

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik **70 (132)**

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka **11-12/2015**

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 števk 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

Uvodnik

Marijan Pavčnik

Razlagalnost ustave in zakonov – 763

Članki

Nina Plavšak,
Renato Vrenčur

Kako pravna pravila, ki operacionalizirajo načelo zaupanja v zemljiško knjigo, varujejo poštenega, dobrovernega pridobitelja – 771

Ivanka Demšar Potočnik

Razkritje tajnih podatkov v pravnem postopku – 809

Sevgi Usta

The Concept of Childhood from Islam-Ottoman Law to Turkish Law as an Early Majority State: Early Age Marriages – 839

Koncept otroštva od islamsko-otomanske države do turškega prava kot države zgodnje polnoletnosti: zakonske zveze v zgodnji starosti

(daljši povzetek v slovenščini) – 859

Margarite Helena Zoetewij-Turhan

Brussels II bis: The Right of the Child to be Heard in International Proceedings – 861

Bruseljska uredba II bis: Otrokova pravica izraziti svoje mnenje v postopku s čezmejnimi elementom

(daljši povzetek v slovenščini) – 877

Avtorski sinopsisi

(v slovenskem in angleškem jeziku) – 879

Navodila za avtorje

(v slovenskem, angleškem in hrvaškem jeziku) – 889

CONTENTS

Editorial

- Marijan Pavčnik Interpretativeness of the Constitution and
Laws – 763

Articles

- Nina Plavšak,
Renato Vrenčur How the Legal Rules, Implementing the
Principle of Confidence in the Land Register,
Protect Fair, *Bona Fide Acquirer* – 771
- Ivanka Demšar Potočnik Disclosure of Classified Information in
Civil Procedure – 809
- Sevgi Usta The Concept of Childhood from Islam-
Ottoman Law to Turkish Law as an Early
Majority State: Early Age Marriages – 839
Longer Summary in Slovenian – 859
- Margarite Helena Zoetewij-
Turhan Brussels II bis: The Right of the Child to be
Heard in International Proceedings – 861
Longer Summary in Slovenian – 877

Authors' Synopses

(in Slovenian and English Language) – 879

Guidelines for Authors

*(in Slovenian, English and Croatian
Language)* – 889

RAZLAGALNOST USTAVE IN ZAKONOV*

Marijan Pavčnik,

univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, redni član Slovenske akademije znanosti in umetnosti

»V bistvu pravnega sistema leži antinomija, povzročena vsled dualizma: pravo kot tekst in pravo kot proces interpretacije in izvrševanja tega teksta. Vsled te antinomije pridemo do zaključka, da postane vsak pravni red na gotovi točki negacija samega sebe; pridemo do enega izvršujočega organa, ki ima vsled pravice interpretacije formalno pravico revolucionirati temelje pozitivnega prava. [...] Od etičnih kvalitet, od moralnega čuta tega organa je odvisno, ali uporabi svojo neizmerno pravico v taki smeri, da varuje formalno kontinuiteto pravnega reda, kar je neprecenljive važnosti za mirni razvoj naroda. Od moralnih kvalitet vseh državljanov pa je odvisno, komu zaupajo izvrševanje te pravice, ter kake žrtve so pripravljeni žrtvovati ideji kontinuitete prava sploh.«¹

Te besede je 15. aprila 1920 izrekel Leonid Pitamic v otvoritvenem predavanju »Pravo in revolucija«, s katerim so se začela predavanja na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. 15. decembra 2015 je minilo 130 let od njegovega rojstva.

Pitamičevo otvoritveno predavanje je odprlo niz vprašanj, ki so za pravo nosilna in ki so zanj še danes osrednja. Odlomek, ki sem ga navedel, se sprašuje tudi o tem, kateri državni organ naj bo tisti, ki poslednji avtoritativno razlaga ustavo. Tisti, ki je za to pristojen, ima na svoj način moč nad ustavo.

Ustavno sodišče je bilo v Evropi prvič dejansko uvedeno z ustavo avstrijske republike iz leta 1920. Osnutek avstrijske ustave je pripravil Hans Kelsen. Zamisel ustavnega sodstva je odsevala tudi v Pitamičevem otvoritvenem pred-

¹ Leonid Pitamic: *Pravo in revolucija*. Ljubljana 1920, str. 23. Delo je ponatisnjeno v: Marijan Pavčnik (ur.): *Izročilo pravne znanosti*. GV Založba, Ljubljana 2008, str. 13–30.

* Prispevek je izhodišče za slavnostni govor, ki ga je imel avtor 17. decembra 2015 ob Dnevu ustavnosti na Ustavnem sodišču Republike Slovenije.

vanju. Predavanje preveva misel, naj bo sodnik in ne parlament tisti, ki ima »[z]adnjo besedo kot interpret ustave.«² To je danes še toliko bolj pomembno, ker so v pristojnosti ustavnega sodišča tudi ustavne pritožbe zaradi kršitev temeljnih (človekovih) pravic s posamičnimi akti organov državne oblasti.

Ustava ni samo temeljni vsebinski pravni akt, ki ureja temeljne (človekove) pravice, temeljna pravna načela in državno ureditev. Pomembno je, da je tudi izhodiščni postopkovni akt, ki omogoča, da državnopravno organizirana skupnost lahko deluje. V naravi vsakega normativnega pravnega akta (v nadaljevanju besedo normativni opuščam), ustave pa še posebej, je, da njegova vsebina ni vnaprej samodejno tako določno izklesana, da jo je treba samo še uporabiti. Preden pravni akt, ustavo pa še posebej, uporabimo, ga je treba razumeti.

Idealno bi bilo, da bi bil ključ za razumevanje ustave v celoti dan kar v njej sami. Pravna hermenevtika ve povedati, da pravno razumevanje sodoločajo razlagalčevo predznanje, kulturni in pravnocivilizacijski prostor, v katerem in za katerega ustava velja, in ne nazadnje tudi novi in novi življenjski primeri; ti so pogosto bolj pestri kot primeri, na katere je meril ustavodajalec.

Ključ, ki pomaga razkleniti ustavo in njene pomenske razsežnosti, je vsaj deloma v rokah splošne in posebnih metodologij pravnega vrednotenja. Ustavno sodišče je že večkrat zapisalo, da je z zakonom vse v redu, če ga je mogoče razumeti z ustaljenimi metodami razlage in če je njegova vsebina ustavnoskladna. Podobno je treba reči tudi za ustavo. Vsebina, ki jo ima, naj bi nam bila dostopna s pomočjo ustaljenih metod razlage.

To lepo zveni, a je vse prej kot matematična formula, ki omogoča točen in zanesljiv rezultat. Je povsem jasno, katere so ustaljene metode razlage? Najbolj oprijemljivo je, da izhajamo iz klasične von Savignyjeve razčlenitve, po kateri so ustaljene prvine razlage gramatična (jezikovna), logična, zgodovinska, sistematična in teleološka (namenska) sestavina. Katere od teh sestavin so vodilne in kakšna so razmerja med njimi? Odgovorov je približno toliko, kot je teoretikov, ki se s temi vprašanji spopadajo. Skupni imenovallec ponuja odgovor, da mora biti rešitev znotraj jezikovno možnega pomena, ki ga pravno besedilo ima, med več jezikovno možnimi pomeni pa se odločimo za tistega, ki najbolj ustreza namenu, smislu pravila, to je temu, čemur pravimo *ratio legis*. Konvergenčno deluje, če se do istega pomena pravila dokopljemo z več metodami. In zagonetka je vse prej kot naposled tudi to, da so tudi posamezne razlagalne prvine pomensko odprte. Razlagalni argumenti so tako zgolj usmeritve in bolj ali manj zgoščeni napotki, kako naj ravnamo v konkretnih primerih. »Celo pri najboljši volji«, tako Aulis Aarnio, »nam lahko povedo samo to, v katero smer

² Glej prav tam, str. 20–21.

naj krenemo.«³ Za tistega, ki išče pot iz gozda, v katerem tava, je to veliko in dobrodošlo, v težjih in težkih primerih je to celo zelo veliko in odločilno.

V neki drugi povezavi, ko sem komentiral zadevo »Razpis predčasnih volitev«⁴, se mi je zapisalo, da prava moč ustavnega sodišča niso le odločitve, ki jih lapidarno izpisujejo izreki (dispozitivi) odločb, temveč predvsem argumenti, na katere se odločitve opirajo. Kakovostne odločbe so samo tiste, ki so tudi razlagalno (interpretativno) pretehtane, izbrušene in vrh tega še iskriše (če to le dopušča kontekst zadeve).

Razlagalni argumenti, s katerimi sodišča utemeljujejo pravne odločitve, in njihovo medsebojno povezovanje niso poljubno početje. Idealno je, če so zakoni, ustava pa še posebej, razlagalno predvidljivi, ker njihov namen, njihova zgradba in sistem olajšujejo razumevanje.

Stvar kakovostne razlagalne utemeljitve je, da je argumentacijsko odprta, formalnogično dosledna in vsebinsko prepričljiva, ko argumente medsebojno povezuje. Kakovostna utemeljitev ne zakriva razlagalnih dvomov; če jih prizna, ker v resnici so, je bistveno bolj prepričljiva kot utemeljitev, ki ustvarja videz enopomenskosti. Celó več: tedaj, ko tehtnica niha med dvema ali več rešitvami, ima ključno vlogo odločilni argument. Utemeljitev, ki to izrecno prizna, s tem samo pridobi na svoji teži. To se žal ni zgodilo pri odločbi o referendumu z več konkurenčnimi vprašanji.⁵ Zmaga je pripadla predlogu, za katerega se ni izrekla večina volivcev, ki so glasovali.

Odkar imamo ustavno pritožbo, je ustavno sodišče z nizom odločb utrdilo pomen ustaljene sodne prakse in tudi povedalo, kdaj je odstop od nje samovoljen. Smiselno isto velja tudi za samo ustavno sodišče. Sodna praksa bi okamenela, če sodišča ne bi, gledano dolgoročno, dihala s časom in ne bi, kolikor je to pravno mogoče, prakse kontinuirano razvijala v sozvočju z življenjem, ki mu je pravo namenjeno. Od ustaljene sodne prakse je dovoljeno odstopiti vselej tedaj, ko odstop terja življenje in imamo za odstop nove in boljše razloge, kot so razlogi, na katerih je praksa temeljila doslej.

Pravniki, profesorji, sodniki, tudi sodniki vrhovnega in ustavnega sodišča, so kot vsi navadni smrtniki zmotljiva bitja. Razlika med sodniki in drugimi smrtniki je, kot duhovito glosira Bernd Rüthers (avtor že kar klasičnega dela »Ne-

³ Aulis Aarnio: Reasoning Legal Decisions, v: Rechtsnorm und Wirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag. Duncker & Humblot, Berlin 1993, str. 644.

⁴ U-I-136/14-8.

⁵ U-I-12/97 (OdlUS VII/2, 180).

omejena razlaga⁶), da se sodniki motijo tudi pravnomočno.⁷ Pravnomočnost je za pravni sistem neogibno potrebna ustanova in ima svoje zakonitosti, ki jih je treba spoštovati, če hočemo, da pravo zagotavlja tudi pravno varnost. Pravnomočni zmotljivosti ni mogoče uteči, lahko pa jo blažimo, če imamo dovolj moči, da si jo priznamo. Blažimo jo lahko, če sodišče z novim stališčem odstopi od prejšnjega (zmotnega) stališča. O novi zadevi, ki ne krši načela *ne bis in idem*, je pa problemsko identična s pravnomočno, že razsojeno zadevo, odloči tako, da svojo zmoto ustrezno popravi. To se je, denimo, zgodilo v nemški zadevi »Prekinitev nosečnosti II«⁸, ko je sodišče spremenilo svoj pogled na preprečevalno funkcijo kazenskega prava.⁹ Sam sem, priznam, potihoma upal, da se bo scenarij te vrste odvil v zadevi »Ankaran«¹⁰, obžaloval pa sem tudi, da sodišče ni vsebinsko odločalo o izvršilni zadevi, v kateri je bila dovoljena prodaja nepremičnine, a je bila dolgovana terjatev v primerjavi z vrednostjo nepremičnine skrajno in poudarjeno nesorazmerna.¹¹

Ustava ponuja niz razlagalnih možnosti in je pomensko dovolj odprta, da jo ustavno sodišče lahko nadalje razvija. Nadaljnji razvoj omogočajo zlasti pravna načela, ki jih najdemo med uvodnimi določili, in sklop temeljnih (človekovih) pravic, v katerih je spet vrsta opredelitev, ki imajo naravo pravnih načel. Pokojni nemški profesor in ugledni ustavni sodnik Winfried Hassemer utemeljeno poudarja, da so temeljne (človekove) pravice naravnopravni del ustave. Katalogi temeljnih pravic, ki jih imajo moderne ustave, so sad racionalističnega naravnega prava; v obsegu, v katerem so vstopile v ustavo,¹² so pomemben vsebinski okvir, ki je lahko vir razvoja temeljnih pravic in hkrati vir, ki zakonodajo navdihuje in oplaja.

Razlaga pravnih aktov, ustave pa še posebej, ne sme prebijati jezikovnih meja pravnega sporočila. Kolikor bolj je ta meja ohlapna, toliko bolj je potrebno, da smo zvesti pomenskemu jedru pravnega pravila. Trdnost in prava mera razlage

⁶ Bernd Rüthers: Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. 7. izd. C. F. Müller, Tübingen 2012.

⁷ Glej Bernd Rüthers: Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Mohr Siebeck, Tübingen 2014, str. 78. Glej tudi Bernd Rüthers, Christian Fischer, Axel Birk: Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre. 8. izd. C. H. Beck, München 2015, str. 199.

⁸ BVerfGE 88, 203.

⁹ Glej Jutta Limbach: Das Bundesverfassungsgericht. C. H. Beck, München 2001, str. 52–55.

¹⁰ U-I-137/10 in U-I-114/11.

¹¹ Up-881/11.

¹² Glej Winfried Hassemer: Naturrecht im Verfassungsrecht, v: A. Donatsch, M. Forster in Ch. Schwarzenegger (ur.): Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag. Schulthess Verlag, Zürich 2002, str. 135–150.

pridobivata, če ju spremlja že kar filigransko izdelana ustavnopravna dogmatika – tudi dogmatika posameznih pravnih panog – in če so odločbe, še posebej nosilne in najbolj občutljive, vtakane v pravnofilozofska in pravnoteoretična snovanja. Ustavnosodne odločbe naj bodo hkrati predmet kritičnega in zavzetega, a vseskozi pokončnega in poštenega strokovnega diskurza. Znanstveno razpravljanje se ne more odvijati na straneh dnevnih časopisov. V naravi stvari je, da sodi v monografije in sistematična dela, v strokovne revije in v zbornike na strokovnih posvetih.

Mera razlage ustave in zakonov naj išče, bi rekel Aristotel, srednjo pot in ravnotežje med preveč in premalo. To je zelo težka naloga, ki zahteva človeka z umirjeno in trezno presojo. Mera razlage in odločitve je na svoj način najbolj občutljiva tedaj, ko za nazaj (*ex post facto*) presoјamo, ali so bila dejanja in akti izpred več desetletij, recimo v času druge svetovne vojne in v prvih letih po njej, ustavna in pravna. Ustavno sodišče se je s tem spoprijelo v več odločbah, ki so obravnavale tako imenovani argument neprava. Najbolj znana je verjetno tista, ki se je opredeljevala do Uredbe o vojaških sodiščih iz leta 1944. Sodišču je treba priznati, da ga ni zaneslo in da je bilo zvesto temu, da je nepravo lahko samo to, kar je bilo že tedaj »v nasprotju s splošnimi, od civiliziranih narodov priznanimi pravnimi načeli«. ¹³ Do podobnih, a še bolj izklesanih spoznanj sta prišla Gustav Radbruch s svojo formulo neznosnosti in Leonid Pitamic. Slednji izrecno pravi, da ne zadošča vsakršna nečlovečnost vsebine pravnih pravil (npr. hudi davki, ki so krivični), ampak mora iti za »očitno, jasno in težko nečlovečnost« ¹⁴ (npr. za množično ubijanje nemočnih ljudi). Gre za »grobno motnjo« (npr. iztrebitev ljudi druge rase), ki tako intenzivno poseže v pravo, da je zanikana njegova narava. ¹⁵

Ustavnosodno razmišljanje je glavna naloga ustavnega sodišča, biti pa mora tudi skrb vseh, ki se ukvarjajo s pravom nasploh in s temeljnimi (človekovimi) pravicami še posebej. Ustavnopravna misel in ustavnopravni diskurz naj prevevata vsa področja. Zadeve se premikajo, še vedno pa izhajajo preveč pravnih del, ki nimajo dovolj posluha za ustavnosodna in ustavnopravna vprašanja.

¹³ U-I-6/93 (OdIUS III,33).

¹⁴ Leonid Pitamic: Die Frage der rechtlichen Grundnorm (1960). Izvirnik in prevod sta ponatisnjena v: Leonid Pitamic: Na robovih čiste teorije prava / An den Grenzen der Reinen Rechtslehre. Ur. in uvodna študija: Marijan Pavčnik. Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2005 (ponatis: 2009), str. 127 (prevod) in str. 214 (izvirnik).

¹⁵ Leonid Pitamic: Naturrecht und Natur des Rechtes (1956). Izvirnik in prevod sta ponatisnjena v: Leonid Pitamic: Na robovih čiste teorije prava / An den Grenzen der Reinen Rechtslehre. Ur. in uvodna študija: Marijan Pavčnik. Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2005 (ponatis: 2009), str. 115 (prevod) in str. 199 (izvirnik).

Zelo pomembno je, da si postopoma utira pot tudi tako imenovana ustavno-skladna razlaga zakonov in da se bistveno povečuje število zahtev za oceno ustavnosti, to je zahtev, ki jih vlagajo sodišča, ker menijo, da je zakon, ki bi ga morala uporabiti, protiustaven.¹⁶ Tovrstne zahteve so, domnevam, za ustavno sodišče med najbolj dobrodošlimi, ker zahtevajo presojo ustavnosti zakona glede na konkretne življenjske primere.

V začetku sem že navedel misel, naj bo sodišče in ne zakonodajalec poslednji razlagalec ustave. Načelo delitve oblasti zavezuje, da sodišče sodi in presoja. Jutta Limbach, nekdanja ustavna sodnica in bivša predsednica Ustavnega sodišča ZRN, lepo pravi, da sodišče izreka, kaj je pravo, ni pa tisto, ki ga postavlja.¹⁷ V razmerju med ustavnim sodiščem in zakonodajalcem ustavno sodišče razsodi, ali in v kolikšni meri je zakon ustaven, njegova naloga pa nikakor ni, da v primeru, ko zakon razveljavi, zakonodajalcu naloži, kakšen naj bo program zakona. Gre za tako imenovani zakonodajni program, ki ga v mejah ustave avtonomno določa in izpeljuje zakonodajalec. Sodišče lahko pove, do kje sega zakonodajalčevo polje presoje, ne sme pa se dvigniti nad zakonodajalca in mu predpisovati, kako naj v tem polju odloča. Če bi sodišče tako ravnalo, bi kršilo ustavno načelo delitve oblasti.

Od ustavnega sodišča ne smemo in tudi ne moremo pričakovati, da bo delovalo kot vsemogočni *deus ex machina*. Ustavno sodišče je odvisno od predlogov in možnosti, ki mu jih ponujajo zahteve in pobude za oceno ustavnosti in zakonitosti predpisov in splošnih aktov, izdanih za izvrševanje javnih pooblastil, ustavne pritožbe in še nekatera druga pravna sredstva. Nič ne skrivam, da bi moji naravi in pogledom na človeški obraz prava ustrezalo, če bi imelo ustavno sodišče več možnosti, da podrobneje operacionalizira ustavno načelo socialne države, kot je to storilo z načelom pravne države. Vem, vem. Biti moramo previdni. Od ustavnega sodišča ne smemo pričakovati, da bo storilo to, kar je v domeni drugih. Od njega lahko pričakujemo zgolj to, da bo kot sodišče prisluhnilo zahtevam, predlogom in pobudam, ki se bodo tudi na področju socialne države zavzemali za človekovo dostojanstvo.

Ustavno sodišče je, kot že rečeno, vsebinsko odvisno od pravnih sredstev, o katerih odloča. Kljub tej omejitvi je razlagalna moč ustavnega sodišča velika, včasih je celo zelo velika. Razlagalno pomembne so že, če smem tako reči, navadne razlage ustave. Občutljive so vsekakor tiste, kjer ustavno sodišče v še dovoljenih mejah ustavo nadalje razvija. Vidiki in podnačela pravne države niso na primer izrecno navedeni v ustavi. Aktiviralo in operacionaliziralo jih je šele

¹⁶ V obdobju 2006–2014 je bilo vloženih 163 zahtev, v obdobju 2000–2005 pa jih je bilo le 6. Te podatke mi je na mojo prošnjo ljubeznivo posredoval dr. Sebastian Nerač.

¹⁷ Glej J. Limbach, nav. delo, str. 27.

ustavno sodišče. *Mutatis mutandis* je treba reči tudi za razsežnosti temeljnih (človekovih) pravic in za razmerja med njimi. Podobno velja za prenekatero razveljavitev zakona. Preden je zakonsko določilo razveljavljeno, je treba tako zakon kot ustavo pomensko opredeliti in povedati, zakaj je pomen zakona v nasprotju s pomenom ustave. Ta predhodna pomenska opredelitev zakonskih in ustavnih določil je *ratio decidendi*, ki ima pravno moč tudi za naprej, to je za nove primere, ki bodo problemsko v bistvenem podobni že razsojenim. Navedena predhodna pomenska opredelitev ima lahko tudi prvine tega, kar sodišče pove prek in ob primeru odločanja – to je tako imenovani *obiter dictum*, ki za naprej učinkuje s svojo prepričevalno močjo. Posebno težo imajo tudi ustavnosodne utrditve nosilnih načel na posameznih pravnih področjih (npr. načela *lex certa* v kazenskem pravu), če gre hkrati za načela, ki so zasidrana tudi v ustavi.

Dovolite, prosim, da sklenem tam, kjer sem začel – z antinomijo, ki se zaveda, da je razlika med pravom kot tekstom in pravom kot procesom interpretacije in izvrševanja tega teksta. Antinomija, o kateri je beseda, razločno razpira, da je za besedilom vselej človek, ki odloča, to je človek, ki je tudi moralna osebnost. Pravo in morala res nista istovetna, med njima so celo radikalne razlike, a tudi tako tesne vezi, da pravo izgubi legitimnost, če pozabimo na elementarne ustavne in pravne vrednote. Ko ustavo in zakone razlagamo in sprejemamo odločitve, smo naposled na čistini in se moramo naposled opreti le še na samega sebe. V tem sta privlačnost in izziv pravnikovega dela, a tudi veliko breme in odgovornost, ki ju moramo nositi.

KAKO PRAVNA PRAVILA, KI OPERACIONALIZIRAJO NAČELO ZAUPANJA V ZEMLJIŠKO KNJIGO, VARUJEJO POŠTENEGA, DOBROVERNEGA PRIDOBITELJA

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

Načelo zaupanja v zemljiško knjigo zapoveduje, da tisti, ki v pravnem prometu ravna pošteno in se zaneša na podatke o pravicah, ki so vpisani v zemljiško knjigo, zaradi tega ne sme trpeti škodljivih posledic (10. člen Stvarnopravnega zakonika (SPZ) in prvi odstavek 8. člena Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1)). Načelo spada med temeljna načela stvarnega prava nepremičnin. Ker ima značilnost pravnega načela v ožjem pomenu, se pri presoji posameznih pravnih položajev ne uporablja neposredno (kot je to značilno za pravno pravilo), temveč se uporablja samo za tiste položaje, pri katerih je to načelo izvedeno (operacionalizirano) z ustreznimi pravnimi.

Namen tega prispevka je analizirati vsa pravna pravila stvarnega prava nepremičnin, ki operacionalizirajo načelo zaupanja v zemljiško knjigo, in razložiti uporabo teh pravil pri presoji različnih pravno mogočih položajev.

2. PRAVNA PRAVILA, KI UREJAJO STVARNO PRAVO NEPREMIČNIN

2.1. Razmerje med ureditvijo v SPZ in ZZK-1

Stvarno pravo nepremičnin je tisti del stvarnega prava, ki ureja stvarnopravna razmerja glede nepremičnin. Čeprav se imenuje zakonik, SPZ ne ureja celovito

vseh pravnih institutov stvarnega prava nepremičnin. Pomemben del pravil, ki urejajo stvarnopravna razmerja glede nepremičnin, 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 nepremičnin uporabljati pravila SPZ in materialnopravna pravila ZZK-1 kot notranje skladno sistemsko celoto. Samo tako bomo ta razmerja lahko pravilno pravno ovrednotili.

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. Njihov pomen je pojasnjen v razdelku 2.2.
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 dosega teh učinkov je namenjena izbrisna tožba, ki jo ureja ZZK-1.

2.2. Pravice, ki varujejo čas začetka učinkovanja (pridobitve) osnovnih stvarnih pravic, kot posebna vrsta varovalnih stvarnih pravic glede nepremičnin

Po splošnem pravilu, določenem v 5. členu ZZK-1, vpisi pravic in pravnih dejstev v zemljiški knjigi učinkujejo od trenutka, ko je zemljiškoknjižno sodišče prejelo predlog za vpis oziroma ko je zemljiškoknjižno sodišče prejelo listino, na podlagi katere o vpisu odloča po uradni dolžnosti. Za nekatere vrste vpisov ZZK-1 določa posebna pravila, ki izključujejo uporabo splošnega pravila o začetku učinkovanja vpisov. Tem vpisom je skupno, da so opravljeni v zvezi s prejšnjim vpisom, katerega funkcija je varovanje vrstnega reda (začetka

učinkovanja) pravic, katerih vpis bo predlagan pozneje. Zato učinkujejo že od trenutka, od katerega je učinkoval ta prejšnji vpis.

Vpise, ki varujejo vrstni red (čas učinkovanja) poznejših vpisov, lahko razvrstimo v dve skupini.

1. V prvo skupino spadajo **predznamovane pravice**. Po posebnem pravilu, določenem v prvem odstavku 52. člena ZZK-1 (primerjaj tudi prvi odstavek 55. člena ZZK-1), *vnkjižba pravice v vrstnem redu predznamovane pravice* učinkuje (že) od trenutka, od katerega učinkuje predznamovana pravica, in ne šele od trenutka začetka zemljiškoknjižnega postopka za vknjižbo pravice v vrstnem redu predznamovane pravice.
2. V drugo skupino spadajo **zaznambe, ki varujejo vrstni red poznejših vpisov**. Vknjižba oziroma predznanba pravice v vrstnem redu take zaznambe učinkuje (že) od trenutka, od katerega učinkuje ta zaznamba, in ne šele od trenutka začetka zemljiškoknjižnega postopka za vknjižbo pravice v vrstnem redu zaznambe. Mednje spadajo:
 - 2.1. zaznamba vrstnega reda (četrti odstavek 74. člena ZZK-1),
 - 2.2. zaznamba spora (tretji odstavek 81. člena ZZK-1),
 - 2.3. zaznamba izrednega pravnega sredstva (drugi odstavek 105. člena ZZK-1),
 - 2.4. zaznamba izbrisne tožbe (drugi odstavek 245. člena v zvezi s tretjim odstavkom 81. člena ZZK-1),
 - 2.5. zaznamba tožbe za izpodbijanje vpisa v postopku nastavitve zemljiške knjige (drugi in tretji odstavek 228. člena ZZK-1) in
 - 2.6. zaznamba razlastitvenega (ali komasacijskega) postopka ter zaznamba spora o določitvi pripadajočega zemljišča, ki sta posebni vrsti zaznambe spora.

Vsem tem vpisom je skupno, da vsebujejo pravno možnost njihovega imetnika (osebe v korist katere so vpisani) doseči vknjižbo stvarne pravice in s tem njeno pridobitev s polnimi učinki. Pravna možnost imetnika ravnati na določen način, ki je pravno zavarovana, je opredelilna značilnost pravice. Za to pravno možnost uporabljamo izraz *upravičenje*.¹ To pomeni, da z vpisom, ki varuje vrstni red (čas učinkovanja) poznejših vpisov, oseba, v korist katere ta vpis učinkuje, pridobi pravico, ki vsebuje pravno možnost doseči vknjižbo stvarne pravice, ki bo učinkovala že od časa tega zgodnejšega vpisa.

Čas začetka učinkovanja vknjižbe stvarne pravice v korist določene osebe je čas, po katerem se določa vrstni red pridobitve te pravice. Vknjižba stvarne

¹ Obširneje o razmerju med pravico in upravičenjem glej Nina Plavšak, Renato Vrenčur: Pomen razpolagalnega upravičenja pri razpolaganju z lastninsko pravico na nepremičnini, v: *Pravnik*, št. 9-10/2015, str. 595–641, razdelek 3.1.

pravice v vrstnem redu (s časom učinkovanja) zgodnejšega vpisa ima tudi izključujoč učinek na stvarne pravice, katerih pridobitev učinkuje od poznejšega časa. Zato so učinki teh pravic (predznamovanih pravic in zaznamb) pomembni za pogoje (predpostavke) poznejše pridobitve (vknjižbe) stvarnih pravic, saj se ti presojuje po času, od katerega učinkuje ta (zgodnejša) pravica, in za vsebino pozneje pridobljenih (vknjiženih) stvarnih pravic v tem pomenu, proti komu taka pridobitev učinkuje.

To pomeni, da predznamovane pravice in zaznambe, ki varujejo vrstni red (čas učinkovanja) poznejše vknjižbe stvarne pravice, glede na vrsto te pravice varujejo:

- bodisi pričakovane stvarne pravice (to je značilno za predznamovane stvarne pravice, zaznambe vrstnega reda in zaznambo razlastitvenega postopka)
- bodisi resnične, zunajknjižno pridobljene stvarne pravice (to je značilno za preostale zaznambe).

Zato zanje uporabljamo skupni izraz **varovalne pravice**. Njihov pomen je nazorno prikazan za različne položaje poslovne pridobitve stvarnih pravic, ki so obravnavani v 7. in 8. razdelku.

3. NAČELO ZAUPANJA V ZEMLJIŠKO KNJIGO IN VAROVANJE POŠTENEGA PRIDOBITELJA

3.1. Pojem in pomen načela zaupanja v zemljiško knjigo in s tem povezano varstvo dobrovernega pridobitelja

Načelo zaupanja v zemljiško knjigo je posebno načelo stvarnega prava nepremičnin. Vključuje pozitivni in negativni vidik.

Pozitivni vidik načela zaupanja zapoveduje, da tisti, ki v pravnem prometu ravna pošteno in se zanese na podatke o pravicah, ki so vpisani v zemljiško knjigo, zaradi tega ne sme trpeti škodljivih posledic (10. člen SPZ in prvi odstavek 8. člena ZZK-1). Pozitivni vidik načela zaupanja pove, *koga varujejo pravna pravila, ki operacionalizirajo načelo zaupanja*. Varujejo tistega **poštenega (dobrovernega) pridobitelja**, ki je v pravnem (poslovnem) prometu opravil pravni posel v zaupanju, da je tisti, ki je vknjižen kot lastnik, resnični lastnik. To njegovo zaupanje je utemeljeno v pravnem pravilu, določenem v prvem odstavku 11. člena SPZ, po katerem se domneva, da je lastnik nepremičnine tisti, ki je kot lastnik vpisan (vknjižen) v zemljiško knjigo.

Z izrazom *pravni promet nepremičnin* označujemo (zavezovalne in razpolagalne) pravne posle, s katerimi se prenašajo, ustanavljajo ali ukinjajo stvarne pravice glede nepremičnin. Zato že iz besedila »tisti, ki v pravnem prometu ravna

pošteno« izhaja, da se načelo zaupanja v zemljiško knjigo uporablja samo glede poslovnih pridobitev stvarnih pravic glede nepremičnine, in ne tudi glede neposlovnih pridobitev stvarnih pravic glede nepremičnine. Z vidika poštenega pridobitelja imajo značilnost pridobitve pravice v pravnem prometu vse poslovne pridobitve, in sicer tako tiste, ki vključujejo razpolagalni pravni posel vknjiženega lastnika (poslovne pridobitve v ožjem pomenu), kot tudi pridobitve v postopku prisilne prodaje.

Pozitivni vidik načela zaupanja izraža zahtevo (vrednostno merilo), da za dobrovernega (poštenega) pridobitelja ne sme nastati škodljiva posledica, če se je zanesel (je zaupal) na vpis v zemljiški knjigi. Taka (škodljiva) posledica bi zanj lahko nastala, če vknjiženi (edini) lastnik materialnopravno ni upravičen (samostojno) razpolagati z lastninsko pravico na nepremičnini in bi pridobitelj izgubil lastninsko oziroma drugo stvarno pravico, ki jo je pridobil (z vknjižbo v zemljiški knjigi) na podlagi takega razpolaganja (zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je v njegovo korist izstavila oseba, ki je bila vknjižena kot edini lastnik nepremičnine).

Negativni vidik načela zaupanja ureja drugi odstavek 8. člena ZZK-1, po katerem tisti, ki izpolni pogoje za vpis pravice oziroma pravnega dejstva v zemljiško knjigo v svojo korist in tega vpisa ne predlaga, nosi vse škodljive posledice take opustitve. Negativni vidik načela zaupanja pove, *proti komu varujejo pravna pravila, ki operacionalizirajo načelo zaupanja*. To je **resnični lastnik** oziroma resnični imetnik druge stvarne pravice, ki svoje pravice ni zavaroval z ustreznim vpisom v zemljiško knjigo. Resnični lastnik namreč izgubi svojo pravico, če na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo poštenu pridobitelj doseže vknjižbo lastninske pravice v svojo korist.

Pomen načela zaupanja v zemljiško knjigo in iz njega izvedeno varstvo poštenega pridobitelja Juhart nazorno strne tako:²

»Cilj načela zaupanja v zemljiško knjigo je varovanje zaupanja v pravni promet. Od skrbne osebe pričakujemo, da pozna zemljiškoknjižno stanje, ko vstopa v pravna razmerja na nepremičninah. Tej obveznosti pa je treba poiskati primerno nadomestilo na drugi strani. Oseba, ki se v pravnih razmerjih opira na zemljiškoknjižne podatke o pravicah, se lahko zaneša, da so ti podatki pravilni, in ne sme trpeti škodljivih posledic. Gre za načelno usmeritev, komu naj zakon v določenem konfliktu podeli pravno varstvo. V dvomu naj gre tistemu, za katerega varstvo izhaja iz zemljiške knjige, kar krepi zaupanje v pravni promet. V nasprotnem primeru bi zemljiška knjiga izgubila svoj pomen kot nepremičninska evidenca. Če bi se morala oseba, ki

² Miha Juhart v Miha Juhart, Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur: Stvarno pravo. GV Založba, Ljubljana 2007, str. 86.

je zaupala v zemljiško knjigo, umakniti interesu imetnika stvarne pravice, ki v zemljiški knjigi ni vpisan in ki ne dosega osnovnega publicitetnega učinka, bi bila to slaba rešitev.«

3.2. Načelo zaupanja se uporablja v obsegu, v katerem je operacionalizirano s pravnimi pravili SPZ in ZZK-1

Načelo zaupanja v zemljiško knjigo je pravno načelo v ožjem pomenu. Zato ni mogoče neposredno (in samo) na podlagi tega pravnega načela sklepati o vsebini pravnega pravila, ki ga je treba uporabiti v konkretnem primeru. Ker pravna načela posredujejo (opredeljujejo) le vrednostno merilo, so (neposredno) uporabna samo, če so izpeljana in v obsegu, v katerem so izpeljana v ustreznih pravnih pravilih. To pomeni, da se pri presoji posameznih pravnih položajev ne uporablja neposredno (kot je to značilno za pravno pravilo), temveč se uporablja samo za tiste položaje, pri katerih je to načelo izvedeno (operacionalizirano) z ustreznimi pravnimi pravili.

Pri presoji, v kakšnem obsegu načelo zaupanja varuje poštenega pridobitelja, moramo izhajati iz splošno uveljavljenih spoznanj teorije prava o pravnih načelih. Pavčnik poudarja, da je treba pravna načela razlikovati od pravnih pravil in da je poglobljena kakovostna razlika med pravnim pravilom in pravnim načelom, da »pravno pravilo izraža tip vedenja in ravnanja, *pravno načelo* pa posreduje le **vrednostno merilo** (na primer vestnost, poštenost), kako naj ravnamo v pravnih razmerjih, v katerih smo nosilci določenih tipov vedenja in ravnanja«. ³ Pravna načela kot vrednostna merila »usmerjajo vsebinsko opredeljevanje pravnih pravil in način njihovega izvrševanja«. ⁴ Ker pravna načela posredujejo (opredeljujejo) le vrednostno merilo, so (neposredno) uporabna »samo ob predpostavki, da so **operacionalizirana** [izpeljana v ustreznih pravnih pravilih – pojasnilo N. P.] in ima ta izpeljava zanesljivo oporo v pravnih pravilih, pravnih institutih in njihovih medsebojnih povezavah«. ⁵

Za (pravilno) uporabo in razumevanje pravnih načel v ožjem pomenu so pomembna tudi ta Pavčnikova spoznanja:

»Pravna načela vsebujejo vrednostna merila, ki so zdaj bolj in zdaj manj intenzivna in ki zahtevajo, da jih uveljavimo prek posameznih tipov vedenj in ravnanj. *Vrednostno merilo*, ki je prek njih uresničljivo, *ni niti absolutno niti vsebinsko izvotljeno* (na primer načelo svobode urejanja obligacijskih

³ Marijan Pavčnik: Teorija prava, Prispevek k razumevanju prava, 2., pregledana in dopolnjena izdaja. Cankarjeva založba, Ljubljana 2001, str. 84.

⁴ Prav tam.

⁵ Prav tam, str. 85.

razmerij). Če bi bilo absolutno, bi pomenilo, da je načelo vrh piramide, iz katere je mogoče mehanično izpeljati rešitve, ki jih potrebujemo glede na konkreten primer. In če bi bilo vsebinsko izvotljeno, bi pomenilo, da je le od pristojnega uporabnika zakona odvisno, kako ga bo razumel in izvrševal. Pravno načelo tako ni niti vsebinsko absolutno merilo, ki je odvisno od pristojnega uporabnika, ampak je vrednostni temelj, ki terja, da ravnamo **sorazmerno** in s **pravo mero**. Sam vrednostni temelj je mogoče uveljaviti le s tolikšno intenzivnostjo, kolikor to dopuščajo vsebinske rešitve (normativne možnosti), ki so na določenem pravnem področju [v našem primeru na področju stvarnega prava – pojasnilo N. P.] normativno uveljavljene, in kolikor to narekujejo značilnosti primera, ki je predmet odločanja.«⁶

Zaradi izjemnega pomena načela zaupanja v zemljiško knjigo in varovanja dobrovernega pridobitelja za pravno varnost (varnost pravnega prometa z nepremičninami) bi bilo primerno (in za pravno ureditev preglednejše), da bi SPZ z jasnim (izrecnim) splošnim pravilom uredil vse položaje oziroma učinke dobroverne poslovne pridobitve lastninske pravice na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo, podobno kot je poslovna pridobitev lastninske pravice na podlagi dobre vere urejena v 64. členu SPZ. Ker načelo zaupanja v zemljiško knjigo, urejeno v 10. členu SPZ (oziroma z enako vsebino v prvem odstavku 8. člena ZZK-1), nima narave pravnega pravila, ga namreč ni mogoče neposredno uporabiti za presojo teh položajev oziroma učinkov.

Načelo zaupanja v našem pravnem redu operacionalizirata dve skupini pravnih pravil.⁷

1. V prvo skupino spadajo materialnopravna pravila ZZK-1, ki urejajo predpostavke (pogoje) za dovolitev vknjižbe. Pri poslovni pridobitvi bo pridobitelj dosegel vknjižbo lastninske ali druge stvarne pravice v svojo korist na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je v njegovo korist izstavil odsvojitelj, če je odsvojitelj po stanju ob vložitvi zemljiškoknjižnega predloga za vknjižbo (pridobitve) te pravice v zemljiški knjigi vpisan (vknjižen) kot lastnik (147. člen ZZK-1 in 3. točka prvega odstavka 148. člena v zvezi s prvim odstavkom 150. člena ZZK-1). Smiselno enako velja za poslovno pridobitev pri prisilni prodaji.

⁶ Prav tam, str. 86.

⁷ Primerjaj tudi M. Juhart v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, str. 87: »SPZ je načelo zaupanja v zemljiško knjigo povzdignil v eno osnovnih načel civilnega prava in s tem dodatno poudaril pomen zemljiške knjige za urejanje pravnih razmerij na nepremičninah. Zato je povsem razumljivo in utemeljeno, da so načelu zaupanja v zemljiško knjigo prilagojene tudi druge zakonske določbe, ki bi lahko ob drugačni rešitvi omajale veljavnost in obseg tega načela.«

2. V drugo skupino spadajo pravila SPZ (drugi odstavek 44. člena SPZ in smiselno drugi odstavek 72. člena SPZ) in ZZK-1 (tretji odstavek 244. člena ZZK-1), ki določajo, kdaj resnični lastnik ne more več (pravno učinkovito) uveljaviti svoje lastninske pravice proti dobrovernemu vknjiženemu pridobitelju. Pomen teh pravil je podrobneje obravnavan v razdelku 7.2.

Ko ta pravila povežemo v notranje skladno celoto, je končni izid enak, kot je za poslovno pridobitev lastninske pravice na premični stvari na podlagi dobre vere urejen v 64. členu SPZ: pridobitelj z vknjižbo lastninske ali druge (izvedene) stvarne pravice postane (resnični in vknjiženi) imetnik te pravice, če je pošten (dobroveren), ker zaupa stanju zemljiške knjige, po katerem je odsvojitelj (oseba, ki je v njegovo korist izstavila zemljiškoknjižno dovolilo) vknjiženi lastnik in ne ve, da vknjiženi lastnik (odsvojitelj) ni hkrati resnični lastnik. Pri tem položaju hkrati z vknjižbo lastninske pravice v korist (dobrovernega, poštenega) pridobitelja preneha lastninska pravica resničnega lastnika. Z vidika resničnega lastnika ta pravna posledica nastane neodvisno do njegove volje. Zato ima pridobitev stvarne pravice od »nelastnika« na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo značilnost izvirne pridobitve. Hkrati ima značilnost poslovne pridobitve, saj je predpostavka za nastanek te pravne posledice ustrezen pravni posel, ki ga v zaupanju v zemljiško knjigo opravi pošteni (dobroverni) pridobitelj.

4. RAZVRŠČANJE PRAVNIH TEMELJEV PRIDOBITVE, OMEJITVE, PRENEHANJA ALI SPREMEMBE 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**.

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 preo-

blikuje 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** (glej razdelek 4.2). 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. Take pravice oziroma pravna dejstva so namreč samo 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 ZZK-1) – torej ovira za izvedeno pridobitev stvarne pravice. Nimajo pa učinkov za izvirno pridobitev (na primer pridobitev lastninske pravice v postopku prisilne prodaje nepremičnine).

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** (glej razdelek 4.3). 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** (glej razdelek 4.4). 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.

4.2. Standardna razvrstitev (izvedene in izvirne pridobitve)

1. Za **izvedeno** (*derivativno*) **pridobitev**, omejitev, prenehanje oziroma spremembo (preoblikovanje) stvarne pravice je značilno, da se stvarna pravica pridobi, omeji, preneha oziroma spremeni na podlagi izjave volje (pravnega posla) imetnika stvarne pravice, s katerim ta:
 - prenese to pravico na drugo osebo, ki s tem pridobi to pravico, hkrati pa preneha ta pravica prejšnjega imetnika,
 - to pravico omeji tako, da na njej ustanovi (izvedeno stvarno) pravico v korist pridobitelja,
 - se tej pravici odpove v celoti ali delno (jo utesni) ali
 - jo preoblikuje (in s tem spremeni njene pravne lastnosti).

Zato je ustrezen **razpolagalni pravni posel (dosedanjega) imetnika stvarne pravice** skupna predpostavka pridobitve, omejitve, prenehanja oziroma preoblikovanja stvarne pravice, ki jo vključujejo vsi pravni temelji, ki jih uvrščamo med izvedene pridobitve.

2. Za **izvirno (originarno) pridobitev**, omejitev, prenehanje oziroma spremembo (preoblikovanje) stvarne pravice je značilno, da se stvarna pravica pridobi, omeji, preneha oziroma spremeni neodvisno od volje (dosedanjega) imetnika. To pomeni, da pridobitelj (izvirno) pridobi stvarno pravico, čeprav lastnik oziroma imetnik druge stvarne pravice ni izrazil volje (opravi pravnega posla) z namenom, da bi na pridobitelja prenesel to pravico oziroma da bi svojo lastninsko pravico omejil z ustanovitvijo druge (izvedene) stvarne pravice v korist pridobitelja. Za izvirne pridobitve, omejitve oziroma prenehanja stvarnih pravic so v SPZ določene različne predpostavke (pravna dejstva). Predpostavkam, ki povzročijo izvirno pridobitev, omejitev ali prenehanje stvarnih pravic, je skupno samo to, da se pri vseh vrstah izvirne pridobitve stvarna pravica pridobi, omeji oziroma preneha **neodvisno od (poslovne) volje (dosedanjega) imetnika te pravice**.

Okoliščina, da se stvarna pravica pridobi neodvisno od volje (dosedanjega) imetnika, se v literaturi in praksi označuje tudi z izrazom, da se pravica pridobi (neposredno) na podlagi zakona. Včasih se ta izraz uporablja ožje, kot skupni izraz za tiste izvirne pridobitve, katerih predpostavka ni (oblikovalna) sodna odločba ali odločba drugega državnega organa.⁸ Vsem tem izvirnim pridobitvam (»na podlagi zakona« v ožjem pomenu) je skupno, da vpis v zemljiško knjigo ni predpostavka pridobitve stvarne pravice. To pomeni, da se ta izraz v praksi pogosto uporablja kot sinonim za *zunajknjižno pridobitev*.

Zakon (oziroma dosledneje uveljavitev zakona) je sam po sebi pravno dejstvo, vendar pa uveljavitev zakona sama po sebi (kot pravno dejstvo) praviloma ne povzroči nastanka stvarnih pravic ali drugega civilnopravnega razmerja. Da bi se izognili dvomnosti in nejasnosti, se je zato na področju civilnega prava priporočljivo izogibati uporabi besedne zveze »zakon kot pravni temelj nastanka (oziroma prenehanja) pravnih razmerij (pravic, ki so vsebina teh pravnih razmerij)«. Ta namreč (pravno dosledno) pove, da je določeno pravno razmerje nastalo kot neposredna posledica uveljavitve zakona. To pa (tudi) za izvirne pridobitve, omejitve oziroma prenehanja stvarnih pravic ne drži.

⁸ Tako na primer 39. člen SPZ določa: »Lastninska pravica se pridobi na podlagi pravnega posla, dedovanja, zakona ali odločbe državnega organa.« Na podlagi ureditve v naslednjih členih SPZ lahko sklepamo, da je izraz »pridobitev na podlagi zakona« uporabljen kot skupni izraz, ki vključuje priposestevanje, pri premečnih stvareh pa tudi okupacijo, spojitve, pomešanje in izdelavo nove stvari.

4.3. Poslovne in neposlovne pridobitve, omejitve, prenehanja ali preoblikovanja (spremembe) stvarnih pravic

1. Za pravne temelje, ki jih uvrščamo med **poslovno pridobitev**, omejitev, prenehanje oziroma spremembo (preoblikovanje) stvarne pravice je značilno, da je predpostavka te pridobitve, omejitve, prenehanja oziroma preoblikovanja stvarne pravice ustrezen (zavezovalni) pravni posel. Med poslovne pridobitve spadata dve skupini pravnih temeljev.
 - 1.1. Ustrezen (zavezovalni in razpolagalni) pravni posel (dosedanjega) imetnika stvarne pravice je predpostavka *izvedene pridobitve*, omejitve, prenehanja oziroma spremembe stvarne pravice. Zaradi razmejitve z drugo skupino pravnih temeljev poslovne pridobitve za izvedene pridobitve uporabljamo tudi izraz **poslovne pridobitve v ožjem pomenu**.
 - 1.2 V drugo skupino poslovnih pridobitev spadajo pridobitve na podlagi pravnega posla zastavnega (hipotekarnega) upnika, ki se izvede zaradi uveljavitve prednostnega poplačilnega upravičenja, ki ga vključuje zastavna pravica (hipoteka), in (druge) prodaje, ki se izvedejo v sodnem postopku. Ker se pri teh položajih prenos lastninske pravice izvede neodvisno od volje njenega imetnika (*izvirno*), zanje uporabljamo tudi skupni izraz **prisilna prodaja**. Vsem tem pravnim temeljem je skupno, da je (z vidika kupca kot pridobitelja) predpostavka pridobitev 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) dosedanjega (vknjiženega) lastnika. Ta razpolagalni pravni posel nadomešča *oblikovalna odločba*, in sicer sklep sodišča oziroma notarski zapisnik o izročitvi nepremičnine kupcu.
2. Preostali pravni temelji spadajo med **neposlovne pridobitve**, saj ne vključujejo pravnega posla kot predpostavke za pridobitev, omejitev, prenehanje oziroma spremembo (preoblikovanje) stvarne pravice.

Razvrstitev na poslovne in neposlovne pridobitve je pomembna pri uporabi načela zaupanja v zemljiško knjigo oziroma dosledneje pri odgovoru na vprašanje, pri katerih vrstah pravnih temeljev dobrovernega (poštenega) pridobitelja varuje načelo zaupanja v zemljiško knjigo. Načelo zaupanja v zemljiško knjigo namreč varuje poštenega pridobitelja pri vseh poslovnih pridobitvah, ne glede na to, ali je predpostavka te pridobitve pravni posel (vknjiženega) lastnika, ali pravni posel, sklenjen neodvisno od volje lastnika pri prisilni prodaji.

4.4. Knjižne in zunajknjižne pridobitve, omejitve, prenehanja ali preoblikovanja (spremembe) stvarnih pravic

1. Za pravne temelje, ki jih uvrščamo med **knjižno pridobitev**, omejitev, prenehanje oziroma spremembo (preoblikovanje) stvarne pravice, je značilno, da je ustrezen vpis (vknjižba) v zemljiško knjigo predpostavka te pridobitve, omejitve, prenehanja oziroma preoblikovanja stvarne pravice. Pri teh pravnih temeljih navadno rečemo, da ima vpis te pridobitve, omejitve, prenehanja oziroma spremembe stvarne pravice v zemljiško knjigo oblikovalne učinke. Ker morajo preostale predpostavke, ki jih vključuje tak pravni temelj, nastati (obstajati) pred vpisom v zemljiško knjigo, je za presojo časa (časovnega trenutka) pridobitve, omejitve, prenehanja oziroma spremembe stvarne pravice pri knjižni pridobitvi odločilen čas, od katerega ta vpis v zemljiško knjigo učinkuje (primerjaj 7. člen ZZK-1). Po splošnem pravilu o začetku učinkovanja vpisov je to trenutek, ko je zemljiškoknjižno sodišče prejelo predlog za vpis (5. člen ZZK-1). Večina pravnih temeljev pridobitve stvarne pravice glede nepremičnine kot predpostavko pridobitve vključuje ustrezen vpis v zemljiško knjigo.
2. Za pravne temelje, ki jih uvrščamo med **zunajknjižno pridobitev**, omejitev, prenehanje oziroma spremembo (preoblikovanje) stvarne pravice, je značilno, da vpis v zemljiško knjigo ni predpostavka te pridobitve, omejitve, prenehanja oziroma preoblikovanja. Zato se pri teh pravnih temeljih stvarna pravica pridobi, omeji, preneha oziroma spremeni že, ko nastane (se izpolni) tisto (drugo) pravno dejstvo, ki ga vključuje tak pravni temelj. Če tak pravni temelj vključuje več predpostavk (pravnih dejstev) pa takrat, ko nastane zadnja od njih. Med pravne temelje zunajknjižne pridobitve stvarne pravice spadajo:
 - priposestvanje,
 - pridobitev po pravilih o skupnem premoženju zakoncev in
 - dedovanje.

5. PREDPOSTAVKE POSLOVNE, IZVEDENE PRIDOBITVE STVARNE PRAVICE NA NEPREMIČNINI

5.1. Splošno

Predpostavke (pravni temelji) izvedene pridobitve, omejitve, prenehanja oziroma spremembe stvarne pravice vključujejo 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. Obbligacijska 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.⁹

2. Obstajati mora **veljaven razpolagalni pravni posel**, katerega predmet je prenos, omejitev, prenehanje ali sprememba stvarne pravice. 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 (konkudentnim) 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.¹⁰
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-1.¹¹

5.2. Vknjiženi, resnični in pričakovani lastnik

Pri presoji pomena vpisa (vknjižbe) v zemljiško knjigo in 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

⁹ Obširneje o predpostavkah veljavnosti zavezovalnega pravnega posla v N. Plavšak, R. Vrenčur, nav. delo, 5. razdelek.

¹⁰ Obširneje o predpostavkah veljavnosti zemljiškoknjižnega dovolila kot razpolagalnega pravnega posla prav tam, 6. razdelek.

¹¹ Obširneje o pomenu in učinkih vpisa v zemljiško knjigo prav tam, 7. razdelek.

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.¹²

Položaji se med seboj razlikujejo po **obsegu pravnega varstva**, ki ga lahko (učinkovito) uveljavi imetnik pravice. Za presojo obsega pravnega varstva je pomembno, proti komu lahko imetnik stvarne pravice (lastnik) uveljavlja svojo pravico.

- Najširšega (polnega) obsega pravnega varstva je deležen *resnični lastnik, ki je hkrati vknjiženi lastnik*. Lastninsko pravico in njeno varstvo lahko uveljavlja proti vsakomur brez izjeme.
- *Vknjiženi lastnik, ki ni hkrati resnični lastnik*, lahko na podlagi domneve lastninske pravice iz prvega odstavka 11. člena SPZ svojo lastninsko pravico uveljavlja proti vsakomur, razen proti resničnemu lastniku ali drugi osebi, ki to domnevo izpodbije tako, da dokaže, da vknjiženi lastnik ni resnični lastnik. To mu omogoča, da pravno učinkovito razpolaga z lastninsko pravico. V skladu s pravili ZZK-1, ki urejajo pogoje (predpostavke) za dovolitev vpisa, so ti pogoji izpolnjeni, če je odsvojitelj (oseba, ki je izstavila zemljiškoknjižno dovolilo) vknjiženi lastnik.
- *Resnični lastnik, ki ni hkrati vknjiženi lastnik*,¹³ lahko svojo lastninsko pravico uveljavlja proti vsakomur, razen proti poštenemu pridobitelju, ki pridobi

¹² Obširneje o relativnih učinkih izročitve zemljiškoknjižnega dovolila prav tam, razdelek 6.6.1.

¹³ V sodni praksi se za resničnega lastnika, ki ni hkrati vknjiženi lastnik, uporablja tudi izraz *nevknjiženi lastnik*.

lastninsko pravico na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo v skladu s pravili SPZ in ZZK-1, ki operacionalizirajo načelo zaupanja v zemljiško knjigo.

- Najmanjšega obsega pravnega varstva je deležen *pričakovani lastnik*, saj njegova pričakovana pravica učinkuje samo v relativnem razmerju do odsvojitelja in odsvojiteljevih upnikov.

5.3. Dve vrsti pravnih temeljev poslovne pridobitve stvarne pravice

Da bi pridobitelj dosegel učinkovanje stvarne pravice, ki jo je z razpolagalnim pravnim poslom (zemljiškoknjižnim dovolilom) odsvojitelj prenesel nanj oziroma v njegovo korist dovolil njeno ustanovitev, tudi v razmerju do tretjih (in ne le v razmerju do odsvojitelja), mora 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.

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 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.¹⁴

Pri odgovoru na vprašanje, ali pridobitelj z vknjižbo lastninske pravice v njegovo korist (torej takrat, ko postane vknjiženi lastnik) pridobi (tudi) resnično lastninsko pravico (postane tudi resnični lastnik), moramo razlikovati dva položaja.

1. **Vknjiženi lastnik je resnični lastnik.** Ta položaj obstaja, če je odsvojitelj (vknjiženi lastnik) tudi v resnici imetnik lastninske pravice in zato (materialnopravno) upravičen (samostojno) razpolagati z lastninsko pravico na nepremičnini. Pri tem položaju pridobitelj z vknjižbo lastninske pravice v njegovo korist postane (resnični) lastnik na podlagi (veljavnega) pravnega posla (izjave volje) dosedanjega (resničnega) lastnika (odsvojitelja). Za ta položaj uporabljamo tudi izraz *poslovna pridobitev stvarne pravice na podlagi razpolaganja lastnika*. Podrobneje je razložen v 6. razdelku.
2. **Vknjiženi lastnik ni resnični lastnik.** Ta položaj obstaja, če odsvojitelj (vknjiženi lastnik) razpolagalnega upravičenja v resnici nima, ker ni (re-

¹⁴ Obširneje o tem N. Plavšak, R. Vrenčur, nav. delo, razdelek 7.3.

snični) lastnik. Pri tem položaju pridobitelj z vknjižbo lastninske pravice v njegovo korist postane (resnični) lastnik samo, če je (poleg veljavne- ga zemljiškoknjižnega dovolila vknjiženega lastnika kot odsvojitelja) iz- polnjena dodatna predpostavka, in sicer, če je dobroveren, ker je zaupal podatku o vknjiženi lastninski pravici odsvojitelja v zemljiški knjigi in ne ve, da odsvojitelj v resnici nima razpolagalnega upravičenja. V tem primeru pridobitelj pridobi lastninsko pravico neodvisno od volje resnič- nega lastnika. Ta pravna posledica nastane na podlagi pravnih pravil SPZ in ZZK-1, ki operacionalizirajo načelo zaupanja v zemljiško knjigo. Zato zanj uporabljamo tudi izraz *poslovna pridobitev stvarne pravice od nela- stnika na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo*. Obširneje je obravnavan v 7. razdelku.

To pomeni, da pravni temelj, za katerega SPZ uporablja izraz »pridobitev la- stninske pravice na podlagi pravnega posla«, v resnici obsega dva položaja oziroma dve vrsti pravnih temeljev po merilu predpostavk, ki jih vključuje vsak od njiju. Obema položajema je skupno, da je predpostavka pridobitve (resnične) lastninske pravice veljavno zemljiškoknjižno dovolilo odsvojitelja kot vknjiženega lastnika. Razlikujeta pa se po tem, da pri poslovni pridobi- tvi na podlagi razpolaganja resničnega lastnika zadošča, da je na podlagi tega dovolila (predlagana in) opravljena vknjižba lastninske pravice v korist prido- bitelja. Pri poslovni pridobitvi od nelastnika na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo pa mora biti izpolnjena še dodatna predpostavka, in sicer, da je pridobi- telj dobroveren – da verjame (zaupa zemljiški knjigi), da je odsvojitelj resnični lastnik, ker je vknjiženi lastnik, in ne ve, da je resnični lastnik nekdo drug.

6. POSLOVNA PRIDOBITEV STVARNE PRAVICE NA PODLAGI RAZPOLAGANJA RESNIČNEGA LASTNIKA

O **poslovni pridobitvi stvarne pravice na podlagi razpolaganja (resničnega) lastnika** govorimo takrat, ko pridobitelj z vknjižbo lastninske ali druge stvarne pravice v njegovo korist pridobi (resnično) lastninsko ali drugo stvarno pravi- co. Vknjižba lastninske ali druge stvarne pravice v korist pridobitelja povzroči, da pridobitelj z njo (ob času od katerega učinkuje ta vknjižba) pridobi (resnič- no) lastninsko ali drugo stvarno pravico, če sta izpolnjeni ti predpostavki:

1. Odsvojitelj je (vknjiženi in) resnični lastnik, torej resnični imetnik la- stninske pravice, s katero je razpolagal.
2. Zemljiškoknjižno dovolilo (razpolagalni pravni posel resničnega lastnika in hkrati listina, ki je temelj za vknjižbo lastninske pravice v korist prido- bitelja) je veljavno.

Pri odločanju o dovolitvi vpisa zemljiškooknjižno sodišče zaradi načela formalnosti postopka (124. člen ZZK-1) presoja veljavnost zemljiškooknjižnega dovolila samo v omejenem obsegu. Po četrtem odstavku 149. člena ZZK-1 je pristojno presojati samo popolnost zemljiškooknjižnega dovolila (ali zemljiškooknjižno dovolilo vsebuje vse sestavine, ki jih mora vsebovati, in ali je podpis odsvojitelja notarsko overjen) in ničnost zemljiškooknjižnega dovolila zaradi razlogov, ki so razvidni iz same vsebine zemljiškooknjižnega dovolila (na primer, če je zemljiškooknjižno dovolilo povezano s pogojem). Pri tem ni pristojno presojati veljavnosti zavezovalnega pravnega posla, zaradi izpolnitve obveznosti iz katerega je bilo izstavljeno zemljiškooknjižno dovolilo (peti odstavek 149. člena ZZK-1).

Zemljiškooknjižno dovolilo je kavzalen pravni posel v tem pomenu, da je njegova veljavnost odvisna od veljavnosti zavezovalnega pravnega posla, zaradi izpolnitve obveznosti iz katerega je bilo izstavljeno.¹⁵ Neveljavnost tega zavezovalnega pravnega posla je v praksi pogost razlog neveljavnosti zemljiškooknjižnega dovolila. Vendar zemljiškooknjižno sodišče pri odločanju o dovolitvi vpisa (vknjižbe) lastninske ali druge stvarne pravice v korist pridobitelja ni pristojno presojati veljavnosti zavezovalnega pravnega posla. Zato lahko (pravno pravilno) dovoli vpis, čeprav je zemljiškooknjižno dovolilo neveljavno. V takem primeru pridobitelj z dovolitvijo vknjižbe lastninske pravice (oziroma druge stvarne pravice) v njegovo korist postane vknjiženi lastnik (vknjiženi imetnik pravice), vendar ne postane hkrati resnični lastnik (resnični imetnik pravice).

Ko presojamo pravne posledice vknjižbe lastninske ali druge stvarne pravice v korist pridobitelja, moramo presojati predpostavke veljavnosti zemljiškooknjižnega dovolila po stanju ob času, od katerega učinkuje ta vknjižba. To je čas vložitve zemljiškooknjižnega predloga, če se z njim zahteva vpis v vrstnem redu vložitve tega predloga, oziroma (zgodnejši) čas, od katerega učinkuje varovalna pravica (predznamovana pravica oziroma ustrezna zaznamba vrstnega reda za pridobitev pravice ali zaznamba spora). Zato moramo glede neveljavnosti zavezovalnega pravnega posla kot vzroka neveljavnosti zemljiškooknjižnega dovolila razlikovati dve skupini položajev:

1. 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). Enak položaj nastane pri **navidezni pogodbi** (50. člen OZ). Zato je zemljiškooknjižno dovolilo, izstavljeno za izpolnitev (neobstoječe) obveznosti iz nične ali navidezne pogodbe, neveljavno že ob njegovi izstavitvi in (ostane neveljavno) tudi ob času učinkovanja vknjižbe lastninske ali dru-

¹⁵ Pomen kavzalnosti zemljiškooknjižnega dovolila je obširneje razložen v N. Plavšak, R. Vrenčur, nav delo, razdelek 6.4.2.

ge stvarne pravice na njegovi podlagi. Pri tej skupini položajev pridobitelj nikoli ne postane resnični lastnik. Zato resnični lastnik ostane odsvojitelj.

2. Če je **zavezovalni pravni posel izpodbojen**, ta pravni posel velja in povzroči učinke, dokler (in če) ni uspešno izpodbit. Ker je treba izpodbojno pravico uveljaviti sodno, izpodbojen pravni posel preneha veljati, ko postane pravnomočna sodba, s katero ga sodišče razveljavi. Zato je zemljiškoknjižno dovolilo izstavljeno na podlagi izpodbojnega pravnega posla veljavno in neha veljati šele, ko postane pravnomočna sodba o razveljavitvi tega pravnega posla. Smiselno enako velja za zavezovalni pravni posel, ki je bil pozneje (po njegovi sklenitvi) **razvezan**. Pri presoji učinkov zemljiškoknjižnega dovolila, izstavljenega na podlagi izpodbojnega pravnega posla ali pravnega posla, ki je bil po njegovi izstavitvi razvezan, moramo razlikovati dva položaja:
 - 2.1. Če ob času, od katerega učinkuje vknjižba, ki je bila predlagana in dovoljena na podlagi tega dovolila, zavezovalni pravni posel še ni izpodbit (razveljavljen) ali razvezan, je zemljiškoknjižno dovolilo veljavno. Zato pridobitelj pridobi resnično lastninsko pravico (postane resnični lastnik). Ko je zavezovalni pravni posel razveljavljen ali razvezan (in s tem postane neveljavno zemljiškoknjižno dovolilo), pridobitelj izgubi resnično lastninsko pravico, čeprav ostane vknjiženi lastnik, in resnično lastninsko pravico znova pridobi odsvojitelj.
 - 2.2. Če je ob času, od katerega učinkuje vknjižba, ki je bila predlagana in dovoljena na podlagi tega dovolila, zavezovalni pravni posel že izpodbit (razveljavljen) ali razvezan, je posledica enaka kot pri ničnem zavezovalnem pravnem poslu. Pridobitelj nikoli ne postane resnični lastnik. Zato resnični lastnik ostane odsvojitelj.

7. POSLOVNA PRIDOBITEV STVARNE PRAVICE OD NELASTNIKA NA PODLAGI ZAUPANJA V ZEMLJIŠKO KNJIGO

7.1. Pomen poslovne pridobitve stvarne pravice od nelastnika na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo

O **poslovni pridobitvi lastninske** (ali druge stvarne) **pravice od nelastnika na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo** govorimo takrat, ko pridobitelj pridobi lastninsko pravico na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga v njegovo korist izstavi vknjiženi lastnik, ki ni hkrati resnični lastnik. Ta pravna posledica nastane na podlagi pravnih pravil SPZ in ZZK-1, ki operacionalizirajo *načelo zaupanja v zemljiško knjigo* in so obširneje razložena v razdelku 7.2. Nastane samo, če sta izpolnjeni ti predpostavki:

1. Zemljiškoknjižno dovolilo (razpolagalni pravni posel vknjiženega lastnika in hkrati listina, ki je temelj za vknjižbo lastninske pravice v korist pridobitelja) je veljavno.
2. Pridobitelj je ob izročitvi in prevzemu zemljiškoknjižnega dovolila dobroveren – zaupa stanju zemljiške knjige in ne ve, da odsvojitelj (vknjiženi lastnik) ni resnični lastnik. Pomen te predpostavke je razložen v razdelku 7.3.

7.2. Pravila SPZ in ZZK-1, ki operacionalizirajo načelo zaupanja

Vknjiženi lastnik ni hkrati resnični lastnik pri več položajih, ki so razčlenjeni v nadaljevanju. Vsem položajem je skupno, da lastninska pravica ali izvedena stvarna pravica, ki jo pridobi dobroverni pridobitelj z vknjižbo te pravice v njegovo korist na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila vknjiženega lastnika, učinkuje proti vsakomur. Zato dobroverni pridobitelj z vknjižbo te pravice v njegovo korist pridobi resnično lastninsko pravico oziroma resnično izvedeno stvarno pravico. Posledica tega učinka na lastninsko pravico nevknjiženega lastnika je odvisna od tega, ali je predmet vknjižbe v korist dobrovernega pridobitelja lastninska pravica ali izvedena stvarna pravica:

- Če je predmet vknjižbe v korist dobrovernega pridobitelja lastninska pravica, oseba, ki je bila v času vknjižbe lastninske pravice v korist dobrovernega pridobitelja resnični lastnik, proti dobrovernemu pridobitelju (osebi, v korist katere je bila lastninska pravica vknjižena na podlagi dovolila, ki ga je v njeno korist izstavil vknjiženi lastnik) ne more več uveljavljati svoje lastninske pravice. Zaradi izključujočega (absolutnega) učinka lastninske pravice na isti nepremičnini ne more hkrati obstajati več (resničnih) lastninskih pravic (do celote) v korist različnih oseb. Zato s tem, ko dobroverni pridobitelj (z vpisom v zemljiško knjigo, opravljenim na podlagi razpolagalnega pravnega posla vknjiženega lastnika) pridobi lastninsko pravico na nepremičnini, resnični lastnik to pravico izgubi.
- Smiselno enak položaj nastane glede nevknjižene izvedene stvarne pravice (na primer stvarne služnosti, pridobljene s priposestvovanjem). Imetnik te nevknjižene izvedene stvarne pravice ne more uveljavljati proti vknjiženemu lastniku, ki je lastninsko pravico pridobil v dobri veri, da ni obremenjena z navedeno izvedeno stvarno pravico (ni vedel zanjo). Ker izvedena stvarna pravica glede nepremičnine lahko obstaja samo, če učinkuje proti lastniku te nepremičnine, izvirno pridobljena, nevpisana izvedena stvarna pravica preneha s tem, ko dobroverni pridobitelj (z vpisom v zemljiško knjigo, opravljenim na podlagi razpolagalnega pravnega posla vknjiženega lastnika) pridobi lastninsko pravico na nepremičnini.

- Če je predmet vknjižbe v korist dobrovernega pridobitelja izvedena stvarna pravica, lahko dobroverni pridobitelj to pravico uveljavlja tudi proti resničnemu lastniku, čeprav ta v času vknjižbe izvedene stvarne pravice v korist dobrovernega pridobitelja ni bil vknjiženi lastnik. To pomeni, da se njena (resnična) lastninska pravica omeji s tako (dobroverno) pridobljeno izvedeno stvarno pravico.

Prenehanje (izguba) oziroma omejitev izvirno pridobljene, nevpisane lastninske oziroma druge (izvedene) stvarne pravice je za njenega imetnika škodljiva posledica, ki je nastala, ker je opustil dejanja, potrebna za vpis (vknjižbo) te pravice v zemljiško knjigo (primerjaj drugi odstavek 8. člena SPZ) oziroma dosledneje za objavo (publiciteto), da taka pravica obstaja. Pri tem sicer drži, da oseba, ki je izvirno pridobila lastninsko ali drugo stvarno pravico praviloma brez sodelovanja vknjiženega lastnika (tako, da ji ta o tej izvirni pridobitvi izstavi ustrezno posadno listino ali da proti njemu doseže pravnomočno odločitev sodišča o ugotovitvi obstoja te pravice), ne bo mogla doseči vknjižbe lastninske pravice v svojo korist. Vendar lahko (ustrezno) objavo te pridobitve doseže z ustrezno varovalno pravico (zaznambo spora oziroma zaznambo izbrisne tožbe), če ta učinkuje od trenutka, ki je zgodnejši od trenutka, od katerega učinkuje vknjižba pravice v korist dobrovernega pridobitelja. Zato je pri vsakem položaju razloženo, kako (s katero varovalno pravico) lahko resnični lastnik zavaruje svojo resnično lastninsko pravico oziroma izvedeno stvarno pravico.

Vknjiženi lastnik ni hkrati resnični lastnik pri dveh skupinah položajev:

1. V prvo skupino spadajo položaji **zunajknjižne (izvirne) pridobitve lastninske pravice**. Lastninska pravica se pridobi zunajknjižno (neodvisno od vpisa v zemljiško knjigo) pri tistih pravnih temeljih, pri katerih vpis lastninske pravice v korist pridobitelja v zemljiško knjigo ni predpostavka njene pridobitve. To so:
 - 1.1. S **priposestvovanjem** priposestvovalec (dobroverni lastniški posestnik) izvirno pridobi lastninsko pravico na nepremičnini s potekom priposestvovalnega obdobja (drugi odstavek 43. člena SPZ). Po drugem odstavku 44. člena SPZ pravica, pridobljena s priposestvovanjem, ne sme biti na škodo tistemu, ki je v dobri veri in v zaupanju v javne knjige pridobil pravico, še preden je bila s priposestvovanjem pridobljena pravica vpisana v javno knjigo. Iz besedila pravila jasno izhaja, da se z njim operacionalizira (izvaja) načelo zaupanja v zemljiško knjigo. Zato ga lahko (ob upoštevanju načela zaupanja v zemljiško knjigo) razložimo (prevedemo) tako: oseba, ki je pridobila lastninsko pravico na nepremičnini s priposestvovanjem in v zemljiški knjigi ni vknjižena kot lastnik nepremičnine, svoje lastninske pravice ne more uspešno uveljavljati proti dobroverne-

mu pridobitelju, v korist katerega je bila vknjižena lastninska ali druga stvarna pravica na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je izstavila oseba, ki je v zemljiški knjigi vknjižena kot lastnik nepremičnine. Čeprav je pravilo umeščeno v oddelek o pridobitvi lastninske pravice, se nanaša na vse vrste (stvarnih) pravic, ki se lahko pridobijo s priposestvovanjem, torej tudi na stvarno služnost (primerjaj 217. člen SPZ). Tako stališče je splošno uveljavljeno tudi v sodni praksi.¹⁶

Zunajknjižni resnični lastnik, ki je lastninsko pravico pridobil s priposestvovanjem, lahko (resnično) lastninsko pravico proti vknjiženemu lastniku sodno uveljavi tako, da od sodišča s tožbo zahteva, da ugotovi njen obstoj (njeno izvirno, zunajknjižno pridobitev), in hkrati zahteva, da se ta spor zaznamuje v zemljiški knjigi (primerjaj 1. oziroma 3. točko prvega odstavka 79. člena ZZK-1). Zaradi posebnih učinkov zaznambe tega spora bo izvirna pridobitev te pravice učinkovala tudi proti dobrovernemu pridobitelju, v korist katerega bo lastninska pravica vknjižena z učinkom po času, od katerega učinkuje zaznamba spora (primerjaj drugi odstavek 80. člena in tretji odstavek 81. člena ZZK-1).

Primer 1 – Uveljavljanje nevknjižene resnične lastninske pravice, pridobljene s priposestvovanjem

Predpostavke primera so:

1. Ana je vknjižena lastnica nepremičnine.
2. Borut je imel nepremičnino v posesti v dobri veri, da je njen lastnik od 7. 2. 2003. Zato je s potekom desetletnega priposestvovalnega obdobja 8. 2. 2013 pridobil lastninsko pravico (drugi odstavek 43. člena SPZ). Od takrat dalje je Borut resnični lastnik, vknjižena lastnica pa je še vedno Ana.
3. Ana na podlagi prodajne pogodbe, ki jo 15. 3. 2013 sklene s Cenetom, dne 8. 4. 2013 izstavi zemljiškoknjižno dovolilo za vknjižbo lastninske pravice v korist

¹⁶ Na primer:

»Izvenknjižno pridobljena stvarna služnost osebi, ki je ravnala pošteno in se je zanesla na podatke o pravicah, ki so vpisane v zemljiški knjigi, ne more povzročiti škodljivih posledic (10. člen SPZ in 8. člen ZZK-1), vendar pa drugi pogoj (pošteno ravnanje tožnika pri zaupanju v zemljiško knjigo) ni izpolnjen. Izkustveno nesprejemljivo je, da tožnik ne bi bil seznanjen z uporabo poti toženik in z dolgim trajanjem uporabe te poti, na podlagi česar bi lahko zaključil, da je prišlo do priposestvovanja stvarne služnosti. Načelo zaupanja v zemljiško knjigo namreč učinkuje le v korist dobroverne osebe, pri čemer je že tožnik sam navedel dejstva, ki kažejo na to, da ni bil v dobri veri.« (VSM, sodba I Cp 489/2008, 21. 10. 2008).

»Če je sedanji lastnik med pravdo z odplačnim pravnim poslom pridobil služecho nepremičnino v dobri veri, da ta ni obremenjena z v tem postopku vtoževano stvarno služnostjo, je treba tožbeni zahtevek na ugotovitev obstoja služnostne pravice na navedeni nepremičnini zaradi določbe drugega odstavka 44. člena SPZ zavrniti.« (VSL, sodba in sklep II Cp 62/2009, 8. 4. 2009).

- Ceneta. Cene niti ob sklenitvi prodajne pogodbe niti ob prevzemu zemljiškoknjižnega dovolila ne ve, da je Borut resnični lastnik nepremičnine
4. Cene na podlagi Aninega zemljiškoknjižnega 17. 4. 2013 predlaga vknjižbo lastninske pravice v svojo korist. Vpis (vknjižba) lastninske pravice v korist Boruta je dovoljen, zato pridobitev lastninske pravice v korist Boruta učinkuje od 17. 4. 2013.
 5. Različici glede sodne uveljavitve Borutove resnične lastninske pravice:
 - **prva različica:** Borut 20. 12. 2013 vloži tožbo za ugotovitev njegove lastninske pravice proti Cenetu kot (novemu) vknjiženemu lastniku.
 - **druga različica:** Borut 10. 4. 2013 vloži tožbo za ugotovitev lastninske pravice proti Ani in predlaga zaznambo tega spora. Zato zaznamba spora v korist Boruta učinkuje od 10. 4. 2013.

Cene v zaupanju v zemljiško knjigo (torej v dobri veri, da je Ana kot vknjižena lastnica hkrati tudi resnična lastnica) z vknjižbo lastninske pravice v njegovo korist pridobi (resnično) lastninsko pravico, ki učinkuje od 17. 4. 2013.

Po drugem odstavku 44. člena SPZ Borut svoje (zunajknjižno) pridobljene lastninske pravice ne more (več) uveljavljati proti Cenetu kot dobrovernemu pridobitelju. To pravno možnost Borut izgubi 17. 4. 2013, ko začne učinkovati pridobitev lastninske pravice v korist Ceneta. Zato bo pri **prvi različici** Borutov tožbeni zahtevki (ki ga je ta uveljavil šele 20. 12. 2013) zavrnjen. To pomeni, da Cene pri tej različici dokončno (nepogojno) pridobi resnično lastninsko pravico 17. 4. 2013, ko postane vknjiženi lastnik. Hkrati preneha Borutova resnična lastninska pravica na tej nepremičnini.

Pri **drugi različici** je zaradi učinka zgodnejše zaznambe spora pridobitev lastninske pravice v korist Ceneta povezana z razveznim pogojem. Ta razvezni pogoj se uresniči, če Borut uspe v pravdi za ugotovitev njegove lastninske pravice in če na podlagi pravnomočne sodbe, s katero sodišče ugotovi, da je lastnik nepremičnine, predlaga vknjižbo lastninske pravice v svojo korist v vrstnem redu zaznambe spora (prvi odstavek 81. člena ZZK-1). Po stanju zemljiške knjige ob času, od katerega učinkuje zaznamba spora (10. 4. 2013), je bila vknjižena lastnica Ana. Zato bo zemljiškoknjižno sodišče dovolilo vknjižbo lastninske pravice v korist Boruta (prvi in drugi odstavek 81. člena ZZK-1). Zaradi pravne fikcije o začetku učinkovanja vknjižbe lastninske pravice v korist Boruta velja, da Cene ni nikoli postal (niti vknjiženi niti resnični) lastnik.

- 1.2. Na nepremičnini, ki je pridobljena v času trajanja zakonske zveze in je skupno premoženje zakoncev, obstaja skupna lastnina obeh zakoncev. Če je pravni posel, ki je pravni temelj pridobitve lastninske pravice na tej nepremičnini, sklenil samo eden od zakoncev in je na podlagi tega pravnega posla vknjižena lastninska pravica samo v korist tega zakonca, s tako vknjižbo **drugi zakonec izvirno pridobi skupno lastnino** na tej nepremičnini. S skupno lastnino lahko (pravno učinkovito) razpolagata samo oba skupna lastnika oziroma vsi skupni lastniki, če jih je več (primerjaj drugi odstavek 72. člena SPZ). V zvezi s tem tretji odstavek 72. člena SPZ določa: »če eden od skupnih lastnikov samostojno razpola-

ga, se šteje, da tretji ni v dobri veri samo, če je tretji vedel, da je stvar v skupni lastnini in da se razpolaga brez soglasja skupnega lastnika«. Tudi iz besedila tega pravila izhaja, da je namenjeno izvedbi načela varovanja dobrovernega pridobitelja (in s tem načela zaupanja v zemljiško knjigo). Zato ga lahko (ob upoštevanju načela zaupanja v zemljiško knjigo) razložimo (prevedemo) tako: zakonec (ali drug skupni lastnik), ki v zemljiški knjigi ni bil vpisan kot (skupni) lastnik nepremičnine, proti pridobitelju, v korist katerega je bila vknjižena lastninska ali druga stvarna pravica na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je izstavil drug zakonec, ki je v zemljiški knjigi vpisan kot (edini) lastnik, ne more (uspešno) uveljavljati, da odsvojitelj (vknjiženi zakonec) ni bil upravičen samostojno razpolagati z lastninsko pravico na nepremičnini. Tak zahtevek bi nevpisani skupni lastnik lahko uveljavljal samo z izbrisno tožbo (primerjaj 1. točko prvega odstavka v zvezi s 1. točko drugega odstavka 243. člena ZZK-1). Vendar zahtevek za izbris izpodbijane vknjižbe (ki se uveljavlja z izbrisno tožbo) proti dobrovernemu pridobitelju po tretjem odstavku 244. člena ZZK-1 ni dovoljen. Prav tako nevknjiženi skupni lastnik svoje skupne lastnine proti dobrovernemu pridobitelju po času, od katerega učinkuje pridobitev lastninske pravice v korist dobrovernega pridobitelja, ne more več uspešno uveljavljati z ustrežno ugotovitveno tožbo, saj jo izgubi s trenutkom, od katerega učinkuje vknjižba pridobitve lastninske pravice v korist dobrovernega pridobitelja.

Enako kot pri lastninski pravici, pridobljeni s priposestvovanjem, lahko nevknjiženi skupni lastnik zavaruje svojo (resnično) skupno lastninsko pravico s tožbo za ugotovitev te pravice in z zaznambo tega spora v zemljiški knjigi.

- 1.3. Drugih položajev konkurence med izvirno pridobljeno lastninsko pravico, predpostavka katere ni vpis v zemljiško knjigo, in lastninsko ali drugo stvarno pravico, ki jo je dobroverna oseba pridobila (z vknjižbo v zemljiški knjigi) na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki jo je v njeno korist izstavil vknjiženi lastnik, SPZ izrecno ne ureja. Preostali način izvirne pridobitve, predpostavka katere ni vpis v zemljiško knjigo (poleg priposestvovanja ali pridobitve skupne lastnine po pravilih o skupnem premoženju zakoncev), je pridobitev na podlagi **oblikovalne odločbe** (primerjaj 42. člen SPZ). Tudi pri tem položaju uporaba pravil ZZK-1 o odločanju o vpisih v zemljiško knjigo in ureditev izbrisne tožbe privede do enakega izida. Če je dobroverna oseba (z vknjižbo v zemljiški knjigi) na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je v njeno korist izstavil vknjiženi lastnik, pridobila lastninsko pravico z učinkom pred trenutkom začetka zemljiškoknjižnega postopka za vpis lastninske pravice na podlagi te

oblikovalne odločbe, vpis lastninske pravice v korist izvirnega lastnika ni dovoljen, ker ta odločba ne učinkuje proti pridobitelju, ki ni bil stranka postopka, v katerem je bila izdana (primerjaj drugo alinejo prvega odstavka 150. člena ZZK-1). Smiselno enako velja za zunajknjižno pridobitev izvedene stvarne pravice na podlagi oblikovalne odločbe. Oseba, ki je na podlagi oblikovalne odločbe (izvirno) pridobila lastninsko pravico, tudi z izbrisno tožbo ne more doseči izbrisa vknjižbe lastninske ali druge stvarne pravice, saj tak zahtevek proti dobrovernemu pridobitelju po tretjem odstavku 244. člena ZZK-1 ni dovoljen.

2. V drugo skupino spadajo položaji, ki nastanejo če je bila lastninska pravica v korist odsvojitelja (vknjiženega lastnika) vknjižena, **ne da bi obstajalo veljavno zemljiškoknjižno dovolilo, ki je predpostavka za njeno pridobitev** (drugi odstavek 243. člena ZZK-1). Pri tem položaju prejšnji vknjiženi lastnik bodisi ostane resnični lastnik (ničnost zavezovalnega pravnega posla ali navidezen zavezovalni pravni posel) bodisi znova postane resnični lastnik (izpodbitje ali razveza zavezovalnega ali razpolagalnega pravnega posla).¹⁷

Pri teh položajih lahko prejšnji vknjiženi lastnik (odsvojitelj) proti vknjiženemu lastniku zavaruje svojo lastninsko pravico tako, da z izbrisno tožbo uveljavi zahtevek za izbris osebe (prvega pridobitelja), v korist katere je bila lastninska pravica vknjižena na podlagi neveljavnega zemljiškoknjižnega dovolila (1. točka prvega odstavka 243. člena ZZK-1). Če je vzrok neveljavnosti zemljiškoknjižnega dovolila izpodbojnost zavezovalnega pravnega posla, mora hkrati uveljaviti zahtevek za razveljavitev tega pravnega posla (2. točka tretjega odstavka 243. člena ZZK-1). Da bi svojo resnično lastninsko pravico zavaroval proti nadaljnjim (dobrovnim) pridobiteljem, mora na podlagi izbrisne tožbe zahtevati vpis zaznambe te tožbe (245. člen ZZK-1). Proti nadaljnjemu dobrovernemu pridobitelju namreč lahko (uspešno) uveljavi zahteve iz izbrisne tožbe samo, če je zaznamba izbrisne tožbe začela učinkovati pred časom, do katerega učinkuje vpis (vknjižba) lastninske pravice v korist nadaljnjega dobrovernega pridobitelja.

7.3. Dobrovernost pridobitelja kot (dodatna) predpostavka poslovne pridobitve stvarne pravice od nelastnika na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo

Načelo zaupanja v zemljiško knjigo pomeni, da se vsak lahko zanese na podatke o stvarnopravnem položaju nepremičnine (stvarnih pravicah glede nepremičnine), ki so vpisani v zemljiški knjigi, in da mu ni treba (ni dolžan)

¹⁷ Ti položaji so podrobneje razčlenjeni v 8. razdelku.

raziskovati ali drugače preverjati, ali je stvarnopravni položaj nepremičnine v resnici tak, kot izhaja iz podatkov zemljiške knjige. Ker mu tega ni treba (ni dolžan) preverjati, ni mogoče (pravno utemeljeno) sklepati, da je pridobitelj ravnal neskrbno (nepošteno), ker ni poskušal še na drug način (in ne samo s preveritvijo stanja zemljiške knjige) preveriti, ali morda glede nepremičnine obstaja nevknjižena (resnična) stvarna pravica.

Zato je pridobitelj dobroveren, če ne ve, da vknjiženi lastnik (odsvojitelj, ki je izstavil zemljiškoknjižno dovolilo, na podlagi katerega je pridobitelj dosegel vknjižbo lastninske ali druge stvarne pravice v svojo korist) v resnici ni (materialnopravno) upravičen samostojno razpolagati z lastninsko pravico na nepremičnini. Ker se po 9. členu SPZ dobra vera domneva, mora tisti, ki (z ugotovitveno ali izbrisno tožbo) izpodbija lastninsko ali drugo (izvedeno) stvarno pravico, pridobljeno (vknjiženo) na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila osebe, ki je bila v času učinkovanja te vknjižbe vpisana (vknjižena) kot lastnik nepremičnine, (nedvoumno) dokazati, da je pridobitelj vedel za njegovo nevknjiženo (resnično) pravico.

V zvezi s presojo dobrovernosti pridobitelja je treba odgovoriti še na vprašanje, kdaj (v katerem najpoznejšem časovnem trenutku) mora biti pridobitelj dobroveren, da bi ga varovala pravila, izvedena iz načela zaupanja v zemljiško knjigo. Nedvoumno je pridobitelj varovan, če tudi ob vložitvi zemljiškoknjižnega predloga za vknjižbo lastninske ali druge (izvedene) stvarne pravice v svojo korist ne ve za nevknjiženo (resnično) pravico. Vendar to še ne pomeni, da pridobitelj ni varovan, če za nevknjiženo (resnično) pravico izve v času po izročitvi in prevzemu zemljiškoknjižnega dovolila (sklenitvi razpolagalnega pravnega posla) in pred vložitvijo zemljiškoknjižnega predloga. Izhodišča za to presojo so:

- Načelo zaupanja v zemljiško knjigo in iz njega izvedena pravila varujejo pridobitelje v (poslovnem) prometu z nepremičninami (stvarnimi pravicami glede nepremičnin). Najpomembnejše poslovno tveganje v tem prometu je tveganje neizpolnitve, ki se uresniči, če pogodbeni stranka (pridobitelj) v celoti izpolni svojo pogodbeno obveznost (na primer plača celotno kupnino), druga pogodbeni stranka pa svoje nasprotne izpolnitve ne opravi (na primer ne opravi vseh pravnih dejanj, potrebnih, da bi kupec pridobil lastninsko pravico na nepremičnini).
- Najpomembnejši pravni instrument, ki varuje pred tveganjem neizpolnitve, je pravilo sočasnosti izpolnitve obveznosti iz dvostranske (odplačne) pogodbe (primerjaj prvi odstavek 101. člena Obligacijskega zakonika (OZ)). Zato se kupec pri pogodbi o prodaji nepremičnin navadno (v večini primerov) proti temu tveganju zavaruje s pogodbenim pravilom, po katerem je kupnino dolžan plačati hkrati s tem, ko mu prodajalec izroči notarsko over-

jeno zemljiškoknjižno dovolilo (ali tako dovolilo v njegovo korist deponira pri notarju).

- Z izročitvijo notarsko overjenega zemljiškoknjižnega dovolila (sklenitvijo razpolagalnega pravnega posla) v (relativnem) razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem lastninska pravica preide na pridobitelja.

Pri tem lahko nastane položaj, da kupec (pridobitelj) potem, ko je v dobri veri plačal kupnino (v zaupanju, da je njegov sopogodbenuk, ki je vknjižen kot lastnik nepremičnine, upravičen z njo samostojno razpolagati), ker mu je sopogodbenuk izročil notarsko overjeno zemljiškoknjižno dovolilo, izve za nevknjiženo (resnično) pravico. Če pri tem položaju kupcu (pridobitelju) ne priznamo pravnega varstva tako pridobljene lastninske pravice, načelo zaupanja v zemljiško knjigo (in iz njega izvedena pravila) izgubi pomen, saj dobrovega (poštenega) pridobitelja ne zavaruje pred najpogostejšim tveganjem v pravnem (poslovnem) prometu z nepremičninami. Zato lahko sklenemo, da pri poslovni pridobitvi zadošča, da je pridobitelj v dobri veri (da ne ve za nevknjiženo pravico) takrat, ko mu odsvojitelj (kot vknjiženi lastnik nepremičnine) izroči ustrezno zemljiškoknjižno dovolilo (torej ko pridobitelj v relativnem razmerju do odsvojitelja pridobi lastninsko oziroma drugo stvarno pravico na nepremičnini in s tem postane pričakovani lastnik).

8. OBSEG, V KATEREM PRAVILA SPZ IN ZZK-1 VARUJEJO PRIČAKOVANEGA LASTNIKA (PRIČAKOVANO LASTNINSKO PRAVICO)

8.1. Uveljavitev pričakovane lastninske pravice v razmerju do odsvojitelja (vknjiženega lastnika)

Pričakovani lastnik lahko uveljavi pričakovano lastninsko pravico proti vknjiženemu lastniku, ki mu je izstavil dovolilo (odsvojitelju), tako, da vloži zemljiškoknjižni predlog.

Pri presoji obsega pravnega varstva, ki ga lahko doseže pričakovani lastnik, je treba ustrezno upoštevati tudi varovalne pravice, ki varujejo vrstni red (čas učinkovanja) poznejših vpisov. Mednje spadajo:

- predznamovana lastninska pravica (drugi odstavek 54. člena ZZK-1),
- zaznamba vrstnega reda za pridobitev lastninske pravice (četrti in peti odstavek 74. člena ZZK-1),
- zaznamba spora o pridobitvi lastninske pravice (drugi in tretji odstavek 81. člena ZZK-1),

- zaznamba izrednega pravnega sredstva glede vknjižbe prenosa lastninske pravice (drugi in tretji odstavek 105. člena ZZK-1) in
- zaznamba izbrisne tožbe glede vknjižbe prenosa lastninske pravice (drugi odstavek 245. člena v zvezi s tretjim odstavkom 81. člena ZZK-1 in tretji odstavek 245. člena ZZK-1).

Pričakovani lastnik bo na podlagi (veljavnega) zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je v njegovo korist izstavila oseba, v korist katere je vknjižena lastninska pravica (vknjiženi lastnik), dosegel pridobitev (resnične in vknjižene) lastninske pravice samo, če so izpolnjene te predpostavke:

1. Odsvojitelj je vknjiženi lastnik (147. člen ZZK-1 in 3. točka prvega odstavka 148. člena v zvezi s prvim odstavkom 150. člena ZZK-1) po stanju zemljiške knjige:
 - ob času vložitve zemljiškoknjižnega predloga oziroma
 - ob zgodnejšem času, od katerega učinkuje varovalna pravica v korist pridobitelja (predznamenovana lastninska pravica ali zaznamba vrstnega reda za pridobitev lastninske pravice), če se s predlogom zahteva vpis v vrstnem redu (času učinkovanja) te pravice.
2. Po tem stanju ni zgodnejše varovalne pravice, ki varuje vrstni red (čas učinkovanja) pridobitve (vknjižbe) lastninske pravice v korist druge osebe.
3. Če odsvojitelj ni resnični lastnik, mora biti izpolnjena še dodatna predpostavka: pridobitelj je v dobri veri (ker zaupa stanju zemljiške knjige), da je njegov odsvojitelj (vknjiženi lastnik) tudi resnični lastnik.

Pomen teh pravil je v nadaljevanju prikazan na treh skupinah položajev: vzporednem razpolaganju, zaporednem razpolaganju in razpolaganju na kratko. Posamezni položaji teh skupin nazorno kažejo (utemeljujejo sklep), da je za presojo učinkov zemljiškoknjižnega dovolila pomembno samo stanje vpisov v zemljiški knjigi ob času, od katerega učinkuje pridobitev (vknjižba prenosa) lastninske pravice v korist pridobitelja. Pri presoji konkretnega položaja moramo upoštevati tudi, da ta lahko (hkrati) vključuje značilnosti dveh skupin položajev. Tako je na primer pravno mogoče, da nastane položaj, ki je kombinacija vzporednega razpolaganja in razpolaganja na kratko.

8.2. Položaji vzporednega razpolaganja

Položaj vzporednega razpolaganja je položaj, pri katerem je vknjiženi lastnik (ki je hkrati resnični lastnik) dvakrat (ali večkrat) razpolagal z lastninsko pravico v korist različnih oseb.

Skupne predpostavke primerov 2, 3 in 4:

Ana (vknjižena in resnična lastnica) sklene dve prodajni pogodbi glede iste nepremičnine, prvo z Borutom in drugo s Cenetom. Vsakemu od kupcev tudi izstavi zemljiškoknjižno dovolilo, in sicer Cenetu dne 3. 4. 2014 in Borutu dne 4. 4. 2014.

Za presojo položaja vzporednih pridobiteljev ni pomembno, v korist katerega od njih je odsvojitelj (vknjiženi in resnični lastnik) najprej izstavil zemljiškoknjižno dovolilo, saj odsvojitelj ostane resnični lastnik, dokler nekdo od pričakovanih pridobiteljev ne doseže vknjižbe lastninske pravice v svojo korist. Vsi pridobitelji imajo prirejen položaj pričakovanega lastnika. Nobeden od njih ni resnični lastnik, ker samo z izročitvijo (in prevzemom) zemljiškoknjižnega dovolila še nihče ni pridobil lastninske pravice (v polnem obsegu, s polnim razpolagalnim upravičenjem). Zato ni pomembno, ali vedo drug za drugega in kdaj je nekdo od njih zvedel za konkurenčnega pričakovanega pridobitelja. Resnični lastnik je namreč še vedno odsvojitelj.

Kakšen (polni) učinek bo povzročilo zemljiškoknjižno dovolilo, lahko presodimo šele, ko je na njegovi podlagi vložen predlog za vknjižbo, saj je za presojo odločilno stanje zemljiške knjige ob času vložitve predloga (primerjaj 147. člen ZZK-1) oziroma ob času zgodnejšega vpisa, če posamezen pridobitelj vpis predlaga v vrstnem redu tega, zgodnejšega vpisa (na primer, če predlaga vknjižbo v zaznamovanem vrstnem redu – primerjaj tretji odstavek 74. člena ZZK-1). To nazorno prikazujeta primera 2 in 3.

Primer 2 – Obe vzporedni razpolaganji sta veljavni – ni zaznambe vrstnega reda

Predpostavke primera:

1. Obe prodajni pogodbi, ki ju je sklenila Ana, sta veljavni. Zato sta veljavni tudi obe zemljiškoknjižni dovolili.
2. Ana ni razpolagala z vrstnim redom pridobitve lastninske pravice (ni dosegla zaznambe vrstnega reda za pridobitev lastninske pravice).

Pri takem položaju bo resnični lastnik postal tisti pričakovani lastnik (Borut oziroma Cene), ki bo prvi vložil zemljiškoknjižni predlog.

Borut vloži zemljiškoknjižni predlog 5. 4. 2014, Cene pa 6. 4. 2014. Po stanju na dan 5. 4. 2014 je Ana vknjižena lastnica, zato proti njej učinkuje zemljiškoknjižno dovolilo in je vknjižba pridobitve (prenosa) lastninske pravice v korist Boruta dovoljena (3. točka prvega odstavka 146. člena v zvezi s prvim odstavkom 150. člena ZZK-1). Pridobitev lastninske pravice v korist Boruta učinkuje od 5. 4. 2014 (5. člen ZZK-1).

Po stanju na dan 6. 4. 2014 je vknjiženi lastnik Borut. Proti njemu ne učinkuje zemljiškoknjižno dovolilo, ki ga je izstavila Ana v korist Ceneta. Zato vpis na podlagi tega dovolila ni dovoljen.

To pomeni, da hkrati s tem (na dan 5. 4. 2014), ko Borut pridobi vknjiženo in resnično lastninsko pravico, Cene izgubi svojo pričakovano lastninsko pravico.

Primer 3 – Obe razpolaganji sta veljavni – obstaja zaznambe vrstnega reda

Predpostavke primera:

1. Obe prodajni pogodbi, ki ju je sklenila Ana, sta veljavni. Zato sta veljavni tudi obe zemljiškoknjižni dovolili.
2. Ana je razpolagala z vrstnim redom pridobitve lastninske pravice. Zaznamba vrstnega reda za pridobitev lastninske pravice je začela učinkovati 1. 4. 2014. Ana je pravico razpolaganja z vrstnim redom prenesla v korist Ceneta (2. točka drugega odstavka 70. člena ZZK-1).

Borut vloži zemljiškoknjižni predlog 5. 4. 2014, Cene pa 6. 4. 2014 predlaga vknjižbo lastninske pravice v zaznamovanem vrstnem redu. Po stanju na dan 5. 4. 2014 je Ana vknjižena lastnica, zato proti njej učinkuje zemljiškoknjižno dovolilo in je vknjižba pridobitve (prenosa) lastninske pravice v korist Boruta dovoljena (3. točka prvega odstavka 146. člena v zvezi s prvim odstavkom 150. člena ZZK-1). Pridobitev lastninske pravice v korist Boruta učinkuje od 5. 4. 2014 (5. člen ZZK-1). Zaradi zaznambe vrstnega reda je pridobitev (vknjižene in resnične) lastninske pravice v korist Boruta povezana z razveznim pogojem uveljavitve pravne možnosti doseči pridobitev lastninske pravice v zaznamovanem vrstnem redu. Zato Borutova lastninska pravica (še) nima polnih učinkov nepogojne resnične lastninske pravice.

S tem, ko je Ana razpolagala z zaznambo vrstnega reda v korist Ceneta, je ta pridobil pravno možnost doseči pridobitev (resnične) lastninske pravice z učinkom od 1. 4. 2014. Po stanju na dan 1. 4. 2014 je vknjižena lastnica (še vedno) Ana, čeprav je ob odločanju o Cenetovem predlogu kot lastnik vknjižen Borut. Zato je vknjižba pridobitve (prenosa) lastninske pravice v korist Ceneta dovoljena (tretji odstavek 74. člena ZZK-1).

To pomeni, da je Cene pridobil vknjiženo in resnično (polno) lastninsko pravico 1. 4. 2014. Zaradi pravne fikcije o časovnem trenutku pridobitve pravic, ki jo določajo pravila ZZK-1 o začetku učinkovanja vpisov, velja, da Borut nikoli ni postal vknjiženi in resnični lastnik, in da je 1. 4. 2014 izgubil tudi položaj pričakovanega lastnika, čeprav ga na ta dan v resnici še ni imel, saj mu je bilo zemljiškoknjižno dovolilo izročeno šele 4. 4. 2014.

Primera pokažeta, da pričakovani lastnik obdrži (ima) pričakovano lastninsko pravico, do časovnega trenutka, do katerega je njegov pravni prednik vknjiženi lastnik.

Konkurence med več pričakovanimi lastniki (oziroma dosledneje več pričakovanimi lastninskimi pravicami) pri vzporednem razpolaganju ni, če je eno od razpolaganj (zemljiškoknjižnih dovolil) neveljavno. Na podlagi neveljavnega zemljiškoknjižnega dovolila namreč pridobitelj (oseba, v korist katere je postavljeno tako dovolilo) ne pridobi pričakovane lastninske pravice, zato ga ne varuje načelo zaupanja v zemljiško knjigo. Ta položaj prikazuje primer 4.

Primer 4 – Neveljavno vzporedno razpolaganje

Predpostavke primera:

1. Prodajna pogodba, ki jo je Ana sklenila z Borutom, je veljavna. Zato je veljavno tudi zemljiškoknjižno dovolilo, ki ga je 4. 4. 2014 Ana izstavila v korist Boruta zaradi izpolnitve svoje pogodbene obveznosti.
2. Ana in Cene sta sklenila prodajno pogodbo s (skupnim) nedovoljenim (nepoštenim) poslovnim namenom ogoljufati Boruta (preprečiti, da bi postal lastnik, čeprav je plačal kupnino). Zato je ta njun skupni namen del nedovoljene poslovne podlage in je pogodba nična (četrti odstavek 39. člena OZ). Zaradi kavzalnosti je neveljavno tudi zemljiškoknjižno dovolilo, ki ga je dne 3. 4. 2014 Ana izstavila v korist Ceneta zaradi izpolnitve svoje pogodbene obveznosti.

Če Borut vloži zemljiškoknjižni predlog prej kot Cene, je morebitna neveljavnost razpolaganja v korist Ceneta nepomembna (glej primer 2). Zato je primer 4 izdelan ob predpostavki, da Cene prvi vloži zemljiškoknjižni predlog.

Cene vloži zemljiškoknjižni predlog dne 5. 4. 2014. Nedovoljeni namen, ki je razlog ničnosti prodajne pogodbe in s tem tudi razlog neveljavnosti zemljiškoknjižnega dovolila, ni razviden iz zapisa (besedila) zemljiškoknjižnega dovolila. Zaradi omejenega preizkusa materialnopravnih predpostavk za pridobitev lastninske pravice, ki ga je pristojno opraviti zemljiškoknjižno sodišče ob odločanju o dovoljenosti vpisa (primerjaj peti odstavek 149. člena ZZK-1), je vpis (vknjižba) lastninske pravice v korist Ceneta dovoljen. Cene z vknjižbo lastninske pravice v njegovo korist postane vknjiženi lastnik, resnična lastnica pa ostane Ana. Ker Cene z vknjižbo lastninske pravice v njegovo korist ne postane resnični lastnik, Borut s tem ne izgubi svoje pričakovane lastninske pravice.

Če Borut vloži zemljiškoknjižni predlog 6. 4. 2014, je po stanju na ta dan vknjiženi lastnik (že) Cene. Zato bo Borutov predlog zavržen.

Borut lahko učinkovito doseže pravno varstvo svoje pričakovane lastninske pravice (proti Ani kot resnični lastnici in proti Cenetu kot nedobrovernemu vknjiženemu lastniku), ki je bila kršena z materialnopravno nepravilno vknjižbo lastninske pravice v korist Ceneta, samo z izbrisno tožbo (primerjaj 1. točko drugega odstavka in tretji odstavek 243. člena ZZK-1). Hkrati mora predlagati zaznambo izbrisne tožbe v zemljiški knjigi, ki ga varuje pred tveganjem, da bi na podlagi Cenetovega nadaljnega razpolaganja (vknjiženo in resnično) lastninsko pravico pridobila dobroverna tretja oseba (primerjaj tretji odstavek 244. člena ZZK-1 – glej primer 6 v naslednjem razdelku).

Na podlagi pravnomočne sodbe, s katero bo pravdno sodišče ugodilo Borutovemu zahtevku za izbris lastninske pravice, vknjižene v korist Ceneta, in (v zvezi z dovolilom, ki ga je v korist Boruta že izstavila Ana) odločilo, da se lastninska pravica vknjiži v korist Boruta, bo lahko Borut predlagal vknjižbo lastninske pravice v svojo korist v vrstnem redu (s časom pridobitve), ki ga varuje zaznamba izbrisne tožbe (drugi odstavek 245. člena v zvezi z drugim odstavkom 81. člena ZZK-1).

8.3. Položaji zaporednega razpolaganja

Pri uporabi izraza zaporedno razpolaganje (prenos) moramo biti pozorni, da se ta izraz v (sodni) praksi uporablja v dveh pomenih. Zato moramo razlikovati dve skupini položajev zaporednega razpolaganja:

1. V prvo skupino spadajo položaji, za katere se uporablja drugi odstavek 150. člena ZZK-1. Po drugem odstavku 150. člena ZZK-1 lahko pri večkratnih zaporednih prenosih pravice, ki niso vpisani v zemljiško knjigo, zadnji pridobitelj pravice zahteva vknjižbo oziroma prednambo pravice v svojo korist, če zemljiškoknjižnemu predlogu za vsak prenos priloži listino, ki bi bila podlaga za vknjižbo pravice v korist njegovega pravnega prednika. Za to skupino položajev je značilno, da zadnji pridobitelj (pričakovani lastnik) pridobi lastninsko pravico na podlagi verige zaporednih zemljiškoknjižnih dovolil pričakovanih lastnikov. Za te položaje uporabljamo izraz **zaporedno razpolaganje v ožjem pomenu**. Pri položaju zaporednega razpolaganja v ožjem pomenu so vsa zemljiškoknjižna dovolila, ki so podlaga zaporednih prenosov, priložena istemu predlogu. Najmanjša časovna enota, z natančnostjo katere se v informacijskem sistemu e-ZK zapisujejo vpisi v zemljiški knjigi, je sekunda. Zato začnejo vsa zemljiškoknjižna dovolila učinkovati hkrati, v tem pomenu, da začnejo učinkovati v (isti) sekundi, od katere bo učinkovala vknjižba (oziroma prednamba) lastninske pravice v korist zadnjega pridobitelja, ki se predlaga z zemljiškoknjižnim predlogom. Iz drugega odstavka 150. člena ZZK-1 izhaja pravna fikcija, da v časovnem zaporedju, ki ga merimo s krajšimi časovnimi trenutki (na primer s stotinkami sekunde)¹⁸ znotraj sekunde, vsak vmesni pridobitelj najprej pridobi vknjiženo lastninsko pravico, ki jo nato izgubi zaradi prenosa na naslednjega vmesnega pridobitelja (čeprav se vmesni prenosi ne vpišejo v zemljiško knjigo):
 - Ob prvi stotinki sekunde prvi vmesni pridobitelj na podlagi prvega zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je izstavil vknjiženi lastnik (kot prvi odsvojitelj), pridobi vknjiženo lastninsko pravico in preneha vknjižena lastninska pravica dosedanjega vknjiženega lastnika.
 - Ob drugi stotinki sekunde drugi vmesni pridobitelj na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je izstavil prvi vmesni pridobitelj (ki je ob

¹⁸ Za poljubno majhen časovni trenutek, v katerem presojamo zaporedje pravnih posledic, ki nastanejo hkrati, če jih merimo s sekundo, se v praksi uporablja tudi izraz »juridična sekunda«. S tem izrazom se želi povedati, da znotraj časovnega preseka, ki ga merimo s časovno sekundo, zaporedno nastane več pravnih posledic. Zato je dosledneje časovno sekundo razdeliti na krajše časovne enote. Najmanjša časovna enota, v kateri lahko po uveljavljenih spoznanjih kvantne fizike obstaja čas, je Planckova sekunda, ki meri 10^{-34} sekunde (deset na negativno potenco 34).

- tej stotinki že vknjiženi lastnik) pridobi vknjiženo lastninsko pravico in preneha vknjižena lastninska pravica prvega vmesnega pridobitelja.
- Po enakem zaporedju ob nadaljnjih stotinkah sekunde pridobivajo in »izgubljajo« vknjiženo lastninsko pravico nadaljnji vmesni pridobitelji.
 - Ob zadnji stotinki sekunde zadnji pridobitelj na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je izstavil predzadnji vmesni pridobitelj (ki je ob tej stotinki že vknjiženi lastnik) pridobi vknjiženo lastninsko pravico in preneha vknjižena lastninska pravica predzadnjega vmesnega pridobitelja.
2. O položaju **zaporednega razpolaganja v širšem pomenu** govorimo, kadar vknjiženi ali pričakovani lastnik razpolaga z lastninsko pravico, ki jo je pridobil na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, izstavljenega na podlagi neveljavnega (ničnega ali izpodbojnega) zavezovalnega pravnega posla. Pri položajih, ki spadajo v to skupino zaporednih razpolaganj, moramo razlikovati dva osnovna (pod)položaja.
- 2.1. Prvi položaj nastane, kadar je *prvi zavezovalni pravni posel ničen*. Zanj je značilno, da **vknjiženi lastnik** (prvi pridobitelj) **nikoli ne postane resnični lastnik**, ker je zemljiškoknjižno dovolilo, izstavljeno v njegovo korist na podlagi ničnega zavezovalnega pravnega posla, neveljavno že ob njegovi izstavitvi. Zato nadaljnji, pošteni pridobitelj, v korist katerega vknjiženi lastnik izstavi zemljiškoknjižno dovolilo (drugo razpolaganje), (pravnoposlovno) pridobi lastninsko pravico od nelastnika (vknjiženega lastnika, ki ni resnični lastnik) na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo. Ta položaj ima enake značilnosti kot položaj, pri katerem *vknjiženi lastnik ob drugem razpolaganju ni resnični lastnik, ker je lastninsko pravico zunajknjižno pridobila druga oseba* (nevknjiženi, resnični lastnik).
- 2.2. Drugi položaj nastane, kadar je *prvi zavezovalni pravni posel izpodbojen*. Zanj je značilno, da **vknjiženi lastnik** (prvi pridobitelj) **postane resnični lastnik**, ker je zemljiškoknjižno dovolilo, izstavljeno v njegovo korist na podlagi izpodbojnega zavezovalnega pravnega posla, veljavno, dokler ni zavezovalni pravni posel uspešno izpodbit (torej do pravnomočnosti sodbe o njegovi razveljavitvi). Zato nadaljnji pridobitelj, v korist katerega vknjiženi lastnik izstavi zemljiškoknjižno dovolilo (drugo razpolaganje), pravnoposlovno pridobi lastninsko pravico od lastnika (vknjiženega lastnika, ki je hkrati resnični lastnik). Ta položaj ima enake značilnosti kot položaj, pri katerem je *razpolagalni pravni posel izpodbojen zaradi kršitve predkupne pravice*, ali položaj, pri katerem *zemljiškoknjižno dovolilo postane neveljavno zaradi poznejše razveze zavezovalnega pravnega posla*.
- Pri položajih zaporednega razpolaganja je enako kot pri položajih vzporednega razpolaganja, odgovor na vprašanje, kakšen učinek ima zemljiškoknjižno

dovolilo, izstavljeno pri drugem (nadaljnjem) razpolaganju, odvisen od stanja vpisov v zemljiški knjig ob vložitvi predloga za vknjižbo na podlagi tega dovolila oziroma ob času zgodnejšega vpisa (ki učinkuje v korist drugega, nadaljnjega pridobitelja), če pridobitelj predlaga vpis v vrstnem redu tega zgodnejšega vpisa (na primer, če predlaga vknjižbo v vrstnem redu predznamovane lastninske pravice – primerjaj drugi odstavek 55. člena ZZK-1).

Upoštevati moramo tudi, da lahko položaja zaporednega razpolaganja v ožjem in širšem pomenu obstajata hkrati. Če je pri zaporednem razpolaganju prvi odsvojitelj (vknjiženi lastnik) tudi resnični lastnik in če so vsa zaporedna zemljiškoknjižna dovolila veljavna, vsak vmesni pridobitelj in zadnji pridobitelj hkrati s tem, ko pridobi vknjiženo lastninsko pravico, pridobi tudi resnično lastninsko pravico. Če pa vknjiženi lastnik ni resnični lastnik ali če je katerokoli zaporedno zemljiškoknjižno dovolilo neveljavno (oziroma dosledneje, če je ničen ali izpodbojen katerikoli od zavezovalnih pravnih poslov, na podlagi katerega je bilo izstavljeno zaporedno zemljiškoknjižno dovolilo, hkrati obstaja položaj, ki ga obravnavamo kot zaporedno razpolaganje v širšem pomenu.

Skupne predpostavke primerov 5, 6 in 7:

1. Ana (resnična in vknjižena lastnica) 29. 3. 2014 sklene prodajno pogodbo s Cenetom.
2. Zaradi izpolnitve obveznosti, ki je nastala s sklenitvijo pogodbe iz 1. točke, Ana 3. 4. 2014 izstavi zemljiškoknjižno dovolilo v korist Ceneta.
3. Cene 2. 7. 2014 sklene prodajno pogodbo z Majo. Ta pogodba je veljavna.
4. Zaradi izpolnitve obveznosti, ki je nastala s sklenitvijo pogodbe iz 3. točke, Cene 5. 7. 2014 izstavi zemljiškoknjižno dovolilo v korist Maje. Ker je pogodba iz 3. točke veljavna, je veljavno tudi zemljiškoknjižno dovolilo.
5. Različici glede zaporednega razpolaganja v ožjem pomenu:
 - **različica A:** Cene 5. 4. 2014 na podlagi Aninega dovolila iz 2. točke vloži predlog za vknjižbo lastninske pravice v svojo korist.
 - **različica B:** Cene ne vloži predloga za vknjižbo lastninske pravice v svojo korist, temveč Anino dovolilo iz 2. točke izroči Maji hkrati z izročitvijo svojega dovolila iz 4. točke.
6. Različice glede časa pridobitve lastninske pravice v korist Maje:
 - **prva različica:** Ob predpostavki *različice A* iz 5. točke Maja 17. 7. 2014 na podlagi Cenetovega dovolila iz 4. točke vloži predlog za vknjižbo lastninske pravice v vrstnem redu vložitve predloga.
 - **druga različica:** Ob predpostavki *različice A* iz 5. točke Maja 2. 7. 2014 na podlagi prodajne pogodbe iz 3. točke vloži predlog za predznambo lastninske pravice in je ta predznama dovoljena. Nato 17. 7. 2014 na podlagi Cenetovega dovolila iz 3. točke vloži predlog za vknjižbo lastninske pravice v vrstnem redu predznamovane lastninske pravice.

- **tretja različica:** Ob predpostavki *različice B* iz 5. točke Maja 17. 7. 2014 na podlagi Aninega dovolila iz 2. točke in Cenetovega dovolila iz 4. točke vloži predlog za vknjižbo lastninske pravice v vrstnem redu vložitve predloga.
- **četrta različica:** Ob predpostavki *različice B* iz 5. točke Maja 2. 7. 2014 na podlagi Aninega dovolila iz 2. točke in prodajne pogodbe iz 3. točke vloži predlog za predznambo lastninske pravice in je ta predzamba dovoljena. Nato 17. 7. 2014 na podlagi Cenetovega dovolila iz 3. točke vloži predlog za vknjižbo lastninske pravice v vrstnem redu predznamovane lastninske pravice.

Primer 5 – Zaporedno razpolaganje v ožjem pomenu

Dodatne predpostavke primera:

7. Prodajna pogodba iz 1. točke, ki sta jo sklenila Ana in Cene, je veljavna.
8. Primer je izdelan ob predpostavki *različice B* iz 5. točke, saj samo ta različica pomeni zaporedno razpolaganje v ožjem pomenu iz drugega odstavka 150. člena ZZK-1. Zato sta razčlenjeni samo tretja in četrta različica.

Pri **tretji različici** z dovolitvijo vknjižbe lastninske pravice v korist Maje na podlagi predloga za vknjižbo lastninske pravice, ki ga je Maja vložila 17. 7. 2014, nastanejo te pravne posledice:

- Zaradi pravne fikcije iz drugega odstavka 150. člena ZZK-1 velja, da je Anino dovolilo v korist Ceneta začelo učinkovati 17. 7. 2014 ter da je Cene tega dne pridobil vknjiženo in resnično lastninsko pravico.
- Hkrati (torej 17. 7. 2014) je začelo učinkovati Cenetovo dovolilo v korist Maje. Zato je v istem trenutku Cenetova vknjižena lastninska pravica prešla na Majo, ki je s tem pridobila vknjiženo in resnično lastninsko pravico.

Pri **četrty različici** nastanejo te pravne posledice:

- Z dovolitvijo predzambe lastninske pravice v korist Maje na podlagi predloga za predzambo lastninske pravice, ki ga je Maja vložila 2. 7. 2014, zaradi pravne fikcije iz drugega odstavka 150. člena ZZK-1 velja, da je Anino dovolilo v korist Ceneta začelo učinkovati 2. 7. 2014 ter da je Cene tega dne pridobil vknjiženo in resnično lastninsko pravico.
- Z dovolitvijo vknjižbe lastninske pravice v korist Maje na podlagi predloga za vknjižbo lastninske pravice v vrstnem redu predznamovane pravice, ki ga je Maja vložila 17. 7. 2014, velja, da je Cenetova vknjižena lastninska pravica prešla na Majo ob času, od katerega učinkuje predznamovana lastninska pravica. Zato velja, da je pridobitev lastninske pravice v korist Maje začela učinkovati 2. 7. 2014 (drugi odstavek 55. člena ZZK-1) in da je Maja s tem dnem postala vknjižena (in resnična) lastnica.

Skupne predpostavke primerov 6 in 7: Zaporedno razpolaganje v širšem pomenu

Primer 6 in 7 sta prikazana ob predpostavki *različice A* iz 5. točke: Cene 5. 4. 2014 na podlagi Aninega dovolila iz 2. točke vloži predlog za vknjižbo lastninske pravice v svojo korist. Zato začne ob tej predpostavki vknjižba lastninske pravice v korist Ceneta učinkovati 5. 4. 2014. Pridobitev (vknjižene) lastninske pravice v korist Maje pa začne učinkovati:

- pri **prvi različitvi**: ob času vložitve predloga za vknjižbo lastninske pravice v njeno korist, torej 17. 7. 2014 (5. člen ZZK-1).
- pri **drugi različitvi**: ob času, od katerega učinkuje predznamenovana lastninska pravica v korist Maje, torej 2. 7. 2014 (drugi odstavek 55. člena ZZK-1).

Do enakega izida bi privedla tudi ob predpostavki *različice B* iz 5. točke, torej če Cene na podlagi Aninega dovolila ne bi predlagal vknjižbe lastninske pravice v svojo korist, temveč bi Anino dovolilo izročil Maji hkrati z izročitvijo svojega dovolila iz 4. točke. Razlikovala bi se samo po času, od katerega bi veljalo, da je Cene pridobil (in hkrati izgubil) vknjiženo lastninsko pravico (17. 7. 2014 pri prvi različici oziroma 2. 7. 2014 pri drugi različici). Za obseg varstva pričakovane lastninske pravice, ki ga lahko doseže Maja, pa je pomemben čas, od katerega učinkuje vknjižba lastninske pravice v njeno korist. Kot je prikazano v primeru 5, je ta čas pri tretji oziroma četrti različici (ob predpostavki B iz 5. točke) enak času pri prvi oziroma drugi različici (ob predpostavki A iz 5. točke), in sicer:

- 17. 7. 2014 pri **tretji različici** (enako kot pri prvi različici) oziroma
- 2. 7. 2014 pri četrti različici (enako kot pri drugi različici).

Primer 6 – Prvi zavezovalni posel je ničen

Dodatne predpostavke primera:

7. Cene je pri sklenitvi prodajne pogodbe iz 1. točke z Ano izkoristil Anino stisko (položaj nezaposlene matere samohranilke) in jo pripravil, da je pristala na kupnino, ki je bila znatno nižja od poštna (tržna) vrednosti stanovanja. Zato je prodajna pogodba nična (prvi odstavek 119. člena OZ).
8. Maja takrat, ko ji Cene izroči zemljiškoknjižno dovolilo (dne 5. 7. 2014), ne ve za ničnost pogodbe, ki jo je Cene sklenil z Ano.

Ker je pogodba, ki jo je Cene (kot pridobitelj) sklenil z Ano (kot odsvojiteljico), nična, je bilo zemljiškoknjižno dovolilo, ki ga je Ana izstavila v korist Ceneta, neveljavno že ob njegovi izstavitvi. Zato Cene z vknjižbo lastninske pravice v njegovo korist ni postal resnični lastnik, temveč je resnična lastnica ostala Ana.

Zato je Maja kot poštna (dobroverna) pridobiteljica, na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je v njeno korist izstavil Cene (vknjiženi, vendar ne tudi resnični lastnik), pridobila (resnično) lastninsko pravico od nelastnika (Ceneta) na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo. Hkrati je prenehala Anina (resnična) lastninska pravica.

Ana lahko učinkovito uveljavi lastninsko pravico (proti Cenetu in Maji) samo, če pred časom, ob katerem je Maja postala resnična lastnica (pred 17. 7. 2014 pri prvi različici oziroma 2. 7. 2014 pri drugi različici), vloži izbrisno tožbo (1. točka drugega odstavka 243. člena ZZK-1) in če predlaga njeno zaznambo v zemljiški knjigi (tretji odstavek 244. člena ZZK-1).

Primer 7 – Prvi zavezovalni posel je izpodbojen

Dodatne predpostavke primera:

7. Cene je pri sklenitvi prodajne pogodbe iz 1. točke Ano spravil v zmoto (jo prevahal) glede poštna (tržna) vrednosti stanovanja in jo tako pripravil, da je pristala

na nižjo kupnino. Zato je prodajna pogodba izpodbojna (prvi odstavek 49. člena OZ).

8. Maja takrat, ko ji Cene izroči zemljiškoknjižno dovolilo (dne 5. 7. 2014), ne ve za izpodbojnost pogodbe, ki jo je Cene sklenil z Ano, oziroma dosledneje ne ve tega, da je Ana kot izpodbojna upravičenka uveljavila izpodbojni zahtevek.

9. Ana uveljavi izpodbojni zahtevek s tožbo, ki jo vloži 8. 7. 2014.

Izpodbojna pogodba neha učinkovati šele, ko je razveljavljena (torej s pravno-močnostjo sodbe, s katero sodišče ugotovi zahtevku izpodbojnega upravičenca za razveljavitev pogodbe). Šele takrat postane neveljavno zemljiškoknjižno dovolilo, izstavljeno zaradi izpolnitve obveznosti iz te pogodbe, in hkrati postane material-nopravno nepravilna vknjižba, dovoljena na podlagi tega dovolila.

Ker je dovolilo, ki ga je Ana izstavila v korist Ceneta, ob času, ko je Cene na njegovi podlagi predlagal (in dosegel) vknjižbo lastninske pravice v njegovo korist (dne 5. 7. 2014), veljavno, je Cene z vknjižbo postal resnični lastnik in je Anina (resnična) lastninska pravica prenehala. Zato Maja z vknjižbo (17. 7. 2014 pri prvi različici oziroma 2. 7. 2014 pri drugi različici) pridobi (resnično in vknjiženo) lastninsko pravico od (resničnega) lastnika (Ceneta). Vsebina (obseg) te pravice pa je odvisna od morebitnih zgodnejših vpisov, ki varujejo vrstni red (čas pridobitve) lastninske pravice v korist druge osebe.

Kljub temu lahko Maja pri **prvi različici** lastninsko pravico izgubi, če Ana 8. 7. 2014, torej pred časom, ob katerem je Maja postala resnična (in vknjižena) lastnica, s tožbo, s katero uveljavlja razveljavitev pogodbe (tožbo iz 8. točke), uveljavi tudi zahtevke iz izbrisne tožbe (2. točka drugega odstavka 243. člena ZZK-1), in če hkrati predlaga zaznambo te (izbrisne) tožbe v zemljiški (tretji odstavek 244. člena ZZK-1).

Pri **drugi različici** pa tega tveganja ni zaradi Majine pravne možnosti (upravičenja) doseči vknjižbo (in s tem pridobitev) lastninske pravice z učinkom od zgodnejšega časa (od 2. 7. 2014), od katerega učinkuje predznamenovana lastninska pravica v njeno korist.

8.4. Položaj razpolaganja na kratko

Položaj razpolaganja na kratko (angl. *short sale*) nastane, kadar odsvojitelj razpolaga z lastninsko pravico, ki je še ni pridobil. Ta položaj ne prikazuje izpeljave načela zaupanja v zemljiško knjigo (odsvojitelj namreč ni vknjiženi lastnik), temveč je pomemben za celovito razumevanje (presojo) pomena predpostavk veljavnosti zemljiškoknjižnega dovolila. Pri položajih, ki spadajo v skupino razpolaganja na kratko, moramo razlikovati dva osnovna (pod)položaja. Pri presoji obeh moramo (smiselno) uporabiti pravno pravilo o naknadni pridobitvi lastninske pravice na premični stvari, določeno v prvem odstavku 61. člena SPZ, v zvezi z drugim odstavkom 150. člena ZZK-1.

1. Prvi položaj nastane, kadar **odsvojitelj ob razpolaganju ni niti pričakovani lastnik**, torej, ko vknjiženi lastnik v njegovo korist še ni izstavil zemljiškoknjižnega dovolila. Pri tem položaju, odsvojitelj postane pričakovani lastnik, ko mu (vknjiženi) lastnik izroči zemljiškoknjižno dovolilo za vknjižbo lastninske pravice v njegovo korist. Pridobitelj pa postane pričakovani lastnik, ko mu odsvojitelj izroči (tudi) zemljiškoknjižno dovolilo vknjiženega lastnika.
2. Drugi položaj nastane, kadar **je odsvojitelj ob razpolaganju že pričakovani lastnik** (ker je vknjiženi lastnik v njegovo korist že izstavil zemljiškoknjižno dovolilo), **ni pa še vknjiženi lastnik** (ker še ni vložil predloga za vknjižbo lastninske pravice). Če odsvojitelj pridobitelju, ko v njegovo korist izstavi zemljiškoknjižno dovolilo, hkrati izroči tudi zemljiškoknjižno dovolilo vknjiženega lastnika, pridobitelj s tem postane pričakovani lastnik.

Pridobitelj lahko po drugem odstavku 150. člena ZZK-1 na podlagi obeh zaporednih razpolaganj (zemljiškoknjižnih dovolil) doseže vknjižbo lastninske pravice v svojo korist in s tem postane resnični (in vknjiženi) lastnik. Pri tem ni pomembno, da je drugo razpolaganje (dovolilo odsvojitelja v korist pridobitelja) zgodnejše (opravljeno prej, torej na kratko) od prvega razpolaganja (dovolilo vknjiženega lastnika v korist odsvojitelja).

RAZKRITJE TAJNIH PODATKOV V PRAVDNEM POSTOPKU

Ivanka Demšar-Potočnik,

univerzitetna diplomirana pravnica, državna pravobranilka na Državnem pravobranilstvu v Ljubljani, doktorska kandidatka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

1. UVOD

Sodišče je v pravnem postopku na podlagi zbranega procesnega gradiva¹ dolžno odločiti o konkretnem tožbenem zahtevku tožeče stranke. Pri tem mora spoštovati temeljne pravice pravnih strank in drugih udeležencev v postopku. Načeloma velja, da so človekove pravice na abstraktni ravni enakopravne in med njimi ni hierarhije.² Ko med njimi pride do spora, pa je treba odločiti, kateri pravici dati prednost in zakaj. Pri razkritju tajnih podatkov v civilno-pravnem postopku prihaja do nasprotja med pravico države in njenih organov po varovanju tistih podatkov, katerih razkritje nepooblaščenim osebam bi lahko ogrozilo temelje ustavne ureditve in obče človeške vrednote, ter pravico posameznika do poštenega sodnega postopka, torej do zagotovitve enakega varstva pravic, pravice do sodnega varstva in pravice do pravnega sredstva. Ob odsotnosti zakonskih meril za uravnoteženje obeh pravic je iskanje odgovora na postavljeno vprašanje prepuščeno sodišču, ki mora konflikt rešiti tako, da nobene od pravic ne bo prikrajšalo za bistveno, ustavno varovano vsebino.³

V obravnavanem prispevku bom prikazala materialnopravno ureditev in varstvo tajnih podatkov po Zakonu o tajnih podatkih (ZTP).⁴ Sledila bo predsta-

¹ Juhart med procesno gradivo šteje vse, kar tvori podlago sodne odločbe, torej dejansko ali trditveno gradivo, dokazno gradivo, pravila znanosti, stroke ali izkušnje ter pravna pravila (J. Juhart, nav. delo, str. 62).

² J. Zobec, nav. delo, str. 13.

³ Prav tam, str. 11, op. št. 2.

⁴ Ur. l. RS, št. 50/06 – uradno prečiščeno besedilo, 9/10 in 60/11.

vitev procesnopravne ureditve razkritja tajnih podatkov v Angliji in Walesu, Nemčiji ter Sloveniji, s poudarkom na pomanjkljivostih, s katerimi se srečuje sodna praksa. Preostali del prispevka bo namenjen iskanju možnih rešitev procesne ureditve razkritja tajnih podatkov v luči odprave neskladnosti Zakona o pravnem postopku (ZPP)⁵ z Ustavo Republike Slovenije (URS),⁶ ki jo je ugotovilo Ustavno sodišče Republike Slovenije (US RS) v odločbi U-I-134/10 z dne 24. oktobra 2013.⁷ Pri reševanju problema razkritja tajnih podatkov v civilnopravnem postopku je deloma mogoče uporabiti rešitve, sprejete v kazenskoprocesnem pravu, ter rešitve, ki jih je sprejela upravnosodna praksa pri reševanju problema omejitve dostopa do informacij javnega značaja zaradi varovanja tajnih podatkov. Posebno težo pa imajo merila, ki sta jih v zvezi z reševanjem nasprotja interesov pri razkritju tajnih podatkov izoblikovala Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) in Sodišče Evropske unije (SEU). Zato je del prispevka namenjen tudi predstavitvi nekaterih primerov iz njune prakse.

2. MATERIALNOPRAVNA OPREDELITEV POJMA TAJNIH PODATKOV

Temeljni materialnopravni predpis s področja določanja, varovanja in dostopa do tajnih podatkov v RS je ZTP in na njegovi podlagi izdani podzakonski akti.⁸ Podatek je tajeen le, če hkrati izpolnjuje naslednje pogoje:

1. se nanaša na področje javne varnosti, obrambe, zunanjih zadev, obveščevalne in varnostne dejavnosti državnih organov RS, sisteme, naprave, projekte, načrte, znanstvene, raziskovalne, tehnološke, gospodarske in finančne zadeve, ki so pomembne za omenjene cilje,
2. bi z njegovim razkritjem nepoklicani osebi nastale ali bi očitno lahko nastale škodljive posledice za varnost države ali za njene politične ali gospodarske koristi,
3. ga za tajnega določi pooblaščen oseba,

⁵ Ur. l. RS, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – Zarbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US in 10/14 – odl. US).

⁶ Ur. l. RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ 121,140,143, 47/13 – UZ148 in 47/13 – UZ90,97,99).

⁷ Citirana odločba je objavljena v Ur. l. RS, št. 92/13.

⁸ Uredba o varovanju tajnih podatkov, Uredba o varovanju tajnih podatkov v komunikacijsko informacijskih sistemih, Uredba o načinu in postopku ugotavljanja pogojev za izdajo varnostnega dovoljenja organizaciji in Uredba o varnostnem preverjanju in izdaji dovoljenj za dostop do tajnih podatkov.

4. je izdelana pisna ocena o možnih škodljivih posledicah, ki bi nastale z razkritjem podatka,
5. je določena oznaka tajnosti, ta pa ne sme biti določena zato, da bi se prekrilo storjeno kaznivo dejanje, prekoračitev ali zloraba pooblastil, ali prekrilo katero drugo nezakonito dejanje ali ravnanje.

Prva dva kriterija sta materialna in vključujeta dva vidika. Prvi je v tem, da bi lahko z razkritjem podatka nastala ali bi očitno nastala določena škoda, drugi pa je v povezavi škode s taksativno naštetimi interesnimi področji države.⁹ Glede na materialni kriterij določitve tajnosti so ustvarjalci tajnih podatkov država oz. njeni organi, npr. predsednik države, državni zbor, vlada ter nekatera ministrstva (ministrstvo za obrambo – MORS, ministrstvo za zunanje zadeve – MZZ, ministrstvo za notranje zadeve – MNZ in Slovensko obveščevalno-varnostna agencija – SOVA).

Naslednji trije kriteriji so formalni. Možne škodljive posledice oceni pooblaščen oseba organa. Običajno je to predstojnik organa ali od njega pisno pooblaščen oseba, ki ima dovolj informacij in znanja, da lahko oceni pomen morebitnih škodljivih posledic ob razkritju tajnega podatka.¹⁰ Pisna ocena možnih škodljivih posledic določa objekt varstva, torej interes, ki bi bil z razkritjem nepooblaščen osebi ogrožen in omogoča naknadno preverjanje in ugotavljanje razlogov ter okoliščin za odločitev, da se podatek določi za tajnega.¹¹ Tretji element formalnega merila temelji na pravilni oznaki, saj je tajen samo tisti podatek, ki je ustrezno označen kot tak.¹² Tajni podatek ima glede na materialna kriterija eno od naslednjih stopenj tajnosti: »interno, zaupno, tajno in strogo tajno« (13. člen ZTP).

Zadnji kriterij je t. i. negativni pogoj določitve tajnosti podatka, katerega presoja bo običajno v pristojnosti sodišča. Slednje bo lahko upravičenost določitve tajnosti podatku obravnavalo v okviru kazenskega (npr. v zvezi z očitkom storitve kaznivnega dejanja izdaje tajnih podatkov), civilnega (npr. v odškodninskem sporu ter kot predhodno vprašanja v zvezi z razkritjem tajnih podatkov), delovnega (npr. pri prenehanju delovnega razmerja, premestitvi) ali upravnopravnem postopku (v zvezi z omejitvijo dostopa do informacij javnega značaja).

⁹ Zbornik Urada Vlade RS za varovanje tajnih podatkov ob 10. obletnici delovanja (2002–2012), str. 30, objavljen na <http://www.uvtp.gov.si/fileadmin/uvtp.gov.si/pageuploads/10_let_UVTP-zbornik_2012.pdf> (2. 5. 2015).

¹⁰ Prav tam, str. 30.

¹¹ Prav tam.

¹² Prav tam.

3. PRAVNO VARSTVO TAJNIH PODATKOV

Tajni podatki zaradi svoje narave uživajo posebno varstvo na številnih pravnih področjih. Čeprav URS ne vsebuje izrecne določbe o varovanju tajnih podatkov, ti državi omogočajo varovanje vitalnih interesov in s tem zagotovitev obče človeške in nacionalne varnosti. US RS je zavzelo stališče, da je varovanje tajnosti podatkov na obrambnem, vojaškem, zunanjepolitičnem in podobnih področjih pomembna in deloma neizbežna družbena vrednota, ki ima ustavno podlago, saj tajnost zaupnih podatkov, zlasti v primeru nastopa nekaterih groženj (npr. vojaška ogroženost ali terorizem) in dokler se sama ne sprevrže v grožnjo svobodi, služi varstvu človekovih pravic in drugih temeljev ustavne ureditve.¹³ Posredno varovanje tajnih podatkov izhaja iz 24. člena URS, ki določa, da lahko zakon določi izjeme od javnosti sojenja, ter drugega odstavka 39. člena URS, ki določa, da lahko zakon omeji pravico dostopa do informacij javnega značaja. Konkretizacija citiranih ustavnih določb sta 294. člen ZPP, ki sodišču omogoča, da zaradi varovanja uradne skrivnosti izključi javnost glavne obravnave, in 231. člen ZPP, ki določa, da kot priča ne sme biti zaslišan, kdor bi s svojo izpovedjo prekršil dolžnost varovanja uradne ali vojaške skrivnosti, dokler ga pristojni organ ne odveže te dolžnosti, ter 6. člen Zakona o dostopu do informacij javnega značaja (ZDIJZ),¹⁴ ki v prvi točki prvega odstavka določa, da organ lahko prosilcu zavrne dostop do zahtevane informacije, če se zahteva nanaša na podatek, ki je na podlagi zakona, ki ureja tajne podatke, opredeljen kot tajej.

Kršitve predpisov s področja varovanja tajnih podatkov imajo posledice na področju kaznovalnega, odškodninskega in delovnega prava. Kazenski zakonik (KZ-1)¹⁵ v 260. členu določa, da kaznivo dejanje izdaje tajnih podatkov stori uradna oseba ali druga oseba, ki v nasprotju s svojimi dolžnostmi varovanja tajnih podatkov sporoči ali izroči komu tajne podatke ali mu kako drugače omogoči, da pride do njih, ali zbira take podatke, zato da jih izroči nepoklicani osebi, kot tudi kdor protipravno pride do tajnih podatkov, da bi jih neupravičeno uporabil, ter kdor take podatke brez dovoljenja javno objavi.¹⁶ Prekrškovne sankcije v zvezi z varovanjem tajnih podatkov vsebujejo določbe 44. in 45. člena ZTP. Organ, ki mu je z razkritjem tajnih podatkov nastala škoda, ima pravico od povzročitelja zahtevati plačilo odškodnine (odškodninska odgovornost se presoja po splošnih pravilih neposlovne odškodninske odgovornosti v civilnopravnem postopku).

¹³ Odločba US RS št. U-I-134/10 z dne 24. oktobra 2013, tč. 34.

¹⁴ Ur. l. RS, št. 51/06 – uradno prečiščeno besedilo, 117/06 – ZDavP-2, 23/14, 50/14 in 19/15 – odl. US.

¹⁵ Ur. l. RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo.

¹⁶ Več o tem glej S. Zgaga, nav. delo, str. 14, in P. Gorkič, nav. delo, str. II–VIII.

Poleg splošne dolžnosti varovanja tajnih podatkov, določene v 8. členu ZTP, je za posamezne kategorije oseb dolžnost varovanja tajnih podatkov izrecno določena v specialnih zakonih. Na podlagi 118. člena Zakona o nalogah in pooblastilih policije (ZNPPol)¹⁷ mora uslužbenec policije poleg podatkov, katerih varovanje urejajo drugi predpisi, varovati tudi varovane podatke policije. Kdor se pri opravljanju obrambnih dolžnosti, pri delu ali kako drugače seznani s tajnimi obrambnimi podatki, je te na podlagi 14. člena Zakona o obrambi (ZObr)¹⁸ dolžan varovati v skladu s predpisi, ki urejajo določanje, varovanje in dostop do tajnih podatkov državnih organov in varovanje tajnih obrambnih podatkov. Na podlagi 45. člena Zakona o zunanjih zadevah (ZZZ)¹⁹ so uslužbenci pristojnega organa in funkcionarji dolžni varovati dokumente ministrstva za zunanje zadeve, kot so diplomatske note, zapisi sestankov ali pogovorov s tujimi diplomatskimi predstavniki in predstavniki mednarodnih organizacij ter pogajalska izhodišča in podatke iz teh dokumentov, tako da ne omogočajo dostopa do teh dokumentov in podatkov nepooblašчени osebi. Na podlagi 3. člena Zakona o Slovenski obveščevalno-varnostni agenciji (ZSOVA)²⁰ določi direktor v skladu z zakonom, kateri podatki, pridobljeni pri izvajanju nalog agencije s tajnim sodelovanjem in posebnimi oblikami pridobivanja podatkov, so tajni. Kršitve teh dolžnosti imajo posledice na delovnopravnem področju (prerazporeditev na drugo delo, izrek disciplinskih sankcij in odpoved pogodbe o zaposlitvi oz. prenehanje funkcije).

4. PRIMERJALNOPRAVNA UREDITEV RAZKRITJA TAJNIH PODATKOV V CIVILNOPRAVDNEM POSTOPKU

4.1. Ureditev v Angliji in Walesu

Angleži obravnavajo dokumente, ki se nanašajo na:

1. državno varnost (npr. če gre za zadevo z visoko stopnjo tajnosti, ki bi lahko neposredno vplivala na državno blaginjo, še zlasti v vojnem stanju),
2. diplomatske odnose (npr. če je treba zaščititi informacije o neprijetnostih iz tujih afer),

¹⁷ Ur. l. RS, št. 15/13 in 23/15 – popr.

¹⁸ Ur. l. RS, št. 103/04 – uradno prečiščeno besedilo.

¹⁹ Ur. l. RS, št. 113/03 – uradno prečiščeno besedilo, 20/06 – ZNOMCMO, 76/08, 108/09 in 80/10 – ZUTD.

²⁰ Ur. l. RS, št. 81/06 – uradno prečiščeno besedilo.

3. delo centralne vlade ali drugih vej oblasti ter javne uprave (tu je treba upoštevati dejavnika odkritosrčnosti in neovirane pravice svobode do izražanja),
4. policijske zadeve (npr. glede identitete policijskega informatorja, ki pomaga pri odkrivanju kaznivih dejanj) in
5. druge občutljive preiskave ali razkritja (npr. poročilo socialnega delavca v primeru blaginje otroka) v okviru instituta zaščite javnega interesa (angl. *public interest immunity*).²¹ Gre za pravilo, ki omogoča da se posebno občutljivi dokumenti v pravnem postopku ne razkrijejo, niti se ne dovoli njihov pregled nasprotni stranki.²²

Zahtevo za prepoved razkritja in pregleda dokumentov iz razloga zaščite javnega interesa lahko poleg strank vložijo tudi druge osebe. Običajno bodo to predstavniki vlade in njenih organov, ni pa to nujno.²³ Predstavniki lokalne oblasti lahko zahtevo podajo le, če gre za zadeve, ki so prenesene z državne na lokalno raven, pri čemer morajo zahtevi predložiti izjavo ministra (angl. *affidavit*).²⁴ Državni tožilec ima pravico intervencije v pravdi na podlagi povabila ali dovoljenja sodišča, kadar se zadeva nanaša na vprašanje javne politike.²⁵ Možno pa je tudi, da sodišče na lastno pobudo odredi, da se konkretni dokumenti v pravnem postopku ne bodo razkrili.²⁶

Postopek prepovedi razkritja ali pregleda dokumentov zaradi zaščite javnega interesa je določen v 31. delu *Civil Procedure Rules* (CPR).²⁷ V točki 31.19 CPR je določeno, da lahko oseba brez obvestila zaprosi za odredbo, ki ji dovoljuje, da ne razkrije dokumentov, če bi lahko razkritje škodovalo javnemu interesu. Oseba, ki želi uveljavljati pravico ali dolžnost prepovedi razkritja ali pregleda dokumentov ali dela dokumenta, mora podati pisno izjavo, da ji ta pravica ali

²¹ Več o področjih, ki spadajo v okvir pojma zaščite javnega interesa, glej C. Tapper, nav. delo, str. 512–531, C. Style in C. Hollander, nav. delo, str. 163–169, in N. Andrews, nav. delo, str. 708–714.

²² Za angleški postopek razkritja dokumentov je značilno, da poteka v dveh fazah. Prva je faza razkritja, v kateri si stranki postopka izmenjata seznama dokumentov, v katera vpišeta vse dokumente, ki so pomembni za konkreten primer (ne glede na to, ali so jima v korist ali v škodo), vključno s tistimi, katerih pregleda, zaradi obstoja katerega od privilegijev, ne bosta dovolili nasprotni stranki, in tistimi, ki niso več v njuni posesti, pri čemer morata pojasniti, kaj se je s temi dokumenti zgodilo. Nato sledi faza pregleda, v kateri lahko stranki pregledata in fotokopirata tiste dokumente, za katere ne bosta uveljavljali katerega od privilegijev.

²³ P. Loughlin in S. Gerils, nav. delo, str. 439.

²⁴ C. Tapper, nav. delo, str. 520.

²⁵ C. Style in C. Hollander, nav. delo, str. 170.

²⁶ C. Osborne, nav. delo, str. 85.

²⁷ CPR je dostopen na <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>> (2. 5. 2015).

dolžnost pripada, ter zanjo navesti podlago. Pisno izjavo mora podati v seznamu razkritja dokumenta; če takega seznama ni, pa osebi, ki želi pregledati dokumente. Za namen odločitve o zahtevi za prepoved razkritja ali pregleda dokumentov lahko sodišče zahteva, da oseba, ki predlaga izdajo odredbe, dokument predloži sodišču ali povabi osebo, ne glede na to, ali je stranka ali ne, da pojasni razloge za nerazkritje. Zahteva mora biti podprta z dokazi.

Sodišče mora pri odločanju o zahtevi za pridržanje razkritja ali pregleda dokumenta zaradi zaščite javnega interesa odgovoriti na številna vprašanja, zlasti pa:

1. ali je javni interes, ki bo zaščiten, prepoznaven,²⁸
2. ali obstaja nevarnost ogrožanja javnega interesa ter
3. ali obstaja verjetnost nastanka škode, pri čemer mora opraviti tehtanje interesa posameznika, interes organa, ki zahteva pridržanje razkritja ali pregleda, kot tudi interes sodstva, saj mora sodišče pridobiti vse pomembne dokaze, da lahko sprejme pošteno odločitev.²⁹

Poseben učinek na koncept uporabe zaščite javnega interesa je prinesel *Human Rights Act* (HRA),³⁰ ki, upoštevaje določbe Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP),³¹ zagovarja stališče, da gre v primeru, ko je stranki zavrnjena zahteva za razkritje pomembnih dokumentov, ki jih potrebuje za zagovor v postopku, za nepošten postopek.³²

4.2. Ureditev v Nemčiji

Zivilprozessordnung (ZPO)³³ nima posebnih določb glede razkritja tajnih podatkov. Edina procesna določba, ki se nanaša na varovanje tajnih podatkov, je določba v zvezi s pravico priče, da odkloni pričanje. V tretji točki prvega odstavka 383. paragrafa ZPO je določeno, da lahko pričanje odkloni tudi oseba, ki so ji glede na status, poklic ali funkcijo znana dejstva, ki jih mora po zakonu ali glede na njihovo naravo varovati kot tajnost, in sicer glede teh dejstev. Pri tem je poudarek na varovanju poklicne skrivnosti (npr. sodnika, odvetnika,

²⁸ V zadevi *Conway v. Rimmer* je sodišče odločilo, da je odgovornost za odločitev, ali naj sodišče strankama postopka dovoli razkritje in pregled dokumentov, ki vsebujejo občutljive podatke, zaupana sodišču in ne vladnim ministrom, kajti na sodišču je, da presodi, ali javni interes opravičuje prepoved uporabe določenih dokumentov, ki so pomembni za postopek (Več o tem glej C. Tapper, nav. delo, str. 521-522).

²⁹ Več o tem glej A. Zuckerman, nav. delo, str. 591-595.

³⁰ HRA je dostopen na <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>> (2. 5. 2015).

³¹ Ur. l. RS, št. 33/94, MP, št. 7/94.

³² C. Osborne, nav. delo, str. 85.

³³ ZPO je dostopen na <<https://dejure.org/gesetze/ZPO>> (2. 5. 2015).

notarja, detektiva ter bančnega in davčnega uslužbenca) in poslovne skrivnosti (zlasti v patentnih in konkurenčnih sporih). Ker ZPO tega področja ne ureja, mora sodišče v vsakem posameznem primeru tehtati, ali interes stranke po varovanju (poslovne) skrivnosti prevladuje nad interesom posameznika po učinkovitem sodnem varstvu.³⁴

Javni dokazni postopek lahko ogroža poslovno, poklicno ali drugo skrivnost, med katere lahko štejemo tudi uradno (vojaško) skrivnost. Varovanju teh skrivnosti je namenjena določba prve točke 172. paragrafa *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG),³⁵ ki določa, da sodišče lahko izključi javnost glavne obravnave ali njenega dela, če je to potrebno zaradi ogrožanja državne varnosti, javnega reda ali morale. Glede na to, da z izključitvijo javnosti glavne obravnave ali njenega dela ni rešeno vprašanje varstva poslovne skrivnosti (enako velja za uradno skrivnost), se postavlja vprašanje, ali lahko sodišče iz obravnavanja izključi tudi stranke postopka in preostale udeležence. Teorija (npr. Leichmann) takemu »tajnemu postopku« ni naklonjena, saj meni, da zmanjševanje dolžnosti substanciranja navedb in izključitev nasprotne stranke od dostopa do potrebnih informacij – dokazov nista dovoljena.³⁶ Stadler pa meni, da bi bil postopek, v katerem je nasprotnik izključen iz obravnavanja dokazov, dopusten in ustavno skladen, če je zagotovljena udeležba njegovemu zastopniku.³⁷ Novejša sodna praksa tajnemu postopku ni naklonjena, saj meni, da tako ravnanje ne nasprotuje le ustavni pravici do zaslišanja, ki jo zagotavlja 103. paragraf *Grundgesetz* (GG),³⁸ temveč pomeni tudi oviro sodišču pri prosti presoji dokazov (286. paragraf ZPO).³⁹

5. UREDITEV RAZKRITJA TAJNIH PODATKOV V SLOVENIJI

5.1. Splošno

Problem tajnih podatkov v pravnem postopku sega dlje od razkritja dokazov. Zaradi uveljavljenega načela povezanosti trditvenega in dokaznega bremena

³⁴ Več o tem glej J. Zekoll in J. Bolt, nav. delo, str. 3130.

³⁵ GVG je dostopen na <<https://dejure.org/gesetze/GVG>> (2. 5. 2015).

³⁶ W. Kürschner, nav. delo, str. 1804.

³⁷ Prav tam.

³⁸ GG je dostopen na <<https://dejure.org/gesetze/GG>> (2. 5. 2015).

³⁹ Več o tem glej W. Kürschner, nav. delo, str. 1804-1805, H. J. Musielak in drugi, nav. delo, str. 939, H. Prutting in M. Geherlein, nav. delo, str. 746-747, T. Raucher in drugi, nav. delo, str. 1644-1645.

mora stranka v pravnem postopku navesti pravno odločilna dejstva in za nje predlagati ustrezne dokaze. Če nima dostopa do tajnih podatkov, bremena substanciranja ne zmore. S trditvenim in dokaznim gradivom se morajo v postopku seznaniti sodišče, obe stranki oz. njuna zakonita zastopnika ter pooblaščenca in stranski intervenienti, ki imajo pravico odgovoriti na trditve, komentirati dokaze in podati lastna pravna naziranja. Sodišče mora na glavni obravnavni izvesti dokaze, vsebino izvedenih dokazov povzeti v zapisnik, dopustiti strankama postopka, da aktivno sodelujeta pri izvedbi dokazov, v obrazložitvi sodbe podati oceno izvedenih dokazov ter s svojo odločitvijo seznaniti stranko postopka. Ti imata pravico zoper odločitev sodišča vložiti redna in izredna pravna sredstva. Če so predmet postopka tajni podatki, postane vso procesno gradivo, ki se nanaša na te podatke, vključno s sodnimi odločbami, »tajno«.⁴⁰ Zato potrebuje posebno obravnavanje. Zgolj izključitev javnosti glavne obravnave, na kateri se obravnavajo tajni podatki, ni zadosten ukrep za rešitev problema vprašanja tajnih podatkov v pravnem postopku.

5.2. Problem pridobitve tajnih podatkov pred pravdo

Tajni podatki nastajajo na ravni države in njenih organov, ki so na podlagi ZDIJZ zavezanci za posredovanje informacij javnega značaja. Kljub temu posameznik nima prostega dostopa do tajnih podatkov, saj so ti ena od izjem dostopa do informacij javnega značaja (1. tč. 6. člena ZDIJZ).⁴¹ Glede na določbo drugega odstavka tega člena ZDIJZ je absolutno onemogočen dostop do tajnih podatkov, označenih s stopnjama tajnosti »tajno« in »strogo tajno«. Zahtevo za dostop do tajnih podatkov, označenih s stopnjama »interno« in »zaupno«, pa je pristojen organ dolžan obravnavati in presoјati v luči trodelnega testa tehtanja, ki vključuje ugotavljanje prevladujočega javnega interesa in škodljivih posledic⁴² ter oceno sorazmernosti posega v posamezno z ustavo zavarovano pravico.⁴³ To pomeni, da potencialni pravdni stranki pred pravdo, razen v izjemnih primerih, ko bo v posebnem upravnem postopku uspela z zahtevkom

⁴⁰ Glede na določbo drugega odstavka 14. člena ZTP je treba dokumentu, ki je sestavljen iz podatkov, ki so že bili določeni za tajne, določiti najmanj tako stopnjo in rok tajnosti, kot jo ima uporabljen podatek najvišje stopnje oz. najdaljšega roka trajanja.

⁴¹ Več o tem glej I. Winterleitner, nav. delo, str. 119–158, in L. Bela Pangeršič, nav. delo, str. 55–70.

⁴² Več o tem glej N. Pirc-Musar, nav. delo, str. 1694 in nasl., U. Prepeluh, nav. delo, ter S. Pličanič in drugi, nav. delo, str. 91–94 in 97–105.

⁴³ Več o tem glej L. Šturm v Šturm (ur.), nav. delo, str. 62–69, ter D. Wedam-Lukić, nav. delo, str. 1350 in nasl.

po spremembi, preklicu, umiku⁴⁴ ali razkritju tajnih podatkov,⁴⁵ do njih ne bo uspelo priti. Taki primeri so redki, vendar niso izključeni.⁴⁶

Tudi če ena od potencialnih strank pravnega postopka⁴⁷ razpolaga s tajnimi podatki in sama izpolnjuje vse pogoje, ki jih predpisuje ZTP glede obravnavanja tajnih podatkov, jih brez soglasja organa, ki je podatku določil eno od stopenj tajnosti, ne sme razkriti, ker bo lahko obtožena kaznivega dejanja izdaje tajnih podatkov ali pa jo bo zadela katera od drugih, uvodoma navedenih sankcij. Problem razkritja tajnih podatkov, označenih s stopnjo tajnosti »interno«, je obvladljiv,⁴⁸ že pri ravnanju s tajnimi podatki, označenimi s stopnjo tajnosti »zaupno«, pa se pojavljajo težave, ki jih glede na varovanje takih podatkov po določbah ZTP v pravnem postopku praktično ni mogoče zagotoviti. Niti sodišča niti preostali udeleženci v postopku, tudi če imajo dovoljenje za dostop do tajnih podatkov ustrezne stopnje tajnosti, namreč ne izpolnjujejo zelo strogih pogojev za obravnavanje tajnih podatkov z najvišjima stopnjama

⁴⁴ Glede na določbo četrtega odstavka 6. člena ZDIJZ lahko prosilec, če meni, da so podatki v nasprotju z zakonom, ki ureja tajne podatke, označeni s stopnjo tajnosti, zahteva umik tajnosti po postopku iz 21. člena tega zakona.

⁴⁵ Po določbi 21.a člena ZTP je presojo razkritja tajnih podatkov zaradi javnega interesa zakonodajalec s predstojnika organa, ki odloča o dostopu do informacij javnega značaja, prenesel na Vlado RS, ki mora predhodno pridobiti mnenje posebne komisije, ki jo sestavljajo predstavniki ministrstev za obrambo, notranje in zunanje zadeve, SOVA in nacionalnega varnostnega organa. Če Vlada RS odloči, da je javni interes glede razkritja močnejši od javnega interesa za omejitev dostopa do tajnega podatka, organu, ki je določil stopnjo tajnosti, odredi preklic tajnosti podatka.

⁴⁶ Npr. v zadevi 090-231/2014 z dne 21. oktobra 2014 je Informacijski pooblaščenec ugotovil, da je magnetogram označen s stopnjo tajnosti, vendar ne v skladu z ZTP (dokument ni bil pravočasno označen s stopnjo tajnosti, iz pisne ocene škodljivih posledic pa ni razvidno, kakšne škodljive posledice bi nastale za varovan interes, če bi bil dokument dostopen javnosti), zato je organu (Vladi RS) naložil, naj umakne stopnjo tajnosti. V zadevi 090-157/2010 z dne 26. julija 2012 pa je Informacijski pooblaščenec zavzel stališče, da se po skoraj dvajsetih letih od nastanka dokumentov, ki so nastali v okviru t. i. trgovine z orožjem in ki so podlaga za poročilo oz. jih omenjeno poročilo analizira, ni mogoče strinjati, da se zahtevano poročilo še vedno nanaša na vsebine oz. izrecno navedena področja, ki jih ZTP predvideva v 5. členu, in da bi njegovo razkritje ogrozilo vitalne interese RS ali jim nepopravljivo škodovalo. Dokumenti MORS, ki so bili podlaga za pripravo predmetnega poročila, so bili namreč v preteklem obdobju deloma ali v celoti že javno objavljeni (v različnih knjigah) oz. je pooblaščenec med tem postopkom z delnimi, že pravnomočnimi odločbami odločil, da gre za prosto dostopne informacije javnega značaja.

⁴⁷ Dostop do tajnih podatkov imajo npr. dobavitelji, izvajalci gradenj ali izvajalci storitev, ki so jim bili tajni podatki posredovani zaradi izvršitve naročil organa, osebe, navedene v 3. členu ZTP, itd.

⁴⁸ Tako T. Pustovrh-Pirnat, nav. delo, str. 566.

tajnosti.⁴⁹ Zato je zgolj upošteva je določbe ZTP dostop do takih tajnih podatkov v pravnem postopku praktično onemogočen.

5.3. Problem razkritja tajnih podatkov na zahtevo sodišča

Potencialna pravdna stranka pred pravdo običajno sama ne bo pridobila tajnih podatkov oz. z njimi ne bo smela prosto razpolagati. Zato bo morala za pridobitev takih podatkov zaprositi sodišče. Na podlagi 10. člena ZPP (smiselno enako določbo vsebuje tudi 13. člen Zakona o sodiščih – ZS⁵⁰) so državni organi, organi lokalnih skupnosti, nosilci javnih pooblastil ter druge osebe in organizacije, ki razpolagajo s podatki, potrebnimi za odločitev, dolžni, ne glede na določbe o varstvu osebnih in drugih podatkov, na zahtevo sodišča brezplačno posredovati zahtevane podatke. Pojem »drugih podatkov« ni določen in pomeni pravno praznino, ki jo je mogoče zapolniti z analogijo *intra legem*.⁵¹ Ker je ta v pravnem postopku dovoljena, lahko sklepamo, da med podatke, ki jih lahko pridobi sodišče na tej podlagi, spadajo tudi tajni podatki. Vendar zgolj pridobitev tajnih podatkov s stani sodišča ne reši ključnega vprašanja njihovega razkritja udeležencem pravnega postopka.

Sodišče ima sicer neomejen dostop do tajnih podatkov (10. alineja prvega odstavka 3. člena ZTP).⁵² Poleg tega ima možnost, da zaradi koristi varovanja uradne, poslovne in osebne skrivnosti izključi javnost vse glavne obravnave ali njenega dela (prvi odstavek 294. člena ZPP). Glede na to, da tajni podatki spadajo pod okrilje države in njenih organov, jih je po citirani določbi treba uvrstiti v kategorijo uradna skrivnost. Ta je z vidika določb ZTP tako pomembna, da je pri obravnavanju tajnih podatkov izključitev javnosti obligatorna. Zaradi uresničevanje načela kontradiktornosti zakonodajalec ni določil izključitve javnosti glavne obravnave za stranki postopka, njune zakonite zastopnike, pooblaščenca in stranske interveniente (prvi odstavek 295. člena ZPP).

⁴⁹ Natančni pogoji so določeni z Uredbo o varovanju tajnih podatkov in Uredbo o varovanju tajnih podatkov v komunikacijsko-informacijskih sistemih. Menim, da sodišča, še manj pa pooblaščenca strank, nimajo ustreznih prostorov, sistemov varovanja in potrebne računalniške zaščite.

⁵⁰ Po drugem odstavku 13. člena ZS so izvzeti podatki, ki se nanašajo na zaupno razmerje, vendar se mi postavlja vprašanje, ali je tajne podatke zaradi specifičnega obravnavanja v ZTP sploh mogoče uvrstiti v kategorijo zaupno razmerje. Gre namreč za specifično kategorijo podatkov, ki zaradi varstva posebnih interesov uživajo posebno varstvo, ki ga ureja ZTP.

⁵¹ Več o tem glej M. Pavčnik, nav. delo, str. 238-239.

⁵² Vprašanje je, ali to velja tudi za sodnike porotnike, ki še vedno sodijo v delovnih in socialnih sporih, v katerih je po mnenju Pustovrh-Pirnatove (nav. delo, str. 565) največje število sporov z obravnavanjem tajnih podatkov.

ZTP (drugače kot ZPP) prosti dostop do tajnih podatkov (poleg sodnikom) omogoča še generalnemu državnemu pravobranilcu (ne pa tudi državnim pravobranilcem, ki po 7. členu Zakona o državnem pravobranilstvu (ZDPra)⁵³ zastopajo državo in njene organe) in tožilcem, ki zastopajo državo v pravnih postopkih po Zakonu o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (ZOPNI).⁵⁴ Omejen dostop do tajnih podatkov s stopnjo tajnosti »interno« pa imajo stranke in zakoniti zastopniki (v to kategorijo je mogoče uvrstiti državne pravobranilce), ki opravljajo funkcijo ali delajo v organu, pod pogojem, da opravijo ustrezno usposabljanje s področja obravnavanja in varovanja tajnih podatkov, in s podpisom izjave, da so seznanjeni z ZTP in drugimi predpisi, ki urejajo varovanje tajnih podatkov (31.a člen ZTP). Vsi drugi udeleženci v pravnem postopku za dostop do tajnih podatkov potrebujejo dovoljenje. Pri tem bodo podvrženi različnim stopnjam varnostnega preverjanja⁵⁵ (22.a člen ZTP). Varnostno preverjanje za dostop do tajnih podatkov za posameznika ne pomeni le dodatnih obveznosti in potreben čas, ki je v pravnem postopku, ko so zakonsko določeni (prekluzivni) roki v določenih primerih zelo kratki, izjemnega pomena, temveč posega tudi v njihove osebnostne pravice in pravice njihovih bližnjih,⁵⁶ s katerim morajo soglašati, sicer dovoljenja za dostop do teh podatkov ne bodo dobili (22.b do 22.e člen ZTP). Če takega soglasja ne dajo, ali če organ ugotovi obstoj varnostnega zadržka⁵⁷ (27. člen ZTP), jim dovoljenje za dostop do tajnih podatkov ne bo izdano. S tem se, ob veljavni pravni ureditvi, pod vprašaj postavi pravica stranke do seznaitve s tajnimi podatki in tudi pravica pooblaščenca do učinkovitega nudenja pravne pomoči v pravnem postopku.

Zgolj dovoljenje za dostop do tajnih podatkov ne bo zadostovalo za razkritje tajnih podatkov v pravnem postopku. Potrebno je še posebno dovoljenje organa, ki je podatku določil stopnjo tajnosti. ZTP namreč določa, da oseba, ki se je v okviru svojega dela seznanila s tajnimi podatki, teh ne sme uporabljati za druge namene, kot za izvajanje delovnih nalog ali funkcije (prvi odstavek 33. člena ZTP), razen če jo predstojnik organa na zahtevo pristojnih organov razreši dolžnosti varovanja tajnosti podatka, ki mu je bila tajnost določena v tem

⁵³ Ur. l. RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo, 77/09, 46/13 in 95/14 – ZUPPJS15.

⁵⁴ Ur. l. RS, št. 91/11 in 25/14.

⁵⁵ Glede na določbo 8. tč. 2. člena ZTP je varnostno preverjanje osebe poizvedba, ki jo pred izdajo dovoljenja za dostop do tajnih podatkov opravi pristojen organ in katere namen je zbrati podatke o morebitnih varnostnih zadržkih.

⁵⁶ Iz vsebine 25. člena ZTP izhaja, da se vprašanja glede varnostnega preverjanja nanašajo na številne občutljive osebne podatke (npr. zdravstvene podatke, finančne obveznosti in podatke o kazenskih postopkih).

⁵⁷ Glede na določbo 9. tč. 2. člena ZTP so varnostni zadržki ugotovitve varnostnega preverjanja, iz katerih izhaja, da obstaja dvom o zanesljivosti in lojalnosti osebe, ki naj bi dobila dovoljenje za dostop do tajnih podatkov.

organu, vendar samo za namen in v obsegu, ki ga vsebuje zahteva pristojnega organa (drugi odstavek 33. člena ZTP). Smiselno enako določbo vsebuje ZPP v zvezi z izvedbo dokaza z zaslišanjem priče.⁵⁸ Kot priča ne sme biti zaslišan, kdor bi s svojo izpovedbo prekršil dolžnost varovanja uradne ali vojaške skrivnosti, dokler ga pristojni organ ne odveže te dolžnosti (230. člen ZPP).

Problem ZPP je, da ni uredil področja razkritja listinskih dokazov. Za razkritje listinske dokumentacije, ki vsebuje tajne podatke, prej citirana določba ni neposredno uporabljiva. Tako stališče je zavzelo US RS v odločbi št. U-I-93/05 z dne 24. maja 2007,⁵⁹ ko je argument Vlade RS o smiselni uporabi citirane določbe za listinsko dokumentacijo zavrnilo z obrazložitvijo, da zakonodajalec tega ni izrecno določil, saj v določbo tretjega odstavka 227. člena ZPP ni zajeta določba citiranega 230. člena ZPP.⁶⁰ Z vidika določbe drugega odstavka 3. člena ZS⁶¹ se mi zdi tako stališče vprašljivo. Sodišče mora rešiti primer, čeprav zanj nima neposredne podlage v zakonu. Zato je primerno, da se sklicuje na smiselno uporabo rešitve, ki jo je zakonodajalec določil v zvezi z izvedbo drugega dokaznega sredstva. Vendar problema razkritja listinske dokumentacije ni mogoče rešiti zgolj s smiselno uporabo določbe 230. člena ZPP. Slednjo bi bilo mogoče uporabiti le v kontekstu, da dokumentacije, ki vsebuje tajne podatke, sodišče ne sme razkriti, dokler ji pristojen organ ne »umakne« stopnje tajnosti oz. kvečjemu dokler pristojni organ sodišču ne da dovoljenja za njeno uporabo. To pomeni, da bi bila presoja dostopa do tajnih podatkov še vedno v celoti podvržena organu, ki je določil tajnost podatka, in ne sodišču, ki mora rešiti konkreten spor.

Drugače kot v prej citirani odločitvi je US RS v odločbi št. U-I-134/10 z dne 24. oktobra 2013 zavzelo stališče, da je treba določbo 230. člena ZPP razlagati tudi kot podlago za to, da lahko predstojnik organa sodišču dovoli, da s tajnimi podatki, s katerimi razpolaga, seznani osebe, ki sicer nimajo splošne pravne podlage za dostopanje do tajnih podatkov, pri čemer je v okviru veljavnih predpisov predstojnik upravičen določiti tudi način, na katerega se lahko stranke pravnega postopka seznani s tajnimi podatki.⁶² Menim, da je

⁵⁸ Glede na določbo 263. člena ZPP velja ta določba tudi v zvezi s prepovedjo zaslišanja stranke.

⁵⁹ Odločba je dostopna na <<http://odlocitve.us-rs.si/sl/odlocitev/US27574?q=U-I-93%2F05>> (2. 5. 2015).

⁶⁰ Odločba US RS št. U-I-93/2005 z dne 24. maja 2007, tč. 7.

⁶¹ Ta določa, da če se civilnopravna zadeva ne da rešiti na temelju veljavnih predpisov, sodnik upošteva predpise, ki urejajo podobne primere. Če je rešitev zadeve kljub temu pravno dvomljiva, odloči v skladu s splošnimi načeli pravnega reda v državi. Pri tem ravna v skladu s pravnim izročilom in z utrjenimi spoznanji pravne vede.

⁶² Odločba US RS št. U-I-134/10 z dne 24. oktobra 2013, tč. 23.

to stališče z vidika teleološke razlage ZTP vprašljivo. Bistvo varovanja tajnih podatkov je prav v tem, da se nepooblaščenim osebam prepreči dostop do tajnih podatkov. Če posameznik nima dovoljenja za dostop do tajnih podatkov, mu jih ni dovoljeno razkriti, dokler takega dovoljenja ne pridobi. Postopek pridobitve dovoljenja je garancija, da se posameznik seznani z določbami ZTP ter jih pod grožnjo kazenske in prekrškovne sankcije tudi spoštuje. Ob doslednem spoštovanju ZTP ni pričakovati, da bo organ, ki je pristojen za določanje tajnih podatkov, sodišču dovolil, da s tajnimi podatki seznani nekoga, ki nima dovoljenja za dostop do njih. To velja tem bolj, ker dovoljenje za dostop do tajnih podatkov vendarle lahko dobi oz. ga vsaj poskuša dobiti tudi stranka in njen zakoniti zastopnik oz. pooblaščenec.

Na podlagi 34. člena ZTP se lahko tajni podatki drugim organom, ki morajo ravnati po tem zakonu,⁶³ oz. osebam v teh organih posredujejo samo na podlagi pisnega dovoljenja predstojnika organa, ki je tajen podatek določil, ali če tako določa zakon. Upravičeni uporabnik, ki je od organa dobil tajne podatke, jih brez dovoljenja organa ne sme posredovati drugim uporabnikom, razen v primerih, določenih s predpisi (36. člen ZTP). Obema citiranima določbama je skupno, da dopuščata možnost posredovanja tajnih podatkov tretjim osebam, vendar le pod pogojem, da tako določa poseben zakon oz. predpis. Takega zakona oz. predpisa, ki bi urejal posredovanje tajnih podatkov za potrebe pravnega postopka, žal nimamo. Na področju kazenskega prava je zakonodajalec problem, ki ga je obravnavalo US RS v zvezi z ugotovitvijo neskladnosti takrat veljavnega 56. člena Zakona o policiji (ZPol)⁶⁴ z URS,⁶⁵ rešil z dopolnitvijo Za-

⁶³ Tako 35. člen ZTP določa, da morajo imeti dobavitelji, izvajalci gradenj ali izvajalci storitev, ki se jim tajni podatki posredujejo zaradi izvršitve naročil organa, varnostno dovoljenje, da izpolnjujejo pogoje za varno obravnavanje tajnih podatkov. Pogoji za pridobitev varnostnega dovoljenja so strogi (35.a in 35.b člen ZTP).

⁶⁴ Ur. l. RS, št. 66/09 – uradno prečiščeno besedilo, 22/10, 26/11 – odl. US, 58/11 – ZDT-1, 40/12 – ZUJE, 96/12 – ZPIZ-2, 15/13 – ZNPPol in 15/13 – ZODPol.

⁶⁵ US RS je v zadevi št. U-I-271/08 z dne 24. marca 2011 (odločba je objavljena v Ur. l. RS, št. 26/11) odločilo, da se četrti odstavek 56. člena ZPol razveljavi v delu, ki se nanaša na pogoje in postopek odločanja o razrešitvi dolžnosti varovanja tajnosti podatkov v zvezi z izvedbo dokaza z zaslišanjem delavca policije v kazenskem postopku. Do zakonske ureditve tega področja je US samo določilo način izvršitve odločbe. Minister, pristojen za notranje zadeve, namreč razreši delavca policije dolžnosti varovanja tajnega podatka iz prvega odstavka 56. člena ZPol. Če minister meni, da obstajajo razlogi, iz katerih delavca policije deloma ali v celoti ni mogoče razrešiti dolžnosti varovanja tajnosti podatka, s tem in z razlogi za tako mnenje najpozneje v roku osem dni po prejemu zahteve seznani predsednika pristojnega višjega sodišča. Slednji lahko vpogleda v kazenski spis in po vpogledu v zaupni podatek, za katerega minister meni, da ga ni mogoče razkriti, odredi, da se zaupni podatek razkrije ter določi tudi obseg in pogoje njegovega razkritja ter morebitno uporabo zaščitnih ukrepov ob pogojih in na način, kot izhaja iz 34. do 36. točke obrazložitve te

kona o kazenskem postopku (ZKP)⁶⁶ v 235.a in 235.b členu.

Namen ZTP je preprečiti dostop nepooblaščenim osebam do tajnih podatkov. Za doseg tega cilja je potrebna sledljivost razkritja tajnih podatkov. S tega vidika se mi zdi sporno tudi stališče US RS, da sme sodnik na podlagi 34. člena ZTP tajne podatke za namen postopanja v sodnem postopku brez dovoljenja predstojnika organa posredovati odvetniku, ki ima dovoljenje za dostop do tajnih podatkov.⁶⁷ Organ, ki je konkretnemu podatku določil tajnost, mora imeti natančen pregled in nadzor nad distribucijo tajnih podatkov zunaj organa (37. člen ZTP). Ob upoštevanju določb ZTP namreč ni dovolj le dovoljenje za dostop do tajnih podatkov. Oseba, ki ji je posredovan tajeen podatek, mora imeti vzpostavljen sistem postopkov in ukrepov varovanja tajnih podatkov,⁶⁸ ki ustreza določeni stopnji tajnosti in onemogoča njihovo razkritje nepoklicanim osebam.⁶⁹

Pravica organa, ki je določil tajni podatek, da določi način, na katerega se lahko stranki postopka seznanita z njimi z vidika presoje US RS v zadevi št. U-I-93/05 z dne 24. maja 2007, ni bila sporna. US RS je namreč zavzelo stališče, da gola prepoved fotokopiranja listin s podatki tajne narave stranki postopka (ob predpostavki, da ji sodišče zagotovi primerne pogoje za seznanitev s takimi listinami v prostorih sodišča, zlasti potreben čas) sama po sebi stranke ne onemogoča v pravici do uporabe takih listin v dokazne namene v sodnem sporu in zato samo po sebi ne more utemeljiti kršitve pravice do enakega varstva iz 22. člena URS.⁷⁰ Prav tako dejstvo, da eni od strank postopka ni zagotovljena možnost kopiranja takih listin, po mnenju US RS ne pomeni take kakovostne neenakosti med strankama pravnega postopka glede možnosti učinkovitega uveljavljanja njunih pravic, da bi bilo lahko upoštevano z vidika morebitne kršitve pravice do enakopravnega položaja strank v postopku, kot enega od vidikov ustavne pravice iz 22. člena URS.⁷¹ Glede na sodno prakso ESČP in SEU, ki bo predstavljena v nadaljevanju, je taka odločitev vprašljiva. Če sodišče, čeprav ena od strank izpolnjuje vse pogoje iz ZTP, te ne seznani z vsebino zapisnika in ji pošlje sodbo brez obrazložitve, s pripisom, da se lahko z vsebino obrazložitve seznani na sodišču, se postavlja vprašanje, ali je ravnanje sodišča

odločbe. Policija mora predsedniku višjega sodišča omogočiti, da se seznani z zaupnim podatkom, ki je predmet zahteve sodišča.

⁶⁶ Ur. l. RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, 47/13 in 87/14.

⁶⁷ Odločba US RS št. U-I-134/10 z dne 24. oktobra 2013, tč. 22.

⁶⁸ Tega natančno določa 38. člen ZTP.

⁶⁹ ZTP v 39. členu predpisuje posebno hrambo in posredovanje tajnih dokumentov.

⁷⁰ Odločba US RS št. U-I-93/05 z dne 24. maja 2007, tč. 11.

⁷¹ Prav tam.

pravilno. Sodišče za tako odločitev nima podlage niti v določbah ZPP niti ZTP. Z vidika enakopravnega obravnavanja obeh strank postopka pa je taka odločitev nedvomno pravilna. Vendar pa se pojavi težava pri zagotavljanju pravice do pravnega sredstva. ZPP namreč določa splošni 15-dnevni rok za pritožbo (ta rok je lahko tudi krajši). S tem, ko je sodišče dalo strankama možnost, da se z vsebino obrazložitve seznanita na sodišču, jima je zakonski rok, upošteva delo proste dni in poslovni čas sodišča (če ne upoštevamo zgolj uradnih ur), skrajšalo na enajst delovnih dni oz. 88 ur. Zato bi bilo treba tako odločitev presojati z vidika kršitve pravice do pravnega sredstva.

5.4. Problem varovanja tajnih podatkov po zaključku postopka

Problem varstva tajnih podatkov ostaja odprt tudi po zaključku pravnega postopka. Tajni podatki postanejo del sodnega spisa. Praksa nekaterih sodnikov delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani, ko po zaključku postopka iz spisa izločijo listine (izključno priloge spisa), ki vsebujejo tajne podatke, je vprašljiva. Zgolj z izločitvijo konkretne listine vprašanje tajnih podatkov namreč ni v celoti rešeno, saj so lahko ti tudi v drugem procesnem gradivu (vlogah strank, zapisnikih, sodnih odločbah), ki jih sodišče ne izloči, niti jih ne sme izločiti.

Tudi po zaključku postopka ima glede na določbo drugega odstavka 150. člena ZPP vsakdo, ki izkaže pravni interes, pravico vpogleda in prepisa posameznih spisov. Te pravice ZPP kot specialni zakon v odnosu do ZDIJZ⁷² ni omejil. To ne pomeni, da dostop do tajnih podatkov v sodnem spisu ni omejen. Sodišče namreč vežejo določbe ZTP. Zato je vpogled v tak spis dolžno preprečiti oz. omejiti na način, da pred vpogledom v spis odstrani vse tajne podatke, kar je lahko zelo zamudno delo. Varovanje tajnih podatkov arhivskega gradiva pa ureja Zakon o varstvu dokumentarnega in arhivskega gradiva ter arhivih (ZVDAGA),⁷³ ki v prvem odstavku 65. člena za hrambo arhivskega gradiva določa 40-letni rok. Ta se lahko v izjemnih primerih podaljša še za deset let (66.a člen ZVDAGA).

⁷² V zadevi 090-217/2010/6 z dne 7. januarja 2011 je Informacijski pooblaščenec zavzel stališče, da ZPP v odnosu do ZDIJZ ni specialni predpis. To pomeni, da je mogoče podatke iz sodnega spisa pridobiti tudi na podlagi ZDIJZ. Vendar je Upravno sodišče (Up RS) v zadevi št. I U 295/2011 z dne 6. avgusta 2011 odločilo drugače, in sicer, da je ZPP, ko gre za vprašanje dostopa do podatkov po določbi 150. člena ZPP, specialnejši predpis, zaradi česar mu je treba dati prednost. Tako stališče je potrjeno tudi z odločbama Višjega sodišča v Ljubljani (VSL) v zadevi II Cp 295/10 in Vrhovnega sodišča (VS RS) V zadevi Cp 1/2011.

⁷³ Ur. l. RS, št. 30/06 in 51/14.

6. PROTIUSTAVNOST UREDITVE RAZKRITJA TAJNIH PODATKOV

6.1. Splošno

Pri obravnavanju razkritja tajnih podatkov v pravnem postopku prihaja do kolizije dveh interesov. Javni interes države se kaže v varovanju ustavne ureditve, neodvisnosti, ozemeljske celovitosti, obrambne sposobnosti, varovanju življenja ljudi, političnih in gospodarskih koristi itd. Zasebni interes posameznika pa se kaže v njegovih pravicah do enakopravnega obravnavanja, sodnega varstva in pravici do pritožbe. Kot je navedlo US RS v odločbi U-I-134/10 z dne 24. oktobra 2013, je lahko potreba po varovanju tajnih podatkov – do neke mere pa celo mora biti – podlaga za zakonito omejevanje človekovih pravic.⁷⁴ Na drugi strani pa URS vsakomur jamči enako varstvo njegovih pravic v postopku pred sodiščem in pred drugimi državnimi organi, organi lokalne skupnosti in nosilci javnih pooblastil, ki odločajo o njegovih pravicah, dolžnostih ali pravnih interesih (22. člen URS), vsakomur zagotavlja pravico, da o njegovih pravicah in dolžnostih ter o obtožbah proti njemu brez nepotrebnega odlašanja odloča neodvisno, nepristransko in z zakonom ustanovljeno sodišče (prvi odstavek 23. člena URS) ter vsakomur zagotavlja pravico do pritožbe ali drugega pravnega sredstva proti odločbam sodišč in drugih državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil, s katerimi ti odločajo o njihovih pravicah, dolžnosti ali pravnih interesih (25. člen URS). Že Galič je opozoril, da so določbe, ki omejujejo pravico stranke do dokaza, dopustne le, če zanje obstajajo ustavnopravno upravičeni razlogi.⁷⁵ Ustavne pravice posameznika je namreč dopustno omejiti, vendar le na način, kot izhaja iz tretjega odstavka 15. člena URS.⁷⁶

6.2. Razlogi neustavnosti ureditve razkritja tajnih podatkov

Zdaj veljavna ureditev razkritja tajnih podatkov ni prestala testa presoje ustavnosti. Razloga sta dva. Prvi je, da je zakonodajalec odločitev o tem, ali se v pravnem postopku lahko izvede dokaz, ki vsebuje tajne podatke, prepustil v neomejeno diskrecijsko odločanje organu, ki je določil podatku stopnjo tajnosti. Drugi pa se nanaša na dejstvo, da zakonodajalec, kljub možnosti, da procesni predpisi uredijo drugačen dostop do tajnih podatkov, kot ga predvideva ZTP, te možnosti ni izrabil.

⁷⁴ Odločba US RS št. U-I-134/10 z dne 24. oktobra 2013, tč. 34.

⁷⁵ A. Galič, nav. delo, str. 285.

⁷⁶ Več o tem glej F. Testen v Šturm (ur.), nav. delo, str. 198–204.

Sodnik je pri svojem delu (vodenju postopka, ugotavljanju dejanskega stanja in uporabi materialnega prava) vezan na ustavo in zakon (125. člen URS). ZPP v 230. členu (enako tudi ZTP v 33. členu) veže izvedbo dokaza z zaslišanjem priče, ki bi s svojo izpovedbo prekršila dolžnost varovanja uradne ali vojaške skrivnosti, na dovoljenje pristojnega organa, da jo odveže te dolžnosti. Taka ureditev ni primerna, ker je pristojnost za izvedbo takega dokaza dejansko prenesena s sodišča na upravni organ. S tem pa je zakonodajalec nedopustno posegel v izključno pristojnost sodišča, da odloči, katere dokaze bo izvedlo za ugotovitev dejanskega stanja in kakšno odločitev bo sprejelo v konkretnem pravdnem sporu. Na drugi strani ni mogoče mimo dejstva, da upravni organ zaradi »pristranskosti« ne uživa takega ugleda kot sodišče. Nedopustno je, da je ocena škodljivih posledic, na podlagi katerih upravni organ podatku določi stopnjo tajnosti, in diskrecijska pravica o tem, kdo bo pričo odvezal dolžnosti varovanja tajnosti (brez jasnih in vnaprej predvidenih kriterijev), skoncentrirana v eni in isti osebi. S tem stranki v postopku ni kršena le pravica do izvajanja dokaza, ki se zrcali v 22. členu URS,⁷⁷ temveč tudi pravica do pritožbe in do nepristranskega sojenja. Taka ureditev nedvomno prekomerno posega v strankine procesne pravice, saj ne zagotavlja nobene kontrole nad organom, ki je podatku določil tajnost, in tako omogoča, da »pod plaščem avtoritete« neomejeno brani celo svoje lastne pravice. Zaradi vsega tega mora zakonodajalec to področje urediti tako, da sodišče preveri odločitev upravnega organa o tem, ali bo potencialno pričo odvezal dolžnosti varovanja tajnosti.

Drugi problem, ki se nanaša na neustavno ureditev razkritja tajnih podatkov, je ugotovljena pravna praznina razkritja listinskih dokazov, ki vsebujejo tajne podatke. ZTP je v 7. členu predvidel možnost, da se način dostopa do tajnih podatkov, ki je sicer omejen, določi na način in ob pogojih, določenih z drugimi sistemskimi postopkovnimi zakoni. Tudi 34. in 36. člen ZTP predvidevata možnost, da se lahko tajni podatki drugim organom, ki morajo ravnati po ZTP, oz. osebam v teh organih posredujejo samo na podlagi pisnega dovoljenja predstojnika organa, ki je tajni podatek določil, ali če tako določa zakon, ter da upravičeni uporabnik, ki je od organa dobil tajne podatke, teh podatkov brez soglasja tega organa ne sme posredovati drugim uporabnikom, razen v primerih, določenih s predpisi. Žal ZPP tega področja ni uredil. Zato je US RS v odločbi U-I-134/10 z dne 24. oktobra 2013 odločilo, da ZPP ni v skladu z URS, ker gre za nedopustno pravno praznino, ki posega v ustavno zavarovano človekovo pravico do sodnega varstva.⁷⁸

⁷⁷ Več o tem glej A. Galič, nav. delo, str. 283–289.

⁷⁸ Odločba US RS št. U-I-134/10 z dne 24. oktobra 2013, tč. 32.

Zaradi odprave protiuslavnega pravnega stanja je US RS s t. i. ureditveno odločbo določilo, da do sprejetja ustrezne zakonske podlage sodnik posameznik ali predsednik senata sodišča, ki odloča o zadevi, s sklepom odloči o tem, na kakšen način se zagotovi seznanitev strank civilnopravnega postopka s tajnimi podatki, ki so predloženi v postopku.⁷⁹

7. POGLED NA RAVNANJE SODIŠČA PRI ODLOČANJU O VPRAŠANJU RAZKRITJA TAJNIH PODATKOV

Vprašanje razkritja tajnih podatkov je zelo zahtevno delo, saj mora sodišče opraviti t. i. tehtanje dveh nasprotujočih si interesov in na podlagi vrednostne sodbe odločiti, kateremu bo dal prednost in zakaj. Tako mora tudi pravno sodišče najprej ugotoviti, ali gre za podatke, ki jim je organ tajnost določil zaradi varstva določenega javnega interesa (varnost države, nacionalna korist itd.). Sledi ugotavljanje, ali je ta interes tako močan, da opravičuje zahtevo po prepovedi uporabe takih dokumentov v pravnem postopku, torej ali bi z razkritjem takih informacij lahko nastala organu škoda.⁸⁰ Pri tem mora izključiti možnost, da je bila tajnost podatku določena zgolj zaradi »lastnih interesov organa«.

Na drugi strani mora sodišče ugotoviti, kakšen pomen ima tajni podatek za odločitev o zahtevku posameznika in ali bi lahko nerazkritje dokumenta ogrozilo njegovo pravico ter kakšna škoda bi mu s tem nastala. Če obstaja možnost, da posameznik uveljavlja svojo pravico tudi brez razkritja tajnih podatkov, ni potrebe po njihovem razkritju. Možno je tudi, da se dovoli le delni dostop do tajnih podatkov. Vendar bo ta prišel v poštev le, če ne bi prišlo do »popačenih« informacij v postopku. Nerazkritje tajnih podatkov preprečuje ugotovitev popolnega in pravilnega dejanskega stanja, kar lahko vpliva na končno odločitev in pomeni nepoštene postopek. Ena od rešitev je tudi imenovanje posebnega zastopnika stranke, ki bo varoval njene interese. Vendar mora biti stranka tudi v tem primeru seznanjena z odločilnimi dejstvi. Zavedati se je namreč treba, da je stranka tista, ki o postopku največ ve in da ima le ona interes, da se o njeni pravici odloči. Ko bo sodišče pretehtalo oba interese, se bo moralo odločiti, komu dati prednost, to pa je zelo težavno delo. Da se izključi dvom pristranskosti in samovolje, mora svojo odločitev ustrezno obrazložiti. S tem pa že lahko pride do izdaje tajnih podatkov. Če v sodni odločbi ne navede ustreznih razlogov, je stranki odvzeta možnost uveljavljanja pravnega sredstva.

⁷⁹ Prav tam, tč. 35.

⁸⁰ Iz odločitve VS RS v zadevi VIII Ips 82/2002 z dne 11. marca 2003 izhaja, da je organ neutemeljeno označil dokument (Akt o popravi formacije) s stopnjo tajnosti zaupno, saj dokument, ki določa količnike, potrebne za izračun osnovne plače zaposlenega, ne more biti tajen.

Naslednji korak, ki ga mora opraviti sodišče, je tehtanje škodnih posledic. Že ob nastanku tajnega podatka mora organ, ki podatek označi za tajnega, oceniti možne škodljive posledice za varnost države ali njene politične ali gospodarske koristi, če bi bil podatek razkrit nepoklicani oseb. Taka ocena je podlaga za določitev stopnje tajnosti podatka. V sodnem postopku mora sodišče tako odločitev skrbno preveriti, saj se lahko izkaže (kot v omenjeni zadevi določitve tajnosti Akta o popravku formacije⁸¹), da je dal organ podatku neupravičeno višjo stopnjo tajnosti, kot mu sicer pripada, ali celo, da ni podlage za določitev tajnosti podatka (kot v omenjeni odločitvi Informacijskega pooblaščenca glede magnetograma seje Vlade RS). Na drugi strani bo sodišče moralo ugotavljati, kakšno škodo bo v primeru nerazkritja tajnega podatka utrpel posameznik. Menim, da tega kriterija ni mogoče gledati zgolj skozi pravico posameznika, temveč skozi celoten sistem sodstva. Odločitev, da se konkretnega podatka ne razkrije, namreč onemogoči popolno delovanje pravosodnega sistema in bi lahko pomenilo tudi poseg v neodvisnost sodstva, saj bi lahko izvršilna oblast »krojila« usodo odločanja sodišča, kar je tudi z vidika ustavne kategorije tretje veje oblasti nedopustno. Zato v okviru tega kriterija ni dovolj zgolj ugotavljanje, kaj bi nerazkritje tajnega podatka pomenilo za posameznika.

Nazadnje mora sodišče opraviti še test sorazmernosti, katerega namen je zagotoviti prepoved čezmernih posegov države in njenih organov v človekove pravice in temeljne svoboščine. V tem okviru bo moralo sodišče presoditi, ali je zbrano sredstvo primerno, nujno potrebno za doseg cilja in sorazmerno, skratka opraviti tehtanje v ožjem pomenu besede.

8. PREGLED SODNE PRAKSE ESČP IN SEU NA PODROČJU RAZKRITJA TAJNIH PODATKOV

8.1. Splošno

Z vprašanjem razkritja tajnih podatkov se srečujeta tudi ESČP in SEU. Prvo odloča o individualnih in državnih pritožbah glede domnevnih kršitev državljskih in političnih pravic, določenih z EKČP. Drugo pa je pristojno za razlago prava EU in s tem zagotavlja njegovo enako uporabo v vseh državah EU. Pristojno je tudi za reševanje pravnih sporov med državami članicami in institucijami EU. Na SEU pa se lahko obrnejo tudi podjetja, organizacije in posamezniki, če menijo, da je neka institucija EU kršila njihove pravice.

Kot bo prikazano v nadaljevanju, praksa ESČP »tajnim postopkom« ni naklonjena, saj pomenijo velik poseg v pravico posameznika in s tem v pravico do

⁸¹ Prav tam.

poštenega sojenja. Čeprav se obravnavani primeri nanašajo na kazensko- in upravno-pravno področje, menim, da je rešitve deloma možno upoštevati tudi v pravnem postopku. Določba 6. člen EKČP namreč velja za vsa tri področja sodnega odločanja. Tudi praksa SEU v primeru obravnavanja tajnih podatkov ne spregleda varstva temeljnih človekovih pravic.

8.2. Sodna praksa ESČP

V zadevi *Matyek proti Poljski*⁸² je ESČP ugotovilo kršitev 6. člena EKČP. Razloga za tako odločitev je sodišče strnilo v naslednja dejstvih:⁸³

1. postopek pred domačim sodiščem je potekal večinoma *in camera*,
2. pritožnik in njegov odvetnik sta smela listine, ki so bile označene s stopnjo tajnosti »zaupno«, pravico pregledovati le na sodišču, ne pa jih tudi kopirati in odnašati,
3. za pripravo obrambe pritožnik ni smel uporabiti lastnih zapiskov, saj jih je moral shraniti na sodišču,
4. pritožniku in odvetniku je bil vročen le izrek, ne pa tudi obrazložitev sodbe, s katero sta se lahko seznanila na sodišču, in
5. nasprotna stranka je lahko sodelovala pri zaslišanju prič, izdelavi strokovnega mnenja in imela na voljo osebe, ki so imele dostop do tajnih podatkov.

Zaključek sodišča je bil, da je bil t. i. lustracijski postopek nepošten. Stranki mora biti v postopku omogočeno, da se izjavi, pri čemer ne sme biti v bistveno slabšem položaju glede na nasprotno stranko. V obravnavanem postopku pa je bila sposobnost obrambe pritožnika znatno omejena, saj je bilo na njem ne-realno težko breme dokazovanja, kar nasprotuje temeljnemu načelu enakosti orožja. Podobno stališče je ESČP zavzelo v primeru *Rasmussen proti Poljski*, v katerem je pritožnica trdila, da ji je bila odvzeta pravica do poštenega obravnavanja v lustracijskem postopku.⁸⁴

V zadevi *Turek proti Slovaški*⁸⁵ je ESČP ugotovilo kršitev EKČP, s poudarkom na kršitvi 8. člena, ki govori o pravici do zasebnosti. Tudi v tej zadevi domača

⁸² Sodba ESČP *Matyek proti Poljski*, št. 28184/03 z dne 24. aprila 2007, je dostopna na <[{http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#){«fulltext»: [«38184/03»], «documentcollectionid2»: [«GRANDCHAMBER», «CHAMBER»], «itemid»: [«001-80219»]}> (13. 12. 2015).

⁸³ Več v tč. 55–65 obrazložitve.

⁸⁴ Več o tem primeru E. Buljko, nav. delo, str. 25–29.

⁸⁵ Sodba ESČP *Turek proti Slovaški*, št. 57986/00 z dne 14. februarja 2006, je dostopna na <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#>>{„fulltext“:[„57986/00“], „document-collectionid2“:[„GRANDCHAMBER“, „CHAMBER“], „itemid“:[„001-72354“]}> (2. 5. 2015).

sodišča pritožniku niso omogočila dostop do dokumenta, ki je bil označen s stopnjo tajnosti »tajno«. S tem je njegova možnost, da oporeka dejstvu, ki jih je ugotovila tajna služba, pomenila nesorazmerno breme neenakosti v postopku. Tak postopek pritožniku ni omogočil učinkovite zaščite njegovih pravic do zasebnosti. Taka zahteva ni skladna niti z zahtevo po poštenem sojenju. Sodišče je sicer pritrdilo, da ima v postopku, ki se nanaša na delovanje službe državne varnosti, ta lahko legitimen interes, da omeji dostop do posameznega dokumenta in drugega gradiva. Vendar je glede postopka lustracije pritožnika poudarilo sledeča dejstva:⁸⁶

1. glede na to, da se gradivo nanaša na obdobje komunizma, je zaradi poteka časa za sedanjost državno varnost postalo manj pomembno,
2. če je stranki onemogočen dostop do vsega ali pretežnega dela gradiva, ki se nanaša na dejansko stanje, ima pomembno okrnjene možnosti, da se brani pred očitki, in
3. služba državne varnosti ima vso oblast, da gradivo označi za tajno in za koliko časa, to pa pomeni, da postopek, upošteva načelo enakosti orožij, ni pošten. Če država sprejme merila lustracije, mora poskrbeti, da je osebi, za katero se ta uporabijo, v takem postopku zagotovljena procesna enakost.

V zadevi *A and Others proti Veliki Britaniji*⁸⁷ je ESČP med drugim navedlo, da lahko poseben pooblaščenec, ki je imenovan v postopku obravnavanja tajnih podatkov, zagotavlja vlogo vzpostavitve ravnotežja med zahtevo po omejitvi dostopa do tajnih podatkov ter zahtevo po izvedbi javnega in kontradiktornega sojenja. Vendar tako imenovani pooblaščenec ne more učinkovito opravljati svoje funkcije, če pripornik nima na voljo zadostnih informacij obtožbe, ki ga bremenijo, zaradi česar tako postavljenemu pooblaščenцу ne bo mogel dati pomembnih navodil za svojo obrambo. Zato je ESČP zavzelo stališče, da je treba v primeru, če so vsi pomembni dokazi tajni, posebnemu pooblaščenцу dati dovolj precizirane navedbe, na podlagi katerih bo ta lahko izpodbijal tajne dokaze (npr. alibi). Če so te trditve presplošne, tega ne bo mogoče storiti in bo prišlo do kršitev procesnih pravic posameznika.⁸⁸

⁸⁶ Več v tč. 115 obrazložitve.

⁸⁷ Sodba ESČP *A and Others proti Veliki Britaniji*, št. 3455/05 z dne 19. februarja 2009, je dostopna na <[{,fulltext":\[„3455/05“\],„documentcollectionid2“:\[„GRANDCHAMBER“,„CHAMBER“\],„itemid“:\[„001-113284“\]}}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#)> (2. 5. 2015).

⁸⁸ Več v tč. 220–224 obrazložitve.

8.3. Sodna praksa SEU

V zadevi *Yassin Abdullah Kadi in Al Barakaat International Foundation proti Svetu EU in Komisiji ES*⁸⁹ je SEU Uredbo Sveta (ES) št. 881/2002 z dne 27. maja 2002 o posebnih omejevalnih ukrepih za nekatere osebe in subjekte, povezane z Osamo bin Ladnom, mrežo Al Kaida in talibani, in o razveljavitvi Uredbe Sveta (ES) št. 467/2001 o prepovedi izvoza nekaterega blaga in storitev v Afganistan, o poostritvi prepovedi poletov in podaljšanju zamrznitve sredstev in drugih finančnih virov talibanov iz Afganistana razglasilo za nično v delu, v katerem se nanaša na Y. A. Kadija in Al Barakaat International Foundation. Presodilo je, da z vidika konkretnih okoliščin, ki so pripomogle k vključitvi imen pritožnikov na seznam posameznikov in subjektov, na katere se nanašajo omejevalni ukrepi, ki so vsebovani v Prilogi I k izpodbijani uredbi, pravice obrambe, zlasti pravica do izjave in pravica do učinkovitega sodnega nadzora, očitno niso bile spoštovane. Po mnenju sodišča mora zadevni organ Skupnosti zadevnega posameznika ali subjekt v največji mogoči meri obvestiti o razlogih, ali ko sprejme odločitev o vključitvi ali vsaj kolikor hitro je mogoče po odločitvi, da naslovnikom omogoči, da lahko pravočasno vložijo pravno sredstvo. Spoštovanje obveznosti, da se sporoči navedene razloge, je namreč nujno, zato da se naslovnikom omejevalnih ukrepov omogoči obramba njihovih pravic v kar najboljših okoliščinah in da se odločijo ob popolnem poznavanju razlogov, ali je smiselno, da se obrnejo na sodišče Skupnosti, ter zato da se sodišču Skupnosti popolnoma omogoči nadzor nad zakonitostjo zadevnega akta Skupnosti, kot je za to pristojen na podlagi Pogodbe ES. Od organov Skupnosti glede omejevalnih ukrepov, kakršni so tisti, ki jih določa izpodbijana uredba, se ne zahteva, da sporočijo te razloge pred prvo vključitvijo posameznika ali subjekta na ta seznam. Tako predhodno obvestilo bi lahko ogrozilo učinkovitost ukrepov zamrznitve sredstev in finančnih virov, ki jih nalaga ta uredba. Da bi dosegli cilj, ki ga zasleduje ta uredba, morajo imeti taki ukrepi učinek presenečenja in se izvesti s takojšnjim učinkom. Iz enakih razlogov organi Skupnosti tudi niso bili zavezani, da pritožnika zaslišijo pred prvo vključitvijo njunih imen na seznam v Prilogi I k tej uredbi. Nujni preudarki, kar zadeva akt Skupnosti, katerega namen je izvajanje resolucije, ki jo je sprejel Varnostni svet v okviru boja proti terorizmu, ki se nanašajo na varnost ali vodenje mednarodnih odnosov Skupnosti in držav članic, lahko nasprotujejo temu, da se zainteresirane obvesti o določenih okoliščinah in da se jih zasliši glede teh elementov. Vendar pa to za spoštovanje načela učinkovitega

⁸⁹ Združeni zadevi C-402/05 P in C-415/05 P UL C 36, 11. februar 2006, UL C 48, 25. februar 2006, dostopni na <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=67611&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=SL&cid=17023>> (2. 5. 2015).

sodnega varstva ne pomeni, da omejevalni ukrepi, kakršni so tisti, ki jih nalaga izpodbijana uredba, uidejo vsakršnemu nadzoru s strani sodišča Skupnosti, ker je to potrdilo, da se akt, ki jih določa, nanaša na državno varnost in terorizem. Sodišče Skupnosti mora v takem primeru v okviru sodnega nadzora, ki ga izvaja, uporabiti načine, ki mu omogočajo uskladiti legitimne skrbi glede varnosti, ob upoštevanju vrst in virov informacij, ki so bili upoštevani pri sprejetju zadevnega akta, ter tega, da mora posamezniku v zadostni meri zagotoviti postopkovno varstvo. Niti izpodbijana uredba niti Skupno stališče 2002/402, na katero se ta sklicuje, ne predvidevata postopka za obveščanje o okoliščinah, ki utemeljujejo vključitev imen zainteresiranih subjektov v Prilogo I k tej uredbi, in za njihovo zaslišanje, ki bi potekalo hkrati ali po tej vključitvi. Poleg tega Svet nikoli ni obvestil pritožnikov o obremenilnih okoliščinah, ki bi utemeljevali prvo vključitev njunih imen v Prilogo I k izpodbijani uredbi ter posledično uvedbo predvidenih omejevalnih ukrepov, ki jih slednja določa. Ker Svet pritožnikov ni obvestil o obremenilnih dokazih, s katerimi je utemeljil omejevalne ukrepe, uvedene zoper njiju, in jima ni dodelil pravice, da bi se z njimi seznanila v razumnem roku po uvedbi teh ukrepov, pritožnika nista bila v položaju, da bi v svojo korist predstavila svoj pogled na to. Zato nista mogla braniti svojih pravic v zadovoljivih pogojih, tako da obstaja tudi kršitev pravice do učinkovitega pravnega sredstva.⁹⁰

Iz novejše prakse SEU je znan primer *ZZ proti Secretary of State for the Home Department*.⁹¹ V obravnavanem primeru je generalni pravobranilec zastopal

⁹⁰ Več v tč. 334–351 obrazložitve.

⁹¹ Gre za primer C-300/11 z dne 4. junija 2013, ki ga je analiziral N. de Boer, nav. delo, str. 1235–1262. ZZ je bil državljani Francije in Alžirije, ki je med letoma 1990 in 2005 zakonito prebival v Veliki Britaniji (VB). Od leta 1990 je bil poročen z Britanko in je imel z njo osem otrok. Ko je leta 2005 odšel v Alžirijo, je pristojno ministrstvo – *Secretary of State* (SS) razveljavilo odločitev o njegovi pravici do bivanja v VB in mu prepovedalo vstop v državo. Leta 2006 je bila njegova prošnja za vstop v VB zavrnjena iz razloga državne varnosti, češ da je bil vpleten v teroristične aktivnosti. ZZ se je zoper odločitev pritožil na neodvisni organ za imigracije – *Special Immigration Appeals Commission* (SIAC). V okviru pritožbenega postopka se je SS sklicevalo, da dokazi, ki so bili podlaga sprejeti odločitve, iz razloga varovanja občutljivih podatkov, ZZ ne smejo biti razkriti. Postopek obravnavanja pa je vodilo po *SIAC Procedure Rules*, ki med drugim določa, da za pravice stranke, ki jim zaradi varovanja tajnosti podatki niso razkriti, skrbi poseben odvetnik, ki lahko vpogleda dokument in zasliši priče, ne sme pa se posvetovati s stranko. Pri obravnavni tajnih podatkov je bil tako namesto odvetnikov ZZ prisoten poseben odvetnik, ki se o tajnih podatkih ni smel posvetovati z ZZ. SIAC je pritožbo ZZ zavrnil, pri čemer je bil tisti del odločbe, ki se je nanašal na tajne podatke, vročen le posebnemu odvetniku. ZZ je bil vročen le tisti del obrazložitve, ki je pojasnjeval razloge o tajnem obravnavanju, odločitev o odločilnih dejstvih, ki se nanašajo na ZZ-jevo vpletenost v teroristične aktivnosti oborožene mreže islamske skupine, pa mu ni bila dostopna. Na odločitev SIAC se je ZZ pritožil. *Court of Appeals* je zaradi dvoma v pravilnost odločitve, da SIAC ni razkril razlogov odločitve, sprožilo postopek pred SEU. Vprašanje, ki ga je SEU obravnavalo v luči razlage določbe drugega odstavka

mnenje, da je lahko pravica nerazkritja podlage za odločitev o izgonu državljan EU upravičena le v posebnih okoliščinah, ki jih upravičuje razlog državne varnosti.⁹² Odločitev mora biti podvržena sodni presoji, nacionalno procesno pravo pa mora poskrbeti za »tehniko«, kako v vsakem primeru doseči ravnotežje med procesnimi pravicami državljan EU in interesi državne varnosti.⁹³ V luči 8. in 13. člena EKČP in 1. člena Protokola 7 minimalna zaščita pravice zahteva, da ima pritožbeni organ možnost zavrniti obtožbo ogrožanja varnosti kot arbitrarno ali nerazumno, pri čemer je treba zagotoviti kontradiktornost postopka (npr. z zagotovitvijo posebnega odvetnika).⁹⁴ SEU je zavzelo stališče, da 47. člen Temeljne listine o človekovih pravicah zahteva, da mora imeti državljan EU vedno pravico biti seznanjen z razlogi odločitve o izgonu.⁹⁵ Tako je treba razlagati tudi določbo drugega odstavka 30. člena Direktive. Sodišče dopušča možnost izjeme od načela natančnega in popolnega razkritja razlogov zaradi varovanja državne varnosti, vendar le, če sta izpolnjena dva pogoja:

1. zagotovljeno mora biti učinkovito sodno varstvo, v katerem ima sodišče možnost pregledati vse dokaze ter razloge za tako odločitev (preizkus grožnje državni varnosti zaradi razkritja je v rokah nacionalne oblasti) in
2. sodišču morajo biti dani na voljo instrumenti, ki zagotavljajo prednost procesnih pravic posameznika pred interesom državne varnosti.⁹⁶

Sodišče je poudarilo, da konkretna oseba mora biti obveščena o bistvenih razlogih, na katerih sloni odločitev o zavrnitvi vstopa na podlagi 27. člena Direktive, zato zaščita državne varnosti ne more biti razlog za zanikanje pravice posameznika do zaslišanja.⁹⁷ Sodišče ni v celoti sledilo mnenju generalnega pravobranilca, saj je razmejilo področje razkritja dokazov in razkritja podlage za odločitev:

»Naloga nacionalnega sodišča je, da presodi, ali bosta nerazkritje dokazov in/ali nezmožnost izkazati jasno in popolno podlago vplivala na dokazno vrednost zaupnih dokazov.«⁹⁸

30. člena Direktive 2004/387ES (Direktive) v povezavi s 47. poglavjem Temeljne listine o človekovih pravicah, je bilo: ali je zagotovljeno učinkovito sodno varstvo v primerih, če se bistveni razlogi za odločitev o izključitvi državljan EU iz druge države članice EU, slednjemu ne razkrijejo iz razloga varovanja interesov državne varnosti.

⁹² Prav tam, str. 1237.

⁹³ Prav tam, str. 1237.

⁹⁴ Prav tam, str. 1239.

⁹⁵ Prav tam, str. 1241.

⁹⁶ Prav tam, str. 1241-1242.

⁹⁷ Prav tam, str. 1242.

⁹⁸ Prav tam, str. 1242. Prevod I. V. P.

9. SKLEPNO

Tajni podatki so zelo občutljivo področje. Zaradi svoje specifičnosti pomenijo oviro za avtomatično razkritje dokazov v pravnem postopku. Zato morajo biti tudi posebno zakonsko urejeni. Glede na odločitev US RS št. U-I-134/2010 je treba problem razkritja tajnih podatkov urediti na načelni (abstraktni) ravni, kar pomeni, da mora biti ureditev tako splošna, da bo zajela vse konkretne dejanske stanove. Pri tem pa je treba paziti, da niti pravica države in njenih organov po varovanju tajnih podatkov niti pravica posameznika do sodnega varstva ne bosta prikrajšani za bistveno, ustavno varovano vsebino. Čeprav kaže, da ima varstvo javnega interesa prednost pred zasebnim, ni vedno tako. Odločitev o tem, kateri pravici dati prednost in v kakšnem obsegu, je in bo ostala v pristojnosti sodišča. To bo moralo natančno analizirati vrednote, ki si pri razkritju tajnih podatkov stojijo nasproti, nato pa skrbno pretehtati, kateri pravici dati prednost. To je nedvomno zelo zahtevna in odgovorna naloga. Zato je mogoče pritrditi mnenju Šetinc Tekavčeve, da pomeni odločitev US RS za sodnika hudo breme.⁹⁹ Dodatno težo zagotovo predstavljata dejstva, da je izdaja tajnih podatkov kaznivo dejanje ter da ima lahko napačna sodna odločitev hude materialne in politične posledice za vso državo. Zato previdnost in pazljivost pri obravnavanju in razkritju tajnih podatkov ni nikoli odveč. Na drugi strani bo sodišče moralo paziti, da s pretirano zaščito varovanja tajnih podatkov ne bo poseglo v temeljne človekove pravice, ki se odražajo tudi skozi pošteno vodenje pravnega postopka.

Menim, da bi bilo treba v ZPP glede razkritja tajnih podatkov urediti dve vrsti vprašanj. Ena se nanašajo na možnost, da sodišče preveri odločitev organa, ki je podatku določilo tajnost oz. da ima možnost samo sprejeti odločitev o tem, da bo pričo odvezalo dolžnosti varovanja uradne ali vojaške skrivnosti. Druga pa se nanašajo na odločitev sodišča, kako se strankama sodnega postopka zagotovi seznanitev s tajnimi podatki, ki so predloženi v postopku. V zvezi s slednjim bi bilo treba prilagoditi tudi določbe ZPP po substanciranem navedanju dejstev. Če velja poseben režim za razkritje tajnih podatkov, se ta razteza tudi na navedbe, saj glede na uveljavljeno razpravno načelo sodišče brez ustreznih trditev ne sme izvajati dokazov. Kakor hitro se tajni podatki iz dokazov »pojavi« v vlogah strank in odločitvah sodišča, se režim obravnavanja tajnih podatkov razširi tudi na taka pisanja. Z omejitvijo dostopa do teh pisanj pa se, poleg težave pravice posameznika do sodnega varstva, kot ga je poudarilo US v odločbi U-I-134/2010 z dne 24. oktobra 2013, pojavi tudi težava pravice posameznika do enakega varstva, kamor spadata tudi pravici dostopa do sodišča in izjave (kontradiktornosti).

⁹⁹ M. Šetinc Tekavc, nav. delo, str. 8.

Glede na ugotovitve US RS in dosedanje izvajanje bi bilo za potrebe odprave ustavne neskladnosti ZPP glede razkritja tajnih podatkov primerno prvenstveno spremeniti in dopolniti določbo 230. člena ZPP, in sicer v smeri, da bi bila dokončna odločitev o presoji odveze dolžnosti varovanja uradne ali vojaške skrivnosti v pristojnosti sodišča in ne organa, ki je podatku določil tajnost. Pri tem bi bilo možno upoštevati že sprejeto rešitev na področju kazenskega postopka. Primarno bi bila pravica o tem, ali se pričo odveže dolžnosti varovanja uradne ali vojaške skrivnosti, še vedno v pristojnosti organa, v okviru katerega predlagana priča izvaja delovne naloge ali funkcijo. Če pa bi po oceni tega organa obstajali razlogi, zaradi katerih bi menil, da priče deloma ali v celoti ni mogoče odvezati dolžnosti varovanja uradne ali vojaške skrivnosti, bi organ moral o razlogih v določenem roku po prejemu zahteve seznaniti sodišče (zaradi zagotavljanja nepristranskosti končne odločitve o tem vprašanju ne bi smel odločati razpravljajoči sodnik oz. predsednik senata). Sodišče (sodnik oz. senat treh sodnikov ali predsednik Višjega sodišča RS) bi imel možnost vpogleda v konkreten civilni spis ter celotno gradivo, zaradi katerega pristojen organ meni, da priče ne sme odvezati dolžnosti varovanja uradne ali vojaške skrivnosti. Za potrebe odločitve bi lahko sodišče zahtevalo pojasnila in dodatne informacije organa, nato pa sprejelo odločitev o obsegu, pogojih in načinu zaslišanja priče v pravnem postopku.

Za celovito ureditev razkritja tajnih podatkov pa bi bilo treba prilagoditi več členov ZPP. Tako bi bilo treba že v zvezi s pridobivanjem tajnih podatkov s strani sodišča (10. člen ZPP) vzpostaviti poseben režim za pridobivanje tajnih podatkov. Ob dejstvu, da sodišča nimajo ustreznih pogojev za obdelavo in hrambo tajnih podatkov z najvišjimi oznakami tajnosti, bi bilo primerno premisliti o možnosti, da si sodišče take podatke, če je nujno potrebno, vpogleda pri organu, ki take pogoje izpolnjuje. Dodatno pa bi bilo treba poudariti dolžnost sodišča, da že pri pridobivanju tajnih podatkov upošteva javni interes in morebitne škodljive posledice, ki bi lahko nastale za organ v primeru razkritja tajnih podatkov.

Po prilagoditvi ZPP posebnemu režimu varovanja tajnih podatkov kliče tudi sprememba določbe 150. člena ZPP. Vpogled v spis, ki vsebuje tajne podatke, je nujno omejen. Zato tretji osebi, tudi če izkaže pravni interes, vpogleda in prepisa spisa ni mogoče dovoliti. Glede vpogleda v spis s tajnimi podatki in prepis bi se lahko za stranko, zakonitega zastopnika in pooblaščenca zahtevala pridobitev dovoljenja za dostop do tajnih podatkov ter izpolnitev pogojev za prenos in hrambo tajnih podatkov. Sodišče pa bi lahko za ta čas zaradi varovanja zakonskih procesnih rokov sprejelo sklep o prekinitvi postopka.

Tudi v zvezi z razkritjem listinske dokumentacije (določbe 226. do 228. člena ZPP) bi bile potrebne spremembe. Za listine, ki vsebujejo tajne podatke, bi

zakonodajalec moral določiti poseben režim obravnavanja. V citirani ustavni odločbi je US RS obravnavalo izključno vprašanje razkritja tajnih podatkov, ki so že v sodnem spisu, torej jih je sodišču predložila ena od pravnih strank. Najpogosteje bo to državno pravobranilstvo, ki je zakoniti zastopnik države in njenih organov, pri katerih nastajajo tajni podatki. Ni izključeno, da teh podatkov ne bi predložila tudi stranka sama, npr. osebe iz tretjega odstavka 1. člena ZTP. Zdaj veljavna ureditev ji tega ne dopušča, če predhodno ne pridobi dovoljenja organa, ki je določil tajnost podatka. Problem razkritja tajnih podatkov bi bilo treba urediti tudi za primere, ko ena od pravnih strank zahteva, naj sodišče v njeno korist pridobi tajne podatke od druge stranke postopka ali tretje osebe (glede na naravo nastanka tajnega podatka je ta tretja oseba lahko le državni organ). Najmanj, kar bi bilo primerno storiti, je, da bi se tudi za listinsko dokumentacijo, ki vsebuje tajne podatke, določila smiselna uporaba predlagane spremembe 230. člena ZPP.

Literatura:

- Neil Andrews: English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System. Oxford University Press, First published 2003.
- Lidija Bela Pangeršič: Informacija javnega značaja – analiza izjem (magistrska naloga). Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani, Ljubljana 2013.
- Elma Buljko: Pregled prakse ESČP iz leta 2009 glede civilno procesnih jamstev (diplomska naloga). Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani, Ljubljana 2012.
- Nik De Boer: Secret evidence and due process rights under EU law, v: Common Market Law Review, št. 51/2014.
- Aleš Galič: Ustavno civilno procesno pravo, Ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba – meje preizkusa in postopek. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Primož Gorkič: Izdaja tajnih podatkov in mediji – poskus razčlenitve, v: Pravna praksa, št. 42-43/2014.
- Jože Juhart: Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije. Univerzitetna založba Ljubljana, Ljubljana 1961.
- Paula Loughlin in Stephen Gerlis: Civil Procedure. Second Edition. Cavendish Publishing Limited, London 2004.
- Wolfgang Küschner: Parteiöffentlichkeit vor Geheimnisschutz im Zivilprozess, v: Neue Juristische Wochenschrift, št. 29/1992, str. 1804-1805.
- Hans-Joachim Misielak in drugi: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen GmbH, München 2011.

- Craig Osborne: *Civil Litigation, Legal Practice Course Guides*, 2002-2003. Tenth edition. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Marijan Pavčnik: *Argumentacija v pravu*. Cankarjeva založba, Ljubljana 1998.
- Nataša Pirc-Musar: Test tehtanja s poudarkom na testu javnega interesa pri dostopu do informacij javnega značaja, v: *Podjetje in delo*, št. 6/2005.
- Senko Pličanič in drugi: *Komentar Zakona o dostopu do informacij javnega značaja s pravom EU in primerjalno pravno prakso*, Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti. Ljubljana 2005.
- Urška Prepeluh: *Pravica do dostopa do informacij javnega značaja*, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2005.
- Hanns Prütting in Markus Gehrlein: *ZPO Kommentar*, 1. Auflage, Luchterhand 2010.
- Tanja Pustovrh-Pirnat: O tajnih podatkih v individualnih delovnih sporih, v: *Podjetje in delo*, št. 3-4/2013.
- Thomas Raucher, Peter Wax, Joachim Wenzel in drugi: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck oHG, München 2008.
- Christopher Style in Charles Hollander: *Documentary Evidence*. Third edition, Longman, London 1991.
- Martina Šetinc Tekavc: Neskladje ZPP z Ustavo zaradi odsotnosti posebne ureditve za obravnavo tajnih podatkov, v: *Pravna praksa*, št. 1/2014, str. 8.
- Lovro Šturm (ur.) in drugi: *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije. Brdo 2002.
- Colin Tapper: *Cross & Tapper on Evidence*. Oxford University Press, Oxford 2007.
- Joachim Zekoll, Jan Bolt: Die Pflichte zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess – Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?, v: *Neue Juristische Wochenschrift*, št. 43/2002, str. 3129–3200.
- Sabina Zgaga: *Izdaja tajnih podatkov*, v: *Pravna praksa*, št. 1/2012.
- Jan Zobec: *Praktična konkordanca v ustavosodni presoji*, v: *Pravosodni bilten*, št. 2/2011.
- Adrian Zuckerman: *Civil Procedure*. Lexis Nexis, Reed Elsevier, London 2003.
- Dragica Wedam-Lukić: Načelo sorazmernosti kot kriterij ustavosodne presoje, v: *Podjetje in delo*, št. 7/2009.
- Irena Winerleitner: *Dostop do informacij javnega značaja in tajni podatki (magistrska naloga)*. Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani, Ljubljana 2012.

THE CONCEPT OF CHILDHOOD FROM ISLAM-OTTOMAN LAW TO TURKISH LAW AS AN EARLY MAJORITY STATE: EARLY AGE MARRIAGES

Sevgi Usta,

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

Change originates from acceptance.

1. INTRODUCTION

The discovery of early age marriages that has recently been brought to Turkish agenda and its surprising reflection in the press and nongovernmental organizations indicates to the need of reviewing the Turkish roots of these early age marriages which are not a current issue on these lands. When we review the marriage law of our country, the Ottoman Law which is the former law system is the law applied four generations before.¹ 1926 dated Turkish Civil Code (pTCC; No:743/1926)² taking effect by means of the adoption of 1907 dated Switzerland Civil Code is a product of the transition of the Westernization adventure commencing with the announcement of Reform in 1839 from Empire to the Republic.³ The rule with respect to reaching majority or adulthood had religious roots in the Ottoman Law, these rules underwent some changes dur-

¹ Prior to the adoption of the Civil Code in 1926, the dominating and effective law system in our country was the Islamic Law. At the developmental stage of the Islamic Law, four law doctrine (religious sect) appeared as Hanafi, Maliki, Shafii and Hanbali. The doctrine of Hanafi was officially accepted by the Ottoman Empire. Berki, *Islamic Law in the History of Law* (1955), p. 19; Ünal, "The Regulations with regard to the Turkish Family Law prior to the Adoption of the Civil Code and particularly 1917 dated Decree on Family Law (1977), p. 220.

² Official Gazzette 4.4.1926-339.

³ Within the scope of the modern sense of Turkish Legalization movement beginning with the Reform, only the legislating technique of the West was taken as a model in the first phase and a new content was added through the adaption of French laws at the second pha-

ing the period commencing with the Reform. As was observed in former Laws, reaching to puberty was the fundamental factor of reaching to majority. Majority, on the other hand, was classified as the puberty stage and maturity stage in terms of being able to perform such transactions as marriage and property holding. In such divisions, the capacity of act and marriage was subjected to different rules; it was sufficient to reach puberty in order to reach the marriage maturity (in addition to the capable capacity) while it was required to reach the lawful age for the performance of property holding transactions and to reach puberty again for the management of such properties. Therefore, the development of both majority states was different. The provisions of act capability were included in 1876 dated Ottoman Civil Code (Mecelle).⁴ In terms of the marriage capacity, the understanding of Hanafi Law Doctrine of the Islamic Law which was officially accepted by the Empire was implemented until the 1917 dated *Decree on Family Law*.⁵ Remaining in force for two years, 1917 dated *Decree on Family Law* suggested a limit for the increase of marriage age and for the forcing parental power, it is known that the implementation was continued to be applied.⁶ Until the proclamation of Republic in the year of 1923 as well as the inurement of the Civil Code in 1926 adopted from 1907 dated Swiss Civil Code (ZGB), the religion-based rules of the law were maintained to be implemented.⁷ Upon the adoption of 1926 dated Civil Code, the Law System of Rome-Germen was started to be enforced officially, the provisions of the

se and the most appropriate laws for the social structure among various Western nations were selected and maintained its development at the last phase. Ünal, *ibid.*, p.205

⁴ Ottoman Civil Code (Mecelle) is such a work that its roots were predicated completely upon religious and divine Islamic Law; the provisions which had been effective in the Empire until that date but included in various comprehensive books in a dispersed way were prepared by a specialist discipline committee and took their latest from with the disposal of the Ruler. See for the information about Ottoman Civil Code: Onar, *Islam Law and Ottoman Civil Code*, (1985), p. 580; Karahasanoğlu, *The Implementation of the Ottoman Civil Code (Mecelle) and its Significance in Turkish Legal History* (2011) ; Berki, *Islamic Law in the History of Law* (1995), p. 19.

⁵ Prior to the adoption of the Civil Code in 1926, the dominating and effective law system in our country was the Islamic Law. At the developmental stage of the Islamic Law, four law doctrine (religious sect) appeared as Hanafi, Maliki, Shafii and Hanbali. The doctrine of Hanafi was officially accepted by the Ottoman Empire. Berki, *ibid.*, p. 19.

⁶ See for the preparation process of the Decree which is the last chain of the legalization movement. The reason behind the delay of the Decree is that family law is such a branch of law that law and moral and religious beliefs, traditions and practices are nested most. Ünal, *ibid.*, p. 205; Göktürk, *Turkish Civil Law (Family Law)* (1955), p.272; Oğuzoğlu, *Civil Law (Law of Persons-Family Law)* (1963), p. 4.

⁷ See for detailed information on this process; Unesco, *The Reception of Foreign Law in Turkey* (1957) is available as English language in the address below <http://unesdoc.unesco.org/images/0002/000245/024596eo.pdf>

Swiss Civil Code were predicated upon and normal majority age was agreed to be eighteen and the marriage age specified in Swiss Civil Code was reduced by means of taking into account the facts faced in Turkey. It was also included in the states of early majority as marriage is the result of majority. After seventy five years the effective Turkish Civil Code dated 2001 (TCC, No.4721/2001) accepted with significant amendments in the legal statute of female spouse. However the marriages ages were preserved. The existence of early age actual religious marriage which was down to the age of ten and the fact that marriage age was less than the majority age show that not all children are subjected to the same rules. In both cases, when we predicate upon the fact that the marriages performed below the age of eighteen are regarded as “child marriages” in international literature, this is a truth for Turkey which has both legal and cultural grounds.⁸ I hope that reviewing the roots of this truth through the development of majority provisions will ensure that we understand and accept the territorial characteristics of child marriages and have a role in variation. Within this frame, a bridge is tried to be built from the past to the present by means of involving how the completion of childhood was used to be regulated in the former Law and Modern Law.

2. THE CHILDHOOD AND THE END OF CHILDHOOD

While being an adult or major express that an individual is completely autonomous in a legal sense, it also indicates that the status of childhood as well as the protection arising from national and international legal regulations for such period will be lost.⁹ Therefore, the determination of the beginning and end of this period is important. 1st article of the 1989 dated Convention on the Rights of the Child of the United Nations which is a global document was declared to be the guarantee of childhood.¹⁰ According to such provision, *each individual until the age of eighteen is regarded as child excluding the majority at an earlier age depending on the law applying to the child*. This article defines the

⁸ See generally, UNFPA United Nations Population Fund, Turkey Child Marriage (2012). <http://www.unfpa.org/webdav/site/eeca/shared/documents/publications/Turkey%20English.pdf>. (2011) Report on the Psychological Violence on Women due to the Gender of Children, Bride Price and Traditional Marriages, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_5.pdf>; The Report for the review of Early Age Marriages by the Committee on Equality of Opportunity for Women and Men (2009) ; (Committee,) p. 4 the Report is available in the following address only in Turkish language: <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor.pdf>.

⁹ Van Bueren, The International Law on the Rights of the Child (1998), p. 32.

¹⁰ The Convention was signed by Turkey in 1990, and ratified in 1994. Official Gazette 11.12.1994-22138.

beginning of childhood in an unclear way,¹¹ introduces the upper age limit of eighteen for the completion of childhood and allows earlier majority for the child according to the applicable laws. According to this provision, individuals will be protected until the age of eighteen. However, as they are subjected to continuous development, they will be granted certain autonomies in specific areas and thus act on behalf of themselves and make decisions before the age of eighteen as well. The Committee on the Rights of Children thinks that a minimum age limit should be identified for such issues as compulsory education, working age, consent to sexual intercourse, marriage, voluntary enrollment to the armed forces and enlistment, participation to wars, criminal liability and the use of alcohol and other controlled substances. Apart from this, it does not support the introduction of an age limit for such issues as legal or medical consultancy without the consent of parents.¹²

3. MAJORITY IN TURKISH LAW

Due to physical and cognitive insufficiency of human beings, when the period during which special protection and care is needed including an appropriate legal protection will end and the status of the individual at this period is different in terms of children law. In previous law systems, as the birth of people could not be determined and identified officially, each child was associated with physical maturity on the basis of biological development which is different for each child. In modern law systems, on the other hand, the children who reached to intellectual maturity were used to be major and in the event of reaching to intellectual maturity, physiological conditions were eliminated and a fully objective criterion such as age was accepted.¹³

This process has been developed in a similar way in terms of the concept of childhood in Turkey. Within the scope of the implementations of the Ottoman Empire, the period of childhood was divided into two stages as the pre-puberty and post-puberty which express physical majority. Pre-puberty was categorized as fetus stage, mental capacity stage and childhood stage. According to

¹¹ The first reference for the beginning of childhood on the basis of international law is included in/established by the Preamble of 1959 dated *Charter of Children Rights*; *whereas the child by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth*. Prenatal period was referred in the preamble of the Charter and the determination of the beginning of the childhood was left to the domestic law/countries in the 1989 dated Convention on the Rights of Children. Hodgkin/Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child (2007), pp. 1–3.

¹² See Hodgkin/Newell, *ibid.*, p. 5.

¹³ Saymen, Turkish Civil Code, Law of Persons (1948), pp. 89–90.

the former Law, end of childhood was associated with puberty and majority was regulated in a different way in terms of property transactions and marriage licence. A pubescent was used to be regarded as liable in terms of religion and in a legal and penal sense.¹⁴ At the age of basic education, on the other hand, the upper limit was the puberty age. Girls and boys should have received the formation to overcome any difficulties in their lives on their own until the age of 15 and acquired essential information and attitudes on their own genders; minimum level of religious information and basic vital knowledge. The students were granted scholarships to ensure that all children could receive such basic education while the teachers were given salaries for the same purpose.¹⁵ In terms of working age, children did not have to work to meet their *food, clothes and accommodation* needs which were their fundamental rights until they reached puberty.¹⁶

In the modern Turkish Law, on the other hand, majority is accepted to be reached when children reach to physical, mental and cognitive maturity. Within the scope of Turkish Law, the states of marriage majority and judicial majority are accepted which make reaching to puberty at an earlier age possible through general majority age. In the regime of Turkish Children Law, minimum age limits have been determined in terms of the permission age for compulsory primary education, consent to sexual intercourse, marriage, working, penal responsibility, compulsory military service and drug use.¹⁷ The lower limit for marriage is 17, exceptionally 16 (Article 88 of Turkish Civil Code)¹⁸ whereas the lower limit for consent to sexual intercourse is 15 (Article 104 of the Turkish Penal Code, No:5237/2014)¹⁹ and is 15 for working, 14 for light duties (Article 50 of the Constitution ; Article 71 of the Labour Act No: 4857/2003)²⁰;

¹⁴ Ekinci, *ibid.*, p. 404; The children did not have criminal capacity until the age of 7; Canan expresses that education measurements were taken by the age of 15 and various educational precautions were applied for understanding the psychology of the child and the act committed rather than a punishment for the capable children at the age of 17. Canan, *Children's Right in Islamic Law in the light of the Children's Right Declaration* (1980), pp. 47-48.

¹⁵ Canan, *ibid.*, pp. 94-95.

¹⁶ Canan, *ibid.*, p. 112.

¹⁷ See, Usta, *Children Rights and Custody* (2012), pp. 17-18; See generally for Children Rights in Turkey; 2012 dated Turkish Result Observation Report of the Children's Rights Committee, CRC/C/TUR/CO/2-3; Libal, *Children's Rights in Turkey* (2001), pp. 35-44. It is available in the address below <<http://humanrights.uconn.edu/wp-content/uploads/sites/767/2014/06/ChldrensRightsInTurkeyLibal.pdf>>.

¹⁸ Official Gazzette 12.10.2014-25611.

¹⁹ Usta, *Children Rights and Custody* (2012) , p. 17.

²⁰ Official Gazzette 30.06.2012-28339.

children below the age of twelve do not have penal responsibility. Penal responsibility has been regulated in a different way for children at the ages of 12-15, 16-18 in terms of relevant sanctions (Articles 6, 61 of the Turkish Penal Code). The completion of the ages of 13, 16-18 and 15 have also been required respectively for compulsory education (Article 42 of the Constitution; Article 22 of the Primary Education Act No:5253/2004)²¹ and being a founder or member of an association and bequeathing (Article 502 of the Turkish Civil Code). According to the Law on Children Protection, they are defined as “the persons below the age of eighteen despite they reach majority at an earlier age” (Article 3 of the Law on Children Protection 5395-2005).²² The existence of the capable judgement is predicated upon within the scope of the Civil Code for other transactions and responsibilities (Articles 13-16 of the Turkish Civil Code).

3.1. Majority in the Former Law

Expressing the state of reaching to majority in the former law system, puberty meant the capacity to give birth to a child and it was a biological state varying from person to person.²³ The lower limit of puberty in Ottoman Civil Law (Mecelle) was 9 for girls and 12 for boys whereas the upper limit was 15 for both (Art. 95). Puberty might be reached at any age between these two limits. For puberty, the declaration of individual was used to be predicated upon and no puberty claim was used to be taken into consideration below the abovementioned lower limits and the individuals failed to reach puberty despite of the fact that they completed the age of fifteen were used to be regarded as pubescent (Mecelle, Articles 985-989).²⁴ If the puberty claims could confirm biological development claims, they were used to be regarded as major by the court. This type is accepted as judicial majority.²⁵ Reaching to puberty was sufficient for majority and it was a precondition for marriage majority.¹⁸ It was also used to apply to property transactions.

3.2. Marriage Majority

Capable children reaching to the puberty age had the marriage majority but the implementation were applied in a different way. The custody institution

²¹ Official Gazette 12/1/1961-10705.

²² Official Gazette 15.07.2005-25876.

²³ Ansay, *Islamic Law in Law History* (2002) p. 74.

²⁴ See generally Ekinçi, *Ottoman Law – Justice and State* (2012), p. 403; Aydın, *History of Turkish Law* (1999), p. 223 vd. Mardin, *Family Law Lectures* (1934), p. 337; Ansay, *ibid.*, pp. 4–75.

²⁵ Akagunduz, *Comparative Canon of Islam and Ottoman Law* (1989), p. 57.

which was founded to protect and guard the personal assets and properties of children and perform relevant legal transactions on behalf of them within this frame corresponds to the custody and training institutions in our previous Law.²⁶ Training means the protection, cleaning, care and educational activities of the children. Mother and female relatives of her were regarded as commissioned and responsible for menstruating for girls and for being able to perform all these works alone for boys.²⁷ Custody, on the other hand, was divided into two in terms of the immaterial and property transactions. The custody of children on the property aimed the protection of the assets of the children who had properties but did not reach to puberty. The person exercising this authority was called as custodian, fathers or grandfathers might also have this authority.²⁸ The custody on immaterial properties, on the other hand, used to cover the completion of training, protection as from the puberty period and marriage authorities. Marriage custody granted to father and his male relatives was classified as compulsive custody and non-compulsive custody depending on whether the consents of the individuals to be married were asked or they had the capacity to make a decision or not.²⁹ The parents of incompetent and competent children used to have compulsive custody.³⁰ If the incompetent or competent child was engaged or married by his/her father or grandfather, they did not used to have a right to object when they reached puberty. However, if the marrying custodian was uncle or brother apart from fathers and grandfathers, the child might raise an objection for the marriage to be performed by such relatives.³¹ With the authority of compulsive marriage fathers and grandfathers used to have the authority to marry their daughters even as from their birth. Non-pubescent children or even babies were used to be married by their parents. The perspective of legal experts on this regard is that the girls who have not reached sufficient physical maturity yet to have sexual intercourse should stay with their parents or be kept apart from their husbands. In fatwa, it was asserted that the girls at the age of 8-9 may not be taken from

²⁶ Aydın, *ibid.*, p. 281.

²⁷ Canan, *ibid.*, p. 40; Aydın, *ibid.*, p. 282.

²⁸ Canan, *ibid.*, p. 43; Aydın, *ibid.*, p. 282; Cin, *Marriage in Islam and Ottoman Law* (1974) pp. 70–90.

²⁹ Non-compulsive custody inv anybody on the basis of their own wills, it was expressed that the girls at the same state could only marry with the consent of their parents as from the midst of the sixteenth century. Akif, p. 280; See for more detailed information: Aydın, *ibid.*, pp. 96–99.

³⁰ Aydın, *ibid.*, p. 283.

³¹ Cin, *ibid.*, p. 87; Ebül'ula Mardin, *Lectures on Family Law* (1934), p. 33.

their families.³² Seventy eight years after the Tanzimat, a new regulation was adopted through the Decree on Family Law taking effect in the year of 1917 by means of benefiting from the perspectives of other doctrines, and the ages of 17 and 18 were respectively accepted for girls and boys as the upper limit of puberty (Articles 5-6).³³ Within the frame of such decree, marriage licence was accepted as 12 for boys and 9 for girls as a lower limit and it was finalized that parents may not marry the children below these ages (Article 7) to restrict the compulsive custody authority in the Family Law Decree.³⁴

3.3. Majority

Being expressed as mental and intellectual maturity, majority is being able to behave as required and be capable in the protection and management of personal property of the individual (Articles 947, 981-982 of the Mecelle).³⁵ The age of maturity was not determined in our previous law system. However, what is fundamental herein is the research of whether the pubescent has reached to puberty or not in all tangible occurrences. Despite of this, the idea of the Mecelle suggesting that majority can be possible as from the puberty maintains to be the predominating principle in a general sense in the Former Law.³⁶ Islamic legal experts asserted for majority that a certain age can be set after the puberty if social and economical conditions required so. An example for this is the determination of the age of 20 for majority for orphan children in order for the protection of their properties. *In this way, the properties of the orphans shall be delivered to them as from such age.*³⁷ Despite of the fact that they were remained as draft laws in that period, the Brief of Ukud and Wajibat Commission should be referred to. It eliminated the principle of the Mecelle which predicated upon puberty and required majority and, just like the European Laws, did not mention the puberty and determined the majority age as 20.³⁸ Furthermore,

³² It is expressed that this kind of marriages observed in the Ottoman Empire was not possible; however, there searches put forth that early age marriages were used to be a norm independent from religious belonging. Araz, *Being a Child in Ottoman Culture* (from 16th century to the beginning of 19th century), (2013), p. 92 footnote 228; *ibid.*, Akagunduz, p. 57.

³³ Through the exceptional provisions included in the Decree, the beliefs of the Empire belonging to three nationality of Islam, Christianity and Jewishness were tried to be combined within the scope of the same "code". Ünal, *ibid.*, p. 210.

³⁴ Cin/Akgündüz, *History of Turkish Law* (2012), p. 65; Aydın, *ibid.*, p. 22; Ebru Kaya-baş, *The Development of Family Law in the Ottoman Empire as from the Reform Period – Family Law Decree* (2009).

³⁵ Mardin, *ibid.*, p. 337.

³⁶ Aydın, *ibid.*, p. 221 footnote 19; Cin/Akgündüz, *ibid.*, p. 12.

³⁷ Aydın, p. 222 footnote 21; Cin/Akgündüz, p. 13.

³⁸ Cin/Akgündüz, *ibid.*, p. 14.

it was decreed that all individuals completing the age of eighteen may request majority through a court decision.³⁹

4. THE END OF CHILDHOOD IN TURKISH LAW

The states of end of childhood were regulated in modern Turkish Law System within the frame of the understanding of Convention. The upper limit for the age of majority was determined as the completion of the age of eighteen in the Civil Code (Article 11/I). Besides the general majority age, the states of early puberty were recognized. One of early puberty states is marriage. It does not associate the marriage majority with general majority rules but it suggested separate provisions and marriage was accepted as one of the early majority states through the provision of: “*Marriage makes the individual pubescent*” (Article 11/II). It would be illogical for the legislator not to allow the performance of other transactions after it permits the underage person to fulfill such an important legal transaction as marriage.⁴⁰ Another state of majority is the judicial majority offered to children completing the age of fifteen (Articles 13–16).

4.1. Normal Majority Age

As an upper limit and earlier majority states were recognized, majority was classified as normal majority and early majority in the doctrine. Constituting the upper limit for the end of the childhood, majority begins with the *completion of the age of eighteen* according to the previous and effective Civil Code (Article 11/I). It is expressed that the differentiation of civil and political majority was aimed at in the acceptance of the completion of the age of eighteen as the majority age which is 20 in Switzerland.⁴¹

4.2. Judicial Majority

The judicial majority specified in the previous Civil Code expresses that a child who has not completed the age of eighteen yet shall have the capacity to use his/her civil rights through a court decision, in other words, s/he shall be mature. According to the Civil Code, *a child completing the age of fifteen may be regar-*

³⁹ Cin/Akgündüz, *ibid.*, p. 14; Akif Aydın, p. 221, footnote 19; Cin/Akagündüz, *ibid.*, p. 12.

⁴⁰ Saymen, *ibid.*, p. 92; Oğuzman/Seliçi/Oktay – Özdemir, *Law of Persons* (2014), p. 63; Dural/Ögüz, *Turkish Civil Law-Law of Persons* (2014), p. 51; Hatemi, *Natural Persons* (2005), p. 46; Köprülü, *General Principles of Civil Law and The Law of Persons* (1979) *Civil Law General Principles, Law of Persons, Family Law* (1979), p. 208; Arpacı, *Natural Persons* (2000), p. 28.

⁴¹ Saymen, p. 90.

ded as mature by the court depending on his/her will and the consent of his/her parents (Article 12). In the doctrine, it is suggested as a justification for the end of childhood that “some children in our country as well physically completed the stage of childhood at very advanced ages despite of the fact that they have not completed the age of eighteen yet; in other words, they do not need any protection or assistance and even they earned success, through complete and independent acts or having a legal capacity before the age of eighteen originates from an obligation in such cases as the child maintains the business/work of his/her father in the event of a death when the child assisting his/her father and learning the work well is sixteen years old.⁴² In the event that the parents do not consent to this request which is to the advantage of the child without a valid ground, the judge will make a decision on the basis of the opinion and benefit of the child. Based on the fact that this may be deemed in the doctrine as the misuse of guardianship, it was suggested that the judge should abandon the condition of consent⁴³ in the event that the child has obviously a benefit, and this should be regarded as a justification for the removal of guardianship.⁴⁴

4.3. Marriage Majority and Judicial Marriage Majority

Two early majority states were accepted in the Civil Code on the basis of normal and exceptional marriage. In the previous Civil Code, the marriage and majority age for boys and girls which was respectively 20 and 18 were reduced according to climate and biological characteristics and traditions of our community and normal marriage age was determined to be 18 for boys and 17 for girls whereas exceptional marriage age was determined to be 15. However, the marriage age had to be reduced through an amendment on 3453 numbered Law in 1938 due to the increase in the number of the age increase cases and actual affairs at early ages.⁴⁵ According to the new article, the boys and girls may marry at the ages of respectively 17 and 15 and judges may grant the right to marry for boys and girls completing the age of respectively 15 and 14 in

⁴² Ali Naim İnan, *Children Law*, İstanbul (1968) s. 14; Akipek/Akıntürk/Ateş - Karaman, *Turkish Civil Code, Law of Persons* (2012), p. 63; A similar demand in our implementation which is confused with the judicial majority demand is the correction of a wrong age record or recording an elder age in the birth registration office. Serozan, *Child Law* (2005), p. 93.

⁴³ Ataay, *Law of Persons* (1978) p. 74; Özsunay, *The Legal Statute of Real Persons* (1979), p. 46; Zevkililer, Aydın/Acabey, Beşir/Gökyayla, Emre *Civil Law – Introductory-Preparatory Provisions, Law of Persons, Family Law* (1997), p. 262; Arpacı, *ibid.*, p. 29.

⁴⁴ Serozan, *ibid.*, p. 93; Egger, Art 15 N. 5; Özsunay, *ibid.*, p. 46; Köprülü, *ibid.*, p. 210, Oğuzman/Seliçi/Oktay – Özdemir suggest that the guardianship serves to the benefits of the parents as well and therefore not to consent to the withdrawal from the right of guardianship would not be deemed to be misuse of rights. Oğuzman/Seliçi/Oktay – Özdemir, *ibid.*, p. 65.

⁴⁵ Official Gazette 15.06.1938-3432.

extraordinary and exceptional cases. In the Civil Code taking effect seventy six years after the previous Civil Code, both early majority state were protected by means of age increase and equality. According to Article 124 of the Civil Code, *males and females may not marry unless they complete the age of seventeen(.), in order for the marriage to be valid, the consent of the parents or guardian is required* (Article 124/I,126).⁴⁶ In the absence of the consent of the parents, they have the right to request the cancellation of the marriage (Article 153/I).⁴⁷ The parents may not reject the marriage of the child without a justified reason and the children shall not be forced to marry. The court shall make a decision by means of taking into consideration the benefits and opinion of the child.⁴⁸ However, a married child without the consent of legal representative reaches to majority when s/he completes the age of eighteen or if the woman is pregnant, marriage cancellation shall not be decided (Article. 153/II).

Being expressed as the judicial marriage majority as well, exceptional marriage, on the other hand, shall be able to be performed in the existence of an extraordinary event or a highly important reason. The exceptional marriage age which was 15 and 14 respectively for boys and girls in the Previous Civil Code was equalized to sixteen for both girls and boys just like the marriage age in the current law and protected in this way; the validity of such a marriage is dependent on the leave of court and hearing of the parents or guardian (Article 24/II).⁴⁹ The hearing of the parents was abandoned to be an “*absolute obligation*”.⁵⁰ As an example for the extraordinary events, such situations that particularly the woman is pregnant, there is a death risk for the man, the engaged girl is orphan, uncared and lives in poverty, she could help her family if she

⁴⁶ The judge shall hear the parents or guardian if possible before his decree (Article 124/II of the Civil Code). In other words, the Law finds it sufficient to hear them instead of getting their permit. The decisions involving the hearing of only father, requires cancellation by the Supreme court. For the decisions: 2.HD.28.02.2000-644/2484, RG.29.03.2000-24004; 2.HD. 14.12.2000, 13900/15850, RG. 29.01.2001-24302.

⁴⁷ Ministry of Justice, Turkish Civil Code, The Law and Justifications on the Enforcement and Implementation Way of Turkish Civil Code (2002), p. 364.

⁴⁸ Supreme Court 2.HD.E. 2007/19532-K. 2009/2335-T. 16.2.2009; E. 2009/4261-K. 2010/8141-T. 26.4.2010.

⁴⁹ While the number of the age revision cases opened in Turkish courts reached to 34.000 in 1936, it exceeded 60.000 a year later and the number of the cases opened for the permission to exceptional marriage was 900 in 1935 but it increased to 2085 in 1937. According to there searches performed in metropolitans, more than 80% of the age revision cases had been opened for the assurance of marriage licence. For the justification of the law, see Arsebuk (1940), p. 595.

⁵⁰ Ministry of Justice, *ibid.*, p. 364.

marries or she marries into a foreign country where the marriage age is lower were provided in the doctrine.⁵¹

5. A REVIEW FROM PRESENT TO THE PAST

Despite of the fact that upper limit of majority was regulated in accordance with the provisions with respect to minimum age determinations as well as the provisions of international laws³⁷, it has been one of the most changed and problematic issues in terms of implementation since the acceptance of the Civil Code in 1926 for the legal history of marriage and marriage age and for the former law. Until the acceptance of the Civil Code in the year of 1926, it was a remarkable development in the former law that the majority had been associated with age and determined as 20 in 1921 (1340) dated Ukud and Wajibat Commission Brief and that the age of puberty had been increased to 17 and 18 in the Family Law Decree. Additionally, the introduction of a lower age limit for the sake of restricting the compulsive marriage license before puberty should be regarded as an important step for the modification of the implementation.

Although a new lag regime was adopted through the adoption of the Switzerland Civil Code, the fact that marriage age is below the majority age shows that there is a traditional resistance to a marriage order desired to be introduced through provisions of law and this resistance is “respected” by the legislation. In spite of the fact that the provisions of Switzerland Civil Code are predicated upon, it will not be a discovery to claim that the provisions and understanding of the Decree on Family Law were taken into consideration in the acceptance of the age of 18 for the majority, of the ages of respectively 17 and 18 for marriage of girls and boys and of the age of 15 for both as exceptional marriage in 1926 dated Turkish Civil Code. However, it had to be acknowledged ten years later that these age limits were not approved by all sections of the society the age limits for marriage has to be rearranged in 1938. New ages were accepted as 15 and 17 and 14 and 15 for exceptional cases.

Another amendment in the Civil Code is the replacement of religious marriage with civil marriage. In the former law system, the permission of the woman was used to be got under the title of chief judge and imams perform the mar-

⁵¹ According to the Supreme Court, the courts should take a decision on the basis of results by means of investigation and collecting the evidences indicating the existence of a highly important reason. HD. 8.12.2004, 12778/14697, Official Gazette. 9.1.2005-25695; 2. HD. 28.03.2005, 2133/4855, RG. 17.04.2005-25789. Akıntürk, Turkish Civil Code Turkish Family Law, (2006), p. 70; Saymen, Elbir, Family Law (Turkish Civil Code (1960), p. 78–79; Velidedeoğlu, Turkish Civil Law, Family Law. (1960), p. 59.

riage ceremony and have such marriage registered.⁵² Through the Civil Code, it was only accepted that the union of marriage shall be established through civil marriage in both Civil Codes. It was also decreed that religious marriage may be performed after civil marriage as an option (Article 143 of the TCC).⁵³ The performance of the civil marriage before the religious marriage was regarded as a crime in Turkish Criminal Code (Article 230.).⁴⁰ However, this obligation was not agreed by all sections of the society. Religious marriage based extramarital relations were allowed to be turned into civil marriages through the Laws concerning the Proper Registration of Children Who Are Born as a Result of Extramarital Relations and Non-Desponsation Affairs introduced in the years of 1933, 1934, 1945, 1950, 1956, 1971, 1981 and 1991.⁵⁴

In the Civil Code taking effect in 2002, seventy six years later the previous Civil Code, the majority age was equalized to the marriage age and determined to be eighteen through an amendment made on the Switzerland Civil Code in 1994; early majority states were excluded and normal marriage age was determined to be seventeen; it was increased to sixteen for exceptional situations and in this way it was protected for both genders.⁴² In the justification of the article, it was expressed that marrying underage girls would cause both biological and psychological negative effects; *the age of fifteen is low for the establishment of a family life which was an important community by means of taking into account*

⁵² Kayabaş, *ibid.*, p. 60; Cin, *ibid.*, p. 282; Despite of the fact that there were religious functionaries who performed the duty of marrying that was the authority of Muslim judges through a letter of permission in Ottoman Empire, the state granted the authority to approve and record marriages to Muslim judges. However, it can be seen that this was breached in implementation. During the performance of the marriage ceremony, civil marriage was regarded as a burden and it was tried to be get rid of as much as possible. Sometimes, Muslim judges received more money than the required amount and then permitted to marriage. The number of the marriages performed without the permission of Muslim judges gradually increased and the implementation became random. Halime Doğru, Engagement, Marriage and Divorce according to the Religious Rules and Decrees in XVI-XVII. Centuries (1999), p. 46; Cin, p. 282.

⁵³ According to News Bulletin of Turkish Statistical Institute, While the rate of the people who married both legally and on the basis of religious marriage ceremony in their first marriages in the year of 2011 was 93,7% the rate of the people married only as civil marriage was 3,3% and the rate of the people married only on the basis of religious marriage ceremony was 3%13; When the types of marriages are examined according to the regions, it can be seen that the rate of the ones married only with the religious marriage ceremony without civil marriage is high, the regions involving the highest and lowest rate are respectively the Southeastern Anatolian Region (8,3%) and western Marmara Region (0,9%). May 2013, Number: 13662; is available only in Turkish language in the address <<http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=13662>>.

⁵⁴ Kılıçoğlu, Ahmet. Registration of actual relations as marriage as per 2526 numbered Law and the correction of the identities of natural children (1981) pp. 165–207; Tekinay, Family Law (1990), p. 105.

*the fact that the awareness of the public have been raised and they have been trained since 1926 and the judge was granted broad rights in order to prevent the objections of legal representatives particularly in rural areas despite of the fact that marriage age was reached to.*⁵⁵ In such justifications, the girls, public awareness and training and rural areas for exceptional marriages were highlighted. This understanding is predominantly adopted in the doctrine as well.⁴⁴

Courts take a decision to permit the marriage, by hearing the father but ignoring the opinions of the mother⁵⁶ and without researching the existence of an extraordinary and exceptional situation⁵⁷ as is in the marriage applications below the age of exceptional marriage⁵⁸ and hearing the child below the marriage age.⁴⁷ The validity of the marriage permit given by the court in any way without taking into consideration the age criterion was discussed in the doctrine. In Turkish Law Doctrine, it is expressed that marriage would not be deemed invalid as it is not regarded as absolute nullity reasons in the law by way of taking into account such aspects of marriage that concern public order as well. There is a consensus for the fact that Article 153 of the Civil Code which regulates the right of action for legal representatives may be applied by analogy.⁵⁹ Therefore, marriage shall not be cancelled in the event that the child reaches to majority until the court takes a decision or the girl is pregnant.

Besides the early age marriages allowed by the laws, there are some girls at or under the age of fifteen who are forced to actual marriage. According to the child statistics of Turkish Statistical Institute for the year of 2013 which stands for one of the studies conducted on this regard, it is asserted that there are 39.347 married children in number at the age group of 16-17 which was the legal marriage age and 1866 of them are male whereas 37.481 of them are

⁵⁵ Ministry of Justice, *ibid.*, pp. 364–365.

⁵⁶ See the decisions of Supreme Courts: 2.HD.28.02.2000-644/2484, RG.29.03.2000-24004; 2.HD. 14.12.2000, 13900/15850, RG. 29.01.2001-24302; 2.HD. 26.5.2003-6480/7586, RG. 27.5.2003- 25151, s. 53 (Kazancı Jurisprudence Bank).

⁵⁷ E. 2003/6480-K. 2003/7586-T. 26.5.2003; E. 2003/8318-K. 2003/9831-T. 30.6.2003; E. 1999/13645-K. 2000/1032-T. 2.2.2000.

⁵⁸ See the decisions Supreme Courts of 2.HD; K.2014/5005- T. 10.3.2014; E. 2011/4235-K. 2011/7649-T. 3.5.2011; E. 2009/16479-K. 2010/18720-T. 8.11.2010; E. 2009/7461-K. 2009/15299-T. 9.9.2009; E. 2011/16683-K. 2012/29409-T. 6.12.2012; E. 2007/16490-K. 2009/1354-T. 4.2.2009 ; E. 2007/13559-K. 2008 /14119-T. 27.10.2008 ; E. 2007/16487-K. 2009/1771-T. 9.2.2009 ; E. 2006/3187-K. 2006/10108-T. 26.6.2006 E. 2005/1635- K. 2005/4300-T. 21.3.2005; E. 2004/16808-K. 2005/2507-T. 21.2.2005 ; E. 2003/6480-K. 2003/7586-T. 26.5.2003 E. 2003/4256-K. 2003/5646-T. 17.4.2003; E. 2003/4257-K. 2003/5579-T. 17.4.2003 ; E. 2003/6480-K. 2003/7586-T. 26.5.2003; . 2003/1085-K. 2003/2492-T. 26.2.2003 ; E. 2003/4256-K. 2003/5646-T. 17.4.2003 (Kazancı Jurisprudence Bank).

⁵⁹ See Dural/Öğüz/Gümüş, *ibid.*, p. 54; Akıntürk, *ibid.*, s. 215; Hatemi, *ibid.*, p. 39; Tekinay, *ibid.*, p. 146; Oğuzman/Dural, *ibid.*, p. 70.

female.⁶⁰ Depending on 2009 dated Early Age Marriages Report established within the scope of the Committee on Equality of Opportunity for Women and Men of the Grand National Assembly of Turkey (GNAT), the data obtained from Turkish Statistical Institute do not reflect the truth; early marriages can officially include the age group of 16-17; the marriages performed on the basis of religious rituals do not have any formality and record; they conflict with the data and information obtained during the preparation process of the report and there is not sufficient database available; however it is known that one of each four marriages across Turkey and one of each three marriages in some regions – east and South East Anatolia - involve the children below the age of 18 which is the majority age.⁶¹

2012 dated Turkish Observation Report of the Children's Right Committee associated minimum marriage age with the definition of child and traditional harmful applications. The Committee draws attention to the fact that the minimum marriage age cannot be followed particularly in rural areas and remote regions of the Party State and early and forceful marriages are frequently encountered especially in poor and less trained groups in the Eastern and South-east regions although social norms have gradually changed (Paragraph 26) and expresses that bride price can be encouraging for early and forceful marriages in monetary sense and these kinds of marriages cause worries as they are performed as a result of non-physical methods such as social and psychological pressures (Paragraph 56).⁶²

As a result, the first Civil Code of the Republic which was proclaimed after the Ottoman Law which had been implemented for centuries can be regarded as a result and beginning of a Westernization process commencing with the Reform in 1839. It is possible to establish such a sustainability between the past and present in terms of the historical development of majority that marriage licence used to be applied to girls whereas legal transaction majority used to

⁶⁰ Turkish Statistical Institute, Statistics on Child 2013 (2014), p. 22.

⁶¹ <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor.pdf>; Among there as on sunder lying early age marriages of girls, such factors can be suggested as financial difficulties, domestic sexual assault, extra marital pregnancy and the understanding that obedience to husband should be established at an early age. General tendency of Turkish society on this regard is that boys should receive education at a certain level and perform their military services and have a job and then marry. On the contrary, the satisfaction of emotional, sexual and economical needs of the girls in compliance with religious ethics through marriage give rise to early age marriages according to the traditional understanding. Ras-Work, Berhane. (2006). The Impact of Harmful Traditional Practices on the Girl Child, Elimination of All Forms of Discrimination and Violence Against the Girl Child, UNICEF Innocent Research Center Expert Group Meeting, 25-28 September 2006, Florence-Italy, p. 13.

⁶² Committee on the Rights of the Child, CRC/C/TUR/CO/2-3 (2012), p. 6, 13.

be applied to boys in the former Law system. The examples given for judicial majority in terms of the current law concern boys; when the rates of early marriage or forceful actual marriage are reviewed, marriage majority is seen as a problem particularly for girls. In fact, in terms of Turkish Children Act, if the child is forced to early marriages or actual affairs, this stands for a breach of the life and development right of the child. This is a breach for the life and development right of children which are among fundamental principles of the Children's Right Act.

According to the Civil Code and Children Protection Act, supportive precautions or alternative measurements for the family will be able to be taken (pTCC articles ; TCC articles, articles of the Child Protection Act). Also, actual affairs below the age of fifteen or non-consented actual relations over the age of fifteen constitute a sexual abuse crime in terms of Turkish Criminal Code as the former is below the age of consent to sexual affair.

The completion of the primary education by the child, on the other hand, is a right for the children; an obligation for the parents and non-performance of it is a crime requiring imprisonment whereas it is a duty for the government (The Constitution art. 41; The Primary Education and Training Law, art.). Briefly, the existence of these provisions does not mean that these rules are applied to all children. As specified in the report of Committee on Equality of Opportunity for Women and Men (KEFEK), *early marriages have never been regarded as a problem by the majority of the society despite of the fact that they have been observed in Turkey for many years as a phenomenon. Patriarchal and traditional society structure has normalized and legalized early age marriages.* From the perspective of today's awareness, the truth of child marriages of being forced to actual marriage is one of the intersection points of the discrimination of modern/traditional and peasant/civic. The surprise created by the existence of child marriages and actual marriages is indeed a means for the combination of modern and traditional and its peace with the past, in other words, with itself.

Literature

Ahmet Akagündüz: Comparative Canon of Islam and Ottoman Law. Publication of the Faculty of Law of Dicle University, Diyarbakır 1989.

Turgut Akıntürk: Turkish Civil Code Turkish Family Law. 10th edition, Beta Publishing, 2006.

Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş – Karaman: Turkish Civil Code, Law of Persons. Turhan Publication, Ankara 2012.

- Sabri Şakir Ansay: *Islamic Law in Law History*, 4th edition, Turhan Publication, Ankara 2002.
- Yahya Araz: *Being a Child in Ottoman Culture (from 16th Century to the Beginning of 19th Century)*. Kitap Publishing, İstanbul 2013.
- Abdülkadir Arpacı: *Natural Persons*. Filiz Publishing, İstanbul 2000.
- Aytekin Ataay: *Law of Persons*. İstanbul 1978.
- M.Akif Aydın: *History of Turkish Law*. 3. Edition, Beta Publication, İstanbul 1999.
- Ahmet Hikmet Berki: *Islamic Law in the History of Law*. Volume I, Ankara 1955.
- İbrahim Canan: *Children's Right in Islamic Law in the light of the Children's Right Declaration*. Social Sciences Series, İstanbul 1980.
- Halil Cin: *Marriage in Islam and Ottoman Law*. Publication of the Faculty of Law of Ankara University, Ankara 1974.
- Halil Cin, Ahmet Akagündüz: *History of Turkish Law*. Ottoman Studies Foundation, İstanbul 2012.
- Mustafa Dural, Tufan Ögüz. *Turkish Civil Law – Law of Persons*. Filiz Publication, İstanbul 2014.
- Ekrem Buğra Ekinci: *Ottoman Law – Justice and State*. 2. Edition, Law Publications, 2012.
- Hüseyin Avni Göktürk: *Turkish Civil Law*. I.Volume, Family Law, Recep Ulusoglu Press, Ankara 1955.
- Hüseyin Hatemi: *Natural Persons*. Vedat Publishing, İstanbul 2005.
- Rachel Hodgkin, Peter Newell: *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*. Fully Revised 3rd Edition, United Nations Children's Fund. 2007.
- Ali Naim İnan: *Child Law*. Publication of the Ankara University, İstanbul 1968.
- Cihan Osmanoglu Karahasanoğlu: *The Implementation of the Ottoman Civil Code (Mecelle) and its Significance in Turkish Legal History*”, in: OTAM (the Journal of Ottoman History Research and Implementation Centre of Ankara University), Issue: 29, Ankara 2011, pp. 93–124.
- Osman Kaşıkçı: *Ottoman Civil Code in Islamic and Ottoman Law*, İstanbul 1997.
- Ebru Kayabaş: *The Development of Family Law in the Ottoman Empire as from the Reform Period – Family Law Decree*, 2009.
- Ahmet Kılıçoğlu: *Registration of Actual Relations as Marriage as per 2526 numbered Law and the Correction of the Identities of Natural Children*, in: Ankara University, Faculty of Law Journal. Volume 38 Number: 1, Ankara 1981, pp. 165–207.

- Bülent Köprülü: General Principles of Civil Law and The Law of Persons. Publication of the İstanbul University, İstanbul 1979.
- Kathryn Libal: Children's Rights in Turkey, in: Human Rights Review, October-December 2001, pp. 35-44 (Libal, Children's Rights in Turkey, URL: <<http://humanrights.uconn.edu/wp-content/uploads/sites/767/2014/06/ChldrensRightsInTurkeyLibal.pdf>> (12 October 2014).
- Ebül'ula Mardin: Lectures on Family Law. Publication of Istanbul University, İstanbul 1937.
- Ministry of Justice: Turkish Civil Code, The Law and Justifications on the Enforcement and Implementation Way of Turkish Civil Code. Publication of the Ministry of Justice, Ankara 2002.
- Oğuzman/Seliçi/Oktay – Özdemir: Law of Persons. Filiz Publication, İstanbul 2014.
- Cahit Oğuzoğlu: Civil Law – Law of Persons-Family Law. 5th edition, Ankara 1963.
- Sıddık Sami Onar: Islam Law and Ottoman Civil Code, Turkish Encyclopedia from the reform the Republic. Volume: 3, İletisim Publications, İstanbul 1985.
- Ergun Özsunay: The Legal Statute of Real Persons. Publication of İstanbul University, İstanbul 1979.
- Berhane Ras-Work: The Impact of Harmful Traditional Practices on the Girl Child, Elimination of All Forms of Discrimination and Violence Against the Girl Child, UNICEF.
- Innocent Research Center Expert Group Meeting, 25-28 September 2006, Florence-Italy 2006.
- Ferit Hakkı Saymen: Turkish Civil Code. Volume II, Individual Law, Kenan Printing House, İstanbul 1948.
- Ferit Hakkı Saymen, Halid Kemal Elbir: Turkish Civil Code – Family Law. İstanbul 1960.
- Rona Serozan: Child Law. Vedat Publishing, İstanbul 2005.
- Selahattin Sulhi Tekinay: Family Law. Filiz Publication, İstanbul 1990.
- The Committee on Equality of Opportunity for Women and Men of the Grand National Assembly of Turkey, Report on the Psychological Violence on Women due to the Gender of Children, Bride Price and Traditional Marriages, URL <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_5.pdf> (12 October 2014).
- The Committee on Equality of Opportunity for Women and Men of the Grand National Assembly of Turkey, The Report for the review of Early Age Mar-

riages by the Committee on Equality of Opportunity for Women and Men 2009, URL: <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor.pdf> (12 October 2014).

Turkish Statistical Institute, Statistics on Child 2013, URL: <http://www.turkstat.gov.tr/Kitap.do?metod=KitapDetay&KT_ID=11&KITAP_ID=269> (12 October 2014).

Unesco, The Reception of Foreign Law in Turkey 1957, URL: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0002/000245/024596eo.pdf>> (12 October 2014).

United Nations, Committee on the Rights of the Child, CRC/C/TUR/CO/2-3, URL: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC_C_TUR_CO_2-3.pdf> (12 October 2014).

United Nations Population Fund (UNFPA), Turkey Child Marriage 2012 URL: <<http://www.unfpa.org/webdav/site/eeca/shared/documents/publications/Turkey%20English.pdf>> (12 October 2014).

Sevgi Usta (Sayita): Children Rights and Custody. XII Levha Publishing, İstanbul 2012.

Mehmet Ünal: The Regulations with regard to the Turkish Family Law prior to the Adoption of the Civil Code and particularly 1917 dated Decree on Family Law, in: Journal of the Faculty of Law of Ankara University, Volume: XXXIV, Issue: 1-4, Ankara 1977, pp. 195–231.

Geraldine Van Bueren: The International Law on the Rights of the Child, Martinus Nijhoff Publishers, Save the Children, The Hague 1998.

Hıfzı Veldet Velidedeoğlu: Turkish Civil Law. Family Law, 4th edition, İsmail Akgun Printing House, İstanbul 1960.

Aydın Zevkliler, Beşir Acabey, Emre Gökyayla: Civil Law – Introductory – Preparatory Provisions, Law of Persons, Family Law. Seckin Publishing, Ankara 2000.

KONCEPT OTROŠTVA OD ISLAMSKO-OTOMANSKE DRŽAVE DO TURŠKEGA PRAVA KOT DRŽAVE ZGODNJE POLNOLETNOSTI: ZAKONSKE ZVEZE V ZGODNJI STAROSTI*

Sevgi Usta,

doktorica pravnih znanosti, docentka za pravo Evropske unije na Pravni fakulteti Univerze Özyeğin, Istanbul, Turčija

V obdobju otomanskega prava je vstop otroka v puberteto, torej z izkazovanjem objektivnih telesnih znakov zrelosti pomenil konec otroštva in s tem vstop v pravno odraslost, vključno s pravico sklenitve zakonske zveze. Pravna ureditev zrelosti je tudi uradno temeljila na t. i. Hanafi doktrini islamskega prava. Zakonske zveze je bilo tako mogoče skleniti že z desetimi leti starosti.

V ureditvah, kjer zaradi množične nepismenosti ter siceršnje nešolanosti prebivalstva in odsotnosti zanesljivih javnih evidenc o rojstvih ni bilo mogoče množično zanesljivo ugotavljati starosti ljudi, je zaupanje v znake telesne zrelosti pri posamezniku edini delujoči sistem določanja odraslosti v pravnem smislu. S puberteto je nastopila odgovornost v verskem in pravnem smislu, vključno s kaznivostjo. Šele postopno in razmeroma pozno se je razvila dogmatika ločenih fizičnih, duševnih in miselnih zrelosti otroka, s tem pa se jasneje diferencirajo tudi pogoji posebej za obvezno šolanje, soglasje v (vaginalno) spolno občevanje, zakonsko zvezo, delo, vojaško službo, uživanje drog in sklenitev zakonske zveze. Posebej se začne razvijati dogmatika mejne starosti za kazensko odgovornost.

V otomanskem pravu je začetek pubertete označeval sposobnost zaploditi oziroma roditi potomca in je bil za posameznega otroka individualno določljiv. Po splošnih pravilih je nastopil glede na konkretne okoliščine, a za dekleta ni mogel škodati za podanega pred devetimi leti starosti in za dečke ne pred dva-

* Povzetek je delo prof. dr. Damjana Korošca s Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.

najstim letom starosti (pri čemer, kot rečeno, pogosto ni bilo preprosto ugotoviti datuma rojstva), vselej pa je štel za podan vsaj ob petnajstem letu starosti otroka, če je starost le bilo mogoče določiti.

Otomansko pravo je poznalo institut prisilne zakonske zveze in dolgo časa ločevalo absolutne upravičence do take zahteve (oče in stari oče otroka) in relativne (brat in stric otroka). Za razliko od absolutnih je otrok ob pogoju ustrezne zrelosti lahko nasprotoval sklenitvi zakonske zveze, če so jo zahtevali relativni upravičenci.

Posebna pravila glede določanja polnoletnosti so veljala za sirote: v korist varovanja njihovega premoženja je pri njih polna polnoletnost nastopila šele z dvajsetimi leti starosti, če je ta le bila določljiva.

V sodobnem turškem pravu se pod vplivom tradicije ločeno pojavljata splošna polnoletnost in t. i. zgodnja polnoletnost. Splošna je v različnih zakonih postavljena na 18 let starosti, zgodnje pa so posebej za sklenitev zakonske zveze od leta 1938 s Civilnim zakonikom Turčije najprej postavljene na sedemnajst let za fante in petnajst let za dekleta, vendar lahko sodišče fantu dovoli sklenitev zakonske zveze s petnajstimi leti starosti, dekletu pa s štirinajstimi. S sklenitvijo zakonske zveze nastopi polnoletnost v vseh vidikih, torej polna polnoletnost.

Pozneje turška država izenači zgodnjo polnoletnost za sklenitev zakonske zveze za oba spola na sedemnajst let (in za veljavnost take zakonske zveze zahteva soglasje staršev oziroma skrbnika).

Zanimive povezave so ugotovljive v turškem pravu med minimalno starostjo za sklenitev zakonske zveze in starostjo, ki utemeljujejo obvezno šolanje, vključno s kazenskopravno regulativo obveznosti različnih subjektov na obeh teh področjih. Laicistično šolanje kot ustavna pravica in dolžnost otroka, pa tudi njegovih staršev, ki morajo predvsem otroku tako šolanje omogočiti, naj bi zagotavljalo med drugim tudi seznanitev otroka z lastnimi pravicami, prednostmi ustrezne zrelosti ob zasnovanju družine ipd. Starši so v Turčiji kazensko odgovorni, če ne omogočajo šolanja v ustrezni starosti otroka, represivno pa je urejeno tudi siljenje v zelo zgodnje zakonske zveze oziroma oviranje svobode sklenitve zakonske zveze. Področji šolanja (zlasti deklet na podežlju) in svobode sklepanja zakonske zveze sta kriminalitetnopolitično očitno povezani.

BRUSSELS II *BIS*: THE RIGHT OF THE CHILD TO BE HEARD IN INTERNATIONAL PROCEEDINGS

Margarite Helena Zoetewey-Turhan,

LL.D., Assistant Professor for European Union Law at the Law Faculty of Özyeğin University, Istanbul, Turkey

1. INTRODUCTION

As already discussed in more detail elsewhere in this bundle, the European Union as we know it today, active in policy areas ranging from Competition and Agriculture to Culture and Education, is an international organization with a much broader field of action than the three international organizations on which it is founded. The scope of the ECSC, EEC and EURATOM Treaties, which entered into force in 1952 respectively 1958, were markedly narrower as they established frameworks for the implementation of common *economic* policies in their Member States. However, and especially through the case-law of the European Court of Justice, it soon became clear that even strictly economic policies would have such repercussions on the lives of the citizens of the Member States that involvement of the organizations' legislating bodies to regulate these consequences was essential. It was therefore due to this spill-over effect as well as because of choice that the competences of the organizations grew, officially with the 1992 Maastricht Treaty which established the EU and regrouped the three original European Treaties under the EC, and even more so with the 1998 Amsterdam Treaty. With these new Treaties, citizenship to a democratic Union came to the fore, and with it the legislative activities of the EU in new, non-economic policy fields increased. A product of this activity is the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the text of which was accepted by the EU Institutions as early as 2000. This Charter contains rights that all citizens of the EU are entitled to enjoy within the scope of EU law.

Notwithstanding this development, in all acts of the EU and its institutions the importance of the EU's foundation on economic integration and the limita-

tion of its competences to cross-border activities have not ceased to exist. It is not uncommon for a conflict of interest between the rights of EU citizens as protected by the Charter or any other instrument of fundamental rights binding on the EU or its Member States and more 'traditional' EU policies to come about. The existence of such a conflict becomes even more significant if the citizen in question is a minor. It is especially in these areas that a careful drafting of EU legislation and a meticulous interpretation by the Court of Justice is of the greatest interest. One of these areas is the judicial cooperation between Member States and their authorities in matters of parental responsibility, presently regulated by the so-called 'Brussels II *bis* Regulation', the functioning of which has recently been the subject of a public consultation by the European Commission.

This contribution will focus on the Brussels II *bis* Regulation, and will examine the role the protection of the rights of the child plays in this instrument of European Private International Law. Consequently, the similarities and dissimilarities between the EU and ECHR regime with regard to the protection of the rights of the child, and in particular the right to be heard, in international proceedings will be analyzed. An attempt will be made at answering the question of whether the principle of mutual trust on which the EU Private International Law and the EU as a whole is founded, deters the European courts and the ECJ from making a stance for the child's right to be heard in cross-border proceedings, and whether this leads to a difference in the interpretation of the rights of the child by the Court of Justice of the EU and the European Court of Human Rights. Finally, the contribution will be concluded with an assessment of the child-friendliness of the Brussels II *bis* Regulation and its application in practice.

2. FREE MOVEMENT OF JUDGMENTS IN THE EU: BRUSSELS I, II AND II *BIS*

The 1958 EEC Treaty, aiming at the creation of a common market in goods, services, labor and capital, already foresaw that the accomplishment of this objective would not be imaginable without the possibility of recognition and enforcement of rights as determined by the judiciary throughout the Member States participating in the EEC. Therefore, Article 220 of the Treaty provided that the Member States were to enter into negotiations with each other with a view to securing the simplification of formalities governing the reciprocal recognition and enforcement of judgments of courts and tribunals. As the EEC lacked competence to generate private international law itself, the 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters was a regular international treaty between the Member

States, for the interpretation of which the European Court of Justice was given competence in an additional protocol.¹ When the Treaty of Amsterdam awarded the EC competences in the area of Private International Law with Article 65 EC, the Brussels Convention was incorporated into EC law as the Brussels (I) Regulation.² However, the Regulation did not apply to disputes on divorce and parental responsibility, which turned out to be a serious gap in EU Private International Law. Citizens of the Member States of the EU increasingly make use of their right to mobility, and consequently the number of intra-EU family relations –and unfortunately, also the number of breakups of such relations- rises.³

Where the lack of a regulatory regime with regard to intra-European divorces and separations might have created a serious nuisance for the parties involved, in cases children were involved the situation would be even more precarious. The international legal instruments available in such situations were the 1980 European Custody Convention⁴, the 1980 Hague Convention on Child Abduction⁵ and the 1996 Hague Convention on Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children⁶. However, before the 1996 Convention could come into force on January 2002, the EU had used its new competences conferred to it by the Amsterdam Treaty and copied most of its provisions into a Regulation. The Brussels II Regulation, which came into force on 1 March 2001, regulated jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for *joint* children.⁷ The choice for a Regulation guaranteed an effective and uniform application of the instrument of Private International Law, however since its scope was limited to common children of a married couple and measures

¹ Protocol concerning the interpretation by the Court of Justice of the convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, [1975] OJ L 204/28.

² Regulation 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 012/1

³ Lenaerts, *THE BEST INTERESTS OF THE CHILD ALWAYS COME FIRST: THE BRUSSELS II BIS REGULATION AND THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE*, Jurisprudencija, 2013, Vol. 20 Issue 4, p. 1302.

⁴ European Convention of 20 May 1980 on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, ETS No. 105.

⁵ Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, 1343 UNTS 89.

⁶ Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, [2003] OJ L48/3.

⁷ Council Regulation No. 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses, OJ [2000] L 160/19.

taken on the occasion of a divorce, it soon proved to be outdated and the need for a modern legal instrument with a broader scope was felt. It was for this reason that Brussels II was replaced by Brussels II *bis* in 2005.⁸

The new Regulation copied most of the provisions of the original Brussels II Regulation, extending however the application of the conflict of laws rules on matters of parental responsibility to *all* children, and not only the children of married spouses, and inserting new provisions regarding abduction of children that are similar to the 1980 Hague Convention. Furthermore, according to its Article 1(1)(b), the rights that Brussels II *bis* confer to children are theirs to exercise in *all* civil matters falling within the scope of the Regulation, and not only in cases concerning the divorce of the parents of these children. Therefore, one of the biggest differences between the Brussels II and the Brussels II *bis* Regulation can be said to be the enhanced rights and visibility of the child in international disputes falling within its scope.⁹ It is on this subject that the present contribution will focus.

3. THE CHILD'S RIGHT TO BE HEARD

The most important right that the Regulation confers to children that are affected by and/or are the subject of civil proceedings that fall within the scope of the Regulation is the right to be heard. The hearing of the child is a precondition for the abolition of the exequatur procedure for access rights and any decisions regarding the return of the child in abduction cases. Furthermore, the enforcement of a judgment in matters of custody rights may be suspended if one of the parents argues that the child concerned was not given the opportunity to be heard. In the following, the role of the child's right to be heard in these three types of proceedings is examined.

3.1. Judgments on access rights and the child's right to be heard

The Regulation is aimed at ensuring that the child can maintain contact with holders of parental responsibility or other persons¹⁰ who have a right of

⁸ Council Regulation No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation No. 1347/2000, OJ [2003] L 338/1.

⁹ Shannon (Ed.), *FAMILY LAW*, pp. 179 and 181.

¹⁰ According to national law, access rights may be attributed to the parent with whom the child does not reside, to other family members such as grandparents, or third persons; European Commission, Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, 2005, p. 24.

access,¹¹ even when these persons live in different Member States of the EU after a separation. Parental responsibility is defined broadly in Article 2(7) of the Regulation as:

'all rights and duties relating to the person or the property of a child which are given to a natural or legal person by judgment, by operation of law or by an agreement having legal effect'.

This definition includes therefore also matters such as guardianship or a decision to take the child into care as a protective measure even when such a decision is taken by an administrative body governed by public law.¹²

According to Article 41 of the Regulation, a judgment on access rights, issued by the judge of origin, shall be directly recognized and enforceable in another Member State,¹³ as long as the judgment is accompanied by the certificate as provided in Annex III of the Regulation. With the certificate, the judge states among other things that, if the judgment was given in default, the person defaulting was properly informed about the proceedings upon institution thereof, that all parties concerned were given an opportunity to be heard, and, explicitly, that the child was given an opportunity to be heard – unless a hearing was considered inappropriate having regard to his or her age or degree of maturity.¹⁴ If the judge has made the decision not to hear the child, it is considered *good practice* to include a description of the reasons why such a decision has been made, even though the Regulation does not specify so.¹⁵ No appeal is open against the issuing of the certificate;¹⁶ certificates can only be *rectified* if and in as far as foreseen in the law of the Member State of origin.¹⁷

As so far no national court has made a reference to the ECJ with regard to the interpretation and/or the exact extend of the duty to hear the child in the con-

¹¹ Access rights are non-exhaustively defined in Article 2(10) of the Regulation as the right to take a child to a place other than his or her habitual residence for a limited period of time, but include all forms of contact with the child, also those by telephone or per e-mail.

¹² See Case C-435/06 ('C'), [2007] ECR I-10141, and Case C-523/07 ('A'), [2009] ECRI-2805, cases in which the Court decided that decisions to take a child into care, taken by social welfare services, also concerned parental responsibility, and that such decisions would therefore fall within the scope of Brussels II bis.

¹³ Lowe, Everall and Nicholls, *THE NEW BRUSSELS II REGULATION: A SUPPLEMENT TO INTERNATIONAL MOVEMENT OF CHILDREN* (2005), p. 22.

¹⁴ Article 41(2)(a), (b) and (c), Brussels II bis.

¹⁵ European Commission, *Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation*, 2005, p. 25.

¹⁶ Article 43(2), Brussels II bis.

¹⁷ Article 43(1), Brussels II bis.

text of Article 41 of the Regulation,¹⁸ more light can be shed on this issue by investigating the interpretation of the child's right to be heard in the context of other Articles that provide for the same right.

3.2. Recognition of judgments and the child's right to be heard

According to Article 21(1) of the Regulation:

'a judgment given in a Member State shall be recognized in the other Member States without any special procedure being required'.

That the general rule of Article 21 of the Regulation is in principle also applicable with regard to judgment relating to parental responsibility is explicitly provided for in Article 28(1) Brussels II *bis*. However, this Article specifies further that either of the interested parties must first apply for a declaration of enforceability in the Member State of enforcement – a procedure that is not necessary for most judgments falling within the scope of the Regulation.¹⁹ At this point, neither the person against whom enforcement is sought, nor the child, is entitled to submit observations to the court in the Member State in which recognition and enforcement is sought.²⁰

In principle nevertheless, the court to which is applied for a declaration of enforceability cannot declare the judgment enforceable if –on examination of the judgment- it appears that it was given without the child having been given an opportunity to be heard.²¹ This ground for non-recognition of a judgment

¹⁸ An interesting national example of the application of the child's right to be heard in proceedings on access rights is mentioned by Moore, who represented a Polish mother who had been living in England with her daughter for two years. Her former husband and father of the 9 year old daughter was seeking to enforce a Polish contact order in England (17 months after the original contact order was made by the Polish court) via the Central Authorities, pursuant to Article 41 of Brussels II *bis*. Even though the certificate ex Article 41(2) was issued and not rectified -which made the order directly enforceable in England-, the English court decided to take account of the wishes of the child, as it had expressed these in interviews with The Children and Family Court Advisory and Support Service ('Cafcass'), and to put in place a subsequent contact order which superseded the original Polish contact order according to Article 47 of the Regulation. Moore, ENFORCING FOREIGN CONTACT ORDERS: ARTICLE 41 & BRUSSELS II REVISED, Family Law Week, 7 October 2007.

¹⁹ Practice shows that even though the Regulation provides for the direct enforceability of most of the judgments falling within its scope, this often does not happen. In such cases, the parties will have to request a declaration of enforceability in the court designated by the Member State of enforcement; Kruger, INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION: THE INADEQUACIES OF THE LAW, p. 136.

²⁰ European Commission, Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, 2005, p. 23; Article 31(1), Brussels II *bis*.

²¹ Article 23 under (b), Brussels II *bis*.

on parental responsibility only exists however if the fact that the child has not been heard violates fundamental principles of procedure of the Member State in which recognition is sought; therefore, hypothetically, it is possible for a situation to exist in which the child has not been heard before the court in the Member State of origin (X) reached a judgment related to parental responsibility in breach of fundamental principles of procedure of that Member State (X), and this faulty judgment is nevertheless to be recognized and enforced in another Member State (Y), as long as the non-hearing of the child does not violate fundamental principles of procedure in this Member State (Y). The construction of Article 31(2), read in conjunction with Articles 21 and 23 of the Regulation can therefore be interpreted as a typical expression of the principle of mutual trust on which the Regulation is based: The courts and authorities in the Member State of enforcement will have to trust that all procedural safeguards have been heeded by the court in the Member State of origin.

3.3. The right of the child to be heard in child abduction cases.

Even though the Regulation takes precedence over the Hague Child Abduction Convention in so far as it concerns matters governed by the Regulation,²² it was not the wish of the EU legislator to affect the proceedings for the return of an abducted child according to the Convention.²³ On the contrary, the Regulation refers to the procedure of Articles 12 and 13 of the 1980 Hague Convention for the institution of return proceedings at the competent authorities in the Member States. Whereas Article 12 of the Convention contains the principle obligation of the competent authorities to order the return of the abducted child, Article 13 provides that the authorities that have been requested to order the return of the child:

'may reject the application [...] if it finds that the child objects to being returned [if that child] has attained and age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views'.²⁴

This rather weak obligation to take the views of the child involved into account when taking a decision on the request for return has been rephrased in the Brussels II bis Regulation, which provides that the child:

'shall be heard unless this appears inappropriate having regard to his or her age or degree of maturity'.²⁵

²² Art. 60 under (e), Brussels II bis.

²³ Art. 11(1) and Recital 17, Brussels II bis.

²⁴ Article 13 of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction

²⁵ Article 11(2), Brussels II bis.

The Brussels II *bis* Regulation therefore imposes a stricter duty on the authorities to hear the child involved in an application for its return after abduction.

However, if a Member State authority has refused to order the return of a child under Article 13 of the 1980 Hague Convention, Article 11(8) of the Brussels II *bis* Regulation provides that such a refusal can be overthrown by a later judgment ex Article 40(1)(b) of the Regulation, requiring the return of the child in accordance with Article 42 of the Regulation.²⁶ Indeed, according to the Court of Justice of the European Union, a *refusal to return a child* in accordance with Article 13 of the Convention is a precondition for the application of Article 11(8) of the Brussels II *bis* Regulation.²⁷ The return procedure foreseen by the Regulation is one that is completely in the hands of the courts of the Member State of origin: if the court of the Member State of origin issues a certificate endorsing its judgment for the return of the child, this order must then be enforced by the enforcement court in the Member State of refuge without exequatur proceedings.²⁸ Therefore, a court in the Member State of refuge does not have the possibility to oppose the enforcement of the return order, even if that court has previously found against the return, possibly based on what the child has communicated to the authorities on being interviewed according to Article 13 of the 1980 Hague Convention. However, before taking a decision on the return of the child according to Article 42 of the Regulation, the court of the Member State of origin will have to take the reasons for and evidence underlying the decision of non-return of the court of the Member State of refuge into account.²⁹ This examination also involves the hearing of the child, according to Article 42(2)(a), unless such a hearing was considered inappropriate having regard to his or her age or degree of maturity. The Regulation thus should provide for an increased opportunity for the child to have its say in the return procedure.

3.3.1. Brussels II *bis* and Aguirre Zarraga

Notwithstanding the strict wording of the obligation to hear the child as formulated in Article 42(2)(a) of the Regulation, the objection made by one of the parties that this obligation had been violated by the court issuing a certificate for the return of a child in accordance with the procedure ex. Articles 40 and

²⁶ Dutta and Schulz, *FIRST CORNERSTONES OF THE EU RULES ON CROSS-BORDER CHILD CASES: THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION ON THE BRUSSELS IIA REGULATION FROM C TO HEALTH SERVICE EXECUTIVE*, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, No. 1, p. 22.

²⁷ Case C-195/08 (PPU), *Rinau*, [2008] ECR I-5271, under 59 and 60.

²⁸ Article 21, Brussels II *bis*.

²⁹ Case C-211/10 (PPU), *Povse v. Alpago*, [2010] ECR I-06673, under 59.

42 of the Regulation was by the Court of Justice not considered to constitute a reason for the courts in the Member State of refuge to reject the enforcement of the judgment ordering the return. In the case of *Aguirre Zarraga v Pelz*,³⁰ the German mother of an eight-year-old girl did not send her back to her father in Spain after having spent a holiday with her in Germany. Seized according to the 1980 Hague Convention, the German courts refused to order the child's return, based on the child's wish to remain with her mother. The father however obtained a certificate ex. Article 42 of the Regulation, attesting that a Spanish court had awarded custody to the father of the child in a final decision on the divorce of the parents of the child. Though before reaching its decision the Spanish court considered it necessary to hear the child personally and to have the child examined by a psychosocial care provider, as the child and her mother remained in Germany and did not attend the planned hearing the court rendered judgment without the child being heard. The mother's appeal against the judgment, requesting that the child be heard on appeal, was dismissed by the appeals court as found that mother and daughter had been duly notified of the hearing and had chosen not to attend the hearing. The Spanish judgment and certificate were therefore forwarded to Germany for enforcement according to German national law.³¹

However, the German court responsible for the enforcement took the complaint of the mother that the Spanish judgment and certificate infringed Article 24(1) of the Charter of Fundamental Rights of the EU and Article 42 of the Regulation, as the child had not been heard by the Spanish court, into account and held that the Spanish judgment was neither to be recognized nor enforced. The father appealed this decision, and the German appeals court referred the case to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling on the question of whether a court of the Member State of enforcement enjoys the power to review the judgment that it is requested to enforce, if the court handing down the judgment has seriously infringed fundamental rights in coming to the judgment?³²

The Court of Justice answers the question by first pointing out that the regulation sets up a system whereby the courts of the Member State where the child is habitually resident retains exclusive jurisdiction to decide whether the child is to be returned. The Court consequently finds, interpreting Articles 42 and 43 of the Regulation in the light of recitals 17 and 24 in the preamble to the Regulation, that a judgment, duly certified in accordance with Article 42

³⁰ Case C 491/10 (PPU) *Aguirre Zarraga v. Pelz* [2010] ECR I-14247.

³¹ Article 47, *Brussels II bis*.

³² *Aguirre Zarraga*, under 37.

of the Regulation, ordering the return of a child handed down by the court with jurisdiction, must be recognized and enforced in any other Member State without the possibility of opposing its recognition.³³ This clear division of jurisdiction between the Member States' courts relies on the conviction that all EU courts apply EU law properly and in line with the Charter of Fundamental Rights. It is therefore for the court that has jurisdiction according to the Regulation to decide how to give shape to the obligation of hearing the child. The Court further held that his obligation, formulated in Article 24 of the Charter of Fundamental Rights and Article 42(2)(a) of the Regulation, does not require that an actual hearing before the court that has jurisdiction takes place, but it calls for the court to take appropriate measures to enable the child to freely express his or her views. If the court of the Member State of origin finds it has fulfilled its obligation under Article 24 of the Charter of Fundamental Rights and Article 42(2)(a) of the Regulation, it is not for the court of the Member State of refuge to decide not to recognize and enforce the court's judgment, merely because it would have interpreted the obligation to hear the child differently. The only legal recourse open to the mother of the child would be the appeal under the domestic law of the Member State of origin, based on an infringement of fundamental rights.³⁴

Despite the importance awarded to the child's right to be heard in the Brussels II bis Regulation and the Court's detailed analysis of the effect of the Charter of Fundamental Rights on the Regulation in *Aguirre Zarraga*, the above review of the case law of the Court of Justice of the EU shows that the Court seems to attach greater importance to the effectiveness of the Regulation than the protection of the child's right to be heard. For this reason, the Court has been accused of disregarding the right of the child in this particular case.³⁵ However, one could defend the approach of the Court by pointing out that the disputed procedure for the return of the child put in motion by the father are all caused by the *wrongful* retention of the child by its mother – which is a prerequisite for the 1980 Hague Convention and the relevant provisions of the Brussels II bis Regulation alike.³⁶ The wrongfulness of the retention (or indeed removal) of the child refers to the retention of the child by one parent in breach of rights of existing rights of custody of the other parent, or rights of custody that would

³³ *Aguirre Zarraga*, under 48 and 56.

³⁴ *Idem*, under 72.

³⁵ Walker and Beaumont, SHIFTING THE BALANCE ACHIEVED BY THE ABDUCTION CONVENTION: THE CONTRASTING APPROACHES OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE, *Journal of Private International Law*, (2011) 7, pp. 231–249.

³⁶ Articles 2(11) and 11(1) Brussels II bis and Article 3 of the 1980 Hague Convention.

have been exercised by the other parent had the removal not taken place. The Convention and the Regulation are based on the idea that the parent wrongfully removing or retaining its child should not be rewarded for the infringement of the right of the other parent by awarding the courts of the State to which the child has been moved with jurisdiction – neither in substance nor in the return procedure.

The particulars of the return procedure in *Aguirre Zarraga* aside, the Court's decision in this case should not come as a surprise when one considers that the EU's legal system –and especially the part of the system based on judicial co-operation- is based on the existence of mutual trust, which in its turn is based on the assumption that all EU Member States provide an equivalent and effective protection of fundamental rights at EU standards.³⁷ With its judgment the Court thus sought to confirm the principle of mutual trust between the courts of the Member States.

A more recent decision of the European Court of Human Rights in Strasbourg however made it clear that the Court of Justice of the European Union cannot automatically rely on proceedings before any court of a Member State of the EU to conform to EU standards on fundamental rights.

3.3.2. The ECtHR and the child's right to be heard: *Sneersone and Kampanella v. Italy*

Unburdened by principles such as mutual trust between Member States and their judiciary or the effectiveness of EU law, the ECtHR may reach conclusions that are sometimes quite the opposite of judgments delivered by institutions of the EU. A case in which litigation took place both under EU law and under the ECHR, and in which conflicting conclusions were reached, was the case of the Latvian Ms. Sneersone's wrongful removal of her son Marko Kampanella from Italy. In this case the child was born in 2002 in Italy, a year before his parents separated. His father had almost never been involved in the care of the child, and custody was granted to his mother. When the child was four years old, his mother took him to Latvia for financial reasons, upon which an Italian Court granted custody to the father and ordered for the return of the child according to the 1980 Hague Convention. However, the Latvian courts decided that a return would be against the child's best interests and did not recognize the Italian order. Consequently, the father of the child instituted proceedings for

³⁷ Mitsilegas, THE LIMITS OF MUTUAL TRUST IN EUROPE'S AREA OF FREEDOM, SECURITY AND JUSTICE: FROM AUTOMATIC INTER-STATE COOPERATION TO THE SLOW EMERGENCE OF THE INDIVIDUAL, Yearbook of European Law, Vol. 31, No. 1 (2012), pp. 353-354.

the return of the child under the Brussels II *bis* Regulation before the competent court in Rome. This court judged for a return of the child to Italy, and the mother's appeal of this judgment was rejected by the Rome Court of Appeal without hearing the parties but taking into account their written observations.

In October 2008 Latvia brought an infringement action³⁸ against Italy before the European Commission, claiming that Italy had infringed the Regulations and had unjustifiably disregarded the earlier judgments of the Latvian courts regarding the return of the child. However, on appraisal of compliance of the Italian courts with the procedure of the Brussels II *bis* Regulation, the Commission found in January 2009 that no violation of EU law had been committed by the Italian authorities.³⁹ The case was therefore not referred to the Court of Justice of the European Union. Considering the ruling of this Court in *Aguirre Zarraga*, it is not likely that this Court would have come to a conclusion any different from that of the Commission.

Upon receiving the negative answer of the Commission, the mother and child applied to the European Court of Human Rights in Strasbourg in 2009, on the same grounds as Latvia had argued in the infringement procedure before the Commission. The ECtHR reviewed these grounds separately and found, with regard to the disregard of earlier judgments of the Latvian courts that 'a child's return cannot be ordered automatically or mechanically [...] as is indicated by the recognition [...] of a number of exceptions to the obligation to return the child [...], based on considerations concerning the actual person of the child and his environment, thus showing that it is for the court hearing the case to adopt an *in concreto* approach to it'.⁴⁰ The Court further held that it is the task of the court hearing the case to strike a fair and proportionate balance between the competing interests at stake – those of the child, of the two parents, and of public order –, within the margin of appreciation afforded to States in such matters.⁴¹ In that respect, the Court found that the reasoning of the Italian courts had been '*rather scant*',⁴² and that the courts had failed to properly investigate the effects of the return of the child to Italy, after having been in Latvia for such a long time and considering the nature of the relation with his father before and during the removal.⁴³ For these reasons, the Court held that the ri-

³⁸ Then under Article 227 EC, now Article 258 TFEU.

³⁹ Lopes Pegna, *L'INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE NEL REGOLAMENTO NO. 2201/2003*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, N. 2-2013, p. 364.

⁴⁰ ECtHR, *Case of Sneersone and Kampanella v. Italy*, Application no. 14737/09, 12 July 2011, under 85(vi).

⁴¹ *Idem*, under 91.

⁴² *Idem*, under 93.

⁴³ *Idem*, under 95–98.

ght to *respect for family life*⁴⁴ of the child had been violated by the return order issued by the Italian courts.

With regard to the (child's) right to be heard however, the Court reasons in a mere couple of paragraphs that since the mother and father of the child submitted detailed written submissions to the Italian Courts, the procedural fairness requirement of Article 8 of the ECHR has been observed. The Court therefore concluded that there had been a violation of Article 8 merely because the Italian courts had disregarded the reasons the Latvian courts had based their decision to refuse the enforcement of the return order on, and not because of the fact that the applicants had not been invited to a hearing before the Italian courts.

4. CONCLUSION

The above analysis of the content of the child's right to be heard in the context of Brussels II *bis* leads us to conclude that it is misleading to declare that the Regulation confers an absolute right to be heard at court to children in proceedings that fall within the scope of the Regulation. Even though the aim of the Regulation is to uniform the procedural law with regard to the matters falling within the scope of the Regulation, the regulation of child consultation continues to be a matter of national law.⁴⁵ As things stand presently, the national laws on child consultation vary significantly. Furthermore, even though in some Member States the national laws favor the active participation of the child in proceedings, practice shows that judges often do allow the children to exercise their right to be heard.⁴⁶

Furthermore, the analysis of the rulings of the ECJ and the ECtHR above shows us that, according to the Courts, the Regulation has done little more than introducing a minimum protection of the child's right to be heard. The two Courts seem to agree that this minimum does not go beyond the right to be given the chance to express their views, preferably by being heard in court,

⁴⁴ Article 8 ECHR; a return order is normally regarded as a domestic measure hindering the mutual enjoyment by a parent and a child of each other's company (see the ECtHR's ruling in e.g. *Case Raban v. Romania*, Application no. 25437/08, 26 October 2010) which is only justifiable in case it is necessary in a democratic society. In the case of *Sneersone and Campanella*, the Italian courts failed to properly research and demonstrate the necessity of the measure.

⁴⁵ Shannon, *THE IMPACT AND APPLICATION OF THE BRUSSELS II BIS REGULATIONS IN IRELAND*, in Boele-Woelki and Gonzalez Beilfuss (Eds), *BRUSSELS II BIS, ITS IMPACT AND APPLICATION IN THE MEMBER STATES*, p. 145.

⁴⁶ Reich-Sjögren, *PROTECTION OF CHILDREN IN PROCEEDINGS*, Report prepared on request by the European Parliament's Committee on Legal Affairs, 2010, p. 14

but in any case through an interview with a competent authority such as a court-appointed social worker or psychologist.⁴⁷

Additionally, even though the Regulation emphasizes on the child's right to share its view on the desirable outcome of proceedings in which she or he is involved, this does not mean that the child has an actual say in the conclusion of the case.⁴⁸ In abduction cases for example, practice shows that the child's opinion is rarely sufficient to override the Regulation's principle that the child should be returned to its place of residence before abduction.

Therefore, as much as the Regulation's increased focus on the rights of the child is the result of a praiseworthy effort of the European Commission to increase the visibility and decrease the vulnerability of the child in international civil procedures that concern them, one cannot say that the right of the child to make its view known to the judiciary is actually *guaranteed* by EU law. Further legislative and monitoring action is required in order to warrant the hearing of the child, and to ensure that the views expressed by the child are also duly taken into account by the Courts in their decision-making process.

Literature:

Dutta and Schulz, FIRST CORNERSTONES OF THE EU RULES ON CROSS-BORDER CHILD CASES: THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION ON THE BRUSSELS II A REGULATION FROM C TO HEALTH SERVICE EXECUTIVE, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, No. 1.

Kruger, INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION: THE INADEQUACIES OF THE LAW, Hart Publishing, Oxford 2011.

Lenaerts, THE BEST INTERESTS OF THE CHILD ALWAYS COME FIRST: THE BRUSSELS II BIS REGULATION AND THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE, *Jurisprudencija*, 2013, Vol. 20 Issue 4.

Lopes Pegna, L'INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE NEL REGOLAMENTO NO. 2201/2003, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, N. 2-2013.

Lowe, EVERALL AND NICHOLLS, THE NEW BRUSSELS II REGULATION: A SUPPLEMENT TO INTERNATIONAL MOVEMENT OF CHILDREN, Jordan Publishing Limited, London 2005.

⁴⁷ European Commission, Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, 2005, p. 43.

⁴⁸ Reich-Sjögren, p. 8.

- Mitsilegas, THE LIMITS OF MUTUAL TRUST IN EUROPE'S AREA OF FREEDOM, SECURITY AND JUSTICE: FROM AUTOMATIC INTER-STATE COOPERATION TO THE SLOW EMERGENCE OF THE INDIVIDUAL, *Yearbook of European Law*, Vol. 31, No. 1 (2012).
- Moore, ENFORCING FOREIGN CONTACT ORDERS: ARTICLE 41 & BRUSSELS II REVISED, *Family Law Week*, 7 October 2007.
- Reich-Sjögren, PROTECTION OF CHILDREN IN PROCEEDINGS, Report prepared on request by the European Parliament's Committee on Legal Affairs, European Parliament, Brussels 2010.
- Shannon (Ed.), FAMILY LAW, Oxford University Press, Oxford 2008 (3rd Ed.).
- Shannon, THE IMPACT AND APPLICATION OF THE BRUSSELS II BIS REGULATIONS IN IRELAND, in Boele-Woelki and Gonzalez Beilfuss (Eds), BRUSSELS II BIS, ITS IMPACT AND APPLICATION IN THE MEMBER STATES, Volume 14 of European family law series, Intersentia, Antwerpen/Oxford 2007.
- Walker and Beaumont, SHIFTING THE BALANCE ACHIEVED BY THE ABDUCTION CONVENTION: THE CONTRASTING APPROACHES OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE, *Journal of Private International Law*, (2011) 7.
- Council Regulation No. 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses, OJ [2000] L 160/19.
- Council Regulation 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ [2000] L 012/1.
- Council Regulation No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation No. 1347/2000, OJ [2003] L 338/1.
- European Convention of 20 May 1980 on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, ETS No. 105.
- Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, 1343 UNTS 89.
- Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, [2003] OJ L48/3.

European Commission, Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation, 2005.

Protocol concerning the interpretation by the Court of Justice of the convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, [1975] OJ L 204/28.

ECJ, Case C-435/06 ('C'), [2007] ECR I-1014.

ECJ, Case C-523/07 ('A'), [2009] ECR I-2805.

ECJ, Case C-195/08 (PPU), Rinau, [2008] ECR I-5271.

ECJ, Case C-211/10 (PPU), Povse v. Alpago, [2010] ECR I-06673.

ECJ, Case C 491/10 (PPU) Aguirre Zarraga v. Pelz [2010] ECR I-14247.

ECtHR, Case of Sneersone and Kampanella v. Italy, Application no. 14737/09, 12 July 2011.

ECtHR, Case of Raban v. Romania, Application no. 25437/08, 26 October 2010.

BRUSELJSKA UREDBA II BIS: OTROKOVA PRAVICA IZRAZITI SVOJE MNENJE V POSTOPKU S ČEZMEJNIM ELEMENTOM

Margarite Helena Zoeteweyj-Turhan,

doktorica pravnih znanosti, docentka za pravo Evropske unije na Pravni fakulteti Univerze Özyeğin, Istanbul, Turčija

Eden od ciljev Bruseljske uredbe II bis iz leta 2005 je zagotoviti, da bodo otroci lahko uresničili svoje pravice v postopkih s čezmejnimi elementom, ki jih zadevajo. Med otrokovimi pravicami v postopku je posebej pomembna pravica otroka, da izrazi svoje mnenje. Ta pravica ima osrednjo vlogo v treh vrstah postopka, za katere se uporablja Bruseljska uredba II bis: pomembna je za izvedbo eksekvturnega postopka, za izdajo odločb v postopku za vrnitev otroka v primeru ugrabitve, pa tudi za izvršitev odločb v zadevah vzgoje in varstva otroka.

Sposobnost otroka, da pove svoje mnenje, se po Bruseljski konvenciji II bis presoja glede na njegovo starost in stopnjo zrelosti. Kadar se sodnik v skladu z otrokovo starostjo in zrelostjo odloči, da ne bo pridobil otrokovega mnenja, je primerno, da navede razloge za svojo odločitev. To zahteva tako imenovana »dobra praksa« pri uporabi Bruseljske uredbe II bis, čeprav uredba določbe s tako zahtevo ne vsebuje.

Kljub pomembnosti otrokove pravice izraziti svoje mnenje, vsaka nemožnost otroka izraziti svoje mnenje še ne pomeni kršitve evropskega zasebnega prava. To, da otrok ni imel možnosti izraziti svojega mnenja, je na primer ovira za priznanje tuje sodne odločbe glede starševske odgovornosti le, če to dejstvo krši temeljna procesna načela države priznanja. Pravica izraziti svoje mnenje v postopkih, za katere se uporablja Bruseljska uredba II bis, zato ni absolutna. Na ta način otrokova pravica izraziti svoje mnenje kljub prizadevanjem Bruseljske uredbe II bis, da bi poenotila procesno pravo v postopkih, za katere se uporablja, ostaja institut nacionalnega prava.

Analiza sodne prakse Sodišča Evropske unije in Evropskega sodišča za človekove pravice kaže, da je Bruseljska uredba II bis zagotovila le minimalno varstvo otrokove pravice izraziti svoje mnenje. Obe sodišči pa se strinjata, da ta minimum ne pomeni kaj več od otrokove pravice, da izrazi svoje stališče na sodišču ali prek razgovora s pristojno osebo, praviloma prek razgovora s socialnim delavcem ali psihologom, ki ga za to nalogo določi sodišče. In čeprav Bruseljska uredba II bis poudarja otrokovo pravico izraziti stališče glede izida postopka, sodišče ni dolžno odločiti v skladu z otrokovim mnenjem. Tako na primer mnenje otroka v postopku glede otrokove ugrabitve v praksi le redko prevlada nad načelom Bruseljske uredbe, po katerem je treba otroka vrniti v državo, od koder je bil odpeljan. Čeprav se je Bruseljska uredba II bis trudila, da bi okrepila otrokov položaj v civilnih postopkih, ki ga zadevajo, uredba otroku dejansko ni zagotovila pravice izraziti svoje mnenje. To potrjuje tudi sodna praksa Sodišča Evropske unije, po kateri nemožnost otroka v postopku izraziti svoje mnenje pogosto sploh ne šteje za kršitev Bruseljske uredbe II bis; in zdi se, da tega ni spremenil niti pristop Evropske unije k Evropski konvenciji za človekove pravice. Evropska zakonodaja si mora zato v prihodnje prizadevati za krepitev otrokove pravice izraziti svoje mnenje in za to, da bo mnenje, ki ga je otrok izrazil, v postopku odločanja tudi upoštevano.

AVTORSKI SINOPSIS

*Authors' Synopses**Uvodnik*

UDK: 342.4.042

PAVČNIK, Marijan: Razlagalnost ustave in zakonov**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 11-12**

Ustava ni samo temeljni vsebinski pravni akt, ki ureja temeljne (človekove) pravice, temeljna pravna načela in državno ureditev. Pomembno je, da je tudi izhodiščni postopkovni akt, ki omogoča, da državnopravno organizirana skupnost lahko deluje. V naravi vsakega normativnega pravnega akta, ustave pa še posebej, je, da njegova vsebina ni vnaprej samodejno tako določno izklesana, da jo je treba samo še uporabiti. Preden pravni akt, ustavo pa še posebej, uporabimo, ga je treba razumeti. Ustava ponuja niz razlagalnih možnosti in je pomensko dovolj odprta, da jo ustavno sodišče lahko nadalje razvija. Nadaljnji razvoj omogočajo zlasti pravna načela, ki jih najdemo med uvodnimi določili, in sklop temeljnih (človekovih) pravic, v katerih je spet vrsta opredelitev, ki imajo naravo pravnih načel. Pokojni nemški profesor in ugledni ustavni sodnik Winfried Hassemer utemeljeno poudarja, da so temeljne (človekove) pravice naravnopravni del ustave. Katalogi temeljnih pravic, ki jih imajo moderne ustave, so sad racionalističnega naravnega prava; v obsegu, v katerem so vstopile v ustavo, so pomemben vsebinski okvir, ki je lahko vir razvoja temeljnih pravic in hkrati vir, ki zakonodajo navdihuje in oplaja. V naravi vsakega pravnega akta, ustave pa še posebej, je, da je razlika med pravom kot tekstom in pravom kot procesom interpretacije in izvrševanja tega teksta. Na to antinomijo nas je že v otvoritvenem predavanju »Pravo in revolucija«, s katerim so se začela predavanja na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, 15. aprila 1920 opozoril Leonid Pitamic. Navedena antinomija razločno razpira, da je za besedilom vselej človek, ki odloča, to je človek, ki je tudi moralna osebnost. Pravo in morala res nista istovetna, med njima so celo radikalne razlike, a tudi tako tesne vezi, da pravo izgubi legitimnost, če pozabimo na elementarne ustavne in pravne vrednote. Ko ustavo in zakone razlagamo in sprejemamo odločitve, smo naposled na čistini in se moramo naposled opreti le še na samega sebe. V tem sta privlačnost in izziv pravnikovega dela, a tudi veliko breme in odgovornost, ki ju moramo nositi.

PAVČNIK, Marijan: Interpretativeness of the Constitution and Laws**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 11-12**

The constitution is not only, with regard to its content, the fundamental legal act regulating the basic rights, the basic legal principles and the organization of the state. It is important that it is also the basic procedural act enabling the state community to function. It is in the nature of any legal act, and especially of the constitution, that its content is not automatically preshaped in such a definite manner that it only had to be applied. Before applying a legal act, and especially the constitution, one has to understand it. The constitution offers a series of interpretative possibilities and is sufficiently open with regard to its meaning that the Constitutional Court can further develop it. This further development is particularly made possible by the legal principles to be found among the general provisions and by the set of basic rights comprising many definitions bearing the nature of legal principles. The deceased German professor and esteemed constitutional judge Winfried Hassemer highlights with good reason that the basic rights are the natural-law part of the constitution. The catalogues of these rights in the modern constitutions are an achievement of rationalistic natural law; within the scope in which they entered the constitution, they are an important content-related framework, which can be a source of the development of the basic rights and at the same time a source inspiring and improving the legislation. It is in the nature of any legal act and particularly of the constitution that there exists a difference between the law as a text and the law as a process of interpretation and implementation of this text. This antinomy was already brought to the attention of the audience on 15 April 1920 by Leonid Pitamic in his opening lecture *Pravo in revolucija* (Law and Revolution), starting the lectures at the Faculty of Law of the University of Ljubljana. The mentioned antinomy clearly shows that behind the text, there is always a man making decisions i.e. a man who is also a moral person. It is true that law and morality are not identical, between them there exist even radical differences, but also such close ties that the law loses its legitimacy if the basic constitutional and legal values are forgotten. When interpreting the constitution and the statutes and making decisions, one eventually has to rely only upon himself. This makes the lawyer's work attractive and challenging, but at the same time assigns to him a burden and a responsibility.

PLAVŠAK, Nina, VRENČUR, Renato: Kako pravna pravila, ki operacionalizirajo načelo zaupanja v zemljiško knjigo, varujejo poštenega, dobrovernega pridobitelja

Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132) št. 11-12

Načelo zaupanja v zemljiško knjigo zapoveduje, da tisti, ki v pravnem prometu ravna pošteno in se zaneša na podatke o pravicah, ki so vpisani v zemljiško knjigo, zaradi tega ne sme trpeti škodljivih posledic. Načelo zaupanja v zemljiško knjigo varuje poštenega pridobitelja pri vseh poslovnih pridobitvah, ne glede na to, ali je predpostavka te pridobitve pravni posel (vknjiženega) lastnika, ali pravni posel, sklenjen neodvisno od volje lastnika pri prisilni prodaji. Pri odgovoru na vprašanje, ali pridobitelj z vknjižbo lastninske pravice v njegovo korist (torej, ko postane vknjiženi lastnik) pridobi (tudi) resnično lastninsko pravico (postane tudi resnični lastnik), moramo razlikovati dva položaja. Če je odsvojitelj (vknjiženi lastnik) tudi v resnici imetnik lastninske pravice in zato (materialnopravno) upravičen (samostojno) razpolagati z lastninsko pravico na nepremičnini, pridobitelj z vknjižbo lastninske pravice v njegovo korist postane (resnični) lastnik na podlagi (veljavnega) pravnega posla (izjave volje) dosedanjega (resničnega) lastnika (odsvojitelja). Za ta položaj uporabljamo tudi izraz *poslovna pridobitev stvarne pravice na podlagi razpolaganja lastnika*. Če odsvojitelj (vknjiženi lastnik) razpolagalnega upravičenja v resnici nima, ker ni (resnični) lastnik, pridobitelj z vknjižbo lastninske pravice v njegovo korist postane (resnični) lastnik samo, če je (poleg veljavnega zemljiškoknjižnega dovolila vknjiženega lastnika kot odsvojitelja) izpolnjena dodatna predpostavka, in sicer, če je dobroveren, ker je zaupal podatku o vknjiženi lastninski pravici odsvojitelja v zemljiški knjigi in ne ve, da odsvojitelj v resnici nima razpolagalnega upravičenja. V tem primeru pridobitelj pridobi lastninsko pravico neodvisno od volje resničnega lastnika. Ta pravna posledica nastane na podlagi pravnih pravil SPZ in ZZK-1, ki operacionalizirajo načelo zaupanja v zemljiško knjigo. Zato zanj uporabljamo tudi izraz *poslovna pridobitev stvarne pravice od nelastnika na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo*.

PLAVŠAK, Nina, VRENČUR, Renato: How the Legal Rules, Implementing the Principle of Confidence in the Land Register, Protect Fair, *Bona Fide* Acquirer

Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 11-12

The principle of confidence in the land register states that those who in the legal traffic handle fairly and rely on the information on the rights, which are entered in the land register, may not suffer adverse consequences. The principle protects *bona fide* acquirer in all business acquisitions, regardless of whether prerequisite for the acquisition is a legal transaction (permit for land registry entry) of the (registered) owner or legal transaction concluded independently of the will of the owner in the case of forced sale. In answering the question whether an acquirer shall, with the entry of ownership right on his behalf (i.e. when he becomes the registered owner) (also) acquire a real property right (also becomes the real owner), we need to distinguish between the two situations. If the transferor (registered owner) is the true holder of the ownership right (true owner) and therefore entitled to dispose of this right, with the entry of ownership right on behalf of an acquirer in the land register the acquirer becomes (true) owner on the basis of (valid) legal transaction of the (real) owner (seller). For this situation, we also use the term *business acquisition of a right in rem pursuant to a disposition of the owner*. If the transferor (registered owner) is not the true (real) owner, with the entry of the ownership right on behalf of an acquirer in the land register (on the basis of permit for land registry entry issued by the registered owner) the acquirer becomes the true owner only if an additional prerequisite is fulfilled, namely, that the acquirer acted in *bona fide*, i.e. the acquirer relied in *bona fide* that the registered owner is also true owner and was not aware that a real owner is another person. This legal consequence arises on the basis of legal rules implementing the principle of confidence in the land registry. For this situation we also use the term *business acquisition of a right in rem from a non-owner on the basis of confidence in the land register*.

DEMŠAR-POTOČNIK, Ivanka: Razkritje tajnih podatkov v pravnem postopku**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132) št. 11-12**

Razkritje tajnih podatkov v pravnem postopku predstavlja svojevrsten paradoks. Na eni strani obstaja potreba po varovanju tajnih podatkov, ki se kaže v tem, da se nepooblaščenim osebam prepreči dostop in seznanitev z vsebino tovrstnih informacij. Na drugi strani pa obstaja potreba, da se vsi udeleženci civilno pravnega postopka seznani s celotnim procesnim gradivom, torej tudi s tajnimi podatki, če jih bo sodišče uporabilo za podlago odločitve v konkretnem pravnem sporu. V obravnavanem prispevku avtorica najprej obravnava kriterije za opredelitev pojma tajnega podatka in pravne podlage varovanja tajnih podatkov. Sledi kratka predstavitev ureditve razkritje tajnih podatkov v civilno procesni zakonodaji Anglije in Walesa, Nemčije ter Slovenije. Preostali del prispevka je namenjen iskanju rešitve za odpravo neskladnosti Zakona o pravnem postopku z Ustavo Republike Slovenije, ki jo je ugotovilo Ustavno sodišče Republike Slovenije v zvezi z razkritjem tajnih podatkov. Pri iskanju odgovora na vprašanje, kateri ustavno zavarovani kategoriji dati prednost, se je avtorica uprla na sprejete rešitve iz upravno pravnega področja ter na praksi Evropskega sodišča za človekove pravice in Sodišča Evropske unije.

DEMŠAR-POTOČNIK, Ivanka: Disclosure of Classified Information in Civil Procedure**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 11-12**

Disclosure of classified information in civil procedure is a kind of a paradox. There is a need to protect classified information on one hand, which means that unauthorised person is restricted to obtain and know the content of this information. On the other hand, it is necessary for every party of civil procedure to be acquainted with all documentation included in one procedure. This involves also the classified information, especially if the court decides to use this kind of information as a legal ground of its decision. Firstly, the author defines the criteria for classified information definition and legal grounds for its protection. A short presentation highlights classified information regulation in England, Wales, Germany and Slovenia. The rest of the article is dedicated to finding a solution for elimination of non-compliance between the Civil Procedure Code and the Constitution of the Republic of Slovenia, found by the Constitutional Court of the Republic of Slovenia regarding classified information. The author decided to prioritize undisputed administrative law solutions in constitutional category, case law of the European Court of Human Rights and the Court of the European Union.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 28:347.628.5:316.36

28-452

USTA, Sevgi: Koncept otroštva od islamsko-otomanske države do turškega prava kot države zgodnje polnoletnosti: zakonske zveze v zgodnji starosti**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132) št. 11-12**

Prispevek obravnava pravni razvoj koncepta polnoletnosti, ki izraža zaključek otroštva v prejšnjem, versko utemeljenem otomanskem pravu, segajočem nazaj štiri generacije, in sodobnem turškem pravu. V okvirih študije je obravnavan pravni razvoj koncepta polnoletnosti tako v starem turškem pravu, kot v sodobnem turškem pravu, upoštevajoč definicijo otroštva v konvenciji o otrokovih pravicah. Pravni in kulturni razlogi za zakonske zveze v zgodnji starosti so v središču te študije.

*Review Article*UDC: 28:347.628.5:316.36
28-452**USTA, Sevgi: The Concept of Childhood from Islam-Ottoman Law to Turkish Law As an Early Majority State: Early Age Marriages****Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 11-12**

The study deals with the legal development of the concept of majority which expresses the completion of childhood in the former, religion-based Ottoman Law dating back to four generations and modern Turkish Law. Within the scope of the study, legal development of the concept of majority which express the end of childhood both in the previous Turkish Law and Turkish Modern Law is dealt with by way of predicating upon the definition of childhood in the Children's Right Convention. Legal and cultural grounds of early age marriages constitute the focus of this study.

*Pregledni znanstveni članek*UDK: 341:347:342.7-053.2
347(061.1EU)-053.2**ZOETEWIJ-TURHAN, Margarite Helena: Bruseljska uredba II bis: Otrokova pravica izraziti svoje mnenje v postopku s čezmejn timer elementom****Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132) št. 11-12**

Eden od ciljev Bruseljske uredbe II bis iz leta 2005 je zagotoviti, da bodo otroci lahko uresničili svoje pravice v postopkih s čezmejn timer elementom, ki jih zadevajo. Med otrokovimi pravicami v postopku je posebej pomembna pravica otroka, da izrazi svoje mnenje. Ta pravica ima tudi osrednjo vlogo v treh vrstah postopka, za katere se uporablja Bruseljska uredba II bis. Kljub temu sodne odločitve Sodišča Evropske unije, ki obravnavajo otrokovo pravico izraziti svoje mnenje, pričajo, da okoliščina, da otrok ni imel možnosti izraziti svoje mnenje v postopku, pogosto sploh ne šteje za kršitev Bruseljske uredbe II bis. Vse kaže, da tega ne bo spremenil niti pristop Evropske unije k Evropski konvenciji za človekove pravice.

*Review Article*UDC: 341:347:342.7-053.2
347(061.1EU)-053.2**ZOETEWIJ-TURHAN, Margarite Helena: Brussels II bis: The Right of the Child to be Heard in International Proceedings****Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 11-12**

The 2005 Brussels II bis Regulation is aimed at making the child, caught in international proceedings, more visible and the bearer of more rights. The child's right to be heard should play an especially central role in three types of proceedings that fall within the scope of the Regulation. However, recent judgments of the European Court of Justice on the child's right to be heard give reason to believe that not hearing the child will not often be a reason to find that the Regulation has been breached. Even accession of the EU to the ECHR will not bring much change in this situation.

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 popravilo 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, srbsščina; v latinici), kadar je za to poseben razlog, ki ga avtor sporoči uredništvu, in ga uredništvo na tej podlagi sprejme v objavo. Besedilo mora biti v takem primeru prav tako jezikovno neoporečno, saj lekture besedila v tujem jeziku uredništvo ne opravlja, mora pa avtor pripraviti poleg krajših povzetkov v slovenščini in angleščini iz prvega odstavka te točke navodil tudi daljši povzetek v slovenskem jeziku, v dolžini približno 6.000 do 10.000 znakov. V posamezni številki ne bo objavljen več kot en članek v tujem jeziku.

4.

Obseg prispevka je odvisen od teme, ki jo avtor obravnava, pri tem pa je treba upoštevati temeljno vsebinsko 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 sprotih opombah (pod črto) navedejo samo prva črka imena in priimek s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

Primer: J. Novak, nav. delo, str. 55.

V neposredno sledečih sprotih opombah pa se zapiše zgolj »Prav tam.« oziroma – če je le stran istega vira druga – »Prav tam, str. 56.«

Če je isti pisec naveden z več deli, se dopiše leto, v katerem je bilo delo objavljeno.

Primer: J. Novak, nav. delo (2005), str. 55.

Če je na koncu prispevka seznam uporabljenih virov, pri spletnih straneh ni treba pisati datuma zadnjega ogleda (ker je ta podatek v seznamu literature).

Opombne številke se pišejo za ločili. Sprotne opombe se končajo s končnim ločilom.

6.

Če prispevku ni priložen seznam uporabljenih virov, se navedejo popolni bibliografski podatki (glej 7. točko) samo v tisti opombi, kjer se delo prvič pojavi, pozneje pa se navedejo samo ime in priimek avtorja s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

Primer: J. Novak, nav. delo, str. 55.

7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

- **pri knjigah:** ime in priimek pisca, naslov knjige (pri večkratnih izdajah tudi označbo številke izdaje), morebitnega prevajalca in praviloma založbo ter kraj in leto izdaje.

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1. Druga izdaja, prevod Mitje 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 urednike 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 podpisane 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 izdavatelja 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

prezimeni, 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 izdavatelja 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 prezimena 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 **bilješci 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