po naravnih nesrečah ali zaradi človekovega posredovanja (eden od primerov te storitve je VMware).¹² Obstajata tudi dve zelo nenavadni obliki računalništva v oblaku, t. i. *Green Cloud Computing*¹³ in *Cloud Computing Deep Dive*.¹⁴

Namestitveni modeli storitev računalništva v oblaku (angl. *deployment model*) prerazporedijo strukturo in lastništvo računalniških virov na različne izvajalce in v skladu s pogodbenim razmerjem v zvezi z upravljanjem storitve vsakemu od njih dodelijo pravice in odgovornosti. Namestitvenih modelov je več oblik, osnovne štiri so:

1. **zasebni oblak** (angl. *private cloud*):¹⁵ infrastruktura je v zasebni lasti podjetja ali druge pravne osebe. Obstajata dve vrsti zasebnega oblaka. Notranji zasebni oblak (angl. *on-premises private cloud*) pomeni, da je oblak v zasebni lasti določene organizacije, nahaja se na njenem registriranem sedežu in ji omogoča popoln nadzor, lastništvo in dostop do storitve računalništva v oblaku. Drugi tip je zunanji zasebni oblak (angl. *externally hosted private cloud*) in pomeni, da je oblak prav tako v zasebni lasti določene organizacije, upravljanje storitve pa je s pogodbenim razmerjem zaupano tretjemu, ki je specializiran za upravljanje z osebnimi podatki in s storitvijo;
2. **javni oblak** (angl. *public cloud*):¹⁶ infrastruktura je specializirana za ponujanje storitev splošni javnosti, ki je v lasti in/ali pa jo upravlja bodisi zasebno podjetje bodisi javna organizacija ali druga vladna organizacija. Fizično se nahaja na registriranem sedežu ponudnika (ta ni nujno lastnik javnega oblaka), uporabniki pa žal nimajo nikakršnega nadzora nad lokacijo infrastrukture, ki je pogosto splet skupnih računalniških virov, ki omogočajo zagotovo in ekonomično storitev;
3. **hibridni oblak** (angl. *hybrid cloud*):¹⁷ infrastruktura je sestavljena iz dveh ali več različnih vrst oblaka, pri kateri ima ponudnik najeti prostor v jav-

popolno izvajanje načrta za obnovo storitve po naravni nesreči pri popolnem ali delnem uničenju infrastrukture.

¹² <www.searchcloudcomputing.techtarget.com/news/2240218929/IBM-VMware-DRaaS-automate-disaster-recovery-in-the-cloud> (2. 4. 2015).

¹³ *Green Cloud Computing* je kombinacija tehničnih sredstev računalništva v oblaku, ki omogoča manjšo porabo električne energije, nižje emisije iz objektov, v katerih se fizično nahajajo strežniki itd. <www.searchcloudprovider.techtarget.com/guides/Go-green-or-go-home-Green-cloud-computing-guide-for-service-providers> (2. 4. 2015).

¹⁴ *Cloud Computing Deep Dive* je kombinacija tehničnih sredstev računalništva v oblaku, ki omogočajo zelo visoko varnost storitve. <www.infoworld.com/d/cloud-computing/download-the-cloud-security-deep-dive-660> (2. 4. 2015).

¹⁵ P. Mell, T. Grance, nav. delo, str. 3.

¹⁶ Prav tam.

¹⁷ Prav tam.

nem oblaku za nekritične storitve računalništva (na primer interakcija s posameznimi odjemalci ciljnega trga podjetja), kritične storitve (na primer upravljanje osebnih podatkov odjemalcev) pa ohrani v zasebnem oblaku, ki ostane v njegovi lasti. Največji izziv za ponudnika je integracija obeh vrst oblakov, zasebnega in javnega oblaka, vendar je to hkrati tudi njegova prednost, saj je tako omogočena visoka kakovost in varnost storitve računalništva v oblaku;

4. **skupnostni oblak** (angl. *community cloud*):¹⁸ infrastruktura je sestavljena iz različnih zasebnih oblakov in je namenjena specifični rabi posamezne skupnosti ali med seboj povezanih več skupnosti in/ali organizacij s skupnim interesom. Je v lasti in/ali upravljanju in/ali nadzoru teh med seboj povezanih skupnosti, tretjega ali kombinacije obeh; nahaja se lahko na registriranem sedežu upravljavca, ni pa nujno.

2. POGODBA O RAČUNALNIŠTVU V OBLAKU

2.1. Splošno o pogodbi o računalništvu v oblaku

Pogodba o računalništvu v oblaku je pogodba, s katero se ponudnik zaveže proti plačilu po uporabi ali brezplačno nuditi dinamično storitev računalništva v oblaku po naročilu naročniku, ki je bodisi fizična oseba (t. i. B2C),¹⁹ majhno in srednje veliko podjetje ali veliko podjetje (t. i. B2B)²⁰ bodisi vladna organizacija ali drugo javno podjetje. Pogodba ni kodificiran tip pogodbe, zato je za potrebe pravne varnosti pogodbenih strank in ugotovitve izpolnitvenih pogodbenih ravnanj potrebna pravna analiza obstoječih pogodbenih modelov z uporabo obligacijskega prava, prava elektronskega poslovanja, potrošniškega prava in prava varstva osebnih podatkov. Pravna analiza računalništva v oblaku zato pomeni analizo oblike pogodbe, načina sklenitve, predmeta pogodbe in njenih sestavin, ravni storitve, vrste pogodbene obveznosti, obdelovanja, upravljanja in varstva osebnih podatkov, pravic do odstopa od storitve, obveznosti ponudnika obveščanja naročnika na storitev in analizo drugih logistično-tehničnih ukrepov in postopkov. Pri pravni analizi pogodbe o računalništvu v oblaku sta še zlasti pomembni vprašanji, kako struktura pogodbe vpliva na naročnika pri sklepanju pogodbe in kakšno odškodninsko odgovornost prevzame nase ponudnik prek pogodbenega razmerja.

¹⁸ Prav tam.

¹⁹ Elektronsko poslovanje s končnimi porabniki.

²⁰ Elektronsko poslovanje med podjetji.

2.2. Posebnosti pogodbe o računalništvu v oblaku

Pravna analiza posameznega obligacijskega razmerja, ki ni zakonsko urejeno in ne pomeni posebnega kodificiranega tipa pogodbe, se opravi v vseh primerih, ko je treba določiti, katero tipično pravno pravilo, določeno v Obligacijskem zakoniku (OZ),²¹ je mogoče uporabiti za opredelitev pravne narave takega netipičnega pogodbenega razmerja. To so skoraj vsa kompleksna gospodarska globalna razmerja, ki izvirajo iz pravnih sistemov s tradicijo *common law* in katerih predmet je skupek različnih in med seboj prepletenih storitev, po katerih je visoko povpraševanje. Ta razmerja so urejena s posebnimi pravnimi pravili in oblikujejo vrsto pogodbenega obligacijskega razmerja, označenega s pojmom inominatne ali brezimenske pogodbe, torej tiste, ki niso kodificirane ne v posebnih zakonih ne v OZ. Vendar ali je mogoče pogodbam računalništva v oblaku pripisati splošne določbe obligacijskega prava ali je morda treba določiti posebno vrsto *ad hoc* ter jih izključiti iz inominatnih pogodb? Zadoštujejo za opredelitev njihove pravne narave tipska pravna pravila civilnega prava ali gre za izvajanje splošnih pravnih načel in pravnih standardov iz pravnega sistema s tradicijo *common law*? Pogodbeno razmerje o računalništvu v oblaku vsekakor vodijo splošna načela civilnega prava, kot so avtonomno urejanje pogodbenega razmerja, načelo vestnosti in poštenja, načelo skrbnega ravnanja, prepoved zlorabe pravic, načelo enake vrednosti dajatev, dolžnost izpolnitve obveznosti, prepoved povzročanja škode, mirno reševanje sporov ter spoštovanje poslovnih običajev in poslovne prakse med udeleženci.²² Zakaj torej tipska pravna pravila OZ in splošna načela civilnega prava za pogodbe o računalništvu v oblaku niso dovolj za popolno opredelitev njihovih pogodbenih določb? Razlogov je veliko, vendar jih je mogoče v grobem strniti v tri motive.

Prvi je najvidnejši, in sicer ta pogodbeni pravna razmerja izvirajo iz pravnih sistemov s tradicijo *common law*. To je razvidno že iz naslovov teh pogodbenih modelov, ki se pogosto končajo s končnico *-ing*: *leasing*, *factoring*, *engineering*, *franchising*, *outsourcing* itd. Tudi pogodba o računalništvu v oblaku (angl. *cloud computing contract*) izvira oziroma ima lastnosti pogodbe o gostovanju (angl. *hosting contract*), pogodbe o zunanjem izvajanju (angl. *outsourcing contract*) in licenčne pogodbe (angl. *license contract*).²³

Drugi motiv je globalno avtonomno dinamično urejanje pogodbenih razmerij elektronskega poslovanja, ki je v navzkrižju z nacionalnim togim obligacijskim

²¹ Ur. l. RS, št. 83/01.

²² Nina Plavšak, Miha Juhart, Renato Venčur: Obligacijsko pravo – splošni del. GV Založba, Ljubljana 2009, str. 166–169.

²³ <www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22926/SILALAHix-xMaster.pdf.pdf?sequence=1> (24. 3. 2015).

pravom, kodificiranim v duhu sistema, osredinjenega predvsem na potrošnjo, medtem ko so bile investicije zapostavljene.

Tretji motiv pa je delitev načina poslovanja na osnovne dejavnosti, tj. osrednjo dejavnost (ang. *core business*) in zunanje izvajanje preostalih dejavnosti (angl. *outsourcing*).

Zakaj torej ob poznavanju, da uveljavljeni kodificirani pogodbeni tipi niso dovolj, ne pride do kodifikacije v posebnih zakonih opisani novi gospodarsko-socialni pogodbeni pojavi tudi na nacionalni ravni? Obravnavam tematiko, ki je za evropskega zakonodajalca »sovražna«, ker je ni mogoče uokviriti z dispozitivnimi tipskimi pravnimi pravili in jo je težko podrediti metodam razlage pogodb in pri tem ohraniti dinamičnost pojava. Najvidnejši primer takega poskusa je pripisovanje (s pridržkom) pogodbi o leasingu lastnosti zakupne (587. člen OZ) in prodajne pogodbe (438. člen OZ) in jo tako opredeliti kot mešano atipično zakupno-prodajno pogodbo.

Pogodbeni modeli, ki izvirajo iz pravnih sistemov s tradicijo *common law*, so samozadostni in popolni. Pristop k določanju modelov takega pogodbenega razmerja ne nastane prek zakonskega evropskega okvira, ki se ga tudi načrtno ignorira, ampak izhaja iz »žive materije«, tj. načina poslovanja prek interneta, ki pomeni najvišjo optimizacijo stroškov za najučinkovitejšo ponudbo storitve. Ko imamo opravka s pogodbami »brez nacionalnosti«, katerih naloga je uresničiti enotnost prava znotraj enotnosti trga na globalni ravni, nima smisla razviti nacionalni pravni sistem, v katerega se ga umesti. To pa ne pomeni, da se na nacionalni ravni slepo sprejme pogodbene modele, ki izvirajo iz pravnih sistemov s tradicijo *common law*. V vsakem primeru je nujna kritična pravna analiza pogodbe o računalništvu v oblaku z vidika slovenskega pravnega sistema.

2.3. Oblika in sklenitev pogodb

Za pogodbeno razmerja računalništva v oblaku je značilna standardna oblika pogodbe. Gre za t. i. tipizirane oziroma adhezijske pogodbe, pri katerih se pogajanja omejujejo le na dejstvo, da udeleženec sprejme enostransko standardizirano ponudbo drugega udeleženca obligacijskega razmerja.²⁴ Tak način sklenitve pogodbe prek splošnih pogojev se imenuje sklenitev s pristopom. O pogodbeni svobodi je zelo težko govoriti pri sklepanju tipiziranih in vnaprej izdelanih pogodbah, saj pri sestavi oba udeleženca ne sodelujeta enako pomensko. Na pogodbeno vsebino vplivajo tudi gibanje trga in specializirani strokovnjaki, pri čemer ima prvi dejavnik čedalje večjo moč.²⁵ V praksi je

²⁴ Stojan Cigoj: Teorija obligacij – splošni del obligacijskega prava. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2003, str. 147.

²⁵ S. Cigoj, nav. delo, str. 94.

tak način nastajanja pogodbe o storitvi, po kateri je veliko povpraševanja, pogost. Skratka, ko govorimo o obliki pogodbe, govorimo pravzaprav o načinu sklenitve pogodbe. Standardna oblika pogodbe, katere predmet je storitev v javnem oblaku ponujena nedoločenemu številu naročnikov (angl. *multi-standard contracts*),²⁶ je za potrošnika cenovno ugodnejša rešitev, saj je pogosto neplačljiva ali pa zanemarljivo poceni, vendar pa pri taki ponudbi naročnik na vnaprej določena pogodbeno določila ne more vplivati.²⁷

Drugi način sklenitve pogodbe je prek pogajanj. Izhodišče pogajanj je standardna oblika pogodbe storitve računalništva v zasebnem oblaku, ponujena določeni organizaciji (angl. *single contract*). Pogajanja pred sklenitvijo pogodbe po slovenskem pravu ne zavezujejo in jih lahko stranka prekine, kadarkoli želi. Stranka, ki se je pogajala brez namena skleniti pogodbo oziroma je brez utemeljenega razloga opustila pogajanja, vsekakor odgovarja za škodo, povzročeno drugemu udeležencu (20. člen OZ). V pravnih sistemih s tradicijo *common law* se stranki glede storitve računalništva v oblaku pogajata o treh R-ih: *risk, relationship in result*²⁸ (tveganje, pogodbeno razmerje in delovanje storitve). Pogajanja so, v nasprotju s prvim načinom sklenitve pogodbe, dolga, naporna in od udeleženca zahtevajo veliko kupno moč ter pogajalsko in strokovno pripravljenost.²⁹ Pogodba, sklenjena prek pogajanj, ima lahko različne oblike: sklenitev pogodbe bodisi prek interneta na daljavo bodisi prek sočasne

²⁶ <www.anassutzi.com/articles/search-articles/179-what-is-cloud-computing-an-overview-of-legal-and-commercial-issues.html> (11. 4. 2015).

²⁷ Vnaprej določena pogodbeno določila so: pravica do odstranitve osebnih podatkov, če ponudnik oceni, da ogrožajo varnost storitve; odgovornost za varstvo podatkov ponudnik omejuje izključno na tisto, kar zahteva zakon; ponudnik ima pravico do spremembe storitve; storitev pogosto ni časovno omejena; ponudnik ni odgovoren za morebitno izgubo podatkov; mnogo ponudnikov ne ponuja nadzora nad strukturami računalniških virov, ki jih delijo z drugimi ponudniki računalništva v oblaku in se tudi ne ozirajo na dejstvo, da imajo drugi ponudniki dostop do osebnih podatkov vseh potrošnikov, ki si delijo javni oblak. Slednje je tudi največji problem računalništva v oblaku in najtežje pri ugotavljanju in dokazovanju morebitne »zlorabe« uporabe osebnih podatkov.

²⁸ Prek pogajanj o treh R-ih se pogosto odvijajo različni scenariji o vsebinah storitve: naročnik si bo lahko pridobil pravico kadarkoli zahtevati spremembo storitve, ponudnik pa pravico do odstranitve osebnih podatkov in prekinitve storitve, ko o tem obvesti naročnika; naročnik bo lahko zahteval široke garancije, ponudnik pa v zameno finančno stabilnost naročnika in časovno omejitev zahtevane garancije delovanja storitve; naročnik bo po vsej verjetnosti vztrajal na odškodninski odgovornosti ponudnika za primere izgube osebnih podatkov, opravljanju varnostnih kopij, obnovitev storitve po (naravni) nesreči, ponudnik pa bo v zameno temu prilagodil ceno storitve; naročnik z visoko pogajalsko močjo si bo prek pogajanj pri ponudniku pridobil svoj račun in svojo skupino strokovnjakov, ki bodo upravljali s storitvijo, imeli pravico do nadzora in soodločanja pri izboljšavi storitve.

²⁹ <www.anassutzi.com/articles/search-articles/182-negotiating-cloud-computing-contracts.html> (11. 4. 2015).

fizične prisotnosti ponudnika oziroma njegovega pooblaščenega zastopnika in naročnika oziroma njegovega pooblaščenega zastopnika.

Naročnik storitev računalništva v oblaku, ponujeno v javnem oblaku nedoločnemu številu potrošnikov, sprejme preko metode *click-wrap*, izdelane prek splošnih pogojev poslovanja. V preambuli analizirane pogodbe *AWS Customer Agreement* je določen način sklenitve pogodbe, in sicer:

»This Agreement takes effect when you click an 'I accept' button or check box presented with these terms or, if earlier, when you use any of the Service Offerings (the »Effective Date«) [...]»³⁰

To pomeni, da je čas sklenitve pogodbe trenutek, ko naročnik na svojem osebнем računalniku pritisne na ikono »Sprejem« oziroma potrdi polje, namenjeno za sprejem pogodbenih pogojev, ali z uporabo storitve, tj. »Datum začetka veljavnosti«. Metoda *click-wrap* torej pomeni način trenutne sklenitve pogodbe prek elektronskega portala s preprosto izmenjavo elektronske pošte v skladu s sedmim odstavkom 7. člena Zakona o elektronskem poslovanju na trgu (ZEPT).³¹ Naročilo v elektronski obliki se šteje za prejeto, ko je naročniku omogočen dostop do takega potrdila (peti odstavek 7. člena ZEPT). Ob tem je treba omeniti pomanjkljivost obveznosti, naj se pogodba sklepa prek elektronskega sporočila, ki je enakovredna pisni obliki, opremljena z elektronskim podpisom. Elektronski podpis je urejen z Zakonom o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu (ZEPEP),³² ta pa ne določa obveznosti sklenitve pogodbe o računalništvu v oblaku z varnim elektronskim podpisom, overjenim s kvalificiranim podpisom, tj. tistim, ki je enakovreden lastnoročnemu podpisu (15. člen ZEPEP). Menim, da za veljavno sklenitev pogodbe zadošča elektronsko sporočilo, prek katerega se lahko naročnik seznani z vsebino pogodbe. Menim, da varen elektronski podpis kljub kvalificiranemu potrdilu ne pripomore k že danemu soglasju naročnika in je zaradi dodatnih stroškov in zamudnega postopka overitve elektronskega podpisa pri elektronskem poslovanju zgolj ovira. Sklepanje pogodb v elektronski obliki zavezuje ponudnika storitve, tako da mora pogodbeno določila in splošne pogoje zagotoviti v taki obliki, da jih lahko prejemnik storitve shrani in reproducira (prvi odstavek 7. člena ZEPT). To ni edini in niti ne nujen način sklenitve pogodbe, je pa najpogostejši, še zlasti kadar je ponudnik storitve mednarodni in vseprisotni velikan informacijsko-komunikcijske tehnologije, katerega način poslovanja je globalen in hiter. OZ ne predpisuje formalne oziroma pisne oblike sklenitve pogodbe o računalništvu v oblaku, vendar pa mora biti vsaj del pogodbe,

³⁰ <www.aws.amazon.com/agreement/> (15. 4. 2015).

³¹ Ur. l. RS, št. 96/09.

³² Ur. l. RS, št. 98/04 – UPB1.

ki določa obliko obdelovanja osebnih podatkov na podlagi osebne privolitve naročnika, sklenjen v pisni obliki ali katerikoli drugi obliki, ki omogoča seznanitev z namenom obdelave podatkov, kot to določa 8. člen Zakona o varstvu osebnih podatkov (ZVOP-1).³³

Po prvem odstavku 21. člena OZ je pogodba sklenjena v trenutku, ko je ponudnik prejel izjavo naročnika, da ponudbo prejema. Čas sklenitve pogodbe je vezan na to, ali gre pri objavi na spletni strani ponudnika za ponudbo ali gre za vabilo k dajanju ponudb tega standardiziranega pogodbenega modela, ki izvira iz pravnih sistemov s tradicijo *common law*. V prvem primeru se po prvem odstavku 22. člena OZ za trenutek sklenitve pogodbe šteje, ko ponudnik prejme izjavo o sprejemu ponudbe, pod pogojem, da ima ponudba vse bistvene sestavine pogodbe. Ponudba je torej veljavna, če vsebuje bistvene sestavine, kar pri pogodbah o računalništvu v oblaku pomeni določitev ravni storitve (oziroma obliko in vrsto storitve), načina plačila (posebnost računalništva v oblaku kot storitve, ponujene prek interneta je 'plačaj po uporabi' (angl. *pay-per-use*), ni pa to nujno), omejitve odgovornosti udeležencev v razmerju, pogoje za odstop in prenehanje razmerja ter vsa pogodbeni vprašanja glede varstva osebnih podatkov po ZVOP-1. V drugem primeru se po tretjem odstavku 22. člena OZ vsak predlog, naslovljen nedoločenemu številu oseb, ki vsebuje vse bistvene sestavine pogodbe, šteje za vabilo k dajanju ponudb. Kaj to pomeni za pogodbo o računalništvu v oblaku? Prejem ponudbe naročnika oziroma prejem izjave naročnika o sprejemu ponudbe po 28. členu OZ lahko za ponudnika pomeni bodisi trenutek plačila storitve prek spleta bodisi začetek njene uporabe, bodisi prek opustitvenega ravnanja in ostalo, kar se lahko na podlagi poslovne prakse razume kot izjava o sprejemu ponudbe. Seveda gre tukaj za različne trenutke začetka pogodbenega razmerja. Poslovna praksa pri elektronskem poslovanju trenutek plačila za storitev prek spletnega bančništva izenačuje s trenutkom sklenitve pogodbe, ne glede na to, ali naročnik storitev dejansko uporablja ali ne.

Ne glede na prakso pošiljanje bančnih podatkov prek interneta ponudniku storitve o računalništvu v oblaku kot plačilo za storitev še ne pomeni trenutka sklenitve pogodbe. Za čas sklenitve pogodbe o računalništvu v oblaku naj se določi trenutek, ko naročnik od ponudnika prejme potrdilo o prejemu izjave o sprejemu ponudbe prek elektronskega poštnega portala. Če naročnik ne obvesti ponudnika o zavrnitvi prejetega potrdila o njegovemu sprejemu ponudbe, je treba uporabiti pravilo, po katerem opustitveno ravnanje pomeni poslovno voljo po sklenitvi pogodbe. Vsekakor pa elementov formalnega sklepanja pogodb in elementov dejanske storitve ne moremo enačiti s primeri določa-

³³ Ur. l. RS, št. 94/07 – UPB1.

nja trenutka sklenitve pogodbe, ne glede na naravo storitve. Zato učinkov začetka pogodbenega razmerja o računalništvu v oblaku ne moremo vezati na trenutek plačila za storitve, bodisi predhodnega bodisi po uporabi, ali morda dejanskega uživanja storitve. Pogosto se v predhodnih določbah pogodb o računalništvu v oblaku določi čas sklenitve pogodbe, ki je v primeru analizirane pogodbe, trenutek klika na gumb »Sprejemem« oziroma, če gre za predhodno dejansko uporabo storitve, od trenutka začetka uporabe storitve.

Za kraj sklenitve pogodbe se šteje po splošnem obligacijskem pravilu v skladu z drugim odstavkom 21. člena OZ kraj, kjer je imel ponudnik registriran sedež oziroma prebivališče v trenutku, ko je dal ponudbo. Kraj sklenitve pogodbe je primerneje vezati na čas sklenitve pogodbe. To pomeni, da se za čas sklenitve na daljavo prek interneta v skladu z 10. členom Zakona o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu (ZEPEP)³⁴ šteje (če ni drugače dogovorjeno) tisti čas, ko elektronsko sporočilo o prejemu izjave s strani ponudnika o sprejemu ponudbe preide v prejemnikov informacijski sistem. Potemtakem je kraj sklenitve tisto mesto, kjer je imel prejemnik naslov IP v trenutku, ko je odprl svoj poštni elektronski nabiralnik. Menim torej, da je treba za kraj sklenitve pogodbe šteti kraj, v katerem je elektronsko sporočilo vstopilo v prejemnikov informacijski sistem, in ne kraj registriranega sedeža ponudnikove dejavnosti. Vsekakor pa ne izključujem možnosti, da se lahko za kraj sklenitve pogodbe določi tudi kraj strežnika, kjer je bilo elektronsko sporočilo o prejemu izjave s strani naročnika o sprejemu ponudbe prvič registrirano. Vendar ostaja registracija na strežniku neodvisna od dejstva, da se tako ponudnik kot tudi naročnik oziroma prejemnik elektronskega sporočila seznanita z vsebino. Registracija sporočila na strežniku še ne pomeni seznanitve z vsebino sporočila. To pa je razlog, zakaj menim, da je pravilnejša teorija o kraju sklenitve pogodbe, v katerem je prejemnikov osebni poštni elektronski nabiralnik oziroma njegov naslov IP, v katerega prejme ponudnikovo potrdilo o prejemu njegove izjave o prejemu ponudbe, ki jo lahko nato shrani in pregleda po lastni presoji.

Ne glede na obliko pogodbe o računalništvu v oblaku in način njene sklenitve je skupina strokovnjakov za pogodbe o računalništvu v oblaku³⁵ v svojem mnenju svetovala pridobitev t. i. predpogodbene informiranosti. Gre za sklop informacij, prek katerih ponudnik pouči naročnika (končnega potrošnika ali pa majhno ali srednje veliko družbo) o predmetu prenosa vsebine v oblak in načinu delovanja storitev; kakšni so posebni tehnični, finančni in pravni pogoji, ki se nanašajo na prenos podatkov v oblak; kdo so akterji pri opravljanju storitve itn. Tako postane predpogodbena informiranje naročnika na storitve

³⁴ Ur. l. RS, št. 98/04.

³⁵ <www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282012%290529/_com_com%282012%290529_sl.pdf> (27. 4. 2015).

računalništva v oblaku postopek, ki lahko traja dlje časa in ni enkratno dejanje. Ta postopek mora imeti obliko in okvir ki sta prilagojena zmožnostim razumevanja posameznega naročnika, kar je lahko za ponudnika storitve zelo zamudno in zahtevno. Cilj oblike (angl. *form matters*)³⁶ in okvirja (angl. *framing matters*)³⁷ informiranja je ponuditi naročniku kompleksnost podatkov na standardiziran, reduciran in koherenten način (angl. *smart disclosure*). Pametno in učinkovito poučen naročnik je posledica notranjih (osebna sposobnost razumevanja in strokovna poučenost naročnika o storitvi) in zunanjih (tehnični, politični, medijski in institucionalni) elementov transparentnosti interneta. Povedano drugače, informiranje naročnika o tem, kdo ima potencialni dostop do njegove vsebine, ki je v IKT-storitvah, kje natančno so njegovi osebni podatki, poučevanje o previdnostnih ukrepih za varovanje te vsebine, so nadgradnja zakonskega okvira varovanja IKT storitev na individualni ravni.

2.4. Sestava pogodbe

Pogodba o računalništvu v oblaku je v večini primerov sestavljena kot standardna pogodba, ki se sklicuje na več splošnih pogojev. Enaka je tudi struktura pogodbe *AWS Customer Agreement*,³⁸ ki jo tukaj analiziram. Gre za adhezijsko pogodbo, urejeno prek splošnih pogojev, objavljeno na spletni strani družbe Amazon. Vsebinsko gledano pa pogodba o računalništvu v oblaku vsebuje splošne določbe, splošne pogoje in določbe o varstvu osebnih podatkov.

Splošni pogoji *AWS Customer Agreement* se imenujejo *Policies* (14. člen *AWS Agreement*),³⁹ v prevodu »pravila ravnanja«. Vsebina pogojev je lahko kratka in jasna ali pa dolga in zapletena, vsekakor pa se nenehno posodablja. Ponudnik se v členih pogodbe sklicuje na splošne pogoje tako, da pripne spletni naslov, prek katerega je mogoče najti vsebino splošnih pogojev. Tako se domneva, da se je naročnik seznanil z njihovo vsebino, ki se nenehno spreminja, in da je podal svoje soglasje. Obstoj soglasja podpisnika glede splošnih pogojev konkretne podpisane pogodbe se ugotavlja na podlagi 120. člena OZ, ki določa posebna pravila o splošnih pogojih. Tretji odstavek 120. člena OZ predpisuje, da splošni pogoji zavezujejo, če so bili podpisniku znani ali bi mu morali biti znani z uporabo standarda dobrega gospodarja oziroma standarda dobrega strokovnjaka, če podpisnik pri sklepanju pogodbe izpolnjuje obveznosti iz nje-

³⁶ <www.ec.europa.eu/justice/contract/cesl/index_en.htm> (27. 4. 2015).

³⁷ Ena od pobud, ki obravnava informiranost potrošnik glede IKT-storitve, je nemški projekt *Terms of Service. Didn't read*. Več o projektu na: <www.tosdr.org> (27. 4. 2015). Nemški projekt cilja na ocenitev in etiketiranje vseh splošnih pogojev poslovanja v EU.

³⁸ <www.aws.amazon.com/agreement/> (27. 4. 2015).

³⁹ Prav tam.

gove poklicne dejavnosti. Najpogostejši splošni pogoji pogodbe o računalništvu v oblaku so:⁴⁰

- **pogoji storitve** (angl. *Terms of Service*): dokument, ki določa namen storitve, pravice in obveznosti naročnika ter ponudnika storitve, pravice intelektualne lastnine, določbe, povezane z varstvom osebnih podatkov, prenehanje pogodbe in veljavno zakonodajo;
- **raven storitve** (angl. *Service Level Agreement* – SLA): dokument, v katerem sta določeni vrsta in raven storitve. Podrobneje so opisani način uresničitve storitve, zmogljivost omrežja, zmogljivost in napake strežnika, dostop do storitve in način nadzora nad storitvijo. Posledica kršitev teh določb je ponudnikova poslovna odškodninska odgovornost zaradi neizpolnitve zahtev, določenih v SLA;
- **sprejemljiva uporaba** (angl. *Acceptable Use Policy*): dokument, v katerem ponudnik določi dovoljen in prepovedan način uporabe storitve;
- **zasebnost** (angl. *Privacy Policy*): dokument, v katerem je urejeno ravnanje z osebnimi podatki naročnika v skladu z Direktivo 95/46/ES o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov z dne 24. 10. 1995⁴¹ znotraj Evropske unije (EU), mednarodno obdelovanje podatkov v skladu z dogovori o varnem pristanu (angl. *Safe Harbor*)⁴², kadar gre za iznos osebnih podatkov izven EU, iznos osebnih podatkov prek t. i. zavezujočih korporacijskih pravil (angl. *Corporate Binding Rules*),⁴³ pra-

⁴⁰ <www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22926/SILALAHIX-xMaster.pdf.pdf?sequence=1> (27. 4. 2015).

⁴¹ UL L 281, 23. 11. 1995, str. 31–50.

⁴² Po Odločbi Komisije 2000/520/ES z dne 26. julija 2000 in v skladu z Direktivo 95/46/ES Evropskega parlamenta in Sveta se šteje, da načela zasebnosti varnega pristana (*Safe Harbor Guidelines*) in najpogostejše postavljena vprašanja – FAQ (»načela«), ki jih je izdalo Ministrstvo za trgovino ZDA (notificirano pod dokumentarno številko K(2000)2441), zagotavljajo ustrezno raven zaščite osebnih podatkov, ki se prenašajo iz Skupnosti v organizacije oziroma podjetja s sedežem v ZDA. Načela varnega pristana so namenjena izključno organizacijam ZDA, ki prejemajo osebne podatke iz EU za izpolnitev pogojev ustreznosti varstva osebnih podatkov. Odločitev organizacij, da izpolnijo pogoje varnega pristana, je povsem prostovoljna. Po načelih varnega pristana morata biti pri vsakem prenosu podatkov izpolnjena naslednja pogoja: (a) organizacija, ki prejema podatke, je nedvomno in javno razglasila zavezanost k spoštovanju načel varnega pristana, in (b) organizacija je podvržena zakonskim pooblastilom vladnega organa v ZDA, ki je pooblaščen za preiskave pritožb ter za pridobitev pomoči v primeru nepoštenih ali goljufivih praks, pa tudi odškodnine za posameznike, ne glede na njihovo državo stalnega prebivališča ali državljanstvo, kadar organizacije načel varnega pristana ne spoštujejo. Vira: <www.ip-rs.si/varstvo-osebnih-podatkov/obveznosti-upravljavcev/iznos-osebnih-podatkov-v-tretje-drzave/safe-harbor/> in <www.export.gov/safeharbor/> (4. 5. 2015).

⁴³ To so zavezujoča poslovna pravila, določena z notranjim aktom multinacionalne korporacije oziroma skupine podjetij, med katerimi mora imeti vsaj eno od podjetij

vice strank do izvajanja nadzora nad ponudnikovim upravljanjem s podatki (tj. pogodbeni obdelovalec), jasna določitev organizacijskih, tehničnih in logističnih ukrepov za varstvo podatkov, naloženih v oblak, možnost vključevanja najema podobdelovalca, načina vračanja podatkov ali brisanja podatkov po prenehanju pogodbe in pravne obveznosti hrambe podatkov.

Splošni pogoji nimajo lastne obveznostne moči in začnejo veljati le če je sklenjena konkretna standardna pogodba, na katero se nanašajo. Potrošnik mora biti na obstoj splošnih pogojev izrecno opozorjen na jasen in razumljiv način, njihova vsebina pa mu mora biti brez težav dostopna (22. člen Zakona o varstvu potrošnikov – ZVPot).⁴⁴ Po 24. členu ZVPot se šteje, da so splošni pogoji nepošteni:

- če povzročijo znatno neravnotežje pogodbenih pravic in obveznosti udeležencev;
- če so v škodo potrošnika;
- če je izpolnitev v skladu s splošnimi pogoji neutemeljeno drugačna od tistega, kar je potrošnik utemeljeno pričakoval in
- če nasprotujejo načelom vestnosti in poštenja.

Ti splošni pogoji so nični.

Drugače povedano, pogodbeni pogoji zavezujejo potrošnika le, če je bil pred sklenitvijo pogodbe z njimi seznanjen. Seznanitev potrošnika se lahko doseže prek zgoraj omenjenega postopka (*smart disclosure*) ali prek pravne domneve (tretji odstavek 22. člena ZVPot). To je še toliko pomembnejše pri posebnih vrstah pogodbe, kot so pogodbe, sklenjene na daljavo (43. člen ZVPot), za katere velja, da mora ponudnik zagotoviti v zmernem roku določene vrste podatkov, kot to določata 43.b in 43.c člen ZVPot. Poudariti je treba nujno potrošnikovo pravico o odstopu od pogodbe. Pri sklenitvi pogodbe na daljavo ima potrošnik pravico, da v petnajstih dneh ponudniku sporoči, da odstopa od pogodbe, ne da bi mu bilo treba navesti posebne razloge. Pogoji za odstop od pogodbe so eni od nujnih podatkov, ki jih mora ponudnik v zmernem roku zagotoviti naročniku v pisni obliki (43.c člen ZVPot), nikakor pa ne sme omejiti zakonskih pogojev o odstopu. Potrošnik se tej pravici ne more odpovedati. Tako pogodbeno določilo je nično. Učinki odstopa od pogodbe računalništva v oblaku so takojšnje prenehanje pogodbenega razmerja med naročnikom in ponudnikom, vračilo plačila za storitve najpozneje v petnajstih dneh od prejema

registriran sedež v EU. Ta notranji akt predstavlja pravila korporacije, s katerimi se vsi udeleženci v prenosu podatkov zavežejo za varovanje osebnih podatkov v skladu z Direktivo 95/46/ES.

⁴⁴ Ur. l. RS, št. 98/04 – UPB2.

sporočila o odstopu od pogodbe in izbris osebnih podatkov, ki jih je naročnik prenesel v oblak. Kršenje teh določb pomeni prekršek s premoženjsko globo, kot je določena v 77. členu ZVPot.

2.5. Vrsta obveznosti

Čeprav so pogodbeni razmerja storitev računalništva v oblaku zelo raznolika, je mogoče najti skupno vrsto obveznosti. Ugotavlja se jo na podlagi izpolnitvenega ravnanja, tj. namena, zaradi katerega je udeleženec vstopil v obligacijsko razmerje, in pomeni predmet obligacijskega razmerja, ki ga je drugi udeleženec dolžan izpolniti. Izpolnitveno ravnanje ponudnika pogodbe o računalništvu v oblaku *AWS Customer Agreement* se pojavi pod skupnim nazivom ponujene storitve (angl. *Service Offerings*).⁴⁵ Člen 10 pogodbe, ki opredeljuje omejitev odgovornosti ponudnika (angl. *Disclaimers*),⁴⁶ določa, da so ponujene storitve zagotovljene »kot take« (angl. *as is*). To pomeni, da ponudnik storitve ne prevzema nikakršne odgovornosti za nemoteno delovanje storitve, delovanje brez napak ali brez spornih vsebin. Storitev je ponujena v stanju, v katerem se v času sklenitve pogodbe nahaja. Člen 3 pogodbe – varnost in varstvo osebnih podatkov (angl. *Security in Data Privacy*) – jasno prikazuje vrsto obveznosti ponudnika, s tem, da se izvajalec storitve zavezuje le, da bo za zaščito osebnih podatkov in varnosti storitve izvajal razumne in ustrezne ukrepe. V praksi to pomeni, da za izgubo podatkov ali nedelovanje storitve računalništva v oblaku ponudnik storitve onkraj razumnih varnostnih ukrepov ni odgovoren.

Izraza »razumni in primerni ukrepi« in »zagotovitev storitve kot take« imata še veliko razlagalnega prostora in so pokazatelj, da gre pri storitvi računalništva v oblaku za obligacijo prizadevanja in ne za obligacijo rezultata. Pri obligacijah prizadevanja je merilo odgovornosti izvajalca za pravilno izpolnitveno ravnanje zahteva po ravnanju v skladu z ustrezno strokovno skrbnostjo.⁴⁷ Ponudnik storitve krši svoje obveznostno ravnanje, če ne ravna v skladu z zahtevano strokovno (profesionalno) skrbnostjo, določeno v drugem odstavku 6. člena OZ. Pravni standard profesionalne skrbnosti je izhodišče pri ugotavljanju kršitve pogodbene obveznosti ponudnika storitve in njegove poslovne odškodninske odgovornosti. To je standard skrbnosti, ki se zahteva pri izpolnjevanju obve-

⁴⁵ Člen 14 pogodbe *AWS Costumer Agreement* določa za predmet pogodbe *AWS Content*, *AWS Marks*, *AWS Site* in drugo. Sveženj različnih ponujenih računalniških virov je opisan v *Service Level Agreement* (SLA), ki so del vsake pogodbe računalništva v oblaku in imajo lahko različno obliko in vsebino. V grobem je njihov smisel v tem, da nudijo natančen tehničen opis delovanja storitve. Družba Amazon ponuja različne tipe SLA, kot na primer *Amazon EC2 SLA*, <www.aws.amazon.com/ec2/sla/> (27. 4. 2015).

⁴⁶ <www.aws.amazon.com/agreement/> (15. 5. 2015).

⁴⁷ N. Plavšak, M. Juhart, R. Venčur, nav. delo, str. 225.

znosti iz poklicne dejavnosti in se ugotavlja na podlagi pravil stroke, znanja, izkušenj ponudnika storitve in poslovne prakse, ki se pričakujejo od ponudnika istega področja v enakih okoliščinah. Upoštevajo se dejavniki, ki vplivajo na delovanje storitve in so lahko tudi onkraj dosega ponudnikovega delovanja ter popolnoma nepredvidljivi. Smisel pogodbenih določb, s katerimi ponudnik omeji svojo odškodninsko odgovornost, ni torej v terminološkem zavajanju naročnika, ampak v tem, da obstajajo določene storitve, katerih končnega natančnega rezultata ni mogoče vnaprej predvideti in se odgovornost izvajalca nanaša na splošni pravni standard strokovne skrbnosti, katere vsebino in lastnosti v primeru spora za vsak primer posebej ugotavlja pristojno sodišče. V primeru ugotovitve kršitve pogodbene obveznosti se povrnitev škode ugotavlja v skladu s splošnimi pravili o poslovni odškodninski odgovornosti.

Ponudnik storitve računalništva v oblaku omeji odškodninsko odgovornost zaradi neizpolnitve na dva načina. Pri prvem se zaveže za določeno odstotno ali časovno omejeno nemoteno delovanje storitve, ki je lahko nižja od stoodstotnega delovanja. V pogodbah o računalništvu v oblaku je ta način omejitve zaradi tvegane narave storitve pogost. Ponudnik zagotavlja, da si bo z »razumnimi ukrepi« prizadeval doseči čim bolj nemoteno delovanje (ki ga lahko opredeli, na primer, v višini 98 odstotkov popolnega delovanja v času uporabe storitve). Izpad delovanja storitve še ne pomeni nujno kršitve pogodbene obveznosti, ampak le zmanjšana varnost storitve v zvezi z varnostjo osebnih podatkov in dostopom do storitve. Drugi način, s katerim ponudnik omeji svojo poslovno odškodninsko odgovornost zaradi neizpolnitve, se v pogodbah pogosto pojavi kot dodatek prvemu načinu in je razdeljen na dva dela. Prvi se nanaša na popolno izključitev poslovne odškodninske odgovornosti za posredno in naključno škodo (angl. *indirect and consequential damages*),⁴⁸ drugi del omeji odškodninsko odgovornost za neposredno škodo na določeno zgornjo mejo (angl. *cap on the liability for the direct damages*),⁴⁹ ki jo vsak ponudnik izračunava na podlagi lastnih pravil (zgornja meja odškodninskega zahtevka je lahko na primer vrednost letne naročnine). Člen 11 *AWS Customer Agreement*, ki opredeljuje omejitve odgovornosti (angl. *Limitations of Liability*),⁵⁰ izključuje poslovno odškodninsko odgovornost ponudnika za vsako posredno ali ne-

⁴⁸ Sam de Silva: 5th Meeting of European COMmission Expert Group on CLOUD Computing Contracts (9 April 2014); Liability Discussion Paper; Partner, Penningtons Manches LLP, UK; Chair of the Technology Law Reference Group, Law Society of England and Wales, str. 2. <www.ec.europa.eu/justice/contract/files/liability_discussion_paper_en.pdf> (1. 10. 2015).

⁴⁹ Prav tam.

⁵⁰ <www.aws.amazon.com/agreement/> (15. 1. 2015).

posredno škodo,⁵¹ ki se pojavi v zvezi z prekinitvijo, odpovedjo, nezmožnostjo uporabe, nemotenim delovanjem in vseh nepričakovanih izpadov električne energije, nepooblaščenega dostopa do storitve, škodo, nastalo zaradi stroškov nabave nadomestnih storitev, naložb in neuspešnih shramb osebnih podatkov. V teh primerih ponudnik storitve omeji poslovno odškodninsko odgovornost do višine zneska, ki ga je naročnik plačal 12 mesecev pred vložitvijo odškodninskega zahtevka.

Instituti civilnega odškodninskega prava se razlikujejo od opisanega primera iz pravnega sistema s tradicijo *common law*, ki šteje za neposredno škodo tisto, ki je rezultat naravne posledice kršitve pogodbenih obveznosti. Posredno škodo pa tisto, ki pomeni utemeljen in verjeten sum, da gre za naravno posledico neizpolnitve obveznosti.⁵² Posredni škodi pravnega sistema s tradicijo *common law* je pri nas enakovreden pravni institut izgubljenega dobička (132. člen OZ), neposredni škodi pa institut navadne škode (132. člen OZ). Utemeljenost odškodninskega zahtevka pogodbi zveste stranke se ugotavlja na podlagi vsebine pogodbe in je v sistemih s tradicijo *common law* zelo zapleten in nepredvidljiv postopek, odvisen od konkretnega primera. Del doktrine kljub temu zagovarja, da je izgubljeni dobiček civilnega prava zaradi narave storitve računalništva v oblaku pravzaprav neposredna škoda sistema *common law*.⁵³

Najpomembnejše pri obravnavi poslovne odškodninske odgovornosti ponudnika storitve računalništva v oblaku je izbira prava in izbira sodišča, ki bo pravno razlagalo pogodbene določbe, s katerimi želi ponudnik omejiti odškodninsko odgovornost zaradi neizpolnitve. Kot sem že omenila, OZ ne pozna pravnega instituta posredne in neposredne škode. Obliki pravno priznane premoženjske škode sta v skladu s 132. členom OZ navadna škoda in izgubljeni dobiček. To so tiste kršitve pravic, ki povzročijo zmanjšanje premoženja zaradi stroškov ali preprečitev povečanja premoženja, ki bi jih lahko pogodbi zvesta stranka utemeljeno pričakovala, če druga stranka ni v celoti, pravilno in pravočasno izpolnila obveznosti. Posebno pravilo tretjega odstavka 242. člena OZ določa, da je veljavno pogodbeno določilo tisto, ki določa najvišji znesek odškodnine, če tako določen znesek ni v očitnem nesorazmerju s škodo. To je v skladu z načelom avtonomije obligacijskih razmerij, na podlagi katerega lahko udeleženci svoje medsebojne pravice in obveznosti prosto urejajo, pod pogojem, da to ne nasprotuje načelom vestnosti in poštenja (5. člen OZ). Naročnik na storitev bo lahko ne glede na zgornjo omejitev odškodnine zahteval

⁵¹ Odškodninski sistem v pravnih sistemih s tradicijo *common law* pravno priznana škodo veže na institute, kot so *direct*, *indirect*, *special*, *consequential*, *exemplary damages* itn.

⁵² S. de Silva, nav. delo, str. 3.

⁵³ Rolf H. Weber, Dominic N. Staiger: Cloud Computing: A cluster of complex liability issues. *European Journal of Current Issues*, 20 (2014) 1, str. 10.

višji znesek odškodnine oziroma celoten znesek, če je bila škoda povzročena iz hude malomarnosti ali namenoma (četrty odstavek 242. člen OZ). Torej, ko je vzrok za neizpolnitev obveznosti tisto ravnanje ponudnika storitve računalništva v oblaku, ki je v nasprotju s standardom skrbnosti razumnega človeka.⁵⁴

Treba je omeniti, da je skupina strokovnjakov za pogodbe o računalništvu v oblaku, ki jo je imenovala Evropska komisija 18. junija 2013,⁵⁵ v razpravi o nepoštenih pogodbenih določbah določila za nepošteno določbo o omejevanju odškodninske odgovornosti ponudnika zaradi neizpolnitve na podlagi Direktive Sveta 93/13/EGS⁵⁶ z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah. V odstavku b Priloge 1 Direktiva določa za nepošteno vsako:

»nepravilno izključevanje ali omejevanje zakonske pravice potrošnika do prodajalca ali ponudnika ali druge stranke, če prodajalec ali ponudnik v celoti ali delno ne izpolni ali pomanjkljivo izpolni katerega od pogodbenih pogojev, vključno z možnostjo izravnave dolga prodajalcu ali ponudniku zoper vsako terjatev, ki jo lahko ima potrošnik do prodajalca ali ponudnika«.

Po mnenju Skupine je nepoštena vsaka nepravilna omejitev odškodninske odgovornosti na najvišji možni znesek, saj omejuje in posledično tudi izključuje pravico do povrnitve škode, do katere je upravičena pogodbi zvesta stranka.

2.6. Končne določbe

Tipično določilo pogodbe o računalništvu v oblaku oziroma vseh pogodbenih modelov iz pravnih sistemov s tradicijo *common law*, je klavzula o celotni pogodbi (angl. *entire agreement*):⁵⁷ »[...] *this Agreement is the entire agreement between you and us regarding the subject matter of the Agreement* [...]«. To pomeni, da pogodba pomeni celotno pogodbeno razmerje med udeležencema v zvezi s predmetom pogodbe in spada med t. i. *boiler plate clauses*.⁵⁸ Standardna pogodbeni določila, značilna izključno za gospodarske pogodbene modele iz pravnih sistemov s tradicijo *common law*, se praviloma pojavijo med zadnjimi pogodbenimi določili. Razlog, zakaj je ta klavzula postavljena prav na koncu

⁵⁴ N. Plavšak, M. Juhart, R. Venčur, nav. delo, str. 863.

⁵⁵ Dne 18. junija 2013 je Evropska Komisija ustanovila skupino strokovnjakov za pogodbe o računalništvu v oblaku (angl. *Expert Group on Cloud Computing Contracts*) z nalogami določiti jasne in varne pogodbene določbe za pogodbe o računalništvu v oblaku, v katerih je naročnik potrošnik ali majhno oziroma srednje veliko podjetje. <www.ec.europa.eu/justice/contract/cloud-computing/expert-group/index_en.htm> (15. 5. 2015).

⁵⁶ UL L 95, 21. april 1993, str. 29–34.

⁵⁷ Člen 13.12. *AWS Customer Agreement*.

⁵⁸ <www.cliffordchance.com/briefings/2012/09/boilerplate_clausesinenglishlawcontracts.html> (15. 5. 2015).

pogodbe, je delno v njihovi manjši ekonomski pomembnosti delno v zvižanosti ponudnika, ki upa da sopogodbjenik vsebini ne bo namenjal prevelike pozornosti. Vsebina *boiler plate clauses* pa je zelo pomembna, saj pomeni pravni okvir pogodbenih pravic in obveznosti med sopogodbjenikoma. Pa ne samo to. Ta pogodbeni določila določajo tudi, katero sodišče je pristojno za morebitne spore, katero pravo se bo uporabilo in drugo. Evropsko civilno pogodbeno pravo, vajeno tehnik razlaganja nejasnih in spornih določb, se pred določbami *boiler plate* v angleškem jeziku znajde v zadregi.

Obvezno razlagalno pravilo, ki ga določa drugi odstavek 82. člena OZ se uporablja samo za sporna pogodbeni določila. Pogodbeno določilo je sporno, kadar stranki enemu in istemu pogodbenemu določilu pripisujeta različen pomen in sta tudi hkrati nasprotni stranki v pravdi. V skladu s 83. členom OZ se nejasna pogodbeni določila razlaga v korist stranke, ki ni sodelovala pri sklepanju pogodbe, v primerih ko je bila pogodba sklenjena po vnaprej natisnjeni vsebini ali kako drugače pripravljena ali predlagana s strani ene pogodbene stranke. Analizirana *boiler plate clause* pomeni določbo, ki jo je stranka enostransko vnaprej in brez sodelovanja druge stranke sklenila po načeu vzemi ali pusti. Sodnik bo tako v primeru spora med strankama pogodbeno določbo razlagal v korist stranke, ki pri sklepanju pogodbe ni sodelovala. Postavlja se torej vprašanje, ali ne gre morda le za »stilne pogodbene določbe«⁵⁹ (kot jih imenuje tuja evropska doktrina) in potemtaka za neobstoječe, kajti ne izražajo svobodne in izrecne volje pogodbenih strank, ki je predpostavka za veljavno sklenitev pogodbe.

Najbolj eklatantni primer stilne pogodbene določbe je neodvisnost (angl. *severability*) (13.10. člen *AWS Customer Agreement*), ki določa posledice delne ničnosti in neveljavnosti pogodbenih določil. V OZ so pravila o neveljavnosti pogodb določena v splošnem delu (86.–99. člen OZ) in so kogentne ali prisilne narave. Namen pogodbenega določila je določati izjemo od pravil o neveljavnosti pogodbe, saj določa, da se nična in neveljavna pogodbeni določila razlagajo v prid obstoječega dela pogodbe; če pa to ni mogoče, pa da so odstranjena avtomatično ter da ostane v veljavi preostali del pogodbe. Tu gre očitno za stilno pogodbeno določilo, saj je povsem brez veljave. V skladu z 88. členom OZ ostane pogodba, ki je utrpela delno ničnost, v veljavi pod pogojem, če lahko obstane pogodba brez ničnega dela in če nično določilo ni bilo pogoj ne odločilen nagib, zaradi katerega sta udeleženca obligacijskega razmerja sklenila pogodbo. Končna določba pogodbe *AWS Customer Agreement* o računalništvu v oblaku je izbira prava in izbira sodišča (angl. *Governing Law. Venue*) (13.11. člen *AWS Customer Agreement*), ki bo odločalo v primeru kolizije med zakoni več držav, ne pomeni stilne pogodbene določbe.

⁵⁹ Giorgio De Nova: Il contratto alieno. Druga izdaja, G. Giappichelli Editore, Torino 2011, str. 58.

Na splošno je vredno omeniti, da za potrošniške pogodbe, ki jih sklene fizična oseba za namen, ki ga ni mogoče obravnavati kot poslovno ali poklicno dejavnost te osebe, z drugo osebo, ki opravlja svojo poklicno ali poslovno dejavnost, velja (splošno) pravilo, določeno v 6. členu Uredbe (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta⁶⁰ o pravu, ki velja za pogodbeni obvezni razmerja, po katerem se uporablja pravo države, v kateri ima potrošnik običajno prebivališče. Po prvem in tretjem členu Uredbe (ES) št. 593/2008 mora podjetnik z registriranim sedežem zunaj EU svojo poklicno ali profesionalno dejavnost usmerjati v državo, v kateri ima potrošnik običajno prebivališče, ali v več držav, od katere je ena od teh držav država, v kateri ima potrošnik običajno prebivališče. Ne glede na to splošno pravilo lahko stranki pogodbenega razmerja v skladu z načelom o svobodni izbiri prava izbereta drugo pravo, pod pogojem da z izbiro ne prikrajšata potrošnika za zaščito, ki mu je zagotovljena za primere, ko stranki ne izbereta nobenega prava.

Pristojnost sodišč glede pogodb, sklenjenih prek interneta, ureja tudi Uredba sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (v nadaljevanju Uredba).⁶¹ Poseben problem so pogodbe o računalništvu v oblaku brez pogodbenega določila o izbiri sodišča. Splošne določbe Uredbe določajo, da je pristojno sodišče države članice, v kateri ima tožena stranka stalno prebivališče, ne glede na njeno državljanstvo. Za potrošniške določbe velja pristojnost sodišča, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče, če je potrošnik sklenil pogodbo z osebo, ki opravlja gospodarsko dejavnost ali poklicno dejavnost v državi članici, ali pa to svojo dejavnost usmerja v to državo članico (15. člen Uredbe). Če se uporabijo posebne določbe o pristojnosti, lahko potrošnik v skladu s 16. členom Uredbe sproži postopek zoper drugo pogodbeno stranko bodisi pred sodišči v državi članici, v kateri ima stalno prebivališče, bodisi pred sodišči kraja, v katerem ima sopogodbenik stalno prebivališče. V skladu s posebno pristojnostjo, določeno v prvem odstavku 5. člena Uredbe, je lahko oseba s stalnim prebivališčem v državi članici tožena tudi v drugi državi članici, in sicer pred sodiščem v kraju izpolnitvene zadeve, tj. kraj, v katerem so bile opravljene pogodbeni storitve ali pa bi te morale biti opravljene v skladu s pogodbo (5. člen Uredbe sveta (ES) št. 44/2001).

Kaj natančno pomeni kraj izpolnitvene zadevne obveznosti pri pogodbah o računalništvu v oblaku? Ali gre za kraj, v katerem je bila storitev opravljena prek avtomatiziranih sredstev programske opreme, ali pa gre za kraj, v katerem je strežnik fizično nameščen? Vsekakor je pri storitvi računalništva v

⁶⁰ UL L 177, 4. 7. 2008, str. 6–16.

⁶¹ UL L 12, 16. 1. 2001, str. 1.

oblaku nemogoče določiti kraj izpolnitvene zadevne obveznosti, saj sta tako storitev (angl. *cloud service*) kot tudi strežnik oblaka (angl. *server of the cloud*) nastanjena v oblaku. Če je bila torej storitev opravljena prek avtomatiziranih sredstev programske opreme, je zelo težko, če ne nemogoče, določiti izpolnitveni kraj. In v obeh primerih dosežemo enak rezultat. Vse storitve, vključno s strežnikom, so v oblaku. Zelo težko je določiti lokacijo, na kateri se opravlja storitev računalništva v oblaku. Tukaj se pojavlja prva pravna praznina, saj ni določbe, po kateri bi bilo mogoče določiti kraj izpolnitvenega obveznostnega ravnanja. Tako pravno praznino bi lahko zapolnili na dva načina. Prvič, lahko bi zahtevali obveznost določbe o izbiri prava in o izbiri sodišča v pogodbah o računalništvu v oblaku kot bistveno sestavino pogodbe; in, drugič, na ravni EU bi lahko oblikovali jasno določbo o tem, kaj pomeni kraj izpolnitvene zadevne obveznosti za ponudnike računalništva v oblaku.⁶²

3. SKLEPNE MISLI

Pravna analiza pogodbe je pristop k identifikaciji pogodbe, sklenjene v kompleksnih gospodarskih razmerjih. Njen namen je prepoznavanje elementov splošnega tipskega izpolnitvenega ravnanja in primerjava ugotovljenih elementov z elementi tipične pogodbe, ki je zakonsko opredeljena v OZ. Pogodba o storitvi računalništva v oblaku se pojavlja v različnih standardnih oblikah in ni urejena z zakonskimi viri, zato je resen problem v zvezi s klasifikacijo pogodbe. Pogodbo se uvršča v kategorijo modernih kompleksnih poslovnih pogodb pravnih sistemov s tradicijo *common law*, ki imajo končnico *-ing*. Tuja doktrina te pogodbe natančno obravnava in analizira. Doktrina, pravni strokovnjaki, poslovna praksa in drugi izoblikujejo izhodišča in merila za uporabo obligacijskih pravil kot odgovor na številna pogodbeno vprašanja. Računalništvo v oblaku je inominatna ali brezimenska pogodba, *click-wrap* metode, izdelane prek splošnih pogojev. Ima zakonske znake licenčne pogodbe, pogodbe zunanjega izvajanja in pogodbe gostovanja. Žal pa pogodbe o storitvi računalništva v oblaku ni mogoče v celoti in izključno vezati na zakonske znake zgoraj omenjenih pogodb, saj izpolnitveno ravnanje spremljajo tehnični parametri za uporabo storitve računalništva (določeni v SLA) in na podlagi teh tehničnih parametrov ponudnik v pogodbenem razmerju določi kakovost in zmogljivost storitve. Smisel in bistvo pravne analize je predvsem jasna določitev poslovne odškodninske odgovornosti zaradi neizpolnitve pogodbenih obveznosti. Odgovornost ponudnika storitve je povezana z več obveznostmi pogodbenega razmerja. Pri storitvi računalništva v oblaku gre za obligacijo prizadevanja,

⁶² <www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22926/SILALAHIX-xMaster.pdf?sequence=1> (29. 4. 2015).

kar pomeni, da bo sodišče kljub nejasnim in spornim določilom o omejevanju odškodninske odgovornosti ponudnika vezalo poslovno odškodninsko odgovornost ponudnika storitve zaradi neizpolnitve na pravni standard profesionalne skrbnosti. Končne določbe pogodbe o računalništvu v oblaku, t. i. *boiler plate clauses*, so standardna stilna pogodbena določila v pravnih sistemih s tradicijo *common law*. Njihovo veljavo je treba vezati na obvezna razlagalna pravila civilnega prava. Ni mogoče spregledati nezmožnosti določitve kraja izpolnitvenega ravnanja zadevne obveznosti. Posledica določitve kraja izpolnitvenega ravnanja je namreč določitev veljavnega prava v vseh primerih, ko to ni določeno v sami pogodbi.

Pogodba o računalništvu v oblaku kot novi primat pogodbenega internetnega samozadostnega modela, značilnega za pravne sisteme s tradicijo *common law*, ima z vidika slovenskega prava veliko posebnosti. Obligacijsko pravo, potrošniško pravo in pravo elektronskega poslovanja s splošnimi pravili in načeli komaj dohajajo spremembe in nastanek novih oblik poslovanja.

L'ANALISI GIURIDICA DEL CONTRATTO DI CLOUD COMPUTING

Tadeja Pirnat Battelli,

dottoranda in legge, Studio legale Rucellai e Raffaelli, Milano

L'analisi dei servizi di *cloud computing*, denominati con l'acronimo inglese »... *as a Service*« (SaaS, IaaS, PaaS), ha portato gli esperti a formulare diverse definizioni. Dal punto di vista strettamente tecnico, tra le definizioni più dettagliate si legge »il *cloud computing* è un'insieme delle tecnologie che permettono di elaborare (mere conduit), archiviare (hosting) e memorizzare (caching) i contenuti dell'utente, accessibili e richiesti direttamente on-line (on-demand), con tariffazione in base all'uso (pay-per-use)«, mentre tra le più semplici »il *cloud computing* è consumare all'esterno del firewall«. L'attraente modo di locuzione di questo servizio, accompagnato dai c. d. *deployment models* (private, public, hybrid, community cloud) ha un particolare obiettivo. In breve, le varie combinazioni di modelli di dispiegamento e modelli di servizio connotano le funzioni, le caratteristiche fondamentali e il rapporto tra il fornitore, l'utente e altri soggetti (i. e. *cloud auditor, broker, carrier* ecc.). Tali combinazioni, in particolare, denotano chi ha il controllo e chi la gestione del servizio. L'insieme di questi elementi determina la natura del contratto per il servizio di *cloud*. L'utilizzo del servizio SaaS nel modello di dispiegamento *public cloud* riguarda il software installato nei *data center* che possono essere sia di proprietà del fornitore stesso sia di proprietà dell'ente pubblico o di altro soggetto, offerti all'utente tramite un'interfaccia, quale, ad esempio, l'interfaccia web. Il principale vantaggio del SaaS *cloud* pubblico consiste nel fatto nell'offrire al pubblico un servizio su richiesta, nella misura e per il tempo effettivamente necessario. Tra gli svantaggi, la completa perdita del controllo da parte dell'utente sul contenuto trasferito nel *cloud* (il luogo del server), la sicurezza e il modo di erogazione del servizio utilizzato.

Per quel che riguarda più tipicamente gli aspetti contrattualistici del *cloud computing*, tale materia è relativamente giovane e come tale »trascurata« dal

legislatore nazionale. Non solo, trattasi di contratti di derivazione statunitense, dalla tradizione di *common law*, i c. d. *-ing* (i. e. *outsourcing*, *leasing*, *hosting*, *factoring* ecc.), con un'autonomia e dinamiche nella stesura di modelli standardizzati diversa dall'autonomia contrattuale tipica del legislatore civilistico europeo. Ed è proprio a quest'ultimo che si rivolge la presente analisi della struttura di tali modelli contrattuali. Non solo, l'approfondimento utilizza quale parametro giuridico l'*Obligacijski zakonik* (qui di seguito OZ), un rigido codice delle obbligazioni sloveno, codificato nello spirito di un sistema economico orientato verso i consumi, che trascura tuttavia l'aspetto degli investimenti. Un problema nel mondo dove le imprese si concentrano sul *core business* ed esternalizzano (*outsourcing*) le attività accessorie nell'ottica di poter reinvestire il risparmio così ottenuto.

Nello specifico, il contratto di *cloud computing* è composto da tre macro elementi: le condizioni generali, le varie *policies* e la modalità di trattamento dei dati. Tale modello contrattuale autosufficiente e perfetto nasce dalla »materia viva«, ovvero dal commercio on-line. Una »materia« globale, che non conosce nazioni e confini, che elimina i tempi e altri limiti del commercio classico. L'analisi giuridica del tema si pone particolari quesiti: è utile a livello nazionale una disciplina *ad hoc* per questo tipo di contratto che opera su un mercato unico ed internazionale? Qual è la natura giuridica di questo »contratto alieno che ignora il diritto europeo« per citare G. De Nova? Sin dagli anni novanta il legislatore, la dottrina e la giurisprudenza europea hanno prestato grande attenzione alla materia del commercio elettronico sempre protagonista di dibattito culturale senza tuttavia trovare un accordo sul punto. Attualmente si trova sul mercato una vasta tipologia di contratti di *cloud computing* e il presente articolo concentra l'analisi sul contratto di tipo B2C e B2B, *public cloud*, *SaaS* (i. e. *AWS Customer Agreement*), che rappresenta la forma più diffusa di servizio. Il contratto ha la struttura di un atto unilaterale (denominato in Slovenia *inominatna pogodba* e disciplinato dagli artt. 50 e ss dell'OZ), che mira all'autosufficienza, che presenta la classica forma di un contratto internazionale (la spiegazione dei termini, le clausole di stile, le *policies* e varie premesse ...). La manifestazione di volontà ai sensi del primo comma dell'art. 18 dell' OZ può avvenire in qualsiasi modalità, salvo le clausole di trattamento dei dati, per le quali è in Slovenia prescritto l'obbligo di informare anticipatamente per iscritto il soggetto dell'avvenuto trattamento, come stabilito dall'art. 8 del ZVOP-1-UPB1. La conclusione del contratto di *cloud computing* avviene spesso tramite il c. d. *click-wrap method* e successivamente tramite posta elettronica (art. 7, co. 7 del ZEPT). In più, la conclusione può avvenire anche tramite la negoziazione. I negoziati tra le parti si concentrano sulle tre R: *risk*, *relationship* e *result*. Ai sensi dell'art. 20 dell'OZ, le trattative precontrattuali non vincolano le parti

e sono prive di valore giuridico. Non comportano alcun obbligo di contrarre, ma la violazione del dovere di buona fede, qualora la parte decida ingiustificatamente di recedere dalle trattative, genera l'obbligo risarcitorio. La questione della manifestazione di volontà di un contraente legata al *click-wrap method* non sembra presentare particolari problematiche. Al contrario, sembra essere l'unica modalità che veramente risponde alle esigenze del commercio elettronico per la sua semplicità rispetto invece alle trattative precontrattuali costose, troppo tecniche e lunghe. Ciò non sminuisce l'importanza e la necessità di informare adeguatamente il consumatore ovvero il sottoscrittore del contratto. Il processo informativo è nominato *smart disclosure*. Ed è proprio in questa innovazione dei profili informativi che un *cloud provider* e un *cloud auditor* devono investire le proprie energie per trovare dall'altra parte un consumatore consapevole. Tuttavia, è più importante stabilire il momento esatto e il luogo preciso della conclusione del contratto di *cloud computing*. La premessa del contratto analizzato disciplina che:

»... il contratto è concluso nel momento in cui si faccia click col mouse su "I accept" ovvero, se anteriore, nel momento in cui si cominci ad utilizzare il servizio ...«.

Considerata la teoria civilistica europea, e quindi anche slovena, sull'istituto dell'offerta al pubblico (art 22., co. 1 dell' OZ) e dell'invito a offrire (art. 22, co. 3 dell' OZ) si ritiene che il momento della conclusione del contratto avvenga quando l'utente prende conoscenza tramite posta elettronica (non necessariamente con una firma digitale) dell'accettazione da parte del fornitore. Non si condivide l'opinione per cui un semplice utilizzo del servizio oppure il pagamento *on-line* del servizio di *cloud computing* possa significare l'inizio di un rapporto contrattuale tra un fornitore ed un'utente, nonostante la prassi contraria. Semmai quell'effettivo utilizzo del servizio può presentare una prova gratuita, per prendere una decisione più consapevole. Vi è il principio generale secondo il quale il luogo di stipula del contratto è da ritenersi quello dove il fornitore abbia la sede registrata della propria attività o il proprio domicilio nel caso si tratti di persona fisica, al momento dell'offerta (art. 21, co. 2 dell' OZ). E' invece più opportuno stabilire il luogo in relazione alla conclusione del contratto: esso sarà da ritenersi quello in cui sia ubicato l'utente mentre viene a conoscenza dell'accettazione da parte del fornitore attraverso la propria posta elettronica.

Come sopra accennato, il secondo macro elemento del contratto è costituito dalle cosiddette *policies*. Si tratta di documenti, spesso complessi e in continuo aggiornamento, elencati nel modello di contratto. Il contraente può consultare tali documenti cliccando sull'indirizzo URL che richiama il contenuto delle *policies*. La disciplina in materia dei contratti a distanza (artt. 43. e ss del ZVPot-UPB2) insieme alla disciplina delle clausole vessatorie (art. 24 del

ZVPot-UPB2) e a una vasta gamma di disposizioni a tutela del consumatore, ormai a livello europeo con la Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, forniscono un inquadramento regolamentare alle *policies* e conseguenti interpretazioni della loro applicabilità. E non è per nulla diverso in Slovenia: vige l'obbligo, a carico del fornitore del servizio *cloud*, di fornire le informazioni all'utente in modo diretto, semplice, costantemente aggiornato e facilmente accessibile prima dell'eventuale compilazione del *contract form on-line* (art. 43.b, co. 1 del ZVPot-UPB2). Le principali *policies* spesso presenti nei contratti di *cloud computing* sono le: *Terms of Service*, *Service Level Agreement (SLA)*, *Acceptable Use Policy* e *Privacy Policy*. Questi documenti informano l'utente sulla modalità di erogazione del servizio, determinano forme di *audit*, la modalità di trattamento dei dati e altre regole di comportamento delle parti. Sempre all'interno dello schema regolamentare di tutela del consumatore si ha, anche per i contratti di *cloud computing*, il diritto di recesso sottoposto a un breve termine (quindici giorni) di scadenza ai sensi del Codice di consumo sloveno che rappresenta oggetto di uno degli obblighi di informazione (art. 43.č del ZVPot-UPB2). La violazione di tale obbligo dà luogo alla pena pecuniaria ai sensi dell'art 77. ZVPot-UPB2. L'esercizio del diritto di recesso nei contratti di *cloud computing* pone anche come conseguenza la cancellazione del contenuto messo nel *cloud* (c. d. *right to be forgotten*).

Il servizio offerto «*as is*», cioè nello stato in cui si trova nel momento della conclusione nonostante possibili interruzioni, errori e/o contenuti danneggiati, determina l'istituto civilistico dell'obbligazione di mezzi (art. 6, co. 2 dell'OZ) per il quale non vi è nessuna responsabilità per il risultato. Nonostante questo classico *disclaimer*, presente in ogni modello contrattuale statunitense, il fornitore non è sollevato dalla responsabilità. Vi sono due modi particolari stabiliti nelle *policies (SLA)* con i quali spesso si argina l'indennizzo dell'utente. Il primo modo è tramite un limite massimale del corretto funzionamento del servizio senza interruzioni spesso stabilito al 98% del tempo totale. Al di sotto di questo limite l'utente ha diritto al risarcimento del danno arrecato a seguito delle interruzioni o errori del servizio (c. d. *server downtime*). L'indennizzo non avviene attraverso il rimborso in denaro, ma con il corrispettivo di giorni gratuiti usufruibili nell'anno successivo a quello dell'abbonamento al servizio. Il secondo modo è cumulativo al primo e dipende dalla specie del danno patrimoniale. Il sistema *civil law* riconosce due tipi di danno patrimoniale, il lucro cessante (art. 132 dell'OZ) e il danno emergente (art. 132 dell'OZ), mentre il sistema *common law* usa i c. d. *indirect and consequential damages* e *direct damages*. Spesso si prevede la responsabilità nei contratti di *cloud computing* soltanto per i c. d. *direct damages* sottoposti ad un limite massimale (c. d. *cap on liability for direct damages*), equivalente, secondo una parte della dottrina,

a lucro cessante del sistema *civil law*. L'utente potrà nonostante il massimale chiedere un risarcimento più alto ai sensi dell'art. 242, co. 4 dell' OZ. Rimane comunque il compito del foro competente di determinare il risarcimento del danno nel caso dell'inadempimento contrattuale.

I c.d. *boiler plate clauses* nel contratto di *cloud computing*, chiamati dalla dottrina anche clausole di stile, si limitano a rappresentare una prassi statunitense e non rispondono alla libera manifestazione della volontà delle parti, visto che si concludono in base al sistema *take it or leave it*. Questo metodo di stipulazione di clausole *boiler plate* è per un legislatore europeo inaccettabile, e quindi inefficace. Si condivide l'opinione per cui si tratta di mere clausole di stile. Ai sensi dell'art. 82 dell' OZ si interpretano le clausole poco chiare contro l'autore della clausola nel fenomeno dei contratti per adesione. Dove il regolamento contrattuale è disciplinato in una maniera uniforme, il che è spesso il caso nei contratti di *cloud computing*, le clausole ambigue si interpretano a favore dell'aderente, cioè utente, che di regola è la parte contraente più debole. Quindi come si superano gli ostacoli nell'interpretazione slovena, attuante anche quella europea, delle clausole statunitensi? Un classico esempio di avvicinamento dei due sistemi contrattuali potrebbe essere l'assegnazione, seppure con riserva, delle caratteristiche del contratto di compravendita (art. 438. dell' OZ) e del contratto di locazione (art. 587. dell' OZ) al contratto di *leasing*. Nella dottrina slovena tale avvicinamento prende forma nella definizione di »*mešana atipična zakupno prodajna pogodba*« (contratto atipico misto di locazione-vendita). Così facendo il contratto di *cloud computing* potrebbe diventare un incrocio tra il contratto di *hosting web*, il contratto di *outsourcing* e il contratto di licenza. L'obiettivo dell'articolo è quindi quello di abbattere le barriere del diritto sloveno, ovvero europeo, e trovare una lingua comune ai due sistemi contrattuali di origine diversa per dare luogo a un commercio elettronico più sicuro, più snello, più ricco e più chiaro.

JOINT PARENTAL CARE

Sendi Yakuppur,

LL.M., Assistant Professor at the Law Faculty of Özyeğin University, Istanbul, Turkey

The concept of custody does not only enclose a right consisting of parental powers but also enclose entire obligations regarding the representation and the protection of the personalities and properties of the minor and in some exceptional cases the people who are under the care of guardian¹. The joint parental care can be characterized as a custody right given both to mother and father collectively and equally².

It is impossible to alienate the custody right from its holder. Besides, custody right belongs exclusively to mother and/or father. Therefore it is impossible to assign this right to other people even from family such as brother, sister, uncle, aunt, grandfather or grandmother³.

This paper will briefly report on joint parental care system in Turkey. In parallel with Turkish Civil Code, it is appropriate to examine joint parental care from four different prospects: Joint parental care during the marriage, during the separation, after divorce and also for the couples who never get married.

1. DURING THE MARRIAGE

1.1. General principle

The article 336 para. 1 of the Turkish Civil Code with the title “*II. If the parents are married*” is arranged as follows:

¹ Sarı, p. 86, Dural; Ögüz; Gümüş, AILE HUKUKU (2014), p. 341, N. 1676, Kürşat, p. 257, Akıntürk; Karaman, AILE HUKUKU (2014), p. 406, Usta, ÇOCUK HAKLARI VE VELAYET (2012), p. 21, Baktır Çetiner, VELAYET HUKUKU (2000), p. 30.

² Serdar, p. 162, Kiremitçi, p. 10.

³ Akıntürk; Karaman, AILE HUKUKU (2014), p. 408, Baktır Çetiner, VELAYET HUKUKU (2000), p. 43, Usta, ÇOCUK HAKLARI VE VELAYET (2012), p. 22.

“During marriage, the parents exercise parental care jointly.”

If mother and father are married, parental rights arise directly under the law from the minute the child is born⁴. As a rule, lawmaker assigns the parental rights jointly to both the mother and father together.

Although spouses have to exercise the parental care jointly, rights and liabilities regarding custody are assigned to mother and father individually, independent and separate from each other. Accordingly, mother and father are individually responsible of exercising custody, independent from one another. Along with this, joint exercise of custody rights is essential regarding all custody-related issues. Mother and father will act jointly in the child's all personal matters and regarding the properties under the child's name and will represent the child jointly when necessary⁵.

It goes without saying that the fact that mother and father will exercise parental rights jointly does not mean that they have to always act at the same time and together. Mother and father may exercise parental rights severally⁶, in all individual tasks and processes and works based on implicit or express consent⁷ of the other party.

It is possible that mother and father have different opinions about how the interests of a child regarding a specific issue shall be protected in the best way possible. By Turkish Civil Code that entered into force in 2002, major changes have been made in various organizations. A primary change was made especially to re-organize provisions in the field of family law that injure equality of women and men. One of the issues addressed within this scope is the right of the mother and the father to exercise right of custody jointly⁸. According to the former Turkish Civil Code, during marriage, couples used to exercise the right of the custody together. Nonetheless in case of disagreement, the father was accorded the right of final decision.

The legal arrangement that prefers the vote of one parent against the other parent in case of these kinds of disputes is abolished in Turkey, like in other countries, based on the grounds that such arrangement is contrary to the principle of equality between spouses under Turkish law⁹. Nonetheless, no arrangement is made under the relevant provision that explains how any dispute between a

⁴ Akıntürk; Karaman, AILE HUKUKU (2014), p. 407-408, Baktır Çetiner, VELAYET HUKUKU (2000), p. 34-35.

⁵ Sarı, p. 88, Dural; Ögüz; Gümüş, AILE HUKUKU (2014), p. 343, N. 1682.

⁶ Sarı, p. 89.

⁷ Consent may be given after the action and act that took place as well as before it, may arise by subsequent consent afterwards.

⁸ Sarı, p. 83

⁹ Sarı, p. 85, 90, Akıntürk; Karaman, AILE HUKUKU (2014), p. 408.

mother and father will be resolved¹⁰. In this case general provisions of marriage are executed. In this regard, article 195 of the Turkish Civil Code entitled “*Protection of the Marital Union*” can be applied. According to this article:

“If a spouse fails to fulfil his or her duties to the family or if the spouses disagree on matters of importance to the marital union, they may apply jointly or separately to the court for mediation.”

According to this provision, it will be possible to apply to the court for mediation in case of a disagreement between spouses arise on matters of importance¹¹. In these cases, the court reminds the spouses of their duties and attempts to settle their differences. If the spouses give consent, experts may be consulted or they may be referred to a marriage guidance or family counselling agency. Nevertheless, in such case the judge cannot decide instead of parent. The competent court in this regard is the family court¹².

1.2. Exceptions of Joint Parental Care During the Marriage

We had better say that the general rule is that father-mother will exercise the parental rights jointly. However in parallel with Swiss Civil Code, in some exceptional cases it was made possible under Turkish Law to withdraw parental care of either the father or the mother with judicial decision. According to Civil Code article 348 “*III. Withdrawal of parental care*”:

“Where other measures have failed or offer little prospect of providing adequate child protection, the guardianship supervisory authority shall withdraw parental care from the parents:

1. if the parents are unable to exercise parental care as required on account of inexperience, illness, disability, absence or other similar reasons;
2. if the parents have not cared for the child to any meaningful degree or have flagrantly violated their duties towards the child.

[...]”

As can be seen, Turkish Civil Code lawmaker ruled that withdrawal of parental care from the mother or father or both is possible when father and mother do not exercise parental care as required or if measures stipulated under the law

¹⁰ Dural; Ögüz; Gümüş, AILE HUKUKU (2014), p. 343, N. 1683.

¹¹ It should be stated that, the reason why mediation of a judge is not mentioned under article 336 regarding the issue and the reason why application for mediation was only made possible for matters of importance, is to prevent application of spouses to court in any matters of dispute regarding exercising parental rights. For detailed information, see Sarı, p. 92.

¹² Sarı, p. 91.

for protection of the child are not sufficient¹³. However it is better to mention that, this severe measure is only possible by judicial decision in case one of the possibilities specified under paragraph one and two of such article takes place¹⁴.

According to the para. 1, it can be decided to withdraw parental care from the parents if the parents are unable to exercise parental care as required on account of inexperience, illness, disability, absence. It can be easily deduced that reasons specified under the article as “similar reasons” which may lead to withdrawal of parental care are not limited only with the reasons stated specifically under the article. For example withdrawal of parental care is possible for the father or mother in case the power of discernment of the father or the mother is lost or restricted¹⁵.

According to para. 2 of the same article, if the parents have not cared for the child to any meaningful degree or have flagrantly violated their duties towards the child, custody can be taken from them. It goes without saying that in such a possibility that will cause the judge to use exercise individual discretionary power and withdraw parental care from the father-mother, unlike the above mentioned possibility, here misconduct by father-mother is required. Also it is mandatory that this misconduct is continuous¹⁶.

2. DURING THE SEPARATION

According to the art. 336/para. 2 of the current Turkish Civil Code, if the parents cease living together or they are separated, the court may award parental care to one spouse alone.

It shows that the judge will be able to grant the custodial right to one of the parties if the cohabitation has ended and spouses have been separated. From

¹³ Akıntürk; Karaman, AILE HUKUKU (2014), p. 440, Grassinger, TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA YER ALAN VELAYET HÜKÜMLERİ ARASINDA KÜÇÜĞÜN KİŞİ VARLIĞININ KORUNMASI İÇİN ALINACAK TEDBİRLER (2009), p. 164.

¹⁴ Grassinger, TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA YER ALAN VELAYET HÜKÜMLERİ ARASINDA KÜÇÜĞÜN KİŞİ VARLIĞININ KORUNMASI İÇİN ALINACAK TEDBİRLER (2009), p. 165, Dural; Ögüz; Gümüş, AILE HUKUKU (2014), p. 338, Akıntürk; Karaman, AILE HUKUKU (2014), p. 438. The judge to rule on this issue is the judge of family court. Judge should allow the child, that reached the maturity to declare his/her opinions, to speak on the issue of granting parental rights to the mother or father. This principle is clearly stated under Convention on the Rights of the Child Art. 12, Art.3 and Art. 6.

¹⁵ Grassinger, TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA YER ALAN VELAYET HÜKÜMLERİ ARASINDA KÜÇÜĞÜN KİŞİ VARLIĞININ KORUNMASI İÇİN ALINACAK TEDBİRLER (2009), p. 169, Akıntürk; Karaman, AILE HUKUKU (2014), p. 439.

¹⁶ Dural; Ögüz; Gümüş, AILE HUKUKU (2014), p. 338, Grassinger, TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA YER ALAN VELAYET HÜKÜMLERİ ARASINDA KÜÇÜĞÜN KİŞİ VARLIĞININ KORUNMASI İÇİN ALINACAK TEDBİRLER (2009), p. 167.

the opposite meaning of this article we understand that the judge is not authorized to do this and the custody can be exercised by both¹⁷. As can be seen, the parental right during the separation and following divorce are arranged differently. This means, by conscious choice, law maker preferred to obligate termination of joint custody by termination of marriage instead of the termination of the status of living together. Accordingly even if it is stipulated that the spouses live apart for three years, unless otherwise is agreed, for the interest of the child, mother and father will have joint custody of the child¹⁸.

3. IF MARRIAGE IS TERMINATED BY DIVORCE

Most of the European countries recognized joint parental care after divorce based on the idea that divorce breaks the ties between spouses but should not affect the parent-child relationship¹⁹. Even in Switzerland, with the new reform of the Swiss divorce law in 2000, joint parental care after divorce is recognized. Although Turkish Civil Code comes into force in 2002, the changes made in Switzerland are not adopted. It shows that while Swiss law has made a step forward on the field of parent-child relationships and the promotion of the child's well-being, Turkish law maker did not want to take into consideration that possibility.

There are two provisions under Turkish Civil Code regarding arrangement of parental care if the marriage ends by divorce. The first one of these provisions under Turkish Civil Code is second paragraph of article 182 *"Discretionary Power of the Judge"*. According to mentioned provision:

"In organization of the relationship of the child with the spouse who is not granted the parental care right, interest of the child specifically in terms of health, education and morals is taken as basis. [...]"

It cannot be said that this paragraph is clear and explicit about joint parental care issue. There is no remark under this paragraph about the obligation to assign parental rights to either the mother or the father in case of divorce or separation. This provision only covers the essentials that will guide the judge about arrangement of rights and liabilities of the other spouse who is not assigned the parental care rights, in case parental rights are assigned to only one of the spouses. Based on the sole phrase *"spouse who is not granted the parental care right"*, it is not possible to say that in case of divorce, law maker stipulates

¹⁷ Koçhisarlıoğlu, BOŞANMADA BİRLİKTE VELAYET VE YASANIN AŞILMASI (2004), p. 25.

¹⁸ Öztan, p. 255.

¹⁹ For detailed information see Kiremitçi, p. 13-19.

assigning of parental care rights to only one of the parents, either the mother or the father, and rules out joint parental care completely²⁰.

Another provision under Civil Code regulating the parental care rights in case of divorce is included under paragraph three of article 336.

“On the death of a spouse, parental care passes to the surviving spouse²¹; in the case of divorce parental care belongs to the spouse to whom it was granted.”

It is seen that, none of the provisions covering regulations about parental care rights in case marriage ends by divorce, refers to the possibility of joint parental care.

In these condition whether judge has the option to decide to joint parental care after divorce is the main question needed to be answered. Turkish Supreme Court concluded that under our national law it is not possible to decide to joint custody after divorce²². On the other hand, in 2009, **İzmir** Family Court ruled to joint parental care after divorce²³.

In order to decide whether joint parental care is possible or not under Turkish Civil Law, it will be also necessary to determine whether MK 336/f.3 stipulating that right of parental care will be granted to only one of the parties is a mandatory regulation or not. Because if it is reached to the conclusion that such is a mandatory regulation, it will be concluded that Turkish Civil Code law maker does not allow for joint parental care²⁴.

To decide whether this is mandatory regulation or not, first we need to scrutinize the purpose of this provision. The main reason Turkish Civil Code law

²⁰ Öztan, p. 253-254.

²¹ Termination of marriage may arise due to death of one of the spouses or if judge rules for divorce. Provision takes both possibilities into consideration.

²² Y.2.HD., T. 08.04.1971, E. 2238, K. 2310, (Kazancı Casebook), YHGK., T. 18.01.1950, E. 2-9, K. 46, (Kazancı Casebook). According to Çetiner also (pp.108-109), despite current article of the Turkish Civil Code, it is hard to say that the judge has the power to decide to joint parental care. On the other hand, since as mentioned under article 3 of United Nations Convention on Children's Rights, the best interests of the child shall be a primary consideration, if there is no reason for the abrogation of the parental care, even after divorce joint custody should be the general rule.

²³ In the present case the spouses asked for the uncontested divorce. According to the agreement, the parties agreed to use of the right to custody jointly. The Court requested the examination by experts whether joint custody is for the benefit of the children. In the report prepared by experts it was stated that the ideal solution for the child is that both parents participate actively in reaching decisions regarding the child and that child sees each parent as much as desired without any restriction. For detailed information see, Serdar, p. 171, footnote 59.

²⁴ Öztan, p. 255, Koçhisarlıoğlu, BOŞANMADA BİRLİKTE VELAYET VE YASANIN AŞILMASI (2004), p. 33.

maker wants to grant parental care to either the mother or father may be based on the assumption that this will be more beneficial for the child. However, it is hard to accept as truth that parental care should be granted to either the father or the mother²⁵.

Today many European countries adopted the opinion that joint parental care may be to the benefit of the child on the basis of the notion that divorce does not aim to end the relationship between the parents and the child, but only aims to end the relationship of the mother with the father. If we look at the recent reforms made under Swiss Civil Code, we see that it is accepted as a presumption that for the benefit of the child, joint parental care should be imposed and for this reason, even in case of divorce, joint parental care is accepted as a rule. In other words, judges in Switzerland, grant parental care rights to either the mother or the father in exceptional cases where it is determined that joint parental care is contrary to the interests of the child. In the report prepared by experts and included under the resolution dated 27.05.2009, where 4th Family Court of Izmir ruled for joint parental care, it was stated that the ideal solution for the child is that both parents participate actively in reaching decisions regarding the child and that child sees each parent as much as desired without any restriction²⁶. For this reason, especially taking into consideration the principle on interests of the child, we cannot say that Turkish law maker completely excluded the possibility of joint parental care and that this is a mandatory regulation²⁷.

Nevertheless there is no special provision under our Civil Code that sets forth joint parental care as there is under Swiss Civil Code. According to an opinion, there is an implicit gap in law and this gap can be filled by teleological reduction. Accordingly it can be said that article 362 that does not allow for joint parental care, but in case mother and father are ready and willing and if this is to the interest of the child, this is possible by teleological reduction²⁸.

²⁵ According to Kürşat (p. 262), just because the joint life has been terminated, neither of the parties should be deprived of his/her custodial right. If the use of the right will not be difficult, for example if the parties have peacefully settled the dispute over custody, there should be no hesitation about preferring joint parental care.

²⁶ 4th Family Court of Izmir, T. 27.05.2009, E. 448, K. 470, Serdar, p. 171, ref. From footnote 59.

²⁷ Same opinion Koçhisarlioğlu, BOŞANMADA BİRLİKTE VELAYET VE YASANIN AŞILMASI (2004), p. 175 vd., p. 237, Öztan, p. 258. Writer also explains that if lawmaker wanted such a result, it would clearly state this in writing to avoid any doubts. Serozan, ÇOCUK HUKUKU (2005) p. 256, and it is stated that, without discussing whether this is a mandatory regulation or not, it may be claimed that current provision is contrary to Constitution, in the light of United Nations Convention on the Rights of the Children, principle of equality under constitution, in terms of right of developing character of the child and rights of parents.

²⁸ Serozan, MEDENİ HUKUK (2013), p. 163, N. 41h.

Before the reform in Switzerland in 2014, as a rule, in case of divorce, it was stipulated that mother or father is granted the parental care solely, but only in exceptional cases and presence of very special conditions that are difficult to take place, joint parental care was allowed. According to that article joint parental care could be decided by the court only if it was jointly requested by the spouses, and on condition that two additional conditions are met: first, the spouses signed a written agreement contemplating all aspects of the future care of their children (custody, residence, visitation rights, maintenance); secondly, the court was convinced that shared parental care was the best solution for the well-being of the child²⁹.

After the reform of the Civil Code entered into force on July 1, 2014, divorced parents keeps joint parental care of their children except where assigning sole parental responsibility to one of the parents is “*necessary to safeguard the child’s well-being*”. The principles that were applicable until June 30, 2014 are therefore completely overturned: now joint parental care is the rule, while individual parental care is the exception. According to current new version of article 298, para. 1:

“In divorce proceedings or proceedings to protect the marital union, the court shall assign one parent, sole parental responsibility if this is necessary to safeguard the child’s well-being.”

4. IN CASE PARENTS ARE UNMARRIED

In case mother-father are not married, the resolution about who will be granted the right of parental care is explained under Turkish Civil Code, article 337 “*III. If the parents are unmarried*”. According to the provision:

“If the parents are not married, the mother has parental care. If the mother is a minor or if she dies, or if parental care is taken away from her, the child protection authority, according to the child’s best interests, transfers custody to the father or appoints a legal guardian for the child.”

Law maker that guards the interests of the child, has established parental care relationship between the mother and the child as maternity relationship between these two is established naturally. For the father, it is mandatory that paternity is established between the child and the father. Because if recognition or paternity suit is not in question, paternity cannot be established between the father and the child and as a result no right of parental care may be spoken of.

As can be clearly understood from the article, it is not enough to only establish the paternity relationship with the child in order for the father to have parental

²⁹ Guillo, article...

care rights. Even if paternity is established between the child and the father by recognition or paternity suit, only upon meeting conditions stated under second paragraph of article 337, will the father have the right of parental care³⁰. It means that it is not possible for the father who is not granted the parental care right, to have and say in any act or actions regarding the child.

Even though this practice is correct for father or mother model that is uncaring to his/her child, it is difficult to say that this regulation is correct for tender parents who embrace their children and who wish to share child's responsibility and right of parental care³¹. Article does not contain the answer to the question of what will happen in case father and mother, that are unmarried, wish to exercise parental care rights jointly.

One opinion that we also agree in this regard, points out that there is a gap in law about this and that judge should fill this gap according to article 1/f. II of Civil Code. Judge will fill this gap according to paragraph one of article 7 that stipulates that child has the right to get to know his/her father-mother and to be cared by them as much as possible and according to article 3 of United Nations Convention on Children's Rights, that value the interest of the child above everything. According to opinion mentioned, since the purpose of the law is not to make a difference between illegitimate and legitimate child or not to deprive the child from the love and attention of his/her father, father and mother should be able to claim joint parental care and judge should be able to decide for joint parental care in case this is not against the interest of the child³².

Swiss legislator took into consideration the case where unmarried father and mother wish to exercise parental care rights jointly. According to the current Swiss Civil Code article 298 entitled "*I. Joint declaration by the parents*":

"If the parents are not married to each other and if the father recognizes the child, or the parent-child relationship is established by court judgment but joint parental responsibility was not ordered at the time of the judgment, joint parental responsibility is established based on a joint declaration by the parents."

5. CONCLUSION

There are many legal arrangements under Turkish Civil Code regarding parental care. When these arrangements are examined, it is seen that law maker

³⁰ Serdar, p. 192.

³¹ Serozan, MEDENI HUKUK (2013), p. 255, N. 104.

³² Serdar, p. 193.

explicitly allows for joint parental care only when the marriage continues. According to this regulation, law maker accepts joint parental care as a general rule as long as the marriage continues and resolves that sole parental care of the mother or father is only possible in exceptional cases stated under law. It should also be added that law maker allows joint parental care when father and mother lives separated from one another or when judge rules for their separation.

Nonetheless, unlike Swiss Civil Code, under Turkish Civil Code, there is no explicit legal arrangement about joint parental care in case mother-father is not married or in case they are divorced. This fact causes hesitations about determining whether judge is authorized to rule for joint parental care in two of the above possibilities. According to one opinion which also agreed by us, it cannot be concluded from the way the articles regarding such issues are drawn upon, that joint parental care is excluded explicitly and under all circumstances³³.

According to the opinion accepted, which we also consider reasonable, since there is no explicit provision prohibiting joint parental care in case father and mother is not married or they are divorced, by taking into consideration the legal arrangements under United Nations Convention on Children's Rights, it might be possible for the judge to rule for joint parental care until a new arrangement is made in this field.

However, there is no doubt that new arrangements need to be made regarding these issues. For as much as it is possible to reach to this conclusion by interpretation, it is very difficult to determine under which conditions judge shall rule for joint parental care. For this purpose, to prevent arising of different enforcements, what needs to be done is to bring special arrangements regarding joint parental care, just like in old Swiss Civil Code. Nevertheless, to my opinion, it would be better first to see how in Turkey joint parental care is implemented after divorce or for the couples who does not desire to marry to each other. For this reason, instead of accepting joint parental care as a general rule like recent reforms in Switzerland, it is more appropriate to empower the judge to rule for joint parental care in presence of specific conditions like in the provision abolished in Switzerland in 2014.

³³ See also Koçhisarlıoğlu, BOŞANMADA BIRLIKTE VELAYET VE YASANIN AŞILMASI (2004), p. 237, Öztan, p. 258. Writer also explains that if lawmaker wanted such a result, it would clearly state this in writing to avoid any doubts. Serozan, ÇOCUK HUKUKU (2005), p. 256, and it is stated that, without discussing whether this is a mandatory regulation or not, it may be claimed that current provision is contrary to Constitution, in the light of United Nations Convention on the Rights of the Children, principle of equality under constitution, in terms of right of developing character of the child and rights of parents.

Bibliography

- Akıntürk, Turgut; Karaman, Derya Ateş: AILE HUKUKU, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- Baktır Çetiner, Selma: VELAYET HUKUKU, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- Bilge ÖZTAN: Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, 2006, pp. 249 – 260.
- Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan; Gümüş, Mustafa Alper : TÜRK ÖZEL HUKUKU, CILT III, AILE HUKUKU, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Grassinger, Gülçin Elçin: TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA YER ALAN VELAYET HÜKÜMLERİ ARASINDA KÜÇÜĞÜN KİŞİ VARLIĞININ KORUNMASI İÇİN ALINACAK TEDBİRLER, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2009.
- Kiremitçi, Müge: BOŞANMA SÜRECİNDE MÜŞTEREK VELAYET VE TOPLUMSAL BAKIŞ AÇISI, İstanbul Üniversitesi PhD Thesis, İstanbul, 2014.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz: BOŞANMADA BİRLİKTE VELAYET VE YASANIN AŞILMASI, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Kürşat, Zekeriya: Principles of granting custodial right in the light of the court of cassation judgments, in: Annales de la faculté de droit d'İstanbul, C. 41, N. 58 (2009), pp. 257-275.
- Sarı, Suat: "Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velâyeti Birlikte Kullanması", Legal Hukuk Dergisi, N. 49 (2007), pp.45-82.
- Serdar, İlknur: "Birlikte Velayet", Dokuzeylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, N. 1 (2008), pp. 155-197.
- Serozan, Rona: ÇOCUK HUKUKU, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- Serozan, Rona: MEDENİ HUKUK, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Usta, Sevgi: ÇOCUK HAKLARI VE VELAYET, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

SKUPNA STARŠEVSKA SKRB

Sendi Yakuppur,

*doktor pravnih znanosti, docent na Pravni fakulteti Univerze Özyeğin,
Istanbul, Turčija*

Turški Civilni zakonik pozna različne oblike vzgoje in varstva otroka. Ena izmed njih je tudi skupna vzgoja in varstvo. To obliko vzgoje in varstva določbe Civilnega zakonika izrecno dovoljujejo samo v času trajanja zakonske zveze. Za poročene starše sta skupna vzgoja in varstvo predpisana celo kot pravilo. To pomeni, da sta starša v zakonski zvezi na podlagi zakona ne samo upravičena, temveč celo zavezana skupaj skrbeti za otroka. Zgolj v primeru, ko so podani izredni in izjemni razlogi, se otrok na podlagi sodne odločbe lahko zaupa v vzgojo in varstvo le enemu od staršev. Poročena starša sta v skladu z določbami Civilnega zakonika dolžna skupaj skrbeti za vzgojo in varstvo otroka ne le, če živita skupaj, temveč tudi, kadar sta se razšla in živita ločeno, čeprav nista zahtevala razveze.

Za razliko od švicarskega Civilnega zakonika, po katerem se turški Civilni zakonik zelo močno zgleduje, turški zakonik ne vsebuje posebnih določb o skupni vzgoji in varstvu za primer, ko starša nista v zakonski zvezi ali sta razvezana. To dejstvo vzbuja vprašanje, ali je sodnik sploh pooblaščen za odločitev, da se otrok neporočenih ali razvezanih staršev zaupa v skupno vzgojo in varstvo. Po večinskem mnenju iz odsotnosti izrecne določbe o skupni vzgoji in varstvu neporočenih ali razvezanih staršev še ni mogoče sklepati na to, da skupna vzgoja in varstvo otroka neporočenih ali razvezanih staršev ni dopustna prav pod nobenim pogojem. Za tako razlago po večinskem mnenju pravne stroke govorijo tudi določbe Konvencije Združenih narodov o otrokovih pravicah. Konvencija o otrokovih pravicah je po prevladujočem mnenju stroke tudi ustrezna pravna podlaga, na katero lahko sodnik v odsotnosti ustreznih zakonskih določb opre svojo odločitev o skupni vzgoji in varstvu otroka neporočenih ali razvezanih staršev.

Kljub nakazani možnosti neposredne uporabe določb Konvencije Združenih narodov o otrokovih pravicah, pa stroka opozarja, da je neposredno skliceva-

nje na določbe Konvencije zgolj zasilna in ne optimalna rešitev. Brez določne zakonske podlage je namreč izredno težko določiti pogoje, pod katerimi naj bosta neporočena ali razvezana starša sploh upravičena skupaj skrbeti za otroka. Iz tega razloga je treba vprašanje varstva in vzgoje otroka neporočenih in razvezanih staršev v Civilnem zakoniku izrecno urediti. Izrecna ureditev je nujno potrebna tudi zato, da v podobnih dejanskih primerih ne prihaja do različnih sodnih odločitev. Tako stanje namreč ogroža pravno varnost in s tem tudi otrokovo korist.

Družinskopravna stroka v Turčiji predlaga, naj se nova ureditev skupne vzgoje in varstva ne zgleduje po novi ureditvi tega vprašanja v švicarskem Civilnem zakoniku iz leta 2014, po kateri sta skupna vzgoja in varstvo otroka tudi pri neporočenih in razvezanih starših predpisana kot pravilo. Zgled novi turški ureditvi naj bo ureditev švicarskega Civilnega zakonika pred letom 2014, ki je določala zgolj pogoje, na podlagi katerih so bili starši upravičeni do skupne vzgoje in varstva. S pomočjo tovrstne ureditve bo namreč v Turčiji mogoče preizkusiti, kako model skupne vzgoje in varstva otroka sploh deluje pri neporočenih in razvezanih parih. Na podlagi izkušenj te ureditve se bo Turčija lahko odločila, ali naj skupno vzgojo in varstvo otroka v prihodnje reformira tudi na način, da skupna vzgoja in varstvo postaneta pravilo za vse starše.

ČISTA TEORIJA PRAVA KOT IZZIV

Marijan Pavčnik: Čista teorija prava kot izziv. Reine Rechtslehre als Anregung. IUS Software. Zbirka Pravna obzorja. Ljubljana 2015, 188 strani.

1. UVOD

Ena ključnih vprašanj pravne teorije so, zakaj pravo kot tako velja, iz kje izhaja in kaj je poslednja (najvišja) norma, ki ga utemeljuje (oz. mu daje veljavo). S temi vprašanji so se ukvarjali tudi Kelsen in člani njegovega seminarja,¹ med katere je sodil Leonid Pitamic.² Čeprav so na razvoj čiste teorije prava in Kelsnove ideje o temeljni pravni normi vplivale misli vseh članov Kelsnovega kroga,³ pa avtor knjige Čista teorija prava kot izziv, akad. prof. dr. Marijan Pavčnik, meni, da je pri nekaterih vprašanjih ključno vlogo odigral prav Pitamic.⁴ Delo Čista teorija prava kot izziv je v svojem bistvu prikaz nekaterih Pitamičevih pomislekov, idej, misli oz. ugovorov, ki osvetljujejo nekatere vidike razvoja čiste teorije prava ter Pitamičev prispevek in presežek v njem.

Knjiga je formalno razdeljena na dva večja dela (slovenski in tujejezični), znotraj njiju pa nadalje na tri različne prispevke: (1) Metodološka jasnost in (ali) predmetna čistost prava? Ob Kelsnovih in Pitamičevih razpravljanih in razhajanih (2013); (2) Vprašanje temeljne pravne norme (Pitamičevo pismo

¹ Glej Marijan Pavčnik: Čista teorija prava kot izziv. IUS Software, Ljubljana 2015, str. 26 (kjer ni drugače navedeno, se v nadaljevanju sklicevanje na strani nanaša na knjigo, ki je predmet tega prikaza). Med drugimi naj bi v Kelsnovem privatnem seminarju, na podlagi katerega je pozneje nastala »Dunajska pravnoteoretična šola«, sodelovala tudi Adolf Merkl in Alfred Verdross. Glej str. 20 in 65 (kjer so navedeni še drugi člani seminarja).

² Več o Leonidu Pitamicu glej zlasti na strani 19 in 20, še posebej opomba 1.

³ Čeprav so na razvoj čiste teorije prava pripomogli tudi Kelsnovi učenci, pa Pavčnik meni, da bi bilo netočno reči, da je bila čista teorija prava skupinsko delo. Glej str. 65.

⁴ Glej npr. stran 66 (kjer Pavčnik navaja, da je ključno vlogo pri vprašanju učinkovitosti odigrala Pitamičeva razprava Predpostavke ekonomije mišljenja v pravni znanosti). Podobno tudi na strani 27. Da je Kelsen Pitamičev prispevek bolj ali manj ustrezno priznal, Pavčnik navaja na strani 64, pa tudi na strani 20.

Hansu Kelsnu, 2009); in (3) Ob Pitamičevi »Državi« (2009).⁵ Vsebinsko lahko knjigo razdelimo na dva večja dela: del, ki se neposredno posveča razmerju med Pitamičevo in Kelsnovo mislijo (sem lahko uvrstimo prvi dve razpravi), ter del, ki sistematično predstavlja Pitamičevo knjigo *Država* (tretja razprava). V nadaljevanju se osredotočam zlasti na predstavitev vsebine prvega dela (tj. prvih dveh razprav).

2. KELSNOVA IZHODIŠČA

Kelsnova teorija prava je čista teorija **prava**. Čista zato, ker je čist njen osrednji predmet, prav tako pa tudi njegovo preučevanje (metodologija). Osrednji predmet čiste teorije prava je pozitivno pravo (tj. pozitivni red, tak kot je, in ne tak, kot naj bi bil) kot splošni pojem (kaj sploh je pravo in kakšno je to pravo – torej na splošno in ne nek konkretni pravni red). Ker odkriva »čisto« pravo, mora tudi njegovo raziskovanje ostati čisto (očiščeno vseh preostalih prvin, kot so politika, morala, narava itd.).⁶ Ker Kelsen meni, da je predmet preučevanja odvisen od metode in njene spoznavne usmeritve (metoda je tista, ki določa predmet),⁷ se zavzema za metodološko čist pristop, ki bo ustvaril čist predmet preučevanja.⁸

Kelsen sprejema novokantovski dualizem in svet deli na svet biti (*sein*) in svet najstva (*sollen*). Prvemu pripada naravni zakon in deluje po načelu vzrok – posledica, tj. »če bo to, bo ono«, drugemu pa pripada pravni zakon, ki deluje po načelu pripisovanja pravne posledice pravnemu pogoju, tj. »če bo to, naj bo ono«.⁹ Njegova najstvena struktura prava ima formalen značaj (vez »naj« nima vrednostnega (moralnega) značaja, temveč le značaj pripisa posledice, ki jo določa neka norma).¹⁰ Zavzema se za razmejitev pravne vede od sociološkega raziskovanja (ki se ukvarja z pravom kot delom naravne resničnosti in tako

⁵ V tujejezičnem delu so tri nemške in ena angleška razprava, ki vsebinsko v bistvenem ustrezajo slovenskim razpravam (pri čemer se angleška ujema s prvo razpravo, nemške pa z vsemi tremi).

⁶ Izhodišča čiste teorije prava Pavčnik predstavi zlasti v razdelku 2. Čistost prava znotraj prve razprave (glej zlasti strani 21, 22 in 23). Več o »čistosti« čiste teorije prava glej tudi v: Hans Kelsen: Čista teorija prava. Uvod v problematiko pravne znanosti. Prevedla Amalija Maček Mergole, Cankarjeva založba, Ljubljana 2005, str. 19.

⁷ Ali bolj natančno: »specifična metoda določa specifični predmet«. Glej M. Pavčnik, nav. delo, str. 29, *vir navedka je označen v opombi 50*.

⁸ Glej str. 43.

⁹ Glej zlasti str. 22.

¹⁰ Glej H. Kelsen, nav. delo, str. 34. Podobno tudi: »Samostojnost prava je sinonim za 'čistost vede', ki jo pravo zanima zgolj kot formalna najstvena struktura.«. Glej M. Pavčnik, nav. delo, str. 21 in 22.

pravo zamenjuje z dejstvi) pa tudi od naravnopravnih teorij (ki v pravo vnašajo etično politični postulat in tako pravo zamenjuje z moralo).¹¹

Kot metodo, primerno za spoznavanje prava, Kelsen šteje zlasti normativno-deduktivno metodo.¹² Pravna norma je po njegovem mnenju pravna norma zato, ker tako določa pravna norma višjega reda (pravo je sistem norm, ki so v sebi sklenjena celota – norma torej lahko izhaja le iz druge norme in ne npr. iz dejstev).¹³ Normativne zakonitosti je zato mogoče spoznati le s pravnim zakonom¹⁴ (*sollen* lahko izhaja samo iz *sollen*).¹⁵

Kelsen je na takih svojih stališčih vztrajal¹⁶ tudi pri iskanju poslednje norme, ki bo kot najvišja norma temeljni razlog za veljavnost vseh norm nekega reda.¹⁷ Če norma velja, ker tako določa višja norma, slednja velja, ker tako določa norma, ki je še višja od slednje. Končno je poslednja višja norma utemeljena v najvišji normi, ki jo Kelsen imenuje **temeljna norma**. Znotraj čiste teorije prava temeljna norma (kot izhodišče prava, ki je ločeno od narave in morale) ne more biti utemeljena v dejstvih ali vrednotah.¹⁸ Prav tako ne more biti (ker nad njo ni višje norme, ki bi določala njen sprejem) postavljena.¹⁹ Zato je, skladno s čisto teorijo prava, lahko le **predpostavljena**. Temeljna norma je tako le hipotetična predpostavka v mislih raziskujočega, ki predpostavlja, da pravni red velja. Temeljna norma je tako zunaj pravnega reda (zunaj predmeta opazovanja) in je znotraj tistega, ki predmet opazuje.²⁰

¹¹ Glej str. 22.

¹² Po Kelsnovem mnenju induktivno–kavzalna metoda pravnemu spoznanju odvzame njegovo naravo. Glej npr. str. 30.

¹³ Glej npr. str. 23: »'Naravna' posledica Kelsnovega pristopa je, da je pravo sistem pravil ali norm, ki so v sebi sklenjena celota. Sistem pravil ni utemeljen z dejstvi in vrednotami, ampak le s pravnimi pravili iste ali višje stopnje.«.

¹⁴ Glej str. 22.

¹⁵ »Teza čiste teorije prava je, da norma (pravilo) lahko izhaja samo iz norme (pravila), ne pa tudi iz tega, kar je.« Glej str. 65. Kelsnovo stališče, da norma (*sollen*) lahko izvira le iz norme (*sollen*), je imelo pomemben vpliv na Pitamica. Glej str. 24.

¹⁶ Pavčnik navaja, da je bil Kelsen premočrten in je sprejemal le tisto, kar se je skladalo s predpostavkami čiste teorije prava, saj svojega teoretičnega izhodišča ni bil pripravljen spreminjati. Glej str. 65.

¹⁷ Glej H. Kelsen, nav. delo, str. 60.

¹⁸ Glej npr. str. 23.

¹⁹ Ali, kot zapiše Pavčnik: »Nujnost tako razumljenega sistema pravnih pravil je, da ne more normativno utemeljiti ustave, ki je hierarhični vrh pozitivnega prava (če se omejimo samo na državno pravo).« Glej str. 23.

²⁰ Glej npr. str. 23 in 59. V Pitamičevem pismu Kelsnu (str. 59). Pitamic Kelsnovo opredelitev temeljne norme primerja s Kantovimi kategorijami (tudi te »so po Kantu le oblike, apriorni pogoji našega spoznanja, ki šele omogočajo spoznanje; so v razumu spoznavajočega subjekta in ne v predmetih, ki jih želi spoznati ...«).

3. PITAMIČEV POGLED

Pitamic je skupaj z Adolfom Merklom (teorija stopnjevitosti pravnega reda) in Alfredom Verdrossom (naravnopravna šola) sodeloval na Kelsnovem seminarju.²¹ Pitamica je »čistost«²² normativne teorije intelektualno spodbujala in jo je deloma vključil v svojo teorijo, kar se vidi zlasti pri njegovi teoriji o državi.²² Kljub navdušenosti pa so se mu odpirala določena vprašanja, na katera ni mogel odgovoriti skladno s predpostavkami čiste teorije prava.²³ V tem oziru je razvijal svoje odgovore in z nekaterimi od njih vplival na Kelsnovo teorijo.²⁴

3.1 Pitamičeva izhodišča

Tudi Pitamic je skušal odgovoriti na vprašanje, zakaj velja ravno ta in ne kakšna druga norma, pri tem pa je skušal izstopiti iz neskončnega zaporedja, ki ga ustvarja dosledni odgovor »ker tako določa norma višjega reda«. Rešitev iz logične zanke je videl v preskoku iz sveta najstva v svet biti.²⁵ Ker končna norma ne more biti utemeljena z normo samo (če jo utemeljuje višja norma, potem ne gre za končno (najvišjo) normo, saj mora biti norma, ki jo utemeljuje, od nje višja), moramo njene temelje iskati zunaj tega najstva (ko se nehamo spraševati, kaj naj bi bilo, ampak preučujemo, kaj je).²⁶ Odgovor na vprašanje, zakaj velja točno ta in ne kakšna druga norma, so po Pitamičevem mnenju torej psihološka dejstva biti,²⁷ material, na podlagi katerega se izbere temeljna norma, pa ni norma sama (in s tem svet najstva), ampak dejansko ravnanje ljudi (svet biti).²⁸

²¹ Glej str. 20.

²² Glej str. 24 in 25.

²³ Ključno vprašanje Pitamic predstavi v pismu Kelsnu: »Po drugi strani pa ste Vi in jaz in mi vsi stali pred očitnim in nezavrnljivim dejstvom, da je treba za spoznanje nekega časovno in krajevno veljavnega prava upoštevati učinkovitost pravnih norm, tj. njihovo dejansko, čeprav ne brezizjemno izvrševanje in spoštovanje, ali utemeljene izglede za to učinkovitost, *hic et nunc*. Če pri določitvi izhodišča sistema norm, za katerega domnevamo veljavnost, te okoliščine ne upoštevamo, pridemo do praktično nemogočih, utopičnih posledic. Kako pa naj dejansko učinkovitost prava včlenimo v strogo verigo najstva, ki ne dopušča nobenega preloma in nobenega vdora? Kako naj bit povežemo z najstvom?« Glej str. 57.

²⁴ Glej npr. stran 66 (kjer Pavčnik navaja, da je ključno vlogo pri vprašanju učinkovitosti odigrala Pitamičeva razprava Predpostavke ekonomije mišljenja v pravni znanosti), podobno tudi na strani 27. Da je Kelsen Pitamičev prispevek bolj ali manj ustrezno priznal, navaja na strani 64, pa tudi na strani 20 in 31.

²⁵ Glej str. 28 in 29.

²⁶ »In te 'zadnje predpostavke' si ne moremo prikazati kot 'tisto, ki *naj bi bila*, temveč kot tisto, ki *je*.« Glej str. 28, *vir citata je naveden v opombi 46*.

²⁷ Glej str. 29.

²⁸ Glej str. 32.

Pitamic zato meni, da predmet prava ni zgolj normativen (»čist« oz. enodimenzijski),²⁹ zato tudi metoda, s katero ga preučujemo, ne more biti zgolj ena (tj. normativna). Za razliko od Kelsa je Pitamic namreč prepričan, da metoda ni neodvisna od predmeta preučevanja – predmet oz. njegova narava sta tista, ki vplivata na izbiro (sooblikujeta) metodo preučevanja (ker mora nekaj vplivati na to, katero metodo bomo pri preučevanju določenega predmeta izbrali, Pitamic meni, da je to, kar vpliva na izbiro, narava predmeta sama).³⁰

Pitamic je prepričan, da zgolj z normativno metodo ni mogoče spoznati izhodišč nekega konkretnega prava.³¹ Uporaba zgolj ene (normativne) metode nas vodi v neskončen niz, ki ga lahko presekamo samo s predpostavko, ki jo izpeljemo po neki drugi metodi.³² Potreba po tej predpostavki (temeljni normi) ima drugačen značaj kot norma sama, zato je za njeno spoznavanje treba uporabiti drugačno metodo (ne normativno).³³

Ker je material, na podlagi katerega se izbere temeljna norma, dejansko ravnanje ljudi, Pitamic meni, da je pri spoznavanju prava nujno potrebna tudi induktivno-kavzalna metoda³⁴ – ne le, da dejanskemu stanu pripisujemo neke posledice glede na normo (ki jo izpeljemo iz višje norme, itd.), temveč tudi temeljno normo izpeljemo iz dejanskega stanu (ali, kot pravi Pitamic, da je treba »potek normativne dedukcije zastaviti z ozirom na po drugi (kavzalni) metodi vršeci se razvoj dogodkov, torej z ozirom na faktična dejstva.«).³⁵

Pri preučevanju prava je po Pitamičevem mnenju tako nujno, poleg normativne metode, uporabljati tudi druge (zlasti sociološko in aksiološko).³⁶ Ob tem se tudi Pitamic zavzema za metodološko jasnost (oz. čistost),³⁷ slednjo pa razume nekoliko drugače kot Kelsen. Ne gre za čistost v smislu očiščenosti (izključevanja) vseh preostalih metod, temveč za jasno razmejitev med metodami in zavedanje, kateri vidik prava preučujemo s katero od metod. Gre torej za

²⁹ »Predmet, to je pravo, ni enodimenzijsko čist ...«. Glej str. 48.

³⁰ Glej zlasti strani 29 in 30, ter stran 38.

³¹ Glej str. 27.

³² Glej str. 28.

³³ Glej str. 28 in 29.

³⁴ »Za Pitamica 'psihološka dejstva biti, ki so zunaj mene, na področju družbenega', določajo, da 'kot veljavno predpostavljam prav to normo in nobene druge'. In to je tudi razlog, da je za spoznavanje prava neizogibno potrebna tudi induktivno-kavzalna metoda.« Glej str. 29 in 30.

³⁵ Str. 27, glej tudi str. 28.

³⁶ Glej str. 43.

³⁷ Glej str. 48.

dopolnjevanje in ne mešanje metod.³⁸ Pitamic ne nasprotuje Kelsnovemu parcialnemu pristopu k preučevanju prava *per se*, meni pa, da bi lahko čista teorija prava prav zaradi svoje čistosti spregledala vsebinsko zgradbo prava.³⁹

3.2. Pitamičeva temeljna norma

Ker temeljna norma šele utemeljuje pravo, Pitamic meni, da sama ne more biti pravna norma.⁴⁰ Po njegovem mnenju je socialnoetična norma, ki svojo vsebino črpa iz človeka oz. njegove narave.⁴¹ Iz narave človeka, kot družbenega bitja (ki ima zaradi te družbenosti normativne prvine),⁴² izhajajo določena načela, v skladu s katerimi morajo biti norme, da imajo značaj pravne norme.⁴³ Pitamic sprva ta načela poimenuje naravno pravo, pozneje pa jih vključi v samo naravo prava (temeljna načela niso zunaj oz. »nad« pravom, pač pa so konstitutivni element samega prava).⁴⁴ Temeljna norma za Pitamica tako ni hipotetična norma zunaj svojega predmeta, ampak objektivna norma, ki je lastna samemu predmetu preučevanja (je znotraj samega pojma prava in ne zunaj njega v opazovalčevem umu).⁴⁵

Bistveni prvini med temi načeli (in tako bistveni prvini prava) sta za Pitamica **red** in človečnost (človečno ravnanje).⁴⁶ Pitamic red razume kot trajno izvrševanje norm,⁴⁷ človečnost pa kot zunanje človečno ravnanje.⁴⁸ Pravni red (oz. temeljna norma) je torej zanj vsak »red, ki z urejanjem zunanjega človekovega vedenja učinkovito, tudi s prisilnimi ukrepi, zagotavlja življenje ljudi v sku-

³⁸ Glej str. 43, 48 in 30.

³⁹ Glej str. 38 in 39.

⁴⁰ Glej Pitamičev citat na str. 69: »... temeljna norma kot taka ni *pravna norma*, ker šele *utemeljuje pravo*«. (Vir citata je naveden v opombi 61). Podobno tudi na str. 35.

⁴¹ Glej str. 35.

⁴² Kot navaja Pitamic: »... človeška narava ni samo fakt, 'kajstvo', temveč obsega v svoji polnosti tudi normativne prvine; to pa prav zato, ker ima tudi družben značaj, to se pravi, da je človek po svoji naravi uvrščen v normativne odnose.« Glej str. 69, vir citata je naveden v opombi 63.

⁴³ Glej str. 35.

⁴⁴ Glej str. 35 in 36, zlasti opombo 90.

⁴⁵ Glej npr. str. 34.

⁴⁶ Glej str. 36.

⁴⁷ Glej str. 36, zlasti citat: »Ko norm nekega pravnega reda ne izvršujemo več trajno, ne služijo več 'redu' ... tedaj vlada tam 'nered' ...« (vir citata je naveden v opombi 91).

⁴⁸ Glej str. 36, zlasti citat: »Da pravo ostane pravo, sme odrediti ali dopuščati le zunanje človečno ravnanje, ne pa njegovega nasprotja, 'nečlovečnega ravnanja' ...« (vir citata je naveden v opombi 92).

pnosti *kot ljudi ...*«. ⁴⁹ Norma, ki zgreši svoj objekt v njegovem bistvu, za Pitamica ni pravna norma ⁵⁰ – pravo tako zanj ni pravo, če je njegova vsebina tako nečlovečna, da je zanikana njegova narava. ⁵¹

4. PRIMERJAVA KELSNOVEGA IN PITAMIČEVEGA POGLEDA (PITAMIČEV VPLIV NA KELSNA)

Razlike med Kelsnovim in Pitamičevim pogledom deloma izhajajo iz njunih različnih gledišč (zornih kotov). ⁵² Kelsen se je ustavil pri svoji vlogi čistega teoretičnega preučevalca (pravnega opazovalca) in tako pri preučevanju prava takega, kot je – odpiral je pomembna vprašanja in iskal možne rešitve, izbiro med njimi pa pripisoval drugim vedam (npr. politiki). ⁵³ Pitamica je zanimala tudi utemeljitev konkretnega družbeno **učinkovitega** pravnega reda, zato prava ni raziskoval samo kot takega (pravo kot normativna tehnika), ampak ga je zanimala tudi njegova kakovost. ⁵⁴

Prav **učinkovitost prava** se zdi ključna ideja, s katero je Pitamic vplival na razvoj Kelsnove misli. ⁵⁵ Pitamic ni prvi, ki je opozoril na načelo učinkovitosti (Kelsen je npr. menil, da »mora vsaka pravna konstrukcija izhajati iz določenih norm kot veljavnih pravnih pravil«; ⁵⁶ Verdross pa je menil, da konstituiranje prava ne bi imelo smisla, če tega konstrukta ne bi gradili na sociološkem dejstvu delujočih državnih redov), vendar pa je bil prvi, ki je idejo najbolj razločno metodološko razložil (s tem ko je načelo naslonil na Machovo teorijo o ekonomiji mišljenja). ⁵⁷

⁴⁹ Glej str. 36 (*vir citata je naveden v opombi 93*), enako tudi na str. 69 (*vir citata je naveden v opombi 62*).

⁵⁰ Glej str. 35.

⁵¹ Glej str. 43. Pavčnik na tem mestu opozori na podobno razmišljanje Radbrucha. Glej str. 44 in 45.

⁵² Pavčnik v odseku 6. 5. 2. *Pomen za sintetično (integralno) razumevanje prava in za dialog med teorijami* opozori na pomembnost zornega kota: »ali se s pravom ukvarjamo kot udeleženci pravne igre ali pa le kot njeni zunanji opazovalci«. Glej str. 49.

⁵³ Glej str. 70 in 71. Nazoren primer je npr. vprašanje razlage pravnih norm. Kelsen meni, da pravna teorija (čista teorija prava) pove, katere so možne razlage, pravno-politično vprašanje pa je, kateri pomen je pravilen. (Glej str. 40).

⁵⁴ Glej zlasti str. 34.

⁵⁵ Pitamic pravi: »Ne pravim, da so bila moja izvajanja osnova za Vašo usmeritev, a mor-da so okrepila Vaše stališče.« (Glej str. 58). Pavčnik dodaja, da je Pitamičev slog v pismu vljuden, saj je bil prepričan, da se je Kelsen odločilno oprl nanj (opomba 18 na isti strani). O Pitamičevi prepričanosti, da je Kelsen prevzel njegovo misel o učinkovitosti prava, Pavčnik piše tudi na strani 31.

⁵⁶ Glej str. 66, *vir citata je naveden v opombi 43*.

⁵⁷ Glej str. 66.

Skladno z Machovo ekonomsko naravo znanosti (vsa dejstva je treba posneti z enim miselnim procesom),⁵⁸ je Pitamic menil, da »mora pravnik izmed mnogih možnih sistemov norm izbrati tistega, ki ga lahko spravi najbolj v sklad z učinki najstvenih predstav, ki se izražajo v dejanskem dogajanju ...«. ⁵⁹ Zato je iskal izhodišče pravnega mišljenja, v katerem se sklada čim več normativnega in dejanskega (tj. najstva in biti).⁶⁰ Ker želimo s temeljno normo utemeljiti prav ta (tj. učinkovit) pravni red, in ne nekega drugega, je Pitamic prepričan, da mora biti nekaj že na sami učinkovitosti, kar narekuje, da jo upravičujemo s hipotetičnim najstvom.⁶¹ Ker pa je to »nekaj« že v učinkovitosti sami, hipotetične norme, ki bi jo utemeljevala, po njegovem mnenju sploh ne potrebujejo.⁶² Poleg tega učinkovitost kot dejstvo po normativni logiki ne more upravičiti norme. Načelo učinkovitosti tako ne utemeljuje temeljne norme, nam pa lahko pomaga pri njenem iskanju.⁶³ Temeljna norma kot izhodišče reda, ki učinkovito ureja zunanje človekovo vedenje tako, da zagotavlja življenje ljudi v neki skupnosti kot ljudi,⁶⁴ je namreč neposredno nadrejena skupku norm (pozitivnemu pravnemu redu), ki se bolj ali manj ustrezno (tj. učinkovito) izvršuje v državnem, pa tudi mednarodnem redu.⁶⁵

Kelsen je Pitamičevo načelo učinkovitosti upošteval in ga skušal vključiti v čisto teorijo prava. Pri tem je ekonomijo mišljenja ustrezno normativiziral⁶⁶ – iz spoznavnega načela (Pitamic je načelo učinkovitosti prava razumel kot spoznavni princip državnega prava) je napravil pravno načelo – tj. normo meddržavnega prava, nato pa jo povzel še v vsebino temeljne norme.⁶⁷

5. ZAKLJUČEK

Pavčnik meni, da je svojevrstna gonilna sila (srce) prava gibanje med normativnim in dejanskim.⁶⁸ Zato Pitamicu priznava zlasti zaslugo, da je podvomil v

⁵⁸ Glej str. 57.

⁵⁹ Str. 58.

⁶⁰ Glej str. 58.

⁶¹ Glej str. 60.

⁶² »Če pa je ta narekovalni vidik v sami učinkovitosti, je odveč, da bi jo upravičevali s čisto hipotetično normo ...«. (str. 60).

⁶³ Glej str. 60 in 61.

⁶⁴ Glej str. 36.

⁶⁵ Glej str. 61.

⁶⁶ Glej str. 66 in 67, pa tudi 31.

⁶⁷ Str. 31. Pitamic je menil, da Kelsen tako vprašanja temeljne norme ni rešil, temveč je problem le premaknil. Glej str. 32.

⁶⁸ Glej str. 42.

predmetno čistost prava in pravo naslonil na dejstva. Tako je med drugim utemeljil potrebo po uporabi različnih metod pri spoznavanju prava, zlasti združljivost induktivno-kavzalne metode z deduktivno-normativno metodo.⁶⁹ Zlasti s svojim spoznavnim načelom učinkovitosti prava pa je odločilno vplival na oblikovanje Kelsnove temeljne norme.⁷⁰ Pavčnik meni, da čeprav sta Pitamičev in Kelsnov pogled mestoma nesporno različna, pa ni nujno, da se med seboj izključujeta. Če ju ustrezno povežemo, se lahko dopolnjujeta.⁷¹

Mojca Zadavec,
univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti

⁶⁹ Glej str. 66, opomba 48.

⁷⁰ Glej npr. stran 66 (kjer Pavčnik navaja, da je ključno vlogo pri vprašanju učinkovitosti odigrala Pitamičeva razprava Predpostavke ekonomije mišljenja v pravni znanosti), podobno tudi na strani 27.

⁷¹ Str. 21.

AVTORSKI SINOPSIS

*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 347.23:332.24

PLAVŠAK, Nina, VRENČUR, Renato: Pomen razpolagalnega upravičenja pri razpolaganju z lastninsko pravico na nepremičnini**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132) št. 9-10**

Namen prispevka je razložiti pomen razpolagalnega upravičenja pri veljavnem in pravno učinkovitem razpolaganju z lastninsko pravico na nepremičnini. Razpolagalno upravičenje je pravna možnost imetnika pravice razpolagati s to pravico na določen način. Drugače kot materialnopravno upravičenje, ki ga vključuje vsaka (civilna) pravica (je nujna sestavina, brez katere pravica ne more obstajati), razpolagalno upravičenje ni nujna sestavina pravice. Za (določno) opredelitev razpolagalnega upravičenja, ki ga vključuje posamezna pravica, je treba opredeliti tudi način razpolaganja, ki je predmet tega upravičenja. Z izrazom način razpolaganja označujemo vrsto pravne posledice (učinka), ki jo povzroči določeno razpolaganje s pravico. Lastninska pravica vključuje razpolagalno upravičenje njenega imetnika, da z njo razpolaga tako, da jo prenese na novega imetnika, jo omeji z ustanovitvijo izvedene pravice ali jo preoblikuje (na primer z oblikovanjem etažne lastnine). Razpolagalno upravičenje odsvojitelja ni niti predpostavka za veljavnost zavezovalnega pravnega posla (na primer prodajne pogodbe) niti predpostavka za veljavnost razpolagalnega pravnega posla (zemljiškoknjižnega dovolila), s katerim pridobitelj razpolaga z lastninsko pravico na določeni nepremičnini. Z izročitvijo zemljiškoknjižnega dovolila lastninska pravica preide na odsvojitelja v relativnem razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem. Zemljiškoknjižno dovolilo začne v polnem obsegu (tudi v razmerju do tretjih, in ne le v razmerju do odsvojitelja) učinkovati šele s trenutkom vložitve zemljiškoknjižnega predloga za ustrezen vpis na njegovi podlagi. To pomeni, da za učinke zemljiškoknjižnega dovolila ni pomembno, ali je bil odsvojitelj imetnik razpolagalnega upravičenja v času izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila, temveč je pomembno, ali je odsvojitelj vključen kot lastnik nepremičnine in s tem (domnevni) imetnik razpolagalnega upravičenja v času vložitve zemljiškoknjižnega predloga za vpis v zemljiško knjigo oziroma v času, od katerega učinkuje vključba, ki se predlaga s predlogom, če se ta predlaga v vrstnem redu zgodnejšega vpisa.

PLAVŠAK, Nina, VRENČUR, Renato: The Importance of the Disposal Right for Transactions with Ownership Right on Real Estate

Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 9-10

The purpose of this paper is to explain the importance of the disposal right for valid and legally effective transactions with ownership right on real estate. The disposal right is a legal possibility (entitlement) of the holder of the right to dispose of this right in a certain way. Differently as a substantive right, which is included in every (proprietary) right as its essential element, without which such right cannot exist, a disposal right is not an essential element of every proprietary right. For a (precise) definition of a disposal right, included in a specific proprietary right, it is necessary to define the way in which its holder is entitled to dispose with this proprietary right. The way in which a holder of a proprietary right is entitled to dispose with this right refers to the type of legal consequences (impact), caused by such disposal. Ownership right includes the legal possibility of its holder (owner) to transfer this right to a new owner, to limit this right by establishing a derivative proprietary right, or to transform it. The disposal right of the transferor is not a legal prerequisite for validity of the contract by which transferor undertakes to dispose with a proprietary right nor is it a legal prerequisite for validity of a permit for land register entry. By issuing a permit for land register entry to the beneficiary the ownership right is transferred from the transferor to the beneficiary with relative legal effect only in relation to the transferor. The permit for land register entry shall come into full effect (also in relation to third parties, and not only in relation to the transferor) only from the moment of submission of the proposal for the appropriate land registry entry on its basis. This means that for the legal effects of the permit for land register entry it is irrelevant whether the transferor has been a holder of the ownership right at the time of issuance of a permit for land register entry to the beneficiary. For these legal effects it is only relevant that the transferor is a registered owner and by this (alleged) holder of the disposal right at the time of filing of the application for land registry entry in the land register or at the time of the entry, which it is proposed to effect the proposal if it is proposed in the order of the earlier registration.

DROLEC SLADOJEVIĆ, Tina: Vojaška pomoč kot udeležba pri mednarodnih hudodelstvih: osebna odgovornost posameznika ali odgovornost države?

Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132) št. 9-10

Nudenje vojaške pomoči drugi državi ali nedržavnim oboroženim skupinam v situacijah oboroženega spopada, ki vključuje izvršitev mednarodnih hudodelstev, se pod določenimi pogoji lahko opredeli kot udeležba pri mednarodnih hudodelstvih. Politичne odločitve države o nudenju vojaške pomoči drugi državi ali nedržavnim skupinam v situacijah, ki vključujejo storitev mednarodnih hudodelstev, štejejo za dejanja države in jih je treba presojati na podlagi mednarodnega prava odgovornosti držav, hkrati pa tudi na podlagi pravil o osebni kazenski odgovornosti v mednarodnem kazenskem pravu. Članek izpostavlja očitno napetost med obstoječimi pravili, ki se nanašajo na nudenje vojaške pomoči, kot izhajajo iz mednarodnega kazenskega prava, na eni strani, in iz prava odgovornosti držav za mednarodno protipravna dejanja na drugi strani. Sodobna mednarodna praksa je osredotočena na osebno kazensko odgovornost posameznega vojaškega ali političnega voditelja, medtem ko ostaja odgovornost držav nejasna. To napetost avtorica preučuje v luči sodobnih normativnih sprememb na področju mednarodnega kazenskega prava. Upoštevaje nejasno opredelitev odnosa med državno in osebno odgovornostjo na področju mednarodnih hudodelstev, nudenje vojaške pomoči nujno vključuje uveljavljanje državne politike in bi jo bilo zato treba dojemati (tudi) kot dejanje države, ne (samo) kot dejanje posameznika.

DROLEC SLADOJEVIĆ, Tina: Military Aid as Complicity in International Crimes: Individual or State Responsibility**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 9-10**

Provision of military aid in contemporary armed conflicts, which involve commission of international crimes may, under certain circumstances, be characterized as complicity in those crimes. Political decisions of states to provide military aid to another state or to a non-state actor in situations involving the commission of international crimes should be qualified as acts of state and should, accordingly, be addressed within the framework of international law of state responsibility. Additionally, these decision should invoke individual criminal responsibility within the realm of international criminal law. The article exposes the apparent tension between the existing rules relating to the provision of military aid as they derive from international criminal law, on the one hand, and the law of state responsibility, on the other. In contemporary international law practice, the focus is on the individual criminal responsibility of (an) individual (military or political) leader(s) while the responsibility of a state remains unclear. This tension is addressed particularly in the light of the recent developments in international criminal law. Observing that the articulation of relationship between state and individual responsibility in the realm of international crimes remains for the most part unclear, the provision of military aid should necessarily entail the implementation of a state policy, and should, therefore, be considered as an act of state in addition to an act of an individual.

PIRNAT BATTELLI, Tadeja: Pravna analiza pogodbe o računalništvu v oblaku**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132) št. 9-10**

Veliko študij in raziskav analizira računalništvo v oblaku iz različnih vidikov, vendar vsi zelo navdušujoči praktični predlogi o tem, kaj je računalništvo v oblaku, vključujejo prepričanje, zaupanje in odvisnost. Prepričanje prenesti vsebino v oblak, zaupanje v pridobljene koristi storitve IKT na zahtevo in odvisnost od nevarnosti, ki jih IKT namestitveni modeli strežnikov za hrambo podatkov prenašajo. Pogodba s končnico -ing, ki ureja računalništvo v oblaku, je razmeroma mlada in kot taka popolnoma spregledana s strani nacionalne zakonodaje, pri čemer je nenehno predmet obravnav na evropski ravni. Članek obravnava splošno in posebno strukturo pogodbe o računalništvu v oblaku z vidika slovenskega obligacijskega prava. Konkretnije, članek odgovi na naslednja vprašanja. Kakšna je pravna narava in struktura pogodbe? Kakšne so posledice t. i. *click-wrap* metode sklepanja pogodbe? Ali gre pri obveznostih za obligacijo rezultata ali obligacija prizadevanja? Kako je pogodbeno urejena odškodninska odgovornost ponudnika storitve? Kakšen je namen splošnih pogojev pogodbe? Kako slovenski zakonodajalec razlaga t. i. *boiler plate* pogodbene določbe? Poleg naštetega opozarjam vse potrošnike na morebitna neravnovesja pogodbenih moči, ko se pogodba sklene prek klika na ikono »Sprejemem«.

PIRNAT BATTELLI, Tadeja: Cloud Computing Contract – Legal Analysis in View of Slovene Law, Pravnik, Ljubljana 2015, [*]**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 9-10**

Many studies and papers analyze cloud computing from various points of views. However, all the very inspiring practical proposals could be about trust, confidence and dependence. Trust to put one's content in the cloud, confidence to obtain the benefits requested of such pay-per-use on-demand IT service and, finally, dependence on all the risks such IT deployment models of storage and memory space bear. Understanding the cloud computing stack, this type of -ing contract can be knotty and as such completely neglected by the Slovene regulation, although constantly under the radar by various European expert groups. This article examines the specific structure of cloud computing contract in view of the existing national legislation. In particular, the article answers the following questions: What is the legal nature and the form of the contract? What are the consequences of the so-called click wrap method? What is the purpose of various policies and smart disclosure in cloud computing contract? What is the type of obligation in the contract, of result or of means? Liability of cloud provider? How to interpret the so-called boiler plate clauses under the Slovene law? Finally, all consumers are informed how to overcome the significant contractual imbalances due to adhesion to cloud computing contracts by clicking the »I accept« button. What is yours, stays yours!

*Pregledni znanstveni članek*UDK: 347.635:173.5-055.52(560),
347.61/.64-053.2(560)**YAKUPPUR, Sendi: Skupna starševska skrb****Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132) št. 9-10**

Turški Civilni zakonik pozna različne oblike vzgoje in varstva otroka. Ena od njih je tudi skupna vzgoja in varstvo. Ta oblika je v zakoniku izrecno omenjena samo pri starših, ki so v zakonski zvezi. Poročeni starši imajo praviloma skupno vzgojo in varstvo otroka, če živijo skupaj, pa tudi, če živijo ločeno. Pri neporočenih in razvezanih starših pa Turški civilni zakonik ne omenja možnosti, da bi ti starši lahko skupaj skrbeli za otroka. Ta okoliščina odpira vprašanje, ali imajo neporočeni in razvezani starši sploh možnost skupaj skrbeti za otroka. Splošno mnenje je, da odsotnost izrecne ureditve ne pomeni, da neporočeni in razvezani starši ne bi smeli imeti skupne vzgoje in varstva. Toda vprašanje je, pod kakšnimi pogoji so ti starši upravičeni do skupne skrbi za otroka. Odgovor na to vprašanje mora v prihodnje dati zakonska ureditev. Ta pa naj skupne vzgoje in varstva neporočenih in razvezanih staršev ne postavi kot pravila, temveč naj zgolj določi pogoje, pod katerimi sta starša upravičena skupaj skrbeti za otroka.

*Review Article*UDC: 347.635:173.5-055.52(560),
347.61/.64-053.2(560)**YAKUPPUR, Sendi: Joint Parental Care****Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 9-10**

There are many legal arrangements under the Turkish Civil Code regarding parental care. According to this regulation legislator explicitly accepts joint parental care as a general rule during the marriage. This rule is applied also for the case when married couple lives separated from one another. Notwithstanding, under Turkish Civil Code there is no explicit legal arrangement about joint parental care in case when parents are not married and in case they are divorced. This fact causes hesitations about determining whether judge is authorized to rule for joint parental care in these two circumstances. According to the general opinion, it cannot be concluded that joint parental care is explicitly excluded under all circumstances. However, it is very difficult to determine under which conditions judge shall rule for joint parental care. Therefore special arrangement needs to be done. The new arrangement should not regulate the joint parental care as a rule but it should empower the judge to rule for joint parental care only in the presence of specific conditions.

Prikaz knjige

UDK: 340.124

ZADRAVEC, Mojca: Čista teorija prava kot izziv**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 9-10**

Ena ključnih vprašanj pravne teorije so, zakaj pravo kot tako velja, iz kje izhaja in kaj je poslednja (najvišja) norma, ki ga utemeljuje (oz. mu daje veljavo). S temi vprašanji so se ukvarjali tudi Hans Kelsen in člani njegovega seminarja, med katere je sodil Leonid Pitamic. Delo akademika Marijana Pavčnika *Čista teorija prava kot izziv* je v svojem bistvu prikaz nekaterih Pitamičevih pomislekov, idej, misli oz. ugovorov, ki osvetljujejo nekatere vidike razvoja čiste teorije prava ter Pitamičev prispevek in presežek v njem.

Book Review

UDC: 340.124

ZADRAVEC, Mojca: Pure Theory of Law as a Challenge**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 9-10**

The main issues of the legal theory are: what gives validity to the law, where does it derive from, and what is its foundation (ultimate or supreme legal norm, which gives it the validity). These questions have been dealt with also by Hans Kelsen and his circle, among whom was also Leonid Pitamic. Academic Marijan Pavčnik's book *Pure theory of law as a challenge* is a display of some of Pitamic's concerns, ideas, thoughts and objections, which highlight some aspects of development of pure theory of law and Pitamic's contribution and surplus in it.

NAVODILA ZA AVTORJE

— 1.

Pravnik praviloma objavlja le dela, ki še **niso bila objavljena in tudi ne poslana v objavo** drugemu časopisu. Če pisec že objavljenega prispevka meni, da so posebni razlogi tudi za objavo v *Pravniku*, mora sporočiti, kje je bil sestavek objavljen oziroma komu je bil poslan v objavo. Če pisec v svojem prispevku navaja ugotovitve, ki jih je argumentiral in/ali izvajal že v kakšnem svojem drugem delu, je korektno do izdajatelja oziroma založnika tistega besedila, da v sprotni opombi navede, da je o tem že pisal in kje. Če pa dele besedila iz svojega v *Pravniku* objavljenega članka v identični obliki objavi v drugi publikaciji, mora navesti, da je o tem (širše) že pisal v članku, ki je bil objavljen v reviji *Pravnik*. Če je bil prispevek pripravljen na podlagi kakšnega drugega prispevka, tj. besedila, ki je bilo pripravljeno z drugim namenom (seminarska naloga, diplomska, magistrska ali doktorska naloga, poglavje v kakem drugem, morda še ne objavljenem knjižnem delu ipd.), je treba to v prvi sprotni opombi izrecno navesti.

Primer: Prispevek je bil pripravljen na podlagi magistrske naloge z naslovom *Hitri postopek in pravna sredstva v ZP-1*, ki sem jo avtor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspešno zagovarjal 5. maja 2008 na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru.

Avtor za uredništvo navede tudi razlike med obema besediloma (npr. v obsegu, upoštevanih novejših podatkih in dodatnih virih), uredništvo pa presodi, ali je objava prispevka primerna.

— 2.

Prispevki naj bodo poslani po e-pošti (bostjan.koritnik@revija-pravnik.si).

Prispevki morajo biti jezikovno neoporečni, sicer bo besedilo avtorju vrnjeno v popravo oziroma bo objava prispevka zavrnjena. Naslov prispevka in naslovi prve ravni morajo biti zapisani z verzalkami (tj. velikimi tiskanimi črkami), naslovi nižjih ravni pa z malimi črkami. Ime in priimek pisca z izobrazbo, znanstvenim naslovom in/ali akademsko stopnjo ter funkcijo in institucijo, v kateri je zaposlen, naj bosta navedena pod naslovom.

Primer: **Janez Novak**, univerzitetni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, svetovalec uprave, Lex, d. d., Ljubljana.

— 3.

Prispevke razvršča v rubrike revije uredniški odbor, če pa avtor želi, da se njegov sestavek uvrsti v določeno rubriko, naj to posebej navede. Pri člankih mora pripraviti **sinopsis v slovenščini in angleščini (vključno s prevodom naslova) ter ključne besede v obeh jezikih zaradi spletnega iskalnika**. Sinopsis naj obsega največ 15 vrstic. Najprej naj bosta navedena priimek (v celoti z velikimi črkami) in ime pisca, nato pa naslov članka in označba revije.

Primer: NOVAK, Janez: Pravna sredstva v ZP-1, Pravniki, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3 oziroma NOVAK, Janez: Legal Remedies in ZP-1, Pravniki, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Avtor lahko, če želi, pripravi tudi daljši povzetek v angleščini ali nemščini, ki bo objavljen za člankom v slovenščini. S tem bo dosegel preprostejše razširjanje idej prispevka med tujimi bralci.

Pravnik objavlja prispevke tudi v tujih jezikih (angleščina, francoščina, nemščina, italijanščina, hrvaščina, srbsčina; v latinici), kadar je za to poseben razlog, ki ga avtor sporoči uredništvu, in ga uredništvo na tej podlagi sprejme v objavo. Besedilo mora biti v takem primeru prav tako jezikovno neoporečno, saj lekture besedila v tujem jeziku uredništvo ne opravlja, mora pa avtor pripraviti poleg krajših povzetkov v slovenščini in angleščini iz prvega odstavka te točke navodil tudi daljši povzetek v slovenskem jeziku, v dolžini približno 6.000 do 10.000 znakov. V posamezni številki ne bo objavljen več kot en članek v tujem jeziku.

— 4.

Obseg prispevka je odvisen od teme, ki jo avtor obravnava, pri tem pa je treba upoštevati temeljno vsebinsko zasnovano revije, ki naj bi pokrivala čim več pravnih področij. V rubriki Članki naj prispevki obsegajo največ dve avtorski poli (60.000 znakov s presledki oziroma približno 30 strani s presledkom med vrsticami 1,5) in drugi prispevki v obsegu do ene avtorske pole (30.000 znakov s presledki oziroma do približno 15 strani s presledkom med vrsticami 1,5). Vse pa je šteto skupaj s sprotnimi opombami in seznamom literature. Za objavo prispevkov z večjim obsegom se je treba dogovoriti z uredništvom.

— 5.

Na koncu članka naj bo po možnosti **seznam uporabljenih virov** s popolnimi bibliografskimi podatki (glej 7. točko) po abecednem redu priimkov, spletne strani pa naj bodo navedene posebej. V tem primeru se v sprotnih opombah (pod črto) navedejo samo prva črka imena in priimek s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

Primer: J. Novak, nav. delo, str. 55.

V neposredno sledečih sprotnih opombah pa se zapiše zgolj »Prav tam.« oziroma – če je le stran istega vira druga – »Prav tam, str. 56.«

Če je isti pisec naveden z več deli, se dopiše leto, v katerem je bilo delo objavljeno.

Primer: J. Novak, nav. delo (2005), str. 55.

Če je na koncu prispevka seznam uporabljenih virov, pri spletnih straneh ni treba pisati datuma zadnjega ogleda (ker je ta podatek v seznamu literature).

Opombne številke se pišejo za ločili. Sprotne opombe se končajo s končnim ločilom.

— 6.

Če prispevku ni priložen seznam uporabljenih virov, se navedejo popolni bibliografski podatki (glej 7. točko) samo v tisti opombi, kjer se delo prvič pojavi, pozneje pa se navedejo samo ime in priimek avtorja s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

Primer: J. Novak, nav. delo, str. 55.

— 7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

- **pri knjigah:** ime in priimek pisca, naslov knjige (pri večkratnih izdajah tudi označbo številke izdaje), morebitnega prevajalca in praviloma založbo ter kraj in leto izdaje.

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1. Druga izdaja, prevod Mitje Anglista, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **pri zbirkah člankov in poglavjih v knjigah:** poleg pisca članka in naslova ter strani obsega citiranega članka oziroma poglavja tudi naslov zbirke oziroma knjige ter imena in priimki avtorjev oziroma morebitnih urednikov, z označbo, če gre za uredništvo oziroma urednike (ur.).

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Kovač, Darja, Kocmut, Luka, in Golob, Mitja: Inflacija prekrškov. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Če so avtorji oziroma uredniki več kot trije, zadošča navedba priimka in imena prvega navedenega ob zbirki, zborniku ali knjigi, nato pa navedba »in drugi«

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Kovač, Darja, in drugi: Inflacija prekrškov. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **pri člankih iz revij:** ime in priimek pisca, naslov članka in naslov revije z navedbo letnika, leta izdaje in številke ter strani navedenega članka.

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Pravniki, 125 (2008) 5-8, str. 202–233; številke pomenijo: letnik 125 (leto izdaje 2008), številka revije 5–8.

- **pri spletnih straneh:** simbol < pred in simbol > za imenom spletne strani, brez hiperpovezave in z datumom – mesec se tu zapisuje s številko – v oklepaju.

Primer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2008).

8.

Če se članek sklicuje na **zakonski ali drug pravni predpis**, se ta prvič navede s polnim naslovom že v besedilu z uradno kratico v oklepaju.

Primer: To pa izhaja že iz delitve poglavij v Zakonu o prekrških (ZP-1).

Če uradne krajšave ni, jo izbere pisec.

Primer: To pa izhaja že iz delitve poglavij v Pravilniku o organizacijski strukturi prekrškovnih organov (v nadaljevanju: Pravilnik).

Hkrati se v **sprotni opombi navede številka uradnega lista**, v katerem je bil citirani akt objavljen.

Primer: Ur. l. RS, št. 50/07.

9.

Sodne odločbe je treba citirati tako, kot jih označuje sodišče, ki jih je izdalo.

Primer navajanja odločbe Ustavnega sodišča RS:
odločba US RS, št. U-I-23/2008 z dne 5. junija 2008.

10.

Avtor mora – ob vsaki prvi objavi – **uredništvu poslati:**

davčno številko in davčni urad, naslov stalnega bivališča (ulica, hišna številka, poštna številka, kraj), naslov za dostavo gradiva v zvezi z objavo v reviji Pravniki (npr. službeni naslov), številko transakcijskega računa (TRR) in točen naziv banke, svojo telefonsko številko in številko mobilnega telefona ter e-poštni naslov.

Morebitne spremembe mora avtor sporočiti uredništvu.

Avtor se s posredovanjem prispevka v objavo strinja z določili založniške pogodbe, ki je na voljo na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Po objavi prispevka bo avtor prejel izpolnjeno pogodbo v dveh izvodih, enega teh pa naj podpisanega čim prej vrne uredništvu.

Sodelavce revije prosimo, da ta navodila upoštevajo, sicer bo uredništvo objavo prispevka zavrnilo.

Za uredniški odbor odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić

MANUSCRIPTS PREPARATION AND SUBMISSION GUIDELINES FOR PUBLICATION IN THE JOURNAL THE JURIST (PRAVNIK)*

1.

As a rule, *The Jurist* only publishes manuscripts which **had neither been published nor sent for publication to any other publisher**. If the author of an already published manuscript considers that special reasons for publishing the same manuscript in *The Jurist* exist, he/she must notify the editor and provide information on where the manuscript has already been published or to which publisher has it been sent for publication. The author has to point out the distinctions between the both manuscripts, e.g. in the scope of the manuscript, new information or new data, new sources. It is for the editorial board to decide whether the manuscript is suitable for publication. If the author repeats some of the findings already publicised in some other manuscript, it is only fair to the other publisher to state in the footnote that he/she has already discussed the issue and where the arguments could be found. The same goes *vice versa*, i.e. if the same arguments, already published in *The Jurist*, are used in another manuscript, it has to be stated that the matter has already been discussed in *The Jurist* and in which issue. If the manuscript has been prepared on the basis of another text, i.e. a text prepared for another purpose (doctoral thesis, master's thesis, research etc.), this fact has to be pointed out in footnote 1 of the manuscript.

2.

Manuscript should be sent in **electronic format** to the following e-mail address: bostjan.koritnik@revija-pravnik.si.

Manuscripts have to be grammatically correct, otherwise the manuscript could be returned to the author or its publication rejected. The title of the manuscript should be written in bold capital letters. The titles in the body of the manuscript should be numbered and written in capital letters; subtitles should be numbered and written in bold lower case letters.

The first and last name of the author, with the scientific and/or academic title, function, and institution of his/her employment should be mentioned below the main title of the manuscript.

Example: **John Smith**, doctor of laws, professor at the Faculty of Law, University of Ljubljana

* Prepared with the kind assistance of Grega Strban, Ph.D., Faculty of Law, University of Ljubljana.

3.

Manuscripts are subject to **blind peer review and classified by the editorial board**. The author might suggest the classification for his/her manuscript.

Manuscripts should be accompanied by an abstract and up to five key words, both in Slovenian and English language. The cost of preparing the Slovenian abstract (EUR 30.00) may be deducted from the author's fee if provided by the editorial board upon request of the author. Abstract should not be longer than 15 lines. The abstracts should be equipped with the last name (in capital letters) and first name of the author and the title of the manuscript in the corresponding language. The editor will add the information on the volume and issue of *The Jurist*, and the numbers of pages of the published manuscript.

Example: SMITH, John: Pravna sredstva v civilnem procesnem pravu, Pravnik, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3

... (15 lines of abstract and 5 key words in Slovenian language)

SMITH, John: Legal Remedies in the civil procedural law, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

... (15 lines of abstract and 5 key words in English language)

The Jurist publishes manuscripts also in foreign languages (English, German, Italian, Croatian, Serbian – Latin script), when there is a special reason to do so. The later has to be communicated to the editorial board, which decides on the publication of the manuscript in a foreign language. Manuscript in a foreign language has to be grammatically correct. The editorial board does not perform corrections. Next to the short (15 lines) abstract with five key words in Slovenian and English language, the manuscript should be accompanied with a longer abstract (1.000 words) in Slovenian language.

4.

The **scope of the manuscript** depends on its subject. One of the basic aims of the journal is to cover all fields of law. Under headings "Articles" and "Discussions" the manuscript should not be longer than 10.000 words, i.e. approximately 30 pages with 1.5 spacing between the lines. Other manuscripts should not be longer than 5.000 words, i.e. approximately 15 pages with 1.5 spacing between the lines. Footnotes and the sources (literature) should be included in the scope of the manuscript. An advance agreement with the editor is required for longer manuscripts.

5.

A **list of used sources and literature** should be presented at the end of the manuscript, with full bibliographical information, in the alphabetical order of last names of the authors/editors. Consulted internet sites should be enumerated separately.

In the **footnotes** only the first letter of the first name and the last name with the “*op. cit.*”, and exact page should be mentioned.

Example: J. Smith, *op. cit.*, p. 55.

In case the same author is represented with more than one publication, the year is added in parentheses.

Example: J. Smith, *op. cit.* (2009), p. 55.

If in the footnotes immediately following the previous one the same source is cited again, “*Ibidem*” should be used. It should be indicated, if the page number is distinct.

Example: *Ibidem*.

Example: *Ibidem*, p. 56.

Footnotes are inserted after the separator, e.g. after a full-stop. Footnotes end with a separator, e.g. with a full-stop. It is not necessary to cite the date of accessing the internet site (this information is in the list of sources at the end of the manuscript).

In short presentations where there is no list of sources and literature at the end of the manuscript, in the footnote first mentioning the author and the publication full bibliographical information should be cited. The same rule should be applied in the longer abstract.

6.

Full bibliographical information should comprise:

- **Books:** First and last name of the author, book title (also the number of the edition, if applicable), translator (if applicable), publisher, place and year of publication.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law. 2nd Edition, translation Janez Novak, Legal publishing, Ljubljana 2010.

- **Collection of articles or parts of books:** next to the author, title and exact pages of the article or the book part, also the title of the collection/book, first and last names of authors or editor(s) (marked Ed. or Eds.) should be mentioned.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Janez Novak, Maja Medved (Eds.), Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana, 2010, p. 52–79.

If there are more than three authors or editors, it suffices to cite the first one mentioned, followed by the abbreviation “*et. al.*”.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Janez Novak et.al., Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana 2010, p. 52–79.

- **Journal articles:** First and last name of the author, title of the article, name of the journal with citing the volume number, year of publishing, issue number, and pages of the article.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Pravnik, 127 (2010) 5-8, p. 202–233.

The numbers represent Volume 127 (year 2010) issue number 5-8.

- **Internet sites:** inequality signs (< and >) before and after citing the internet site, no hyperlink, with the date in parentheses.

Example: <www.pf.uni-lj.si> (5/5/2010).

—— 7.

If **legislative act or other legal text** is being cited, it should be accompanied with the full title in the body of the manuscript, with an official abbreviation in parentheses.

Example: As regulated in the Pension and Invalidity Insurance Act (PIIA).

If there is no official abbreviation one (possibly settled) abbreviation should be given by the author.

Example: As regulated in the Pension and Invalidity Insurance Act (hereafter PIIA).

At the same time in the footnote the place of publication (usually Official Gazette) of the legislative act or other legal text should be cited.

Example: ¹⁰ Official Gazette RS, No. 106/99.

—— 8.

Judicial decisions should be cited as marked by the issuing court of law.

Example: Case C-228/07 *Petersen* [2008] ECR I-6989, para. 42.

—— 9.

Authors **have to send the following data** to the editorial board: tax number and tax authority, full address, address for sending materials regarding the publication of the contribution (for example the address at work), bank account number, full name of the bank, phone and/or mobile phone number, e-mail address.

Potential changes of these data should be notified to the editorial board.

By sending his/her manuscript, the author agrees with the provisions of the publishing contract provided at <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. The editorial board may explain those provisions and/or provide an English translation upon request. After the publishing of the manuscript the author will receive two copies of the publishing (copy-rights) contract and should return one signed copy as soon as possible.

Authors are **kindly requested to follow these guidelines**. Otherwise the publication of the manuscript might be rejected.

For the Editorial Board
Editor in Chief
dr. Dragica Wedam Lukić

UPUTE ZA AUTORE*

1.

Pravnik u pravilu objavljuje samo radove koji još **nisu bili niti objavljeni niti poslani na objavu** drugom časopisu. Ako pisac već objavljenog djela smatra da postoje posebni razlozi i za objavu u Pravniku, mora javiti gdje je djelo bilo objavljeno odnosno kome je bilo poslano na objavu. Ako pisac u svome djelu navodi otkrića koja je argumentirao i/ili već izrazio u nekom svojem drugom djelu, korektno je od izdatelja odnosno izdavača tog teksta, da u bilješci navede da je o tome već pisao i gdje. Ako dijelove teksta iz svog članka objavljenog u Pravniku u identičnom obliku objavi u drugoj publikaciji, mora navesti da je o tome (šire) već pisao u članku koji je bio objavljen u reviji Pravnik. Ako je djelo bilo pripremljeno na osnovi kojeg drugog djela, tj. teksta koje je bilo pripremljeno s drugačijom namjenom (seminarski rad, diplomski, magistarski ili doktorski rad, poglavlje u kojem drugom, možda još neobjavljenom književnom radu i sl.), to je potrebno izričito navesti u prvoj bilješci.

Primjer: Djelo je bilo pripremljeno na osnovi magistarskog rada naslova Brzi postupak i pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, kojeg je sam autor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspješno obranio 5. svibnja 2008. godine na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Mariboru.

Autor za uredništvo treba navesti i razlike između oba teksta (npr. u opsegu, u novijim podacima i dodatnim izvorima koji su uzeti u obzir), a uredništvo će odlučiti je li objava djela prikladna.

2.

Radovi moraju biti poslani putem nekog od elektroničkih medija ili e-pošte (bostjan.koritnik@revija-pravnik.si).

Radovi moraju biti jezično besprijekorni, u suprotnom će se tekst vratiti autoru na popravak odnosno objava djela bit će odbijena. Naslov djela i naslovi prve razine moraju biti napisani velikim tiskanim slovima, dok naslovi nižih razina moraju biti napisani malim slovima. Ime i prezime pisca s obrazovanjem, znan-

* Prijevod je rad Nikoline Krtinić, odvjetničke vježbenice u Odvjetničkom društvu Rojs, Peljhan, Prelesnik & partneri o.p., d.o.o., Ljubljana.

stvenim nazivom i/ili akademskim stupnjem te funkcijom i institucijom u kojoj je zaposlen, navode se ispod naslova.

Primjer: **Janez Novak**, sveučilišni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, savjetnik uprave, Ius, d. d., Ljubljana.

3.

Radove razvrstava u rubrike revije urednički odbor, a ako autor želi da se njegov rad uvrsti u određenu rubriku, neka to posebno navede. Kod članaka se mora pripremiti **sinopsis na slovenskom i engleskom jeziku (uključujući i prijevod naslova) te ključne riječi na oba jezika zbog internetske/web tražilice**. Sinopsis može imati obim od najviše 15 redova. Prvo neka se navedu prezime (u cijelosti s velikim slovima) i ime pisca, a zatim naslov članka i oznaka revije.

Primjer: NOVAK, Janez: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, Pravnik, Ljubljana 2008, god. 63, br. 1–3 *odnosno* NOVAK, Janez: Legal Remedies in the Minor Offences Act, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Autor može, ako želi, pripremiti i duži sažetak na engleskom ili njemačkom jeziku, koji će biti objavljen nakon članka na slovenskom jeziku. Time će postići jednostavnije širenje ideja djela među inozemnim čitateljima.

Pravnik objavljuje djela i na inozemnim jezicima (engleski, francuski, njemački, talijanski, hrvatski, srpski; u latinici), kad za to postoji poseban razlog, o kojem autor treba obavijestiti uredništvo i kojeg uredništvo na toj osnovi prihvati u objavu. U tom slučaju tekst mora biti i jezično besprijekoran jer uredništvo ne lektorira tekstove na inozemnom jeziku, a autor mora, uz kraće sažetke na slovenskom i engleskom jeziku iz prvog stavka ove točke uputa, pripremiti i duži sažetak na slovenskom jeziku, u duljini od približno 6.000 do 10.000 znakova. U pojedinačnom broju neće biti objavljen više od jedan članak na inozemnom jeziku.

4.

Opseg djela zavisi od teme koju autor obrađuje, ali pritom je potrebno poštivati temeljnu sadržajnu osnovu revije koja bi trebala pokrivati što više pravnih područja. U rubrici Članci radovi trebaju imati maksimalan opseg od dvije autorske pole (60.000 znakova s razmacima odnosno približno 30 strana s razmacima između redova 1,5), a i drugi radovi do jedne autorske pole (30.000 znakova sa razmacima odnosno do približno 15 strana s razmacima između redova 1,5). U sve navedeno ubrajaju se i bilješke i popis literature. Za objavu djela u većem opsegu potreban je dogovor s uredništvom.

5.

Na kraju članka po mogućnosti treba biti **popis upotrijebljenih izvora** s potpunim bibliografskim podacima (vidi 7. točku) raspoređen po abecednom redu

prezimana, a web stranice neka budu navedene odvojeno. U tom slučaju u bilješkama (ispod crte) navodi se samo prvo slovo imena i prezime s napomenom „nav. rad“ i stranom upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

U bilješkama koje neposredno slijede jedna drugu, navodi se samo „Baš tamo.“ odnosno – ako je samo strana iste literature druga – „Baš tamo, str. 56.“

Ako je isti pisac naveden s više radova, dopiše se godina u kojoj je rad bio objavljen.

Primjer: J. Novak, nav. rad (2005), str. 55.

Ako je na kraju rada naveden popis upotrijebljene literature, kod web stranica ne treba pisati datum zadnje posjete (jer je taj podatak u popisu literature).

Brojevi bilješki pišu se nakon interpunkcijskih znakova. Bilješke završavaju konačnim interpunkcijskim znakom.

— 6.

Ako djelu nije priložen popis upotrijebljenih izvora, potpuni se bibliografski podaci navode (vidi točku 7.) samo u onoj bilješci u kojoj se rad prvi put pojavi, a kasnije se navode samo ime i prezime autora s dodatkom „nav. rad“ i strana upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

— 7.

Potpuni bibliografski podaci obuhvaćaju:

- **kod knjiga:** ime i prezime pisca, naslov knjige (kod knjiga s više izdanja i oznaku broja izdanja), potencijalnog prevoditelja i u pravilu izdatelja te mjesto i godinu izdanja.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu. Drugo izdanje, prijevod Mitje Anglista, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **kod zbirke članaka i poglavlja u knjigama:** osim pisca članka i naslova te strana opsega citiranog članka odnosno poglavlja i naslov zbirke odnosno knjige te imena i prezimana autora odnosno potencijalnih redaktora, s oznakom, ako su redaktori ili urednici (ur.).

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Darja Kovač, Luka Kocmut, i Mitja Golob: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Ako postoji više od tri autora odnosno redaktora, uz zbirku, zbornik ili knjigu, dovoljno je navesti prezime i ime prvog navedenog, i zatim navesti „i drugi“.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Kovač, Darja, i drugi: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **kod članka iz revija:** ime i prezime pisca, naslov članka i naslov revije s navodom godišta, godine izdanja i broja te strane navedenog članka.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Pravnik, 125 (2008) 5–8, str. 202–233; brojevi znače: godište 125 (godina izdanja 2008), broj revije 5–8.

- **kod web stranica:** simbol < prije i simbol > nakon naziva web stranice, bez poveznice i s datumom – mjesec se tu piše s brojem – u zagradama.

Primjer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2008).

8.

Ako članak upućuje na **zakonski ili drugi pravni propis**, on se prvi put navodi s punim nazivom već u tekstu, sa službenom skraćenicom u zagradama.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Prekršajnom zakonu.

Ako službena skraćenica naziva ne postoji, skraćenicu odabire pisac.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Pravilniku o organizacijskoj strukturi prekršajnih organa (nastavno: Pravilnik).

Istovremeno se u **bilješki navodi broj Narodnih novina** u kojima je citirani akt bio objavljen.

Primjer: NN RH, br. 50/07.

9.

Sudska rješenja potrebno je citirati jednako kao što ih označava sud koji ih je izdao.

Primjer navođenja odluke Ustavnog suda RH:

odluka USRH, br. U-I-23/2008 od dana 5. lipnja 2008.

10.

Autor mora – uz svaku prvu objavu – **uredništvu poslati:**

OIB (osobni identifikacijski broj) porezni broj i porezni ured, adresu prebivališta (ulica, kućni broj, poštanski broj, mjesto), adresu za dostavu gradiva u vezi s objavom u reviji Pravnik (npr. službena adresa), broj transakcijskog računa (IBAN) i točan naziv banke, svoj telefonski broj i broj mobitela te e-mail/elektroničku adresu.

Autor mora obavijestiti uredništvo o potencijalnim izmjenama.

Autor je s posredovanjem rada u objavu suglasan s odredbama izdavačkog ugovora koji je dostupan na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Nakon objave djela, autor će primiti ispunjen ugovor u dva primjerka, od kojih jedan treba što prije potpisati i vratiti uredništvu.

Suradnike revije molimo da poštuju ove upute jer će u suprotnom uredništvo odbiti objavu njihovog rada.

Za urednički odbor
odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić