

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik 70 (132)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka 5-6/2015

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

Naslov: Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana

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

Naklada: 460 izvodov

Izide 12 številka na leto.

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

Naročila

tel.: 01 42 03 113, faks: 01 42 03 115

Letna naročnina (cene z DDV):

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

IBAN: SI56 6100 0000 9259 676

VSEBINA

Članki

- Andraž Teršek Zgraditi džamijo je ustavna pravica – 289
- Matija Damjan,
Vesna Bergant Rakočević Dobra vera pri priposestvovanju služnosti:
Vidik pridobitelja služee nepremičnine – 307
- Gregor Drnovšek Key Aspects of Safeguarding of Shareholders
with Regard to Authorized Capital – 323
- Ključni vidiki varstva delničarjev pri
odobrenem kapitalu
(daljši povzetek v slovenščini) – 357
- Andrej Svetličič Obligation of a State not to Defeat the Object
and Purpose of a Treaty between its Signature
and Entry into Force – 361
- Yener Ünver Kinderschutz durch Strafrecht im türkischen
Recht – 387
- Zaščita otroka v turškem kazenskem pravu
(daljši povzetek v slovenščini) – 407

Prikaz knjige

- Boštjan Tratar Neodvisnost in nepristranskost sodišč/
sodnikov po 6. členu Evropske konvencije o
človekovih pravicah – 411

Avtorski sinopsi

(v slovenskem in angleškem jeziku) – 419

Navodila za avtorje

*(v slovenskem, angleškem in hrvaškem
jeziku)* – 431

CONTENTS

Articles

- Andraž Teršek To Build a Mosque Is a Constitutional Right – 289
- Matija Damjan,
Vesna Bergant Rakočević Good Faith Relating to Prescriptive Easements: Land Acquirer's Aspect – 307
- Gregor Drnovšek Key Aspects of Safeguarding of Shareholders with Regard to Authorized Capital – 323
Longer Summary in Slovenian – 357
- Andrej Svetličič Obligation of a State not to Defeat the Object and Purpose of a Treaty between its Signature and Entry into Force – 361
- Yener Ünver Child protection in Turkish Criminal Law – 387
Longer Summary in Slovenian – 407

Book Review

- Boštjan Tratar Independence and Impartiality of the Courts/Judges under Art. 6 of the European Convention on Human Rights – 411

Authors' Synopses

(in Slovenian and English Language) – 419

Guidelines for Authors

(in Slovenian, English and Croatian Language) – 431

ZGRADITI DŽAMIJO JE USTAVNA PRAVICA¹

Andraž Teršek,

univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, univerzitetni učitelj na Univerzi na Primorskem, matično na Pedagoški fakulteti

1. UVOD

Družbeno dogajanje pred desetimi leti glede gradnje džamije v Ljubljani je bilo pestro. Politični oziroma dnevno-politični odzivi na javno izpostavitve tega vprašanja so bili pričakovani. Parlamentarne stranke, ki so predstavljale t. i. levi pol slovenskega dnevno-političnega prostora, so, z nekaterimi razlikami v prepričljivosti javne drže, v javnih občilih pojasnjevale, da gradnji džamije ne nasprotujejo. Tudi, da domnevno razumejo ustavnopravni pomen tega vprašanja, v povezavi z ustavnopravnim načelom enakopravnosti, ki tudi na področju religije in verovanja ne dopušča diskriminacije. Tiste parlamentarne stranke, ki so se uvrščale na desni dnevno-politični pol, pri nasprotovanju ideji o gradnji džamije v Ljubljani niso bile zadržane. Pri javnem argumentiranju svojih stališč glede tistega, kar so označevale kot »nacionalni kulturni prostor« in »krščanski narod« so vehementno zavračale že samo idejo o gradnji džamije v slovenski prestolnici. Takšno argumentiranje je običajno obšlo ustavnopravni jezik in je bilo usmerjeno predvsem na razvne manje državljanskih strasti. Podčrtano je bilo z raznovrstnimi, predvsem populističnimi in demagoškimi poskusi zanetiti nekakšen strah državljanov. Omenjalo se je tudi islamsko vero kot zgodovinsko grožnjo krščanstvu, džamijo kot »predimen-

¹ Besedilo je avtorsko preurejeni in dopolnjeni znanstveni članek, objavljen pod naslovom »Ustavnopravne meje referendumске демократије« v reviji *Revus – revija za evropsko ustavnost*, št. 5/2005, in predelana krajša različica tega članka, objavljena kot poglavje v znanstveni monografiji *Ustavna demokracija in vladavina prava*, UP FAMNIT, Koper 2009. Mednarodno javnost sem poskusil obvestiti o pomembnem slovenskem ustavnosodnem precedensu glede džamije v članku »Constitution and the Clash of Cultures: Is there a Constitutional Right to Erect a Mosque?«, v: *Sortuz. Onati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, 2 (2008) 2, str. 32–40.

zionirani verski, kulturni in politični objekt» pa se je neposredno povezovalo z globalnim problemom terorizma. Pri tem so sodelovali tudi nekateri visoki predstavniki RKC.

Zelo podobno ali podobno polarizirano, vsebinsko površno in nemalokrat nadvse neracionalno so se pred javnostjo in zasebno pogovarjali ljudje, ki so v tej temi prepoznali priložnost za politično samoopredeljevanje. Prenekateri politiki, marsikateri cerkveni predstavniki, nekateri javno nastopajoči strokovnjaki s tega ali onega področja, pa tudi številni naključno izpostavljeni državljani niso občutili nelagodja ali zadrege, ko so hiteli povezovati vprašanje o gradnji džamije z zgodovinskimi zapisi o turških vpadih na slovensko zemljo in s pozivi k, ki so nakazovali na narodno identitetni problem tipa Krst pri Savici.² Maneverski prostor za suvereno razmišljujoče državljane se je s pretirano medijsko pozornostjo tako razmišljujočim komentatorjem otipljivo (s)krčil.

Zanimivi, predvsem v smislu vsebinske presenetljivosti, so bili tudi pogledi nekaterih uglednih pravnikov. V spomin se mi je zapisalo razmišljanje nekega profesorja prava, da džamija ne sodi v slovenski kulturni prostor. Ali pa razmišljanje drugega profesorja prava, da pomeni aktivno nasprotovanje referendumu sodelovanje pri neodgovornem odpiranju vrata za prihod islamskega fundamentalizma in terorizma v Slovenijo. Posebej zapomnljiv se mi je zdel televizijski nastop uglednega in medijsko prepoznavnega profesorja prava, ki je na novinarsko vprašanje, če se strinja s stališči nekaterih pravnikov,³ da je pri tem referendumskem predlogu glavni problem dejanski namen predlagateljev referenduma, odgovoril, da ne razume, za kakšen namen naj bi šlo in da tudi ne razume, zakaj bi bil pomemben nekakšen namen. Menil je, da naj bi šlo preprosto za predlog, da se o nekem občinskem tehničnem aktu odloča na referendumu.

Tedanje dogajanje, ki se je v marsikaterem oziru zdelo kot nekakšen sintetiziran prikaz miselne skromnosti in pravoslovne ignorance, sem spremljal intenzivno. Ponudila se mi je namreč priložnost, da sem bil avtor ustavnopravne analize o ustavnosti referendumskega predloga, ki je zadeval gradnjo džamije v Ljubljani in ki jo je tedanja županja MOL⁴ podpisala kot zahtevo za ustavnosodno presojo referendumskega predloga. Županja je, kot se je zdelo, prepoznala ustavnopravno jedro vprašanja o gradnji džamije in me je povabila na individualni sestanek. Sledil mu je sestanek, ki se ga je udeležilo še de-

² Glej M. Lunaček, nav. delo.

³ Šlo je za moje stališče o tem, da Ustavno sodišče lahko presoja vsebino referendumskega predloga preko sklepa o njegovem razpisu in da je vprašanje namena ali cilja predlagateljev referenduma temeljno ustavnopravno vprašanje v tej zadevi. Oboje je bilo podrobneje razdelano v pobudi za ustavnosodno presojo referendumskega predloga in je pojasnjeno v nadaljevanju tega besedila.

⁴ Tedanja županja MOL je bila ga. Danica Simšič.

vet drugih pravnikov. V svojih stališčih in predlogih, procesnih in vsebinskih, sem na sestanku in po njem ostal osamljen. Županja se je kljub temu odločila, da mi poveri izdelavo pobude za ustavnosodno presojo zahteve za razpis referendumu glede gradnje džamije.

Precedenčni, konceptualno teoretični in pedagoški pomen te odločitve slovenskega ustavnega sodišča je velik. Verjamem, da si ta ustavnosodna odločba tudi danes (zima 2014) zasluži nov strokovni opomnik in preurejeno dokumentiranje. Vključuje zelo pomembna in vselej aktualna ustavnopravna vprašanja.

2. OVIRA ZA GOLE FORMALISTE IN PRAVNIŠKE LEGALISTE

Ustavnopravno zelo pomembno je opozoriti, da se je Ustavno sodišče (v nadaljevanju: tudi US) v svoji ustavnosodni odločbi št. U-I-111/04 formalno soočilo z zahtevo za ustavnosodno presojo dokumenta, ki je bil po svoji vsebini in naslovu *Sklep o razpisu naknadnega referendumu o uveljavitvi Odloka o spremembah in dopolnitvah Odloka o sprejemu prostorskih ureditvenih pogojev za plansko celoto Trnovo, Tržaška cesta, za območje urejanja VR 2/6, ob Cesti dveh cesarjev, št. 095-62/2003-163*, in *Sklepa o spremembah sklepa o razpisu naknadnega referendumu o uveljavitvi Odloka o spremembah in dopolnitvah Odloka o sprejemu prostorskih ureditvenih pogojev za plansko celoto V2 – Trnovo, Tržaška cesta, za območje urejanja VR 2/6, ob Cesti dveh cesarjev, št. 095-62/2003-164, z dne 19. 4. 2004*.

Tako prikazana se je vsebina sklepa o razpisu referendumu marsikomu zdela tehnična in formalistično suhoparna. Razlogov, zakaj naj bi bila ob tako formuliranem sklepu za razpis referendumu izvedba referendumu protiustavna, niso spregledali samo nepoznavalci pravoslovja. Prepoznanje teh razlogov je bilo težava tudi za gole pravniške formaliste in legaliste. S sprejemom sklepa o razpisu referendumu pa so se odprla naslednja ustavnopravna vprašanja: ali sme US vzeti v ustavnosodno presojo sklep, s katerim je referendum razpisan; ali lahko US preko presoje tega sklepa presoja tudi vsebino razpisanega referendumu; kaj je sploh vsebina razpisanega referendumu; kako ugotoviti, kaj je vsebina razpisanega referendumu; ali se o takšni vsebini lahko odloča na referendumu.

3. SKLEP JE SREDSTVO IN NE OVIRA ZA PRESOJO VSEBINE REFERENDUMA

Glede vprašanja, ali je mogoče preko ustavnosodne presoje sklepa o razpisu referendumu presoјati tudi ustavnost referendumu v »vsebinskem« smislu, je US že v prej sprejetem sklepu št. U-I-257/03 zapisalo, da »je eno izmed spornih

*vprišanje prav vprišanje, ali je mogoče preko sklepa o razpisu referendumu preso-
jati tudi »vsebinsko« ustavnost referendumu.» V 11. točki tega sklepa je US
glede tega zapisalo:*

»[...] To ne pomeni, da odloka, s katerim se razpiše zakonodajni referendum,
ne bi bilo mogoče izpodbijati. Vendar se Ustavnemu sodišču v tem primeru
ni bilo treba spuščati v vprišanje, kdo in pod kakšnimi pogoji bi lahko začel
postopek oziroma vložil pobudo za začetek postopka ustavnosodne presoje.«

V času referendumske kampanje sem javno zagovarjal stališče, da je mogoče
preso-
jati »vsebinsko« ustavnost referendumu tudi preko ustavnosodne presoje
sklepa o njegovem razpisu. Pri tem bi bilo med drugim ustavnopravno možno
uporabiti kriterij »izjemnosti« primera, tudi v povezavi s kriteriji »hude proti-
ustavnosti« ali »očitne in hude protiustavnosti« ali v povezavi z ustavnopravno
logiko »preventivnega namena«.⁵

»Izjemnost« tega primera je bilo mogoče povezati z dejstvom, da ustavnoso-
odne presoje referendumske pobude za izvedbo referendumu na lokalni ravni,
v tem primeru v mestni občini, ni bilo mogoče doseči drugače kot z ustavno-
sodno presojo vsebine referendumu prav preko ustavnosodne presoje sklepa o
njegovem razpisu. Zakon o lokalni samoupravi (ZLS) te možnosti, ki jo je po
drugi strani Zakon o referendumu in ljudski iniciativi (ZRLI) izrecno omogo-
čal Državnemu zboru (v nadaljevanju: DZ), ni predvideval. Edina pot občin-
skih oblasti na US je bila takrat dana z uporabo 33. člena ZLS.⁶ V tem primeru
torej ni šlo samo za načelno vprišanje, ali bi bilo z vidika Ustave Republike
Slovenije (v nadaljevanju: Ustava) treba upravičenemu predlagatelju omogo-
čiti pot na US za presojo ustavnosti vsebine referendumu preko ustavnosodne
presoje sklepa o njegovem razpisu, pač pa za vprišanje, ali je treba z vidika
Ustave zagotoviti možnost, da se sploh doseže ustavnosodna presoja predlaga-
nega in tedaj že razpisanega referendumu. Podobno kot zakonodaja omogoča
DZ, da kot nosilec in izvajalec javne oblasti ter s tem tudi skrbnik ustavnosti in
zakonitosti zahteva ustavnosodno presojo referendumskih pobud, bi morale
biti tudi občinskim oblastem omogočeno, da dosežejo ustavnosodno presojo
referendumske pobude na lokalni ravni. In US je temu pritrdilo. ZLS je odpiral
pot na US samo županu oz. županji, ki je na lokalni ravni varuh ustavnosti in
zakonitosti (takratni 33. člen ZLS).⁷

⁵ O tem sem pisal že v A. Teršek, nav. delo (2004).

⁶ O tem, ali je taka pravna praznina v ZLS protiustavna, US pred tem še ni odločilo
(sklep št. U-II-2/04 in U-I-76/04, tč. 21), pozneje pa je ugotovilo, da je taka pravna praznina
res protiustavna.

⁷ V odgovoru na zahtevo skupine svetnic in svetnikov MOL so takrat pobudniki
referendumu (s pomočjo pravnih svetovalcev) zapisali pravno depasirano trditev, da
analogije s 16. členom ZRLI in pravice županje, da zahteva ustavnosodno presojo vsebine

To procesno ustavnopravno vprašanje je imelo velik načelni ustavnopravni pomen: ker bi se na referendumu lahko odločalo o vprašanju, o katerem na referendumu ni dopustno odločati (o vprašanju ustavnih pravic ali svoboščin določene skupine ljudi, v tem primeru glede njihove verske svobode in verske enakopravnosti), mora vselej obstajati pravna pot, po kateri se lahko pred izvedbo referenduma avtoritativno presodi, ali bi bila izvedba referenduma zaradi njegove vsebine sploh ustavno dopustna. Navsezadnje pa je, pravno formalno in tudi po oceni US, sestavina akta o razpisu referenduma vselej tudi vsebina referendumskega vprašanja. Zato je lahko v primeru, če se postavi vprašanje o ustavnosti te vsebine, tak akt podvržen ustavnosodni presoji. Tisti (politiki in pravniki), ki so si na vsak način želeli izvedbe referenduma in so upali na rezultat glasovanja, ki bi pomenil zavrnitev možnosti gradnje džamije v Ljubljani, so poskušali to doseči tudi z golo formalističnim in tehnokratsko legalističnim sklicevanjem na »gole črke« pravnih določb.

4. DEJANSKI NAMEN ALI CILJ POBUDNIKOV REFERENDUMA KOT VSEBINA REFERENDUMA

Najpomembnejše pri pisanju predmetne ustavnosodne pobude je bilo utemeljiti razloge, zakaj izvedba zahtevanega referenduma zaradi njegove vsebine ne bi bila v skladu z Ustavo. Treba je bilo utemeljiti vsebino referenduma, pri tem pa izhajati iz dejanskega namena ali cilja predlagateljev referenduma: za kaj je pri referendumu dejansko šlo in kaj so njegovi predlagatelji dejansko hoteli doseči.

V pobudi za ustavnosodno presojo je bila postavljena teza, da so bili podpisniki, ki so jih pobudniki referenduma v zakonitem roku zbrali v podporo referendumske pobude, že sami po sebi »okuženi s protiustavnostjo«. Tako v medijskih poročanjih in medijskih nastopih predlagateljev referenduma, kot pri intervjuvanju državljanov na cesti, pa tudi glede na slogane na kampanjskih panojih pred upravnimi enotami in na drugih pisnih apelih za podporo referendumske pobude, je bilo namreč jasno in nedvoumno sporočeno: gre za »referendum proti džamiji«, oziroma za »referendum proti mošiji«. Televizijska poročanja o predreferenduskem kampanjskem dogajanju so prikazovala in povzemala nedvoumno prepričanje občanov, da podpisujejo pobudo za referendum zoper gradnjo džamije v Ljubljani, v nekaterih primerih pa celo zoper gradnjo džamije kjerkoli v Sloveniji. Javne razprave so bile osredotočene na temeljno, pogosto tudi edino vprašanje: ali džamija in celo Muslimani sami sodijo v slovenski kulturni prostor. Tako so pobudniki referenduma privabljali

referenduma, v tem primeru ni mogoče priznati, ker naj bi »zakonodajalec zavestno izključil možnost ustavnosodne presoje naknadnega referenduma na lokalni ravni«.

podpisnike referendumske pobude tudi preko internetnih strani. Prvopodpisani med pobudniki, občinski svetnik MOL, je v televizijski izjavi celo izrecno dejal, da so se odločili za tak način zbiranja podpisov, ker zagotovo ne bi dobili niti 100 podpisov, če bi zbirali podpise zoper določen občinski sklep kot zgolj nekakšen tehnični akt.⁸

V javnih razpravah se je, kot rečeno, vprašanje gradnje džamije povezovalo celo s problemom terorizma in iskanjem Osame Bin Ladna. Omenjalo se je Turke kot nevarnost »slovenstvu« in se oziralo nazaj v zgodovino s sklicevanjem na turške vpade na slovenska tla. Razpravljalo se je o načinu življenja v Sloveniji in v islamskem svetu ter površno prerekalo o muslimanskih verskih obredih kot nesprejemljivih za slovensko kulturo. Uprizarjala se je konzervativnost mnogih ljudi, ki so se sklicevali na svoje slovensko poreklo. Kar tekmovalo se je v javni zaščiti kulturnih stereotipov in verskih predsodkov. Le nekoliko bolj umirjeni govorci so poskušali svoje nasprotovanje gradnji džamije utemeljevati s problemom pretiranega izstopanja džamije in njej podobnih poslopij glede na slovensko arhitekturo. Omenjali so tudi problem splošnega nezaupanja in strahu ljudi do islamske vere in muslimanskega načina življenja. O tem, da bi šlo pri referendumu za problem izbrane lokacije za gradnjo džamije, so pobudniki le postransko oziroma sekundarno navedli v referendumski pobudi, v javnosti pa so začeli izpostavljati ta argument šele v zadnji fazi referendumske kampanje.

Ob takem dogajanju dejanskega namena pobudnikov ni bilo treba (špekulativno) ugotavljati. Nedvoumno je bil razviden tudi iz uradne obrazložitve referendumske pobude, ki so jo predlagatelji referenduma priložili pisni zahtevi za razpis referenduma in odgovoru na vloženo pobudo za ustavnosodno presojo referenduma. Bili so prepričani, da za gradnjo džamije ni potrebe in da lahko muslimani svoje verske potrebe zadovoljujejo na preprostejši način:

»Vseskozi smo opozarjali, da za gradnjo velikega verskega centra na tej lokaciji ni potrebe, saj bi več molilnic v Ljubljani pripadnikom islamskega načina življenja omogočalo celotnejšo versko oskrbo ... Islamsko verski kulturni center v konturah, sprejetih z odlokom na mestnem svetu, ni kakršenkoli objekt. Je verskokulturni hram, skoraj desettisočglave množice oseb [...] velike veličine s slovenskim državljanstvom, bošnjaške narodnosti, pripadnikov islamskega načina življenja [...]«

To utemeljitev referendumske pobude je bilo mogoče brez težav preoblikovati v ustavnopravno vprašanje: ali je na referendumu (in drugače versko opredeljenim pripadnikom družbene večine) dopustno glasovati o tem, ali za gradnjo velikega verskega centra na predvideni lokaciji obstaja dejanska potreba muslimanskih vernikov, ali bi že več molilnic v Ljubljani pripadnikom islamske-

⁸ Dokumentacija oddaj POP TV, 24 ur, 20. februar 2004 in 4. marec 2004.

ga načina življenja omogočalo celotnejšo versko oskrbo in ali naj se dovoli izgradnja islamskega versko kulturnega centra v konturah, sprejetih z odlokom na mestnem svetu. To namreč po mnenju predlagateljev referendumu ni kakršenkoli objekt, ampak verskokulturni hram, kjer bi se lahko zbirala skoraj desettisočglava množica oseb, večina s slovenskim državljanstvom, bošnjaške narodnosti in pripadnikov islamskega načina življenja.

V ustavnopravni teoriji je vprašanje dejanskega namena ali cilja, ki se ga želi doseči z odločanjem na referendumu ali z rednim zakonodajnim odločanjem v parlamentu, pomembno vprašanje. Ustavnopravna teorija (predvsem severnoameriška, vključno s sodno prakso Vrhovnega sodišča ZDA) se s tem vprašanjem sooča predvsem na dva načina. Kadar so predmet ustavnosodne presoje manj pomembna ustavnopravna vprašanja ali tiste ustavne pravice, ki so v ustavnopravni teoriji in praksi nekoliko manj zaščitene, se pri ustavnopravni presoji vprašanja, ali se sme vanje poseči z določenimi ukrepi, ki pomenijo njihovo omejevanje (tako, da se sprejme zakon, s katerimi se jih omeji, ali pa tako, da se o njih odloča na referendumu), uporabi t. i. ustavni »test razumnosti«. Z njim se ugotavlja zgolj tisti namen ali smoter, ki ga zakonodajalec ali predlagatelj referendumu dejansko zatrjuje. Po tem testu se presoja samo ustavna sprejemljivost tistega cilja, za katerega zakonodajni organ ali predlagatelj referendumu trdita, da ga želita dejansko doseči. V primerih uporabe testa razumnosti je torej nepomembno, če je razlog, s katerim zakonodajalec utemljuje zakonsko klasifikacijo, tudi v resnici razlog, ki je zakonodajalca motiviral za sprejem take zakonske klasifikacije.⁹ Zakonodajalcu ni treba razkriti dejanskega namena in tudi ni treba, da bi bil tak dejanski namen zakonodajalca v ustavnopravnem smislu nesporen. Na tistih, ki zatrjujejo neustavnost zakona ob uporabi testa razumnosti, leži breme dokazovanja neobstoja razumne podlage za ukrep države.¹⁰ Zadošča, da obstaja razumna povezava med ciljem zakonodajalca in presojanim ukrepom.

Kadar pa gre za najpomembnejša ustavnopravna vprašanja ali za tiste ustavne pravice in svoboščine, ki so deležne najvišje stopnje pravne zaščite, pa se uporabi t. i. ustavni »test stroge presoje«. Z njim se ne ocenjujejo le tisti namen ali cilj, ki ga zakonodajalec ali predlagatelj referendumu dejansko zatrjuje. Ocenjuje se tudi t. i. dejanski, prikriti ali »špekulativni« namen. Upošteva se vse možne posledice neke zakonske ureditve ali referendumu, ki je predmet pre-

⁹ Gre za doktrino, ki jo je potrdilo Vrhovno sodišče ZDA (VS ZDA) v primeru *FCC v. Beach Communications Inc.* (508 U.S.307, 315 (1993)).

¹⁰ Prim. Odločitev VS ZDA v primeru *Prudential Ins. Co. v. Commissioner of Revenue*, 429 Mass. 560, 568 (1999), v katerem se citira *FCC v. Beach Communications, Inc.*, 508 U.S. 307, 315 (1993).

soje.¹¹ Namen, tudi »*animus*«, igra posebno vlogo v primerih, ko je v središču ustavnosodne presoje določena skupina, ki jo je mogoče opredeliti npr. kot politično nepriljubljeno skupino, družbeno podrejeno ali depriwiligirano skupino.

Namen zakonodajalca ali predlagatelja referenduma, da bi se z določeno odločitvijo diskriminiralo določeno skupino ljudi, je mogoče dokazati že z zgolj posrednimi dokazi. Diskriminatorni namen zatorej lahko obstaja kot dejanska, a bolj ali manj prikrita motivacija za sprejem neke odločitve (*de facto*) ali pa kot odkrita, že predstavljena in zapisana pravna rešitev (*de iure*). Kot vzorčni primer, kako pomemben je za ustavnopravno oceno dopustnosti referendumskega odločanja dejanski namen (motivacija) pobudnikov referendumskega, strokovna literatura navaja primer, ko se je dalo prepričljivo ugotoviti, da je bila pri volivcih, ki so se udeležili referendumskega glasovanja, rasna diskriminacija pomemben faktor njihovega glasovanja in poznejše uspešnosti referenduma za njegove predlagatelje. Referendumsko glasovanje in rezultat je zato sodišče po izvedbi referenduma razglasilo za neustavnega.¹²

Z diskriminatornim namenom predlaganih pravnih rešitev se seveda ne ukvarjajo samo nacionalna ustavna sodišča, ampak tudi Evropsko sodišče za človekove pravice.¹³ V tem pogledu so v strokovni literaturi posebej izpostavljene nekatere znamenite odločitve Zveznega Ustavnega sodišča Nemčije. Po mnenju nemškega ustavnega sodišča je celo sprememba ustave z ustavnim amandmajem lahko neustavna, če npr. zakonodajalec ustavni amandma sprejme zgolj z namenom, da bi se izognil spoštovanju pomembne odločitve ustavnega sodišča.¹⁴

Tudi slovensko ustavno sodišče je v nekaterih predhodnih odločbah že izpostavilo namen oziroma »motivacijo« kot element ustavnosodne presoje.¹⁵ O namenu kot kriteriju ustavnosti so v ločenih mnenjih pisali tudi nekateri ustavni sodniki.¹⁶ V 21. točki obrazložitve sklepa U-II-3/03 je US poudarilo, da bi bila izvedba referenduma protiustavna tudi, če bi se izkazalo, da je namen

¹¹ Glej J. E. Nowak, R. D. Rotunda, nav. delo, str. 600–606.

¹² T. E. Cronin, nav. delo, str. 93–94. Prim. J. E. Nowak, R. D. Rotunda, nav. delo, 16. pogl. idr.; L. H. Tribe, nav. delo, str. 1502–1514 idr.

¹³ Presoja »namen« je običajno sopotnica presoje »legitimnosti cilja« in »sorazmernosti ukrepa«, kadar gre za ustavnosodno presoj o restriktivnih ukrepih države na področju človekovih pravic in svoboščin. Prim. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, nav. delo; A. Mowbray, nav. delo, str. 518 idr.

¹⁴ Glej D. P. Kommers, nav. delo, str. 48–49 idr.

¹⁵ Najprej v odločbah št. U-I-30/95, U-I-167/96, U-I-153/94 in U-I-77/93.

¹⁶ Npr. sodnik M. Krivic, v ločenem mnenju k odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-77/96, ali sodnik B. M. Zupančič, ki sta se mu pridružila sodnika L. Šturm in J. Šinkovec, v ločenem mnenju k odločbi št. Up-40/94.

referenduma odlaganje oziroma zavlačevanje izvršitve odločbe Ustavnega sodišča. Namen določenega pravnega ukrepa (predlagane pravne ureditve) ne sme biti v nasprotju z ustavnim redom.

Pri ustavnopravni oceni nekega referendumskega predloga zato ni dovolj le besedna razlaga referendumskega predloga. Za takšno oceno je treba pogledati onkraj golo-jezikovnega oblikovanja referendumskega vprašanja. Oblikovanje referendumskega vprašanja v smislu *»ali ste za to, da se uveljavi odlok ..., sprejet na 7. seji Mestnega sveta ...«* ni ovira za pravno oceno, za kaj pri referendumskem predlogu dejansko gre. In lahko gre za poskus protiustavne odločanja družbene večine o ustavnih pravicah versko opredeljive družbene skupine (tudi manjšine).

Ko občani ali državljani prevzamejo vlogo »referendumskega zakonodajalca«, veljajo zanje enake ustavne omejitve, kakor sicer za rednega zakonodajalca. To nedvoumno izhaja tudi iz sklepa US št. U-II-3/03-15 (točka 21):

»Ustava in odločbe Ustavnega sodišča ne zavezujejo samo Državnega zbora kot zakonodajalca, temveč tudi državljane, kadar oblast izvršujejo neposredno (drugi odstavek 3. člena) z odločanjem o posameznem zakonu na referendumu (90. člen Ustave).«

Zato je treba vselej ugotoviti, s kakšnim namenom ali ciljem so predlagatelji zahtevali razpis referenduma in s kakšnim namenom se bodo volivci dejansko udeležili nekega referenduma: zaradi njihovega odločanja o neki vsebinsko nevtralni zakonski ureditvi ali z namenom, da bi odločali o načinu uresničevanja ustavnih pravic in svoboščin določene skupine ljudi, opredeljive glede na veroizpoved kot osebno okoliščino. Načela demokratičnosti, ki ga sodoča tudi pravica državljanov do neposrednega, referendumskega odločanja, ni dopustno uporabiti zoper načelo pravne države kot vladavine prava, ki ga vrednostno opredeljujejo predvsem človekove pravice in svoboščine.

Navsezadnje se svoboda delovanja verskih skupnosti navezuje tudi na splošno ustavno načelo demokratičnosti države (1. člen Ustave).¹⁷ V primerih, ko

¹⁷ Odločitev Ustavnega sodišča v zadevi U-I-68/98, tč. 12. Nekdanja predsednica Ustavnega sodišča D. W. Lukič v ločenem mnenju (tč. 8) k sklepu US št. U-I-3/03 zapiše: *»Pri presoji, ali bi zaradi uveljavitve oziroma zavrnitve zakona na referendumu nastale protiustavne posledice, mora Ustavno sodišče nedvomno upoštevati, da je pravica do odločanja na referendumu iz 90. člena Ustave izpeljava pravice do neposrednega sodelovanja državljanov pri upravljanju javnih zadev iz 44. člena Ustave in da je zato omejevanje te pravice 'podvrženo režimu iz 15. člena Ustave' (strogi test sorazmernosti).«* V ločenem mnenju k odločbi US št. U-I-163/99 je nekdanji predsednik Ustavnega sodišča F. Testen pojasnil, da je *»Ustavno sodišče že nekajkrat povedalo, da na protiustavnost zakona lahko vpliva tudi zakonodajalčeva motivacija [...] torej ne le nagib, ampak resnična causa [...] Če je motivacija protiustavna, je tudi sprejeti predpis obremenjen s protiustavnostjo [...] Ustavno sodišče preskusi, ali je*

gre za neposreden konflikt med družbeno večino in npr. versko, etnično ali/in nacionalno opredeljivo družbeno manjšino, se obseg pravice do neposrednega sodelovanja pri upravljanju javnih zadev in do referendumskega odločanja zoži.¹⁸ Še posebej, če restriktivnega poseganja v pravice ene skupine ljudi ni mogoče utemeljiti z varstvom pravic druge skupine ljudi.¹⁹

Družbeno dogajanje v Sloveniji glede referendumске zahteve o gradnji džamije v Ljubljani je pri vprašanju o dejanskem namenu predlagatelj referenduma kot temeljnem vprašanju ustavnopravnega pravoslovja izkristaliziralo precejšnjo pravno ignoranco ne le velikega dela dnevne politike, pač pa in žal tudi nekaterih predstavnikov pravne stroke.

5. SVOBODA VEROIZPOVEDI V SLOVENSKEM USTAVNEM REDU

Slovenska ustava v 7. členu določa: »*Verske skupnosti so enakopravne; njihovo delo je svobodno.*« V 14. členu Ustave je določena enakost pred zakonom (prepoved diskriminacije). Vključuje tudi enakost glede možnosti za uresničevanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin v skladu z ustavnim redom in zakonodajo, ne glede na vero, politično in drugo prepričanje, narodnost ali kako drugo osebno okoliščino.²⁰ Predlagateljem referenduma, njihovim podpornikom in simpatizerjem se je izmikalo razumevanje, kaj taka ustavnopravna izhodišča pomenijo z vidika džamije. Enakopravnost verskih skupnosti in enakost njihovih članov pred zakonom ni zagotovljena, če lahko le Rimokatoliška, Evangeličanska ali Pravoslavna cerkev za uresničevanje njihovih ustavnih pravic in bogoslužnih interesov zgradijo svoje cerkvene objekte po svoji izbiri in okusu, ki ustrezata njihovi veri in jo neposredno odražata. Za enakopravnost vseh verskih skupnosti gre samo v primeru, če lahko tudi pripadniki islamske vere uresničujejo iste ustavne pravice in svoboščine na enak oziroma enakovreden način. Preprečitev določeni verski skupnosti, da

zakonodajalec navedel resnične razloge za svoj poseg in presoja ustavnost zakona tudi v luči dejanskih, morebiti neustavnih razlogov za njegov sprejem.«

¹⁸ Prim. L. Tribe, nav. delo, str. 1095–1097.

¹⁹ Tudi Evropska konvencija o človekovih pravicah v 17. členu prepoveduje razlago določb Konvencije na ta način, kakor »da vsebuje za katerokoli državo, skupino ali posameznika pravico do kakršnekoli dejavnosti ali dejanja, ki je usmerjeno h kršenju katerihkoli pravic ali svoboščin, ki so tu določene, ali k njihovem omejevanju v večjem obsegu, kot je določeno v tej konvenciji.« Konvencija torej tudi posameznikom in družbenim skupinam prepoveduje izvrševanje temeljnih pravic z namenom, da bi se nedopustno onemogočilo ali omejilo uresničevanje temeljnih pravic drugih posameznikov ali skupin, oziroma tako, da bi bilo to v nasprotju z demokratičnimi načeli in vrednotami.

²⁰ Prim. Komentar Ustave Republike Slovenije (L. Šturm Ur.), str. 124, § 8, 9.

bi v skladu z nacionalno ustavo in zakoni uresničila svojo željo po vsebinsko enakovrednem uresničevanju verske svobode in ustavno zagotovljene pravice do svobode vesti in veroizpovedi, pomeni kršitev določb Ustave o svobodnem delovanju verskih skupnosti, enakosti pred zakonom, svobode vesti in svobodnega izpovedovanja vere (41. člen Ustave).

Svobodno delovanje verskih skupnosti je zagotovljeno le v primeru, če lahko verske skupnosti, v skladu z ustavo in zakoni države, same in svobodno odločajo o načinu verskega delovanja, oziroma, če lahko same in svobodno urejajo način svojega bogoslužnega delovanja. »Država jim priznava pravico, da se notranje organizirajo po svojih pravilih in da neodvisno in avtonomno opravljajo svoje poslanstvo«.²¹ Svoboda delovanja verskih skupnosti se navezuje tudi na splošno ustavno načelo demokratičnosti države (1. člen Ustave).²²

Ustava v četrtem odstavku 15. člena določa tudi, da »nobene človekove pravice ali temeljne svoboščine, urejene v pravnih aktih, ki veljajo v Sloveniji, ni dopustno omejeovati z izgovorom, da je ta ustava ne priznava ali do jo priznava v manjši meri.« Tudi strasbourško sodišče je, na primer, že v primeru *Hasan in Chaush proti Bolgariji* odločilo, da brez varovanja organizacijskega vidika življenja v okviru verske skupnosti ni mogoče varovati drugih vidikov individualne svobode vere. Povedano je neposredno povezano z jedrom demokracije, ki ga na eni strani opredeljuje postopkovno načelo večinskega sprejemanja odločitev, na drugi strani pa odgovornost demokracije in te iste večine (!) za zaščito pravic vsakokratne družbene manjšine.²³

Iz načela ločenosti države in verskih skupnosti (7. člen Ustave) in iz EKČP (konvencijske določbe in njihova interpretacija v judikaturi ESČP) izhaja »pozitivna dolžnost države«, da na svojem ozemlju učinkovito zagotovi versko enakopravnost, pravno (v zakonodaji) in dejansko (pri uresničevanju pravnega reda, v družbenih praksah). Načelo ločitve verskih skupnosti in države med drugim pomeni tudi to, da država ne sme ne privilegirati ne diskriminirati določene vere ali določenih ver.²⁴ Na primer tako, da bi določeni verski skupnosti, ki tradicionalno in zgodovinsko prihaja iz nekega drugega okolja, zagotavljala ustavne pravice le v manjši meri in jo na ta način depriviligirala.²⁵ Načelo »laične države« je njena nevtralnost do vseh ver in prepričanj.²⁶ Demokratična Republika Slovenija je tudi glede na odločitve US »ideološko

²¹ Prav tam, str. 123, § 2.

²² Odločitev Ustavnega sodišča v zadevi št. U-I-68/98, tč. 12.

²³ Podrobno to utemeljujem v delu A. Teršek, nav. delo (2014), 7. pogl.

²⁴ Temeljni slovenski ustavnosodni precedens o tem vprašanju je odločba US št. U-I-68/98.

²⁵ Komentar Ustave RS, str. 124, § 5.

²⁶ Prav tam, str. 123, § 4, str. 124, § 5.

nevtralna».²⁷ Država mora zato dejavno ustvarjati pogoje za uresničevanje te ustavne pravice. Ne samo v zasebnosti, pač pa tudi v javni sferi.²⁸ V religiozno motivirane odločitve posameznikov je ustavno dopustno posegati v primeru, ko je to potrebno zaradi zagotavljanja sožitja med posamezniki in zaradi ohranitve temeljev družbenega reda.²⁹

6. GRADNJA LASTNIH VERSKIH OBJEKTOV JE USTAVNA PRAVICA

Ustavno sodišče je argumentaciji v pobudi za ustavnosodno presojo referendumske zahteve pritrdilo. V skladu s pričakovanji je Ustavno sodišče odločitev, da bi bila izvedba referenduma protiustavna, sprejelo s prepričljivimi sedmimi glasovi proti enemu.³⁰ Navajam in povzemam sklepe Ustavnega sodišča iz obrazložitve odločbe št. U-I-111/04.

Iz obrazložitve zahteve za razpis referenduma je tudi po prepričanju US »razvidno, da pobudniki izhajajo iz predpostavke, da je to, kakšni objekti so primerni za izpovedovanje vere, stvar večinskega odločanja.« To pa je protiustavno.³¹ Na temelju argumentacije v referendumski zahtevi in priloženega gradiva je bilo razvidno, da je

²⁷ Prav tam, str. 124, § 5, str. 129, § 26.. Enako načelno prepričanje je utemeljilo npr. tudi Zvezno Ustavno sodišče Nemčije, v zadevi 93 BverfGE I (1995).

²⁸ Prav tam, str. 125, § 8, 11, 12.

²⁹ Prav tam, str. 130, § 27. Povedanemu ustreza tudi logika razlogovanja in odločitev Ustavnega sodišča v zadevah U-I-25/92, U-I-107/96, U-I-121/97, U-I-326/98, U-I-68/98. Doktrinarno in načelno je pristop slovenskega ustavnega sodišča primerljiv s prisopom nemškega ustavnega sodišča. Glej npr. D. P. Kommers, nav. delo, 9. pogl.

³⁰ Sodnica M. Škrk se je iz odločanja o tej zadevi sama izločila. Bilo je mogoče domnevati (in ta domneva se je ohranila), da je to storila zaradi bližine svojega družinskega doma in kraja, kjer naj bi bila džamija zgrajena. Izločitvi sodnice Ustavnega sodišča iz takega razloga nasprotujem. V skladu z mojim ustavniškim prepričanjem to ne bi smel biti razlog za izločitev ustavne sodnice iz odločanja, z vidika morebitnega dvoma v njeno nepristranskost. Proti končni odločbi sodišča pa je glasoval le tedanji predsednik Ustavnega sodišča J. Čebulj. Ni se odločil, da bi razloge za glasovanje proti odločitvi US utemeljil v odklonilnem ločenem mnenju. Po eni strani sem poskušal njegovo odločitev razumeti kot prispevek k legitimnosti odločitve sodišča, na način, da svojimi argumenti proti odločitvi sodniških kolegov ne prispeva k javnim kritikam te odločitve s strani tistih, ki se z njo ne strinjajo. Po drugi strani pa ne bi bilo odveč, če bi kot sodnik in predsednik Ustavnega sodišča vendarle pojasnil, zakaj se z odločitvijo tako prepričljive večine sodnikov in z argumenti, ki se zdijo tako neizpodbitni, ni strinjal.

³¹ Ustavno sodišče v opombi št. 27 posebej poudari, da »prostorov, ki si jih je ogledal Komisar Sveta Evrope za človekove pravice, ki so po naravi garaže, stanovanja, najbrž ni mogoče šteti za molilnice v pravem pomenu besede.«

»očitno in nedvoumno prevladovala argumentacija, izražena v zahtevi za razpis referendumu – namreč da islamska verska skupnost ne potrebuje tako velikega objekta za svoje verske potrebe, temveč bi zadostovalo le več t. i. molilnic. Zato odločanje o Odloku na referendumu ne bi pomenilo zgolj odločanja o umeščanju določenega objekta v prostor, pomenilo bi tudi odločanje o tem, ali naj se Islamski verski skupnosti zagotovi pravica do izpovedovanja vere v džamiji ali ne.«

US v opombi št. 13 opozori na odločitev Zveznega Ustavnega sodišča Nemčije 1 BVQ 6/04, iz leta 2004:

»V tem primeru je pritožnica, ki ji je pristojni upravni organ prepovedal zborovanje, navajala, da ne gre za nasprotovanje gradnji sinagoge kot takšni, temveč za nasprotovanje porabi javnih sredstev v ta namen. Zvezno ustavno sodišče je odločilo, da javni interes prepovedi zbiranja in združevanja pretehta nad pritožničino pravico do javnega shoda. Ocenilo je, da je geslo javnega shoda sledilo cilju hujšakaškega in agresivnega izključevanja judovskih državljanov Nemčije in da tega ne spremeni niti kasnejša finančno-politična zahteva. Po presoji sodišča je šlo pritožnici le za to, da sinagoga sploh ne bi bila zgrajena. Čeprav novo geslo ne napolnjuje dejanskega stanu hujškanja množic, ob prisotnosti starega poziva v javnosti ne spreminja ničesar.«

Ustava seveda zavezuje tudi državljane, kadar oblast izvršujejo neposredno. Bodisi na ravni celotne države bodisi v okviru lokalnih skupnosti. Ustavno sodišče poudari, da je v Sloveniji vzpostavljena t. i. ustavna demokracija. Po besedah US je njeno bistvo to, da

»lahko vrednote, ki jih varuje Ustava, in med njimi posebej temeljne človekove pravice in svoboščine (Preambula k Ustavi), prevladajo nad demokratično sprejetimi odločitvami večine.«

Zato tudi »na referendumu ni dovoljeno sprejemati odločitev, ki bi bile v nasprotju z Ustavo.«

Vseeno pa US pri opredelitvi Slovenije kot ustavne demokracije ni šlo tako daleč, da bi osrednje mesto temeljnih človekovih pravic in svoboščin v ustavni ureditvi slovenske politične skupnosti in političnega procesa uporabilo tudi za poimenovanje slovenske ustavne demokracije kot *temeljske ustavne demokracije*.³²

³² Podrobno o modelu slovenske ustavne demokracije kot temeljskem v A. Teršek, nav. delo (2009). V tem članku obravnavam koncept suverenosti. Med drugim pojasnim, da je politična oblast utemeljena s suvereno odločitvijo naroda kot nosilca neodtujljive pravice do politične samoodločbe in samobitnosti. Pojem naroda gre razumeti kot skupek zgodovine in tradicije, temeljnih pravil, načel, vrednot, pričakovanj ipd. Zato je ta pojem širši od pojma ljudstvo. Slednje pomeni skupnost določenih in živčih posameznikov. Ljudstvo v slovenskem ustavnem redu ni suvereno. Tudi volja ljudstva, izražena referendumsko, ni suverena. Ljudstvo je le nosilec oblasti za vzpostavitev in legitimacijo (na volitvah) vladajoče

Za uresničevanje pravice do svobodnega izpovedovanja vere je, po besedah US iz iste odločbe, bistveno, da je »*verskim skupnostim dovoljeno graditi lastne zgradbe, ki ustrezajo njihovemu načinu verskega čaščenja in verskim obredom ter običajem.*« Ustavnopravno pomembno je opozoriti, da izpovedovanje vere ne vključuje le praks verskega čaščenja, torej »bogoslužja« in opravljanja verskih obredov. Prav lahko je povezano tudi s socialnim, izobraževalnim in kulturnim delovanjem. Zato je »*izpovedovanje vere na način, ki je običajen in splošno sprejet za izpovedovanje posamezne vere, pogoj za uresničevanje svobodnega individualnega in skupinskega izpovedovanja vere in zato uživa ustavno varstvo.*« US glede tega razumljivo sklene, da

»pravica do svobodnega izpovedovanja vere vključuje pravico posameznikov in verskih skupnosti, da individualno ali skupinsko izpovedujejo vero v objektih, ki so običajni in splošno sprejeti (tradicionalni) za njihovo izpovedovanje vere in opravljanje verskih obredov. Ta vidik pravice do svobode vere ne izhaja le iz prvega odstavka 41. člena Ustave, temveč tudi iz drugega odstavka 7. člena Ustave, po katerem je delovanje verskih skupnosti svobodno. Glede na navedeno je zmotno prepričanje vlagateljev zahteve za razpis referendumu, da gradnja verskih objektov na način, ki je za izpovedovanje posamezne vere tradicionalen, ni sestavni del pravice do svobode vere.«

Ustavno sodišče je v tem primeru uporabilo t. i. strogi test sorazmernosti in se je, enako kot pobuda za ustavnosodno presojo, osredotočilo na namen ali *cilj* pobudnikov referendumu:

»Že iz same zahteve za razpis lokalnega referendumu ter iz kampanje, ki so jo pobudniki sprožili ob zbiranju podpisov, je bilo razvidno, da želijo vlagatelji zahteve za razpis referendumu doseči, da se glasovalne upravičenke in glasovalni upravičenci izrečejo proti gradnji džamije. Kot je bilo že povedano, ne gre za vprašanje umeščenosti objekta v prostor, temveč za preprečitev gradnje takšnega objekta, ki je za izpovedovanje islamske vere tradicionalen in do katerega imajo pravico na podlagi prvega odstavka 41. člena Ustave. Cilj referendumu je torej preprečiti, da bi pripadniki Islamske verske skupnosti individualno ali skupinsko izpovedovali vero v objektu, ki

strankarske politike. Svojo neposredno vez s suverenostjo izčrpa z volitvami. Suverenost je v slovenskem ustavnem redu neposredno povezana s temeljnimi človekovimi pravicami in svoboščinami, z ustavnim načelom pravne države in z ustavnim načelom demokratičnosti. Zato se je v Republiki Sloveniji uveljavil model *temeljske ustavne demokracije*. Tudi ta razprava je s strani slovenskih profesorjev prava povsem ignorirana. Na pravnih fakultetah se še naprej napačno pojasnjuje študentom, da naj bi bila v slovenskem ustavnem redu »oblast ljudstva« in »suverenost ljudstva« sopomenki. To napačno učenje uporablja celo Ustavno sodišče, ki vse do danes ni prepoznalo protislovja med ustavnopravnim in ustavnosodnim omejevanjem referendumске oblasti ljudstva na eni strani in uporabo pojma »suverenost ljudstva« na drugi strani. Prim. A. Teršek, nav. delo (2012).

je običajen in splošno sprejet (tradicionalen) za njihovo izpovedovanje vere in opravljanje verskih obredov.«

Nedvomno je bil torej cilj pobudnikov in podpornikov referendumu doseči tak referendumski rezultat, ki bi pomenil zavrnitev pravice pripadnikov islamske verske skupnosti, da bi v Ljubljani gradili džamijo. To pa bi pomenilo omejitev pravice iz prvega odstavka 41. člena Ustave, kar pa glede na tretji odstavek 15. člena Ustave ni dopustno. Temeljne ustavne pravice in svoboščine, med katerimi sta tudi svoboda veroizpovedi in vesti, se namreč smejo omejiti samo, če je to nujno potrebno zaradi pravne zaščite pravic drugih ljudi, ali pa v primerih, ki jih določa že sama ustava. V tem primeru je bilo očitno, da gre le za namen omejevanja pravice pripadnikov islamske verske skupnosti, ne pa tudi za hkratno varstvo pravic drugih ljudi. Zato je vsebino *sklepa* o razpisu referenduma opredelilo kot neskladno s pravico do svobodnega izpovedovanja vere. Presodilo je, da je tak poseg v versko svobodo in enakopravnost muslimanov ustavno nedopusten že na podlagi t. i. *testa legitimnosti*, zato se ni ukvarjalo še s presojo njegove *prekomernosti*.

Odločitev Ustavnega sodišča v primeru džamije je bila pospremljena z nekaterimi, tudi ostrimi kritikami. Vendarle pa pri retoričnih javnih nasprotovanjih temu ustavnosodnemu precedensu niso sodelovali predstavniki pravne stroke, še manj ustavnopravni strokovnjaki. Šlo je predvsem za prvotne predlagatelje referendumu in njihove podpornike ter dnevne politike. Po nekaterih neposrečenih (političnih) poskusih, da bi se odločitev Ustavnega sodišča še uspela izigrati, se je sčasoma dogajanje umirilo. Ostaja pa vtis, da marsikateri lokalni ali državni politik, cerkveni predstavnik in zoženo misleči posameznik še vedno ne uspe razumeti ali ne želi sprejeti ustavniških pojasnil o ustavnopravnih razsežnostih svobode veroizpovedi in vesti. Predvsem v povezavi z ustavnima načeloma demokratičnosti in enakopravnosti.³³

7. USTAVNOPRAVNA ENAKOPRAVNOST NOTRANJIH PREPRIČANJ

Pomemben in razumljiv ustavnosodni prispevek k nadaljnemu razjasnjevanju teh vprašanj pomeni odločitev Ustavnega sodišča v zadevi št. U-I-92/07.³⁴

³³ Zanimivo (z vidika slovenske ustave pa protiustavno) je bilo dogajanje v zvezi z islamskimi verskimi objekti v Švici. Glej Associated Press: Switzerland Defends Ban on Mosque Minarets, 30. november 2009.

³⁴ V tej zadevi je bilo Ustavnemu sodišču postavljeno vprašanje, kako stroga je še lahko zakonska ureditev glede pogojev in kriterijev za registracijo verske skupnosti. US je bilo v obrazložitvi svoje odločitve jasno, da je ureditev registracije, ki omogoča pridobitev statusa »registrirana verska skupnost« le pod pogoji, da ima verska skupnost najmanj 100 (!) pol-

Predmet varstva (po besedah Ustavnega sodišča iz obrazložitve odločbe v tej zadevi in evidenčnega stavka) 41. člena Ustave (*»Izpovedovanje vere in drugih opredelitev v zasebnem in javnem življenju je svobodno«*) so teistična, ateistična in neteistična prepričanja s področja etike in morale. Pogoj za njihovo verodostojnost in institucionalizacijo je, da njihove notranje in zunanje lastnosti kažejo na njihovo konsistentnost, tehtnost, resnost, kohezivnost in pomembnost. Pa naj gre za cerkev, versko skupnost, veroizpoved kot takšno ali za svetovni nazor (svetovnonazorsko prepričanje). Oseba ima pravico do svobodnega izpovedovanja vere kot posebne oblike svobode izražanja. Ima tudi pravico do svobodnega izvrševanja vere kot posebne oblike svobode ravnanja in pravico do svobodne manifestacije notranjih osebnih odločitev navzven. Svoboda vere se seveda lahko uresničuje individualno ali kolektivno. Ustavno načelo o ločenosti države in verskih skupnosti pa ima trojni pomen: (i) pomeni versko oziroma nazorsko nevtralnost države, (ii) avtonomnost verskih skupnosti na lastnem področju in (iii) zapoveduje enakopraven odnos države do verskih skupnosti. Namen takega razumevanja ustavnega načela delitve med državo in verskimi skupnostmi je zagotoviti resnično nevtralnno držo države. S tem pa resnično možnost za učinkovito uresničevanje svobode vesti in enakosti posameznikov, verujočih in neverujočih, pa tudi verskih skupnosti. Avtonomnost in enakopravnost verskih skupnosti gre razumeti kot zrcalno sliko ustavne zapovedi po verski in svetovnonazorski nevtralnosti države. Pomenita orodji za zagotavljanje pravice iz 41. člena Ustave. Ustavno načelo svobodnega delovanja verskih skupnosti pomeni ustavnopravno jamstvo samostojnosti verskih skupnosti v njihovih notranjih zadevah. To načelo je zato samostojna sestavina človekove pravice iz prvega odstavka 41. člena Ustave.

Načelo enakopravnosti verskih skupnosti (še vedno po besedah Ustavnega sodišča) je torej poseben izraz splošnega načela enakosti iz 14. člena Ustave, ko mislimo na odnos države z verskimi skupnostmi. Treba ga je razlagati v povezavi s prvim odstavkom 14. člena Ustave, ki prepoveduje diskriminacijo na podlagi osebnih okoliščin pri uživanju katerekoli od človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Hkrati ga je treba razlagati tudi v povezavi z drugim odstavkom istega člena, ki zapoveduje enakost vseh pred zakonom. Ob tem pa

noletnih članov, ki morajo biti bodisi državljani bodisi stalni prebivalci Slovenije, in da taka skupnost najmanj zadnjih 10 let tudi deluje v Sloveniji (oziroma je v svetu prepoznavna več kot 100 let), v neskladju z Ustavo. Oziroma v neskladju z ustavno pravico verskih skupnosti do svobodnega verskega delovanja iz prvega odstavka 41. člena Ustave, razumljeno skupaj s svobodo združevanja iz drugega odstavka 42. člena Ustave. Pravica verskih skupnosti do pridobitve ustrezne pravne osebnosti je sestavni del pravice iz prvega odstavka 41. člena v zvezi z drugim odstavkom 42. člena Ustave. Tak birokratski poseg pa ni nujen ukrep za zagotovitev zakonodajnega cilja, ki naj bi bil po navedbah države podeliti posebne pravice le nekaterim (registriranim) verskim skupnostim.

je prav človekova pravica do svobode vesti ustavnopravno središče pravnega urejanja položaja verskih skupnosti. Kot taka ima zato prednost pred ustavnimi načeli, ki opredeljujejo položaj verskih skupnosti v razmerju do države. Vse tisto, kar sodi v okvir izvrševanja pravice do svobode vere iz 41. člena Ustave, potemtakem ne more biti v neskladju z načelom o ločenosti države in verskih skupnosti. Zato država tudi ne sme preizkušati vrednotne sprejemljivosti vsebine verovanja. Še manj sme gmotno podpirati le tiste verske skupnosti, katerih vsebinska prepričanja so ji blizu. Iz *pozitivne verske svobode* in iz načela svobodnega delovanja verskih skupnosti, ki je njena sestavina, izvira tudi pravica graditi prostore za izpovedovanje in izvrševanje vere. Ta pravica postavlja dolžnost oblasti, da pri načrtovanju posegov v prostor ne spregleda ustavno varovanih potreb vseh verskih skupnosti, ne terja pa soglasja verske skupnosti pri prostorskem načrtovanju.³⁵

Zdi se, da se na ta način vprašanje o gradnji džamije v Ljubljani kot takšno ne bo več odpiralo pred slovenskimi institucijami oblasti.³⁶ V ustavnosodni obravnavi je pobuda za ustavnosodno presojo 25. člena Zakona o zaščiti živali (ZZZiv-C), ki omejuje versko svobodo pri izvajanju obrednega zakola živali. Spisal sem jo na željo Slovenske muslimanske skupnosti. Pomeni nov ustavnopravni izziv, ki neposredno zadeva položaj Muslimanov v Sloveniji in razumevanje njihovih ustavnih pravic in svoboščin.

Literatura

Associated Press: Switzerland Defends Ban on Mosque Minarets, 30 november 2009; <www.foxnews.com/story/2009/11/30/switzerland-defends-ban-on-mosque-minarets/?test=latestnews> (21. 6. 2015).

Thomas E. Cronin: Direct Democracy. The Politics of Initiative, referendum, and Recall. Harvard University Press, Harvard 1989.

Miha Jesenšek: Džamija: Po 44 letih je dozorela tudi slovenska politika, v: Delo, 10. september 2013; <www.times.si/slovenija/dzamija-po-44-letih-je-dozorela-tudi-slovenska-politika--97d60e05bd-add3b9f1d2.html> (21. 6. 2015).

Donald P. Kommers: The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Duke University Press, Durham 1997.

³⁵ Prim. P. M. Taylor, nav. delo, 2006.

³⁶ Prim. časopisne članke: STA: Z začetkom gradnje džamije v Ljubljani se uresničuje skupna želja župana in muftija, september 2013; STA: Več tisoč vernikov in gostov ob položitvi temeljnega kamna za džamijo, september 2013; Džamija: Po 44 letih je dozorela tudi slovenska politika, v: Delo, 28. januar 2014; Džamija v Ljubljani postaja resničnost, na <www.dzamija.com/> (5. 1. 2014).

- Matjaž Lunaček: Za drugačno usodo. Psihoanalitična teza o Krstu pri savici. Založba cf, Ljubljana 2011.
- Ronald St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (Ur.): The European System for the Protection of Human Rights. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 1992.
- Alastair Mowbray: Cases and Materials on the European Convention on Human Rights. Butterworths, London 2001.
- Neznan avtor: Džamija v Ljubljani postaja resničnost; <www.dzamija.com> (5. 1. 2014). John E. Nowak, Ronald D. Rotunda: Constitutional Law. 5th Ed., West Publishing, Eagan, Rochester, New York, Cleveland 1995.
- STA: Več tisoč vernikov in gostov ob položitvi temeljnega kamna za džamijo, 14. september 2013; <www.sta.si/1926164/vec-tisoc-vernikov-in-gostov-na-slovesnosti-ob-položitvi-temelnjega-kamna-za-dzamijo-v-ljubljani> (21. 6. 2015).
- STA: Z začetkom gradnje džamije v Ljubljani se uresničuje skupna želja župana in muftija, 10. september 2013; <www.sta.si/1924567/z-zacetkom-gradnje-dzamije-v-ljubljani-se-uresnicuje-skupna-zelja-zupana-in-muftija> (21. 6. 2015).
- Lovro Šturm (ur.) in drugi: Komentar Ustave Republike Slovenije. FPDEŠ, Ljubljana 2002.
- Andraž Teršek: (Referendumske) meje in pasti ustavne demokracije. Analiza in komentar sklepa Ustavnega sodišča RS, št. U-II-3-03/15, v: Pravna praksa, št. 1/2004, priloga.
- Andraž Teršek: Suverenost, ljudstvo in človekove pravice: prispevek k razumevanju konceptov, v: Revus-revija za evropsko ustavnost, št. 9/2009.
- Andraž Teršek: Kaj je v glavah in prsih ustavnih sodnic in sodnikov?, v: Pravna praksa, št. 2/2012, uvodnik.
- Andraž Teršek: Teoorija legitimnosti in sodobno ustavništvo. Znanstvena založba Annales Ludus, Koper 2014.
- Paul M. Taylor: Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice. Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Laurence H. Tribe: American Constitutional Law, 2nd Ed. The Foundation Press, Suite 1988.

DOBRA VERA PRI PRIPOSESTVOVANJU SLUŽNOSTI: VIDIK PRIDOBITELJA SLUŽEČE NEPREMIČNINE

Matija Damjan,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, raziskovalec na
Inštitutu za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, docent za
civilno in gospodarsko pravo*

Vesna Bergant Rakočević,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, višja sodnica
na Višjem sodišču v Ljubljani*

1. UVOD

V članku, objavljenem v prejšnji številki te revije,¹ sva obravnavala dobro vero kot pogoj za priposestevanje stvarnih služnosti. Poleg priposestvovalčeve dobre vere pa je lahko relevantna tudi dobra vera lastnika služkega zemljišča, če je ta nepremičnino pridobil, ne da bi vedel, da je obremenjena s priposestovano služnostjo, ki iz zemljiške knjige ni razvidna. Pošteno ravnanje in dobra vera pridobitelja zemljišča sta pogoj za uspešno sklicevanje na načelo zaupanja v zemljiško knjigo in pridobitev nepremičnine, neobremenjene z nevpisanimi pravicami.

2. DOBRA VERA PRIDOBITELJA SLUŽEČE NEPREMIČNINE KOT RAZLOG PRENEHANJA SLUŽNOSTI

Služnost se s priposestvovanjem največkrat pridobi zunajknjižno, torej nastane na podlagi zakona in brez vpisa v zemljiško knjigo.² Do neskladja med

¹ M. Damjan, V. Bergant Rakočević: Dobra vera pri priposestvovanju služnosti: vidik priposestvovalca. *Pravnik* 70 (2015) 3–4, str. 193–212.

² V slovenski sodni praksi doslej ni zaslediti primerov, ko bi bila s priposestvovanjem pridobljena služnost, ki je bila sicer že vpisana v zemljiško knjigo, vendar ta vknjižba ni bila veljavna.

dejanskim in knjižnim stanjem nepremičnine lahko pride tudi pri drugih načinih pridobitve, pri katerih vknjižba ni konstitutivni pogoj za nastanek služnosti, npr. pri ustanovitvi s sodno ali upravno odločbo ali na podlagi soglasja lastnika iz 238. člena Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-1).³ Če služnost tudi naknadno (deklarativno) ni vpisana v zemljiško knjigo in pride do prenosa lastninske pravice na služecem zemljišču, bo lahko pridobitelj zatrjeval, da je lastninsko pravico pridobil bremen prosto, ker se je zanesel na podatke o pravicah iz zemljiške knjige in ni bil seznanjen z obstojem zunajknjižno nastalih služnosti.

2.1. Načelo zaupanja v zemljiško knjigo

Načelo zaupanja v zemljiško knjigo je zapisano v 10. členu Stvarnopravnega zakonika (SPZ),⁴ ki določa, da kdor v pravnem prometu pošteno ravna in se zaneša na podatke o pravicah, ki so vpisani v zemljiški knjigi, zaradi tega ne sme trpeti škodljivih posledic. Povsem enaka je dikcija prvega odstavka 8. člena Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1),⁵ drugi odstavek tega člena pa dodaja še, da kdor 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. Načelo zaupanja v zemljiško knjigo je izhajalo tudi iz starejših zakonov, ki so se uporabljali na našem ozemlju.⁶

Načelo zaupanja v zemljiško knjigo ima dva vidika: zaupanje v popolnost podatkov (negativni učinek zaupanja) in zaupanje v pravilnost podatkov (pozitivni učinek zaupanja). V tu obravnavani situaciji pride v poštev zlasti negativni učinek, tj. zaupanje, da na pridobljeni nepremičnini ne obstaja nobena pravica, ki v zemljiški knjigi ni vpisana.⁷ Pošteni pridobitelj nepremičnine pridobi lastninsko pravico neobremenjeno z nevpisanimi pravicami. Drugi odstavek 44. člena SPZ izpeljuje posledice učinkovanja načela zaupanja v zemljiško knjigo v primeru, da priposestvovalec svoje pravice ne vpiše v zemljiško knjigo,⁸ in sicer izrecno določa, da 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 knji-

³ Ur. l. RS, št. 109/12, 110/13 in 40/14 – ZIN-B.

⁴ Ur. l. RS, št. 87/02 in 91/13.

⁵ Ur. l. RS, št. 58/03, 37/08 – ZST-1, 45/08, 28/09 in 25/11.

⁶ A. Vlahek, nav. delo (2007), str. 113. Npr. pravilo iz prvega odstavka § 78 starojugoslovanskega zakona o zemljiških knjigah.

⁷ A. Finžgar, nav. delo, str. 37, A. Berden, nav. delo, str. 11, R. Vrenčur v A. Berden in drugi, nav. delo, str. 21, A. Vlahek, nav. delo (2007), str. 114.

⁸ M. Juhart v M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, str. 87–88.

go. Skoraj enako je določal § 1500 Občega državlanskega zakonika (ODZ),⁹ ki se je po drugi svetovni vojni pri nas uporabljal kot pravno pravilo.¹⁰

V socialističnem obdobju je bilo načelo zaupanja v zemljiško knjigo v praksi precej omajano, saj je sodna praksa pravicam, pridobljenim na podlagi zakona, dajala prednost pred pravicami, pridobljenimi na načelu zaupanja v zemljiško knjigo.¹¹ V skladu s stališčem, sprejetim leta 1986 na posvetovanju civilnih in gospodarskih oddelkov Zveznega sodišča, Vrhovnega vojaškega sodišča in vrhovnih sodišč republik in avtonomnih pokrajin v Beogradu, imetnik s priposestvovanjem pridobljene stvarne služnosti, ki ni vpisana v zemljiško knjigo, lahko uspešno uveljavlja svojo pravico tudi proti poštenemu (vestnemu) pridobitelju lastninske pravice na služnem zemljišču.¹² Vendar je slovensko vrhovno sodišče temu stališču nehalo slediti že v začetku 90. let, torej še pred sprejemom SPZ in ZZK-1 ter je na podlagi pravnega pravila iz § 1500 ODZ ponovno dalo prednost zaupanju v zemljiško knjigo.¹³

Načelo zaupanja v zemljiško knjigo učinkuje, če pride do spremembe lastništva služne nepremičnine. Dobroverni pridobitelj dobi nepremičnino v takem pravnem stanju, kot je izhajalo iz zemljiške knjige, torej neobremenjeno s služnostjo. Priposestvovana služnost tako zaradi uporabe načela zaupanja v zemljiško knjigo lahko preneha.¹⁴ To načelo pa vpliva tudi na priposestvovanje služnosti, ki v času prenosa lastninske pravice še ni končano, ampak šele poteka. Služnost se torej dejansko izvršuje, ne da bi dotedanji lastnik temu nasprotoval, kar pa iz zemljiške knjige ni razvidno. Priposestvovalna doba, ki se je že natekla do trenutka prenosa lastninske pravice na nepremičnini, zato ne učinkuje proti dobrovernemu pridobitelju lastninske pravice in začne proti njemu kvečjemu teči na novo od tedaj, ko izve za nadaljnje izvrševanje služ-

⁹ Razglasilni patent z dne 1. junija 1811. JGS Nr. 946/1811, 970/1846, RGBL. št. 217/1859, 9/1860, 108/1860, 131/1867, 49/1868, 62/1868, 4/1869, 110/1895, 276/1914, 208/1915, 69/1916.

¹⁰ Prim. W. Dehn v: H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger, nav. delo, str. 1781. P. Maeder v: M. Schwimann, nav. delo, str. 551.

¹¹ J. Ilc, nav. delo, str. 13. I. Grbin, nav. delo, str. 1105. M. Žuvela, nav. delo, str. 263, 281.

¹² Sklep posvetovanja civilnih in civilno-gospodarskih oddelkov Zveznega sodišča, Vrhovnega vojaškega sodišča in vrhovnih sodišč republik in avtonomnih pokrajin 28. in 29. 5. 1986, Poročilo Vrhovnega sodišča SR Slovenije 1/86, str. 2.

¹³ Glej sklep Vrhovnega sodišča RS (v nadaljevanju: VS RS) II Ips 8/92 z dne 6. maja 1992, sklep II Ips 504/1994 z dne 16. maja 1996 in sodba II Ips 229/98 z dne 21. aprila 1999. J. Zobec, nav. delo, str. 31.

¹⁴ Glej npr. sodbo in sklep VS RS II Ips 169/2009 z dne 12. 1. 2012, sodbo Višjega sodišča v Ljubljani (v nadaljevanju: VSL) I Cp 2864/2009 z dne 11. novembra 2009 in sodbo Višjega sodišča v Mariboru (v nadaljevanju: VSM) I Cp 374/2011 z dne 24. junija 2011. Prim. tudi sodbo VS RS II Ips 875/2008 z dne 9. februarja 2012.

nosti in mu ne nasprotuje.¹⁵ Sprememba lastništva služeče nepremičnine torej pretrga priposestvalno dobo.

2.2. Pri katerih transakcijah učinkuje načelo zaupanja v zemljiško knjigo

Načelo zaupanja v zemljiško knjigo ne učinkuje pri vsakem prenosu pravic na nepremičnini. Tako 10. člen SPZ kot 8. člen ZZK-1 namreč uporabo tega načela omejujeta na ravnanja v pravnem prometu. Pravni leksikon pravni promet definira kot prenos pravic z enega subjekta na drugega na podlagi soglasja volj.¹⁶ Pri pravnem prometu gre torej za pravnoposlovne prenose pravic.¹⁷ V 44. členu SPZ, ki uveljavlja načelo zaupanja v zemljiško knjigo za priposestvovane pravice, pravni promet ni izrecno omenjen, vendar tega ni moč razlagati kot širitev področja uporabe načela, saj gre le za konkretizacijo splošnejše norme. Po začetnem nihanju sodne prakse sta Ustavno in Vrhovno sodišče potrdili, da se na načelo zaupanja v zemljiško knjigo in na njem temelječo dobroverno pridobitev pravic lahko sklicuje le oseba, ki je stvarno pravico pridobila na pravnoposlovni podlagi.¹⁸ Sklicevanje na zaupanje v zemljiško knjigo torej ne pride v poštev v primeru pridobitve služeče nepremičnine na podlagi sodne ali upravne odločbe oziroma na podlagi zakona.¹⁹

V pravni literaturi se zato običajno navaja, da na podlagi načela zaupanja v zemljiško knjigo ni varovana dobroverna pridobitev pravic v izvršbi.²⁰ Vendar je treba opozoriti, da je to jasno samo glede poplačilne pravice, ki jo na dolžnikovih nepremičninah pridobi upnik z zaznambo sklepa o izvršbi v zemljiški knjigi (na take primere se nanaša prej omenjena sodna praksa). Če se izkaže, da je pravi lastnik nepremičnine tretja oseba, in ne v zemljiški knjigi vpisani dolжник, upnik torej poplačilne pravice z zaznambo sklepa ni pridobil ne glede na drugačno zemljiškoknjižno stanje. Ko upnik z izvršbo poseže po dolžnikovem premoženju, namreč ne gre za pravni promet, ki ga varuje načelo zaupanja v zemljiško knjigo, ampak za sodno odločbo. Upnik skuša v postopku doseči

¹⁵ M. Juhart v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, str. 904–905.

¹⁶ Leksikon Pravo, nav. delo, str. 278.

¹⁷ M. Tratnik, nav. delo (2007), str. 133, opozarja, da § 892 nemškega BGB uporabo načela zaupanja v zemljiško knjigo izrecno omejuje samo na primere pravnoposlovne pridobitve.

¹⁸ Odločba Ustavnega sodišča RS (v nadaljevanju US RS) Up-128/03 z dne 27. januarja 2005, sodbe VS RS II Ips 972/2006 z dne 28. maja 2009, II Ips 324/2011 z dne 26. aprila 2012 in II Ips 132/2009 z dne 12. julija 2012.

¹⁹ A. Finžgar, nav. delo, str. 38. A. Vlahek, nav. delo (2007), str. 120. M. Tratnik, nav. delo (2007), str. 133. Enako je stališče avstrijske teorije, glej P. Mader v: M. Schwimann, nav. delo, str. 552.

²⁰ Tako npr. M. Tratnik, nav. delo (2007), str. 133.

le poplačilo svoje denarne terjatve, ne glede na lastnosti konkretnega predmeta izvršbe, zato ni treba varovati njegovega zaupanja v zemljiško knjigo.²¹

V izvršbi pa poleg upnika stvarne pravice pridobi tudi tretja oseba, ki v postopku kupi dolžnikovo nepremičnino. Zakon o izvršbi in zavarovanju (ZIZ)²² pozna tri oblike prodaje nepremičnin v izvršbi: na javni dražbi, z zavezujočim zbiranjem ponudb in z neposredno pogodbo (183. člen ZIZ). Gre za tri običajne načine sklenitve pogodbe, pri katerih pa se način izvedbe transakcije bistveno razlikuje od klasičnega pravnega prometa. Nepremičnino namreč proda sodišče, in ne njen lastnik, lastninska pravica pa na kupca ne preide z vknjižbo, ampak s pravnomočnostjo sklepa o izročitvi nepremičnine, ki ga izvršilno sodišče izda po izdaji sklepa o domiku in po položitvi kupnine (192. člen).²³ Kupec pridobi lastninsko pravico originarno, neposredno na podlagi sodne odločbe, in ne derivativno, kot je značilno za pravnoposlovno pridobitev. Pred zahtevki zunajknjižnega lastnika nepremičnine kupca varuje 193. člen ZIZ, ki določa, da razveljavitev ali sprememba sklepa o izvršbi po pravnomočnosti sklepa o izročitvi nepremičnine kupcu nima vpliva na pravice, ki jih je kupec pridobil po 192. členu tega zakona. Kupec torej ostane lastnik, tudi če se naknadno izkaže, da nepremičnina ni bila v lasti dolžnika. Ta določba pa ne rešuje vprašanja zunajknjižno priposestvovanih služnosti na nepremičnini, ki iz zemljiške knjige ob prodaji niso bile razvidne. V skladu s 174. členom ZIZ namreč stvarne služnosti na nepremičnini z njeno prodajo v izvršbi ne ugasnejo, medtem ko osebne služnosti ugasnejo samo, če so bile vpisane kasneje kot poplačilna pravica upnika. Glede na to, da kupec svojo poslovno voljo za nakup nepremičnine v izvršbi oblikuje ob enakem preudarku kot pri sklepanju pogodbe zunaj izvršbe in da pri višini ponujene cene upošteva tudi zemljiškknjižno stanje nepremičnine, bi moral biti tudi v takem položaju pod pogojem dobrovernosti varovan pred nevknjiženimi stvarnimi pravicami tretjih, ki lahko bistveno vplivajo na vrednost nepremičnine.²⁴

²¹ Tako npr. sodba VS RS II Ips 324/2011 z dne 26. aprila 2012.

²² Ur. l. RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14 in 58/14 – odl. US.

²³ Podobno velja glede prodaje nepremičnin v stečajnem postopku, v katerem sodišče po plačilu kupnine na predlog stečajnega upravitelja izda sklep o izročitvi nepremičnine kupcu, s katerim odloči, da so izpolnjeni pogoji za vknjižbo lastninske pravice v korist kupca.

²⁴ Novejša avstrijska sodna praksa šteje, da zoper kupca nepremičnine v izvršbi učinkujejo tudi očitne nevknjižene služnosti, katerih priposestvanje je bilo končano še pred vrstnim redom poplačilne pravice. Glej sodbi avstrijskega vrhovnega sodišča 1 Ob 611/85 z dne 10. junija 1985 in 1 Ob13/94 z dne 30. maja 1994. Vprašanje je sicer v teoriji in sodni praksi sporno, zlasti glede vprašanja, ali mora biti že pred prodajo v izvršbi vložena in zaznamovana tožba za priznanje služnosti. Podrobno o različnih stališčih glej P. Angst, nav. delo, str. 869–871. Glej tudi W. Dehn v: H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger, nav. delo, str. 1782. P. Mader v: M. Schwimann, nav. delo, str. 552.

Načelo zaupanja v zemljiško knjigo prav tako ne pride v poštev pri pridobitvi služeče nepremičnine na podlagi dedovanja, saj tu ne gre za pravni promet, ampak za pridobitev lastninske pravice neposredno na podlagi zakona.²⁵ Dedovanje služeče nepremičnine po sodni praksi tudi ne prekine teka priposestvalne dobe.²⁶ Lahko se zastavi vprašanje, ali enako velja, če je v zapuščinskem postopku sklenjen dedni dogovor o načinu delitve dediščine ali če se spor med dediči konča s sodno poravnavo, saj je v obeh primerih za pridobitev odločilna (tudi) izjava pravnoposlovne volje. Sodna praksa potrjuje, da je dedni dogovor iz tretjega odstavka 214. člena Zakona o dedovanju (ZD)²⁷ obligacijske narave,²⁸ zato bi ga lahko subsumirali pod pojem pravnega prometa. Pridobitelj bi torej lahko trdil, da dednega dogovora ali sodne poravnave s tako vsebino ne bi sklenil, če bi vedel, da je pridobljena nepremičnina obremenjena in da mora biti zato varovana njegova dobra vera. Vendar to stališče ni prepričljivo, saj sodediči že s trenutkom zapustnikove smrti pridobijo skupno lastnino na celotni dediščini (145. člen ZD), kasnejši dedni dogovor pa je le podlaga za določitev (so) lastniškega deleža posameznega sodediča na konkretni nepremičnini. Njegove pravice varuje določba 149. člena ZD, po kateri sodediči jamčijo, da stvar, ki je bila sodediču dodeljena v dedni delež, nima pravnih napak,²⁹ ne more pa na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo pridobiti več pravic, kot jih je imel zapustnik. Tako je tudi Višje sodišče v Ljubljani zavrnilo pritožnično sklicevanje na zaupanje v zemljiško knjigo pri sklepanju sodne poravnave o delitvi dediščine.³⁰

V zvezi s pravnoposlovno pridobitvijo služeče nepremičnine pa naša sodna praksa še ni podala odgovora na vprašanje, ali načelo zaupanja v zemljiško knjigo učinkuje tudi v zvezi z neodplačnimi pogodbami. Kot rečeno, pojem pravnega prometa obsega vse pravnoposlovne pridobitve pravic, in ne samo odplačnih.³¹ Se lahko na svojo dobro vero torej sklicuje lastnik, ki mu je bila

²⁵ A. Finžgar, nav. delo, str. 38. A. Vlahek, nav. delo (2007), str. 120. M. Tratnik, nav. delo (2007), str. 133. Prim. sodbi VS RS II Ips 622/2008 z dne 19. januarja 2012 in II Ips 1030/2008 z dne 16. februarja 2012.

²⁶ Sodba VSL II Cp 4030/2009 z dne 3. februarja 2010.

²⁷ Ur. l. SRS, št. 15/76, 23/78, 13/94 – ZN, 40/94 – odl. US, 117/00 – odl. US, 67/01, 83/01 – OZ in 31/13 – odl. US.

²⁸ Prim. sklep VSL II Cp 1147/2006 z dne 6. septembra 2006: »Dedni dogovor je pogodba obligacijskega prava in obligacijsko razmerje med dediči, ki tak sporazum sklenejo, nastane že s trenutkom sklenitve sporazuma – izjavo volje na zapisnik in podpisom tega sporazuma pred sodiščem. Sodišče tak sporazum le navede v sklepu o dedovanju, ni pa veljavnost sporazuma odvisna od izdaje in pravnomočnosti sklepa o dedovanju.«

²⁹ Glej K. Zupančič, V. Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 228.

³⁰ Sodba VSL II Cp 2602/2010 z dne 10. novembra 2010.

³¹ To je *a contrario* razvidno iz pojma »stvar izven pravnega prometa« (npr. v 44. členu SPZ), saj je jasno, da s takšno stvarjo ni mogoče pravno razpolagati niti odplačno niti

služna nepremičnina podarjena? Zaradi neodplačnosti posla ni v enaki meri podana potreba po varstvu pravnega prometa, ki je narekovala vzpostavitev načela zaupanja v zemljiško knjigo, saj je obdarovanec v vsakem primeru obogaten.³² S tega vidika je položaj podoben dedovanju. Vendarle niti 10. člen SPZ niti 8. člen ZZK-1 ne razlikujeta med odplačnimi in neodplačnimi pravnimi posli, zato v pravni teoriji prevladuje stališče, da glede načela zaupanja v zemljiško knjigo odplačnost posla ni pomembna.³³

2.3. Vsebina pridobiteljeve dobre vere

Na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo lahko služnosti prosto nepremičnino dobi samo pridobitelj, ki je v pravnem prometu ravnal pošteno. Standard poštenega ravnanja iz 10. člena SPZ in 8. člena ZZK-1 pravna teorija in sodna praksa vsebinsko izenačujeta s standardom dobre vere.³⁴ Z drugimi besedami lahko torej rečemo, da se na zaupanje v zemljiško knjigo lahko uspešno sklicuje samo tisti pridobitelj nepremičnine, ki je bil v času prenosa lastninske pravice v dobri veri, da je zemljiškoknjižno stanje pravic točno. To pomeni, da ni vedel za obstoj zunajknjižno priposestvovane služnosti oziroma za dejstvo, da se taka služnost izvršuje, in je bila njegova zmeta opravičljiva.³⁵ Če pa je bilo pridobitelju nepremičnine izvrševanje nevknjižene služnosti znano ali mu ni moglo ostati neznano, mora v svoje breme vzeti tudi zunajknjižno pridobljeno služnost oziroma tudi priposestvovalni čas, ki je tekkel proti njegovemu prav-

neodplačno. Zakon o kmetijskih zemljiščih – ZKZ (Ur. l. RS, št. 71/11 – uradno prečiščeno besedilo in 58/12) v prvem odstavku 17. člena določa, da se za promet s kmetijskimi zemljišči, gozdovi ali kmetijami po tem zakonu šteje pridobitev lastninske pravice s pravnimi posli med živimi in v drugih primerih, ki jih določa ta zakon. Ne določa torej omejitve na odplačne posle. Iz 17.a člena ZKZ je dodatno razvidno, da je s pojmom pravnega prometa zajeta tudi darilna pogodba. Zakon o davku na promet nepremičnin – ZDPN-2 (Ur. l. RS, št. 117/06) pa v 3. členu opredeljuje promet nepremičnin kot vsak odplačni prenos lastninske pravice na nepremičnini. Vendar pri tem ne gre za splošno definicijo izraza, ampak je opredelitev namenjena samo potrebam te vrste obdavčitve, zato je ni mogoče uporabiti pri splošni razlagi pojma pravni promet.

³² Tudi v tujih pravnih redih glede tega vprašanja ni enotnega stališča. Glej A. Vlahek, nav. delo (2007), str. 122, in P. Mader v: M. Schwimann, nav. delo, str. 554.

³³ A. Finžgar, nav. delo, str. 38. J. Zobec, nav. delo, str. 32. T. Josipović v: N. Gavella, nav. delo (sv. 1), str. 328. Prim. A. Vlahek, nav. delo (2007), str. 122, ki opozarja, da SPZ v 64. členu na premičninskem področju za pridobitev pravic od nelastnika izrecno zahteva odplačnost posla. Drugačno je stališče avstrijske sodne prakse, ki (ne glede na pomisleke v pravni teoriji) uporabo § 1500 ODZ dosledno omejuje na odplačno pridobitev služne stvari. Glej sodbe avstrijskega vrhovnega sodišča 4 Ob 189/02a z dne 18. februarja 2003, 5 Ob 35/06t z dne 7. marca 2006, 5 Ob 128/10z z dne 16. novembra 2010 in 8 Ob 51/12a z dne 30. maja 2012.

³⁴ Glej točko 3.1 najinega članka v prejšnji številki te revije.

³⁵ A. Finžgar, nav. delo, str. 38. T. Josipović v: N. Gavella, nav. delo (sv. 1), str. 327–328.

nemu predniku.³⁶ Vsebina nedobrovernega ravnanja je zavedanje pridobitelja stvari, da ima nekdo drug na njej prejšnjo pravico, ki jo mora dobroverna oseba spoštovati.³⁷

Pridobitelj nepremičnine mora biti v dobri veri tako v času sklenitve pravnega posla kot v času vložitve predloga za vpis lastninske pravice v zemljiško knjigo. Ni pa treba, da bi bila dobra vera podana vse do izdaje sklepa, s katerim zemljiškoknjižno sodišče dovoli vpis, saj vpis učinkuje za nazaj, od trenutka plombe predloga dalje.³⁸

Posebno vprašanje se zastavlja, če ima dobroverni pridobitelj zastopnika, slednji pa ve za obstoj služnosti oziroma za njeno izvrševanje. Po stališču nemške in avstrijske ureditve mora biti v primeru zastopanja na podlagi pooblastila podana dobra vera tako na strani pooblastitelja kot pooblaščenca. Nedobrovernost pooblaščenca povzroči tudi nedobrovernost pooblastitelja, saj mora pooblaščenec kot mandatar o neskladju med zemljiško knjigo in pravim stvarnopravnim stanjem obvestiti pooblastitelja.³⁹ Slovenske sodne prakse o tem vprašanju ni zaslediti, vendar kaže glede tega vprašanja zavzeti enako stališče.

3. IZPODBIJANJE DOBRE VERE PRIDOBITELJA NEPREMIČNINE

3.1. Dokazno breme

V skladu z 9. členom SPZ (§ 328 ODZ, 72. člen ZTLR⁴⁰) se dobra vera domneva, če se ne dokaže drugače. Dokazno breme v razmerju do novega lastnika služee nepremičnine torej nosi priposestvovalec služnosti (oziroma njegov pravni naslednik): če hoče svojo pravico na tuji nepremičnini obdržati, mora izpodbiti pridobiteljevo dobrovernost. Dokazati mora, da je pridobitelj (ali njegov pooblaščenec) v relevantnem obdobju vedel oziroma da mu ni moglo ostati neznano, da služnost na pridobljeni nepremičnini obstaja oziroma da

³⁶ M. Juhart v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, str. 904–905. T. Frantar, nav. delo, str. 176.

³⁷ M. Juhart, nav. delo (2007), str. 158–159.

³⁸ T. Frantar, nav. delo, str. 176. A. Berden, nav. delo., str. 11. A. Vlahek, nav. delo (2007), str. 118. T. Josipović v: N. Gavella, nav. delo (sv. 1), str. 327. P. Mader v: M. Schwimann, nav. delo, str. 554. Enako sodba VSL I Cp 2779/2010 z dne 26. januarja 2011.

³⁹ A. Vlahek, nav. delo (2007), str. 119–120. V skladu s prvim odstavkom § 166 nemškega BGB se dobra vera glede poznavanja ali nepoznavanja posameznih dejstev presoja po zastopniku. H. Schöner, K. Stöber, nav. delo, r. št. 351.

⁴⁰ Zakon o temeljnih lastninskopravnih razmerjih, Ur. l. SFRJ, št. 6/80, 20/80 – popr., 36/90 in 87/02 – SPZ.

se v praksi izvršuje. Predmet dokazovanja je torej pridobiteljevo poznavanje zunajknjižnega stanja.⁴¹

Sklep o odsotnosti dobre vere je razmeroma enostaven, če je mogoče dokazati, da je bil pridobitelj služne nepremičnine še pred prenosom lastninske pravice izrecno obveščen o obstoju služnosti, npr. tako, da mu je lastnik gospodujoče nepremičnine to pisno sporočil (po pošti s povratnico ali na drug način, ki zagotavlja dokaz o prejemu sporočila) ali da mu je o svojem izvrševanju služnosti na zadevnem zemljišču povedal ustno pred pričami.⁴² V takem položaju pridobitelj nepremičnine svoje dobre vere ne more več utemeljevati samo z zanašanjem na podatke zemljiške knjige, saj naš sistem dopušča tudi zunajknjižno priposestvovanje stvarnih pravic, zato sporočilo o obstoju tako pridobljene služnosti omaja dobro vero.⁴³ To pa še ne pomeni, da mora pridobitelj nepremičnine obstoj priposestvovane služnosti tudi priznati, ampak si priposestvovalec s takim obvestilom zgolj zagotovi možnost sodnega uveljavljanja svoje služnosti tudi proti novemu lastniku služne nepremičnine. Za izpodbitje dobre vere ni nujno, da je pridobitelj seznanjen s točno vsebino zunajknjižne pravice, ampak zadošča seznanjenost o nerazjasnjem pravnem položaju nepremičnine (npr. o sporu glede obstoja služnosti).⁴⁴

Seveda pa položaj, v katerem priposestvovalec z obvestilom sam poskrbi za izključitev pridobiteljeve dobre vere, ni ravno pogost. Bolj tipičen je položaj, v katerem pridobitelj ni bil izrecno obveščen o služnosti, ampak se o njegovem vedenju lahko sklepa posredno, glede na dejanske okoliščine, zaradi katerih mu izvrševanje služnosti ni moglo ostati neznano. Pri tem se zastavlja vprašanje pridobiteljeve dolžne skrbnosti pri pridobitvi nepremičnine. Pridobitelj v pravnem prometu ne sme ravnati malomarno.⁴⁵ To pomeni, da mora pri pre-soji okoliščin, ki kažejo na možnost obstoja nevknjiženih pravic tretjih oseb,

⁴¹ M. Juhart v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, str. 902; T. Frantar, nav. delo, str. 211. Glej tudi sodbo VS RS II Ips 875/2008 z dne 9. februarja 2012.

⁴² Prim. sklep VSL I Cp 1198/2011 z dne 4. aprila 2012.

⁴³ Nemški pravni sistem omogoča samo priposestvovanje stvarnih pravic, ki so neupravičeno vpisane v zemljiško knjigo in se dejansko izvršujejo 30 let, ne pa tudi priposestvanja nevpisanih pravic (glej § 900 BGB). Na podlagi t. i. kontratabularnega priposestvanja po § 927 BGB pa lastniški posestnik pravico pridobi šele s sklepom sodišča v oklicnem postopku. Glede na to razliko je pri nas razmeroma omejena uporabnost stališča nemške teorije glede dobre vere pridobitelja s služnostjo obremenjenega zemljišča. Pač pa pridejo v večji meri v poštev stališča avstrijske teorije.

⁴⁴ P. Mader v: M. Schwimann, nav. delo, str. 553.

⁴⁵ To izhaja med drugim iz 5. člena Obligacijskega zakonika – OZ (Ur. l. RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo), ki določa, da morajo udeleženci v obligacijskem razmerju pri izpolnjevanju svoje obveznosti ravnati s skrbnostjo, ki se v pravnem prometu zahteva pri ustrezni vrsti obligacijskih razmerij.

ravnati z običajno in povprečno skrbnostjo, kakršno bi izkazala skrbna oseba enakih lastnosti. Če bi z običajno skrbnostjo iz njemu razvidnih okoliščin lahko takoj ugotovil nepopolnost zemljiškoknjižnega stanja, pa tega ni storil, pri pridobitvi lastninske pravice ni ravnal pošteno oziroma dobroverno. Malomarnost izključuje dobro vero.⁴⁶

3.2. Raziskovalna dolžnost pridobitelja nepremičnine

V nekdanji jugoslovanski ureditvi je bila zaradi neurejenega stanja zemljiške knjige poudarjena dolžnost pridobitelja, da raziše tudi dejansko stanje nepremičnine. Jugoslovansko vrhovno sodišče je leta 1973 odločilo:

»Vesten kupec nepremičnine je tisti, ki poleg tega, da se zanaša na zemljiške knjige, ugotovi tudi stanje posesti kupljene nepremičnine. Samo na podlagi podatkov v zemljiških knjigah in vpisane pravice lastnine na kupljeni nepremičnini v zemljiških knjigah kupec nima večjih pravic v primerjavi s prejšnjim pridobiteljem, ki mu je bila nepremičnina na podlagi pravno veljavnega pravnega posla izročena v posest, toda lastninske pravice ni vknjižil v zemljiških knjigah.«⁴⁷

Slovenska pravna teorija in sodna praksa sta zlasti po uveljavitvi SPZ in ZZZK-1 začela uveljavljati drugačno izhodišče, in sicer da pridobitelj pravice na nepremičnini načeloma ni dolžan raziskovati tudi zunajknjižnega stanja nepremičnine, ampak je njegova poizvedovalna dolžnost omejena na podatke v glavni knjigi. Dejstvo, da ni raziskoval dejanskega stanja, torej samodejno ne izniči njegove dobre vere. Vendar tudi ob takem izhodišču lahko ostane dobroveren le pridobitelj, ki nima razloga o tem, da bi dvomil o pravilnosti podatkov v zemljiški knjigi. Če pa obstajajo jasni zunanji prepoznavni znaki, da dejanska posestna razmerja ne ustrezajo zemljiškoknjižnemu stanju (npr. zvožena oziroma shojena pot, označena pešpot, vidne naprave), potem mora skrbni pridobitelj dodatno preveriti možnost obstoja zunajknjižno pridobljenih stvarnih pravic na nepremičnini. Dobro vero pridobitelja seveda izniči tudi zaznamba spora pri tej nepremičnini.⁴⁸

⁴⁶ M. Juhart, nav. delo (2007), str. 158–159. T. Josipović v: N. Gavella, nav. delo (sv. 1), str. 327–328. P. Mader v: M. Schwimann, nav. delo, str. 552–553. Avstrijska teorija meni, da je dobra vera izključena že pri mali malomarnosti. W. Dehn v: H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger, nav. delo, str. 1781. Slovensko vrhovno sodišče nasprotno v sodbi II Ips 397/2006 z dne 15. januarja 2009 govori o hudi malomarnosti.

⁴⁷ Vrhovno sodišče Jugoslavije, sodba Rev 315/73 z dne 26. decembra 1973, Zbirka sodnih odločb, 1976/I-1. Povzeto po J. Ilc, nav. delo, str. 13.

⁴⁸ A. Vlahek, nav. delo (2007), str. 117. M. Tratnik, nav. delo (2011), str. 54. R. Vrenčur v: A. Berden in drugi, nav. delo, str. 21. T. Josipović v: N. Gavella, nav. delo (sv. 1), str. 328. W. Dehn v: H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger, nav. delo, str. 1781. Prim. sodbo VS

Seveda je mogoče, da si pridobitelj nepremičnine pred nakupom sploh ne ogleda in zato ne opazi niti najočitnejših znakov izvrševanja služnosti, ki bi mu zbudili sum o obstoju zunajknjižnih pravic. Gre v takem primeru za malomarnost pridobitelja ali je do takega ravnanja upravičen glede na izhodišče, da je raziskovalna dolžnost omejena na podatke zemljiške knjige? Glede na to, da zaradi zmanjšane pomena zemljiške knjige v preteklem družbenolastninskem sistemu primeri neujemanja zemljiškoknjižnega stanja s pravim pravnim stanjem nepremičnine v našem pravu niso redkost, lahko od pridobitelja zahtevamo aktivnejše ravnanje pri sklepanju pravnega posla.⁴⁹ Ne bi bilo primerno, da je pridobitelj, ki je ravnal manj skrbno in si nepremičnine ni niti ogledal, bolj varovan pred nevpisanimi pravicami kot pridobitelj, ki si je nepremičnino ogledal in opazil indice izvrševanja služnosti.⁵⁰ Zato pridobitelj ni dobroveren, če očitnih znakov izvrševanja služnosti ni opazil le zato, ker je malomarno opustil ogled nepremičnine.⁵¹

Ugotavljanje dobre vere pridobitelja služne nepremičnine je tesno povezano z vprašanjem zaznavnosti izvrševanja služnosti. Bolj ko je izvrševanje služnosti opazno (ne glede na to, ali je bila služnost že priposestvovana ali se šele priposestuje), teže bo pridobitelj nepremičnine trdil, da se je v dobri veri zanesel na podatek iz zemljiške knjige, da nepremičnina ni obremenjena s služnostmi.⁵² Pri presoji dobre vere pridobitelja je pri tem mogoče smiselno uporabiti merila, ki jih je sodna praksa razvila glede razvidnosti izvrševanja služnosti kot enega pogojev za njeno priposestvanje (služnosti ni mogoče priposestovati skrivaj).

Pridobitelj ne more biti dobroveren, če je izvrševanje služnosti ves čas navzven razvidno. Tipični primeri so, če po zemljišču do sosednje hiše poteka asfaltirana cesta ali so napeljeni električni kabli na drogovih, če je po njem skopan kanal za odvajanje vode, če tretja oseba stalno parkira na nepremičnini, obdeluje vrt na njej ali ima na nepremičnini postavljene naprave. V takem očitnem položaju tudi zatrjevanje nekaterih oseb (npr. prejšnjega lastnika in sosedov), da služnostna pravica ne obstaja, ne zadostuje za ohranitev dobrovernosti pri-

RS II Ips 397/2006 z dne 15. januarja 2009: »Okoliščine, ki zanikajo dobro vero, je treba presojati glede na okoliščine posameznega primera. Dvom v zemljiškoknjižno stanje lahko spodbudi posestno stanje ali izjava tretje osebe, da si nekdo lasti pravico na nepremičnini.«

⁴⁹ L. Ude, nav. delo, str. 144–145. M. Tratnik, nav. delo (2007), str. 139. M. Juhart, nav. delo (2007), str. 156–157.

⁵⁰ Enako A. Vlahek, nav. delo (2007), str. 117–118.

⁵¹ Če je opustil ogled nepremičnine v okoliščinah, v katerih bi si povprečno skrben kupec nepremičnino ogledal v naravi, kar je med drugim odvisno od vrste in značilnosti nepremičnine.

⁵² Prim. M. Tratnik v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, nav. delo, str. 270.

dobitelja, da nepremičnina ni kakorkoli obremenjena.⁵³ Pri služnostih, ki se izvajajo samo občasno (npr. košnja, pobiranje plodov, vožnja), je relevantno vprašanje, ali je bilo izvrševanje služnosti kakorkoli razvidno v času, ko si je pridobitelj nepremičnino ogledal v naravi.⁵⁴ Če pridobitelj stanuje v bližini zadevne nepremičnine oziroma ima nanjo pogled, pa mora upoštevati tudi izvrševanje služnosti v daljšem obdobju pred sklenitvijo posla, če se je izvrševala tako, da mu to ni moglo ostati neznano.⁵⁵

Teže je presojati dobrovernost pridobitelja nepremičnine pri služnostih, katerih redno izvrševanje ob običajnem ogledu ali celo ob redni uporabi nepremičnine ni opazno. Gre zlasti za različne vrste kablov (elektrika, telefon, televizija, optika) in cevovodov (vodovod, plinovod, toplovod), ki so vkopani v tla oziroma vzdani v objekte, tako da njihov potek po nepremičnini navzven ni razviden. Položaj tovrstnih napeljav se ureja s služnostjo, kadar ne služijo (samo) potrebam konkretne nepremičnine, ampak jo prečkajo (tudi) zaradi potreb drugih. Tovrstna služnost lahko pomeni precejšnjo pravno omejitev za lastnika, zlasti če gre za glavne vode prenosnih omrežij, saj preprečuje kakršnekoli gradbene posege na varovalnem območju omrežja. Čeprav vodi navzven niso vidni, pa se služnost napeljave ne izvršuje skrivaj (kar bi izključilo njeno priposestvanje), saj gre tu za tehnično lastnost omrežja.⁵⁶ Sodne prakse o tovrstnih položajih še ni. Jasno je, da pridobitelj tudi ob skrbnem pregledu nepremičnine ne more opaziti vkopanih oziroma vzdanih vodov,⁵⁷ zato lahko njegovo dobro vero o pravilnosti zemljiškoknjižnega stanja pravic omajejo samo morebitni navzven razvidni deli omrežja, npr. jaški ali priključne omarice. Relevantna

⁵³ Sklep VS RS II Ips 53/2011 z dne 27. februarja 2014 in sodba VSM I Cp 373/2014 z dne 6. maja 2014 v zvezi z vidno potjo. Glej tudi sodbo VSL I Cp 3974/2010 z dne 19. januarja 2011 (asfaltirana pot) in sodba VSL I Cp 2626/2013 z dne 16. oktobra 2013 (paša konj na ograjeni parceli).

⁵⁴ Prim. sodbo VS RS II Ips 397/2006 z dne 15. januarja 2009 glede razvidnosti (občasnega) izvrševanja lastninske pravice na gozdu. Glej tudi sodbo VSL II Cp 4130/2009 z dne 24. februarja 2010: za dobro vero je relevantno navzven razvidno obdelovanje spornega kmetijskega zemljišča v času ob sklenitvi pogodbe oziroma v knjižbi v zemljiško knjigo.

⁵⁵ Prim. sodbo VSL II Cp 186/2010 z dne 8. aprila 2010: »Takšna dokazna podlaga, oprta na življenjsko – izkustveno presojo (da v vaškem naselju vsak pozna razmere, ki zadevajo uporabo njegovih zemljišč, ki so iz njegove hiše celo opazna), pa predstavlja ustrezno spodnjo premiso za pravni zaključek o izpodbiti tožnikov dobrovernosti izkazani v ugotovitvi, da je tožnik kot sosed vedel, da toženec vozi na spornem zemljišču.« Glej tudi sodbo VS RS II Ips 320/2003 z dne 30. septembra 2004.

⁵⁶ O problematiki priposestvanja tovrstnih služnosti za potrebe javnih omrežij glej M. Damjan, A. Vlahek, nav. delo, str. 149–173.

⁵⁷ Višje sodišče v Kopru je odločilo, da ni šlo za zaznaven način izvrševanja služnosti pri gradnji in uporabi vodovoda pod tujim zemljiščem, katerega lastnica ni živela v kraju v obdobju, ko se je vodovod gradil. Sodba I Cp 944/2007 z dne 11. decembra 2007.

okolščina je lahko tudi dejstvo, da je pridobitelj nepremičnine živel v njeni bližini že v času gradnje omrežja in te gradnje ni mogel spregledati. Vprašanje pa je, ali za sum o obstoju služnosti zadošča že dejstvo, da je objekt na pridobljenem zemljišču priključen na zadevno omrežje, saj zgolj iz tega praviloma še ni mogoče sklepati, da položeni vodi služijo tudi potrebam drugih nepremičin.

3.3. Pomen zbirnega katastra gospodarske javne infrastrukture

V zvezi z zunajknjižno pridobljenimi služnostmi napeljuje za potrebe infrastrukturnih omrežij je pomembno vprašanje, kako na dobro vero pridobitelja nepremičnine vpliva dejstvo, da je potek tovrstnega omrežja razviden iz zbirnega katastra gospodarske javne infrastrukture. Zbirni kataster vodi Geodetska uprava RS in v njem evidentira omrežja in objekte gospodarske infrastrukture v Sloveniji, tako v lasti države in občin kot v lasti zasebnih družb. Podatke so v zbirni kataster dolžni posredovati vsi lastniki gospodarske javne infrastrukture. Vpogled v podatke katastra je mogoč prek spleta, v okviru prostorskega informacijskega sistema, ki ga ureja Zakon o urejanju prostora (ZUreP-1).⁵⁸ Zbirni kataster je operativno začel delovati 1. januarja 2006, vendar na začetku še ni vseboval popolnih podatkov, so bili pa v njem že prvo leto dostopni podatki o prenosnem plinovodnem omrežju, nekaterih distribucijskih plinovodih in toplovodih, nekaterih vodovodih in kanalizacijah ter o objektih elektronskih komunikacij.⁵⁹ V nekaterih občinah obstajajo še natančnejše lokalne evidence gospodarske javne infrastrukture, npr. javni informacijski sistem prostorskih podatkov Mestne občine Ljubljana, imenovan Urbinfo.⁶⁰

Z vidika zaupanja v zemljiško knjigo je bistveno, da javni informacijski sistem vključuje prikaz stanja prostora z grafičnim in besedilnim delom, iz katerega je mogoče za vsako zemljiško parcelo razbrati, katera omrežja gospodarske javne infrastrukture potekajo po njej in kakšen je njihov potek v naravi. To pomeni, da se lahko kupec nepremičnine s preprostim spletnim vpogledom v zbirni kataster še pred sklenitvijo pogodbe prepriča o tem, ali prek nepremičnine potekajo omrežni vodi (električno omrežje, telefonski ali optični kabel, vodovod, plinovod, vročevod in podobno), katerih lastnik oziroma upravljalca bi lahko na podlagi priposestevanja ali specialne zakonodaje zunajknjižno pridobil

⁵⁸ Ur. l. RS, št. 110/02, 8/03 – popr., 58/03 – ZZZK-1, 33/07 – ZPNačrt, 108/09 – ZGO-1C in 80/10 – ZUPUDPP.

⁵⁹ J. Mlinar, M. Grilc, A. Mesner, M. Puhar, D. Bovha, nav. delo, str. 238–246. Podobno evidenco infrastrukturnih omrežij je predvidel že Zakon o katastru komunalnih naprav (Ur. l. SRS, št. 26/74, 29/74 – popr., 42/86, 83/89, 5/90, 10/91, 13/93 – ZP-G, 66/93 – ZP-H in 110/02 – ZUreP-1), vendar ta kataster ni v celoti zaživel in predvsem ni bil enostavno javno dostopen, zato z vidika dobre vere pridobitelja nepremičnine ni bil posebej relevanten.

⁶⁰ Dostopen na spletnem naslovu: <<https://srv3dgis.ljubljana.si/Urbinfo/web/>>.

služnost napeljave na zadevni nepremičnini za potrebe svojega omrežja. Zbirni kataster razkriva tudi potek podzemnih napeljav, ki v naravi niso vidne.

Zakonodaja ne določa fikcije, da so podatki iz zbirnega katastra vsakomur znani, zato vpis konkretne napeljave v zbirni kataster sam po sebi še ne izključuje dobre vere pridobitelja nepremičnine, po kateri ta poteka. Ključno vprašanje je torej, ali se od skrbnega pridobitelja nepremičnine pričakuje, da pred sklenitvijo pravnega posla poleg ogleda nepremičnine v naravi preveri tudi stanje gospodarske javne infrastrukture na njej z vpogledom v zbirni kataster oziroma v druge tovrstne javne evidence. V zvezi z zemljiškim katastrom sodna praksa npr. šteje, da je povprečno skrben pridobitelj nepremičnine dolžan raziskati očitno neskladje med registrskim stanjem in pokazanim stanjem nepremičnine v naravi.⁶¹ Glede na to, da zbirni kataster gospodarske javne infrastrukture še ne deluje dolgo in ni tako splošno znan kot zemljiški kataster, bi bila enaka zahteva v zvezi z njim za navadne fizične osebe vsaj za zdaj najbrž preveč stroga, da bi jo postavili kot splošni pogoj za ohranitev dobre vere pridobitelja. Večjo stopnjo skrbnosti pa lahko pričakujemo od poslovnih subjektov, ki se v okviru svoje dejavnosti redno ukvarjajo s pridobivanjem nepremičnin, saj morajo pri tem ravnati s skrbnostjo dobrega gospodarstvenika,⁶² ki obsega tudi poznavanje uradnih katastrov nepremičnin ter preverjanje podatkov v njih. Če je bil potek konkretne napeljave v času sklepanja posla že vrisan v zbirnem katastru (v nobenem primeru pred letom 2006), mora pridobitelj, ki je gospodarski subjekt, torej računati na možnost obstoja nevknjiženih služnosti za potrebe te napeljave. Morebitne napake zbirnega katastra, zlasti manjkajoči podatki o posameznem omrežju, pa seveda ne morejo biti v škodo osebi, ki se je na te podatke zanesla, če je seveda pri tem ravnala v dobri veri.⁶³

Literatura

Peter Angst in drugi: *Kommentar zur Exekutionsordnung*. Manz, Dunaj 2008.
Andrej Berden in drugi: *Zemljiškoknjižno pravo*. Studio Linea, Maribor 2002.
Andrej Berden: *Načela stvarnega prava*, 5. del, v: *Pravna praksa*, 22 (2003) 12, str. 11.

⁶¹ Sodba VSL II Cp 3130/2008 z dne 17. junija 2009.

⁶² Glej sodbo VSL I Cp 1662/2012 z dne 12. septembra 2012.

⁶³ Posebno vprašanje je, kaj velja v primeru, če se dejanski potek omrežja razlikuje od tistega, ki je vrisan v katastru, npr. če je vrisano, da vodi potekajo po robu zemljišča, v resnici pa ga prečkajo po sredini in tako onemogočajo njegovo pozidavo. Pridobitelj ne more oporekati obstoju služnosti, saj je zanjo moral vedeti, vendarle pa je obseg omejitve, ki iz služnosti izhaja, večji od tistega, ki ga je lahko pričakoval glede na podatke zbirnega katastra.

- Matija Damjan: Pravne podlage za ureditev položaja infrastrukturnih omrežij na tujih zemljiščih, v: *Pravni letopis*, 6 (2013), str. 85–103.
- Matija Damjan, Ana Vlahek: Priposestvovanje služnosti v javno korist, v: *Pravnik* 69 (2014) 3/4, str. 149–173.
- Alojzij Finžgar: *Civilno pravo. Stvarno pravo*. Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 1952.
- Tone Frantar: *Stvarno pravo*. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1993.
- Nikola Gavella (ur.): *Stvarno pravo: svezak 1*. Narodne novine, Zagreb 2007.
- Nikola Gavella (ur.): *Stvarno pravo: svezak 2*. Narodne novine, Zagreb 2007.
- Ivo Grbin: *Pravo služnosti*, v: *Naša zakonitost*, 44 (1990) 9–10, str. 1093–1113.
- Jože Ilc: *Vestnost kupca in zemljiška knjiga*, v: *Pravna praksa*, 29 (2010) 3/4, str. 13–14.
- Miha Juhart, Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur (red.): *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Miha Juhart: Dobrovernost kot pogoj za učinkovanje načela zaupanja v zemljiško knjigo, v: *Lojze Ude (ur.): Izbrane teme civilnega prava II*, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 153–164.
- Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberger (ur.): *ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar*. 2. überarbeitete und erweiterte Auflage. Springer, Dunaj, New York 2007.
- Leksikon Pravo*, 2., razširjena in spremenjena izdaja. Cankarjeva založba, Ljubljana 2003.
- Bogomir Sajovic: *Osnove civilnega prava. Stvarno pravo I*. Uradni list RS, Ljubljana 1992.
- Jurij Mlinar, Matjaž Grilc, Andrej Mesner, Martin Puhar, Dominik Bovha: Vzpostavitev sistema evidentiranja gospodarske javne infrastrukture – ponovni izziv za geodezijo, v: *Geodetski vestnik* 50 (2006) 2, str. 238–247.
- Hartmut Schöner, Kurt Stöber: *Grundbuchrecht*, 15. Auflage. Verlag C.H. Beck, München 2012.
- Michael Schwimann in drugi: *Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5. Verlag Orac, Dunaj 1987.
- Matjaž Tratnik: Pridobitev lastnine in drugih stvarnih pravic na nepremičnini na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo, v: *Lojze Ude (ur.): Izbrane teme civilnega prava II*, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 131–139.

- Matjaž Tratnik: Razvoj ureditve pridobitve lastninske pravice na nepremičninah s priposestvovanjem v našem pravnem prostoru, v: Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru, 7 (2011), str. 46–61.
- Lojze Ude: Dobra vera pri pravnem prometu z nepremičninami v obdobju lastninjenja nepremičnin v družbeni lasti, v: Lojze Ude (ur.): Izbrane teme civilnega prava II, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 141–151.
- Ana Vlahek: Priposestvovanje lastninske pravice na nepremičninah, v: Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, 66 (2006), str. 309–332.
- Ana Vlahek: Odprta vprašanja načela zaupanja v zemljiško knjigo, v: Lojze Ude (ur.): Izbrane teme civilnega prava II, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007, str. 111–129.
- Jan Zobec: Priposestvovanje in zemljiška knjiga, v: Pravna praksa, 20 (2001) 39/40, str. 27–32.
- Karel Zupančič, Viktorija Žnidaršič Skubic: Dedno pravo. Uradni list RS, Ljubljana 2009.
- Mladen Žuvela: Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima. Narodne novine, Zagreb 1985.

KEY ASPECTS OF SAFEGUARDING OF SHAREHOLDERS WITH REGARD TO AUTHORIZED CAPITAL

Gregor Drnovšek,

Bachelor of Laws, Master of Science

1. INTRODUCTION

With regard to increase of subscribed capital, the safeguards arising from the mandatory passing of an appropriate general meeting resolution are further enhanced by additional safeguards aimed at preserving the basic share in the subscribed capital of a stock company, and the safeguarding of shareholders from (commercial) dilution of their rights.¹ The statutory pre-emptive right to subscribe new shares is a key institution in the shareholder safeguarding system, since the pre-emptive right entitles any shareholder to a pre-emptive subscription of new shares in the amount corresponding with his share in the (existing) subscribed capital (first paragraph of Article 337 of the Companies Act; hereinafter: ZGD-1²). In case their pre-emptive right is disapplied (excluded), shareholders are exposed to the risk of dilution of rights and dilution of the value of their shares. The provisions of Article 337 of ZGD-1 must therefore be applied *mutatis mutandis* to authorized capital as well (first and second paragraph of Article 354 of ZGD-1), which is considered a most flexible form of subscribed capital increase, allowing management or supervisory bodies of a corporate entity to quickly respond to current circumstances by exercising their powers and authorities granted by the corporate charter (Article 353 of ZGD-1) of a company.

¹ The article is based on the PhD thesis entitled Safeguarding of Shareholders and Creditors when changing the Subscribed Capital of Stock Company I have successfully defended in January 2015 at the University of Maribor, Faculty of Law.

² Companies Act, Official Journal of the Republic of Slovenia, No. 42/2006 with subsequent amendments and revisions.

Providing a contribution is the basic (and, most often, the only) obligation of a shareholder (Article 222 of ZGD-1). The law also governs special circumstances when shareholders are called to contribute in-kind contributions. Assets contributed as in-kind contributions shall be transferred to a corporate entity in a correct manner (cf. third paragraph of Article 191 of ZGD-1), since the value of an in-kind contribution must correspond to the amount of the newly acquired share and the power of the ownership right. The latter is also the reason why in-kind contributions are, with certain narrow restrictions, subject to mandatory audit.

The position of a shareholder is further safeguarded by provisions restricting the subscribed capital increase from a quantitative perspective. By instituting the aforementioned restrictions, the law safeguards the shareholders from excessive infringement of their rights, and prevents excessive infringement of the autonomy of the general meeting. The subsidiary nature of the capital increase mechanism (third paragraph of Article 354 of ZGD-1) with regard to authorized capital is similar to the nature of the ordinary subscribed capital increase. For clarity purposes, the article first touches upon the principles and regulations governing the ordinary increase of subscribed capital, and later compares the similarities and differences with regard to authorized capital.

2. THE PRINCIPAL OBLIGATION OF THE SHAREHOLDER

While the second and third paragraph of Article 168 of ZGD-1 exclude the liability of a shareholder with regard to liabilities of the corporate entity towards its creditors (“outwards” exclusion of liability), Article 222 also limits the liability of a shareholder within the scope of the relationship between himself and the company (“inwards” limitation of liability). In addition to limiting the liability, the aforementioned provision also limits the risks assumed by a shareholder, since the only obligation of a shareholder is thus to provide a contribution, the amount of which is determined by the issue price of a share (Article 173 of ZGD-1). The majority of what the shareholder shall contribute to a stock company is governed by Article 222 of ZGD-1 (the supplementing, optional part is governed by Article 228 of ZGD-1). There are neither corporate law nor corporate charter provisions stipulating the obligation of a shareholder to provide additional contributions.³ The upper limit of a shareholder’s obligation is equal to the (upper) limit of the issue price. The lower limit is stipulated by means of a ban on issuing shares under par (first paragraph of Article 173 of

³ Cf. E. Bungereoth in *Münchener Kommentar* (2008), § 54, line number (hereinafter: l. no.) 7, 21; M. Lutter in *Kölner Kommentar* (1988), § 54, l. no. 2; U. Hüffer, op. cit., § 54, l. no. 5.

ZGD-1). The lower limit is thus determined as the nominal amount of a share, or corresponding amount in case of no-par value shares, whereas the law refers to the lower limit as the “Minimum Issue Price” (first paragraph of Article 173 of ZGD-1). With nominal amount shares, the issue price is equal to nominal (par) amount (second paragraph of Article 172 of ZGD-1) or the amount increased by the capital surplus (“Agio”), whereas with no-par value shares, the issue price is equal to the corresponding amount (third paragraph of Article 173 of ZGD-1) or the amount increased by the capital surplus (“Agio”; second paragraph of Article 173 of ZGD-1).

3. IN-KIND CONTRIBUTIONS

Article 356 of ZGD-1 governs the issue of shares in exchange for in-kind contributions with regard to authorized capital. The regulation is very similar to the regulation of ordinary subscribed capital increase (Article 334 of ZGD-1) and conditional subscribed capital increase (Article 345 of ZGD-1). The authority granted to subscribed stock capital increase shall stipulate the provision of in-kind contributions (first paragraph of Article 356 of ZGD-1), as well as selected mandatory elements (second paragraph of Article 356 of ZGD-1). The contributions usually need to be audited (third paragraph of Article 356 of ZGD-1). The issue of new shares in exchange for in-kind contributions requires consent of the supervisory board (first paragraph of Article 356 of ZGD-1). The fifth paragraph of Article 356 of ZGD-1 governs an exemption with regard to the contribution provided by means of pecuniary claims, arising from the workers’ right to participate in profit-sharing. In the latter case, the second and third paragraphs of Article 356 of ZGD-1 do not apply. Article 356a of ZGD-1 governs a special circumstance, where the audit of the contributions provided in the capital increase is not mandatory, despite the contributions being provided in-kind. The aforementioned provision is modelled after the regulation of ordinary subscribed capital increase (Article 334a of ZGD-1), with minor adjustments suited to the characteristics of authorized capital.

Shares may be issued in exchange for in-kind contributions only if stipulated by the underlying authorization (first paragraph of Article 356 of ZGD-1). The authorization may be general, i.e. without special details and characteristics stipulated by the second paragraph of Article 356 of ZGD-1 (e.g. the authorization may stipulate that new shares may be issued in exchange for cash or in-kind contributions).⁴ The authorization may, however, be limited to a particular in-kind contribution, to in-kind contributions of a certain type or to a

⁴ Cf. W. Bayer in Münchener Kommentar (2011), § 205, I. no. 10; R. Veil in Schmidt/Lutter AktG, § 205, I. no. 4.

predetermined quantity of new shares or certain part of the authorized capital.⁵ Moreover, the legislation also allows for the full authorized capital to be allocated for the issue of new shares in exchange for in-kind contributions.⁶

In order for a company to be allowed to issue new shares in exchange for in-kind contributions, certain elements and criteria (as with ordinary subscribed capital increase pursuant to the first paragraph of Article 334 of ZGD-1) need to be determined in advance, such as the subject of the in-kind contribution, person or entity from whom the corporation will acquire the subject of the contribution, number of shares to be issued and, in case of nominal value shares, the nominal value of shares to be provided in exchange for a contribution. The aforementioned elements and criteria may be determined by the general meeting as part of the authorization, or, if not determined by the general meeting, by the management of a company (second paragraph of Article 356 of ZGD-1).

3.1. Audit and simplified subscribed capital increase

The issue of shares in exchange for in-kind contributions as part of the utilization of available authorized capital shall be, in principle, audited by a single or several auditors. As in the case of ordinary subscribed capital increase (Article 334 of ZGD-1), the law calls for the *mutatis mutandis* application of provisions governing the formation of a company (third paragraph of Article 356 of ZGD-1).

The institution of simplified subscribed capital increase by means of in-kind contributions where no mandatory audit of the shares issued in exchange for in-kind contributions is prescribed follows the basic pattern of ordinary subscribed capital increase (Article 334a of ZGD-1). The intent and purpose of such a regulation is to allow stock companies to increase their subscribed capital by means of in-kind contributions without an (time-consuming and costly) audit, providing the correct value of in-kind contributions may be determined in another (correct) manner.⁷ Even when new shares are issued on grounds of available authorized capital, mandatory auditing may be waived only in the three cases, which are expressly stipulated by the first paragraph of Article

⁵ W. Bayer, op. cit., § 205, l. no. 10.

⁶ Ibid; R. Veil, op. cit., § 205, l. no. 4.

⁷ Cf. Point (3) of the preamble to the Directive 2006/68/EC: "Member States should be able to permit public limited liability companies to allot shares for consideration other than in cash without requiring them to obtain a special expert valuation in cases in which there is a clear point of reference for the valuation of such consideration. Nonetheless, the right of minority shareholders to require such valuation should be guaranteed." (Directive 2006/68/EC of the European parliament and of the Council of 6 September 2006 amending Council Directive 77/91/EEC as regards the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital).

194a of ZGD-1. Moreover, in case with regard to authorized capital, additional publicity requirements are mandatory. Whenever authorized capital is formed by means of changes or amendments to the corporate charter (second paragraph of Article 353 of ZGD-1), the agenda of the general meeting, convoked to decide on the formation of authorized capital, shall state that the issue of shares in exchange for in-kind contributions needn't be audited (first sentence of the second paragraph of Article 356a of ZGD-1). The same statement shall be included in the proposal passed by management or supervisory bodies (second sentence of the second paragraph in relation with the third paragraph of Article 356a of ZGD-1). Since the authority with regard to authorized capital is an integral part of the corporate charter (second paragraph of Article 353 of ZGD-1), the aforementioned statement will also be reflected in the authority itself. Unlike with ordinary subscribed capital increase, authorized capital does not require the resolutions of the general meeting (and authority per corporate charter) to include elements and requirements stipulated by the second paragraph of Article 356 of ZGD-1, even when the issue of new shares needn't be audited (cf. second paragraph of Article 356a of ZGD and second paragraph of Article 334a of ZGD-1). The subject matter is thus governed by provisions of the second paragraph of Article 356 of ZGD-1 as well.

Since it is mandatory for the general meeting resolution to include the stipulation that the issue of new shares in exchange for in-kind contributions needn't be audited, the authority to decide on the omission of auditing is thus necessarily vested in the general meeting. Even though the institution of authorized capital denotes the authority of the management to decide on an increase of subscribed capital, the decision to omit auditing in cases where new shares are issued in exchange for in-kind contributions is (already) taken by the general meeting. The management namely does not have the authority to omit auditing.

The characteristics of authorized capital, from which new shares in exchange for in-kind contributions without an audit may be issued, are especially at the forefront in relation to a special notification passed by management or supervisory bodies prior to the actual provision of in-kind contributions (the notification is envisaged only with regard to authorized capital), and in relation with the statement of management or supervisory bodies after the handover of the in-kind contribution. Members of management or supervisory bodies shall issue a special notification no later than five business days prior to the handover of the subject of the in-kind contribution, which shall include the date of the resolution confirming the issue of shares, and other relevant data stipulated by Indents 1 through 4 of the fourth paragraph of Article 194a of ZGD-1. Pursuant to the first sentence of the fourth paragraph of Article 356a of ZGD-1, management or supervisory bodies shall present the notification

(no later than five business days prior to the handover of the subject of in-kind contributions) to the registrar, and publish the notification on the AJPEŠ website, as well as in the newsletter or electronic medium of the company. Furthermore, management or supervisory bodies shall present to the registrar and publish in the aforementioned public records a statement that no new circumstances have arisen since the first notification which may materially affect the value of the contribution in-kind (second sentence of fourth paragraph of Article 356a of ZGD-1). The aforementioned statement shall be published and presented no later than one month after the handover of the subject of the in-kind contribution.

As with ordinary subscribed capital increase, in case of in-kind contributions as referred to in Indent 2 or 3 of the first paragraph of Article 194a of ZGD-1, shareholders are given the option to file a motion to appoint an auditor, who will audit the issuance of shares executed in exchange for in-kind contributions. Shareholders may file the motion until the day of the handover of the subject of the in-kind contribution (second sentence of the fifth paragraph of Article 356a of ZGD-1). In case the issue of shares is audited, the statement of management or supervisory bodies, which is mandatory after the handover of the subject of the in-kind contribution in the absence of an audit (fourth sentence of the fifth paragraph of Article 356a of ZGD-1), need not be passed.

4. CONTRACTS ON IN-KIND CONTRIBUTIONS ENTERED INTO PRIOR TO THE REGISTRATION OF A COMPANY IN THE COURT REGISTRY

Article 357 of ZGD-1 governs the situation when contracts on in-kind contributions have been entered into prior to the registration (formation) of the company in the court registry. The situation arises from the expectation of a future subscribed capital increase from authorized capital, the authority for which is already stipulated by the corporate charter (first paragraph of Article 353 of ZGD-1). The purpose of the provisions referred to in Article 357 of ZGD-1 is to prevent the circumvention of provisions which govern the formation of a company by means of in-kind contributions.⁸ Without the aforementioned safeguard, management or supervisory entities could execute a concealed formation by means of in-kind contributions.⁹

The safeguard stipulated by article 357 of ZGD-1 may be a bit superfluous, since the audit of in-kind contributions is also governed with regard to authori-

⁸ Accord W. Bayer, op. cit., § 206, l. no. 1, for § 206 of the German AktG («Aktiengesetz»).

⁹ Cf. W. Bayer, op. cit., § 206, l. no. 1.

zed capital. Provisions governing the formation of a company (third paragraph of Article 356 of ZGD-1) should namely be applied *mutatis mutandis* also to the aforementioned audit. The same applies also to the issuance of new shares in exchange for in-kind contributions which need not be audited (Article 356a of ZGD-1). The crucial meaning and safeguard of Article 357 of ZGD-1 is thus reflected in the stipulations on the issue of shares in exchange for in-kind contributions referred to in the corporate charter, which denote a restriction of powers and authorities of management bodies, as well as in certain additional obligations arising from the *mutatis mutandis* application of provisions governing the formation of a company (e.g. mandatory report, etc.).

What Article 357 of ZGD-1 fails to elaborate, however, is who shall perform the obligations arising from the mandatory *mutatis mutandis* application of provisions governing the formation of a company. A *mutatis mutandis* application of Articles 193 through 197 of ZGD-1 suggests the obligation to take additional actions, primarily the obligation to draw up a “formation report” which, pursuant to the first paragraph of Article 193 of ZGD-1, needs to be drawn up by the founders, whereas the members of management or supervisory shall, pursuant to the first paragraph of Article 194 of ZGD-1, determine the compliance of formative procedures. However, pursuant to the first paragraph of Article 196, (founding) auditors are entitled to request additional clarification and proof from the founders. In order to find an answer, one needs to turn to § (Section) 206 of the German *Aktiengesetz* (AktG), which served as a model for Article 357 of ZGD-1. According to Section 206, the tasks of the founders are to be understood as the obligations of the management board, whereas the action of applying for and registering the company shall be understood as the action of applying for and registering the subscribed capital increase.

4.1. Relevant provisions in the corporate charter

If any contracts referred to in the previous paragraph have been entered into prior to the registration (formation) of the company in the court registry, the authority stipulated by the corporate charter (first paragraph of Article 353 of ZGD-1) shall allow for the issue of shares in exchange for in-kind contributions (first paragraph of Article 356 of ZGD-1), and provide information on in-kind contributions stipulated by the second paragraph of Article 356 of ZGD-1 (subject of the in-kind contribution, person from whom the company will acquire the subject, number of shares and, with nominal value shares, the nominal value of shares to be provided in exchange for the contribution). If no audit of the issue of shares is expected, Article 194a of ZGD-1 shall be applied *mutatis mutandis* (second sentence of Article 357 of ZGD-1).

In case the corporate charter does not include the prerequisite stipulations regarding in-kind contributions, contracts on in-kind contributions are null and void in relation to the company (*mutatis mutandis* first sentence of the third paragraph of Article 187 of ZGD-1). If the execution of subscribed capital increase is nonetheless registered in the court registry, the subscribed capital is, in fact, considered increased, however, the new shareholder shall pay the issue price in cash (*mutatis mutandis* second sentence of the third paragraph of Article 187 of ZGD-1).

4.2. Performance of additional obligations

A *mutatis mutandis* application of Articles 193 through 197 of ZGD-1 suggests that, in the utilization of authorized capital, management board members are obligated to draw up a report on the increase of subscribed capital,¹⁰ which is modelled after the Formation Report (Article 193 of ZGD-1). Moreover, the capital increase shall be examined and reviewed (*mutatis mutandis* Article 194 of ZGD-1) by management or supervisory bodies (in a two-tier governance system also by the management board¹¹) and (external) auditors, unless the capital increase was executed by means of in-kind contributions referred to in the first paragraph of Article 194a of ZGD-1. The auditors may request from the management to provide any and all explanations and proof (*mutatis mutandis* first paragraph of Article 196 of ZGD-1).

5. PRE-EMPTIVE RIGHT TO ACQUIRE NEW SHARES

The first paragraph of Article 337 of ZGD-1 (found among provisions governing ordinary subscribed capital increase) grants every shareholder a pre-emptive right to subscribe new shares in accordance with his participation in the subscribed capital. The pre-emptive right is a basic property right, which is independent from respective share classes.¹² By exercising the pre-emptive right, a shareholder is able to preserve his (proportional) share of the company, while also preventing the dilution of his shareholder's rights. Provisions of Article 337 of ZGD-1 need to be applied *mutatis mutandis* also to authorized capital (first and second paragraphs of Article 354 of ZGD-1). In the European legal framework, the pre-emptive right to acquire new shares is governed by Article 33 of Directive 2012/30EU.¹³

¹⁰ Term adopted after W. Bayer, op. cit., § 206, l. no. 11.

¹¹ Cf. U. Hüffer, op. cit., § 206, l. no. 5.

¹² M. Kocbek/S. Prelič in ZGD-1 (2007), p. 606-607.

¹³ Directive 2012/30/EU of the European parliament and of the Council of 25 October 2012 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members

A pre-emptive right may be fully or partially disappplied (first sentence of third paragraph of Article 337 ZGD-1). However, by disapplying the pre-emptive right, (existing) shareholders are exposed to significant risk which may negatively affect their ownership position, since the disapplication may, on one hand, result in the dilution of ownership rights and, on the other hand, cause the dilution of the value of their shares.¹⁴

By not being able to pre-emptively subscribe such a volume of new shares which would correspond with their incumbent share in the subscribed capital, shareholders will generally not be able to preserve their proportionate share (since the share will be necessarily reduced). It is also fact that the voting powers will undergo a certain shift.¹⁵ Moreover, shareholders may lose the (previously existing) blocking minority and even lose minority rights, which require a certain threshold to be effective (e.g. third paragraph of Article 263, second paragraph of Article 276, third paragraph of Article 295, second paragraph of Article 399 of ZGD-1). If new shares are assigned to a third party shareholder or a new large shareholder, the company may become dependent or, if already dependant, the dependence may increase.¹⁶ The disapplication of pre-emptive rights may also result in the dilution of property rights, since, e.g. the participation of shareholders in distributable profit is determined in proportion to their share in the subscribed capital (first paragraph of Article 231 of ZGD-1). Shareholders are also exposed to the risk of dilution of the value of their shares¹⁷ if the issue price of new shares is disproportionately low. In the aforementioned case, a shareholder (whose pre-emptive right has been disappplied) is not able to use the benefit of a low issue price, and thus unable to

and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent. Unlike Slovene law, the first paragraph of Article 33 of Directive 2012/30/EU stipulates a pre-emptive right to acquire new shares only in cases when the capital is increased by considerations in cash. For the compliance of a broader regulative framework, which expands the effects of a pre-emptive right also to capital increase by in-kind contributions, with Directive 2012/30/EU see only M. Habersack/D. A. Verse, op. cit. (2011), § 6, l. no. 84.

¹⁴ The double-dilution effect is referred to also by N. Samec, op. cit., p. 132. Also M. Habersack/D. A. Verse, op. cit. (2011), § 6, l. no. 79, 82.

¹⁵ Unless subscribed capital is increased only with the issue of priority shares without voting rights. However, even in the latter case, there is still a danger of the voting rights shifting, if such shares are later assigned voting rights pursuant to the second paragraph of Article 315 of ZGD-1.

¹⁶ R. Veil, op. cit., § 186, l. no. 24.

¹⁷ In other words, shareholders are exposed to the risk of dilution of the value of their ownership rights (cf. U. Hüffer, op. cit., § 255, l. no. 2).

maintain his share in the company at this lower price (at the lower selling price of new shares).¹⁸ A legal remedy available to mitigate the aforementioned risk is stipulated by the second paragraph of Article 400 of ZGD-1 – special appeal against a general meeting resolution on capital increase.

The legislative framework governing the safeguarding of shareholders against the forgoing risks is mostly focused on formal (procedural) requirements, which need to be fulfilled in order to disapply the pre-emptive right. Substantive (material) assumptions, however, are only hinted at in the second sentence of the fourth paragraph of Article 337 of ZGD-1 (justified reasoning, justified issue price).¹⁹ Substantive requirements are a balancing act between the following interests: safeguarding of (minority) shareholders on one hand, and the interest of a company in obtaining financing on the other, with the aim of not restricting the interests of a company to an excessive extent.²⁰

Formal requirements may be summarized in three groups: (i) correct publication of the subject matter on which the general meeting shall decide (first sentence of the fourth paragraph of Article 337 of ZGD-1), (ii) general meeting resolutions (third paragraph of Article 337 of ZGD-1), (iii) management report (second sentence of the fourth paragraph of Article 337 of ZGD-1). The fact that a disapplication of the pre-emptive right requires the fulfilment of substantive requirements is nowadays a generally accepted fact.²¹ In other words, the disapplication of a pre-emptive right needs to be substantively justified.²² Substantive justification is provided (i.e. substantive requirements are met), if the disapplication of the pre-emptive right serves a purpose and objective which is in the best interest of the company, if the disapplication is appropriate and necessary for the company to achieve said objective, and if the disapplication is proportionate to the desired objective.²³

5.1. Disapplication of the pre-emptive right to new shares with regard to authorized capital

Similar to the forgoing, shareholders are ensured a statutory pre-emptive right to acquire new shares also with authorized capital, which, as referred to before,

¹⁸ Cf. R. Veil, op. cit., § 186, I. no. 24; M. Schwab in Schmidt/Lutter AktG, § 255, I. no. 1.

¹⁹ Cf. M. Kocbek/S. Prelič, op. cit., p. 605-606.

²⁰ Cf. R. Veil, op. cit., § 186, I. no. 25.

²¹ Cf. only M. Kocbek/S. Prelič, op. cit., p. 611.

²² M. Kocbek/S. Prelič, op. cit., p. 611.

²³ U. Hüffer, op. cit., § 186, I. no. 25. Substantive requirements for the disapplication of the pre-emptive right have been instituted in German law by legal theory and case law, most notably with the breakthrough in the “Kali und Salz” case (BGHZ (German Federal Court of Justice (“Bundesgerichtshof”) civil case rulings) 71, 40).

may be excluded as well. However, with authorized capital, it is imperative to differentiate between two situations: a pre-emptive right may be disapplied already with the authority stipulated by the corporate charter (first paragraph of Article 354 of ZGD-1), so that the management does not have the power to deliberate on the disapplication when deciding on the utilization of available authorized capital (pre-emptive right necessarily disapplied); on the other hand, the authority to decide on the disapplication of pre-emptive rights may be granted to the management (second paragraph of Article 354 of ZGD-1), who, when deciding on the utilization of authorized capital, may decide to execute a capital increase by allowing the shareholders to exercise their pre-emptive right, or decide to disapply the right beforehand. In case the management exercises its powers and decides to disapply the pre-emptive right of shareholders to acquire new shares (i.e. disapply the pre-emptive right), the decision requires mandatory consent of the supervisory board (second sentence of the first paragraph of Article 355 of ZGD-1). The supervisory board shall also give consent to the utilization of available authorized capital in cases where the pre-emptive right has been disapplied previously (directly) by the general meeting (*mutatis mutandis* second sentence of the first paragraph of Article 355 of ZGD-1).²⁴

It is clear in both aforementioned cases that, most commonly, a subscribed capital increase will not be executed immediately after the formation of authorized capital, but rather after a certain period of time (the maximum admissible period is 5 years after the registration in the court registry – first paragraph and first sentence of second paragraph of Article 353 of ZGD-1). Until then, the business position and circumstances of a company may change in comparison with the situation which existed at the time of formation of authorized capital. This immediately triggers the question of how to translate the legal concept and regulation of disapplication of the pre-emptive right, an institution designed specifically for ordinary capital increase, to the special characteristics of authorized capital. In resolving the matter, it is important to focus on two elements, namely (i) whether and when the management of a company should present the shareholders with a report on the disapplication of the pre-emptive right, and (ii) how much importance and gravitas should be assigned to substantive requirements, and who and when will determine whether they have been properly met. In the analysis, I will introduce selected notions and findings of the German legal environment, where the case law

²⁴ Accord in German law: G. Krieger in *Münchener Handbuch - Aktiengesellschaft*, § 58, I. no. 46; W. Bayer, op. cit., § 204, I. no. 23.

was formed mostly through the cases *Holzmann*²⁵, *Siemens/Nold*²⁶, *Mangusta/Commerzbank I*²⁷, and *Mangusta/Commerzbank II*²⁸.

5.2. Obsolete assumption (Holzmann)

With its decision in the *Holzmann* case in 1982, the German BGH (“Bundesgerichtshof”) represented the opinion²⁹ that the authority granted to the management to disapply pre-emptive rights as per the second paragraph of Section 203 of the German AktG (after which the second paragraph of Article 354 of ZGD-1 is modelled) shall be subject to the same substantive requirements as an (direct) disapplication of the pre-emptive right by means of general meeting resolution in ordinary capital increase. The management board was able to exercise its authority only if it was convinced that the disapplication is an appropriate and most suitable means to achieve the interests of the company. Moreover, “diligent substantive assessment of relevant subject matter” is necessary already at the point when the general meeting is deciding whether the management board should have the authority to execute such gross infringement of shareholders’ rights. A blank authorization, i.e. without any relevant cause or reason, was ruled inadmissible, since a certain indication that the management board, during the duration of its term, will potentially be forced to execute a capital increase and disapply the pre-emptive rights in order to best protect the interest of the company, should have been established already at the point of decision of the general meeting. With regard to the forgoing, a general meeting resolution, adopted as per the second sentence of the second paragraph of Section 203 of the German AktG required relevant substantive justification, for which the company was required to provide relevant reasoning. In the formation of authorized capital, there had to be at least concrete indication for the subsequent disapplication of the pre-emptive right, which also had to allow room for the representation of the shareholders’ interests.

As for the report on the reasons for the disapplication of the pre-emptive right, the aforementioned interpretation meant that, in case the authority of the management board was limited at origin to predetermined and foreseeable measures, both per type and subject of measure, the company was obligated and able to immediately present a report on the reasons for leaving the management board to decide on the disapplication of the pre-emptive right. However, if there was any uncertainty on whether the management board will exercise its

²⁵ BGHZ 83, 319.

²⁶ BGHZ 136, 133.

²⁷ BGHZ 164, 241.

²⁸ BGHZ 164, 249.

²⁹ Illustrated mostly after W. Bayer, op. cit., § 203, I. no. 97-98.

authority and at what circumstances, the reasons for a potential disapplication of the pre-emptive right needed to be disclosed on a best-effort basis, i.e. to an extent made possible by existing circumstances, and to an extent which would not reveal previously undisclosed plans to the detriment of the company. An abstract description or simple enumeration of theoretical reasons supporting a potential disapplication of the pre-emptive right, the execution of which was not even likely at that particular point, was deemed insufficient. On the contrary, the management board was obligated to provide sufficient relevant facts for the general meeting to be able to shape an opinion on the justifiability of the request to be granted the authority to disapply the pre-emptive right.

5.3. The turning point (Siemens/Nold)

In the *Siemens/Nold* case, the management board of the defendant (*Siemens*) was authorized to execute a capital increase by means of cash contributions up to a nominal value of DEM 500 million with the issue of either ordinary and priority shares or ordinary shares only (authorized capital I), and up to a nominal value of DEM 300 million with the issue of ordinary shares in exchange for either cash or in-kind contributions (authorized capital II). The management board disapplied the pre-emptive right of shareholders for authorized capital II. In the report to the general meeting, the management board, in relation to authorized capital II, stated as follows:

“The requested authorization for the issuance of authorized capital II - Agenda Item 7 - should again allow the management board to have own shares of the company available without having to resort to the stock market. The utilization of the requested authorized capital II will be limited to two cases only. First, it should be made possible, as it had been done in previous years, to offer the shares to the workers. Furthermore, the company should have an option to obtain shares in exchange for releasing ordinary shares of Siemens Inc. in selected and appropriate cases. This shall be made available by the proposed exclusion of shareholders’ pre-emptive rights to acquire new shares.”³⁰

A shareholder (*Nold*) filed a lawsuit requesting nullification of both resolutions.

³⁰ “In dem der Hauptversammlung erstatteten Bericht führte der Vorstand zu dem genehmigten Kapital II folgendes aus: »Die beantragte Ermächtigung zur Ausgabe des genehmigten Kapitals II – Punkt 7 der Tagesordnung – soll den Vorstand erneut in die Lage versetzen, ohne Beanspruchung der Börse eigene Aktien der Gesellschaft zur Verfügung zu haben. Die Ausnutzung des erbetenen genehmigten Kapitals II soll auf zwei Fälle beschränkt werden. Zunächst sollen Aktien den Arbeitnehmern wie in den vergangenen Jahren angeboten werden können. Ferner soll die Gesellschaft die Möglichkeit haben, in geeigneten Einzelfällen Beteiligungen gegen Überlassung von Stammaktien der Siemens AG erwerben zu können. Ihm trägt der vorgeschlagene Ausschluß des Bezugsrechtes der Aktionäre Rechnung.“ (BGHZ, 136, 133, 134).

The court (BGH) ruled as follows:

“a) With regard to authorized capital, a general meeting may exclude the pre-emptive right of shareholders or authorize the management board to exclude the pre-emptive right of shareholders, if the measure for which the management board had previously been granted appropriate powers and authority is in obvious interest of the company, and the interest had previously been disclosed to the general meeting in abstract and general form (deviation from BGHZ 83, 319).

b) The management board is entitled to exercise its authority to execute a capital increase and exclude the pre-emptive right only, if the specific intent and purpose of the measure corresponds with the abstract description of the measure, and if the realization of the measure is still in obvious interest of the company at the point of realization. The aforementioned circumstance shall be subject to diligent assessment as part of the mandatory entrepreneurial judgement of the management board.”³¹

The decision caused varied reactions and interpretations in the German legal environment.³² The following overview and elaboration of regulations governing the disapplication of the pre-emptive right with regard to authorized capital is based on a very broad understanding of the institution in the German legal environment.

5.4. Requirements and assumptions for the disapplication of the pre-emptive right

Both with direct disapplication of the pre-emptive right (stipulated by the authorization to increase the subscribed capital), and the authority of the management to decide on the disapplication of the pre-emptive right, the capital measure for which the management has been authorized shall serve the best interest of the company.³³ The existence of other substantive requirements re-

³¹ “a) Im Rahmen des genehmigten Kapitals kann die Hauptversammlung das Bezugsrecht der Aktionäre dann ausschließen oder den Vorstand zu dem Bezugsrechtsausschluß ermächtigen, wenn die Maßnahme, zu deren Durchführung der Vorstand ermächtigt werden soll, im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegt und der Hauptversammlung allgemein und in abstrakter Form bekannt gegeben wird (Aufgabe von BGHZ 83, 319). b) Der Vorstand darf von der Ermächtigung zur Kapitalerhöhung und zum Bezugsrechtsausschluß nur dann Gebrauch machen, wenn das konkrete Vorhaben seiner abstrakten Umschreibung entspricht und auch im Zeitpunkt seiner Realisierung noch im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegt. Er hat diesen Umstand im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens sorgfältig zu prüfen.“ (BGHZ, 136, 133).

³² Cf. only the summary of W. Bayer, op. cit., § 203, I. no. 109, 113-115.

³³ BGHZ, 136, 133; G. Krieger, op. cit., § 58, I. no. 16; U. Hüffer, op. cit., § 203, I. no. 11, 27.

levant to a valid and admissible disapplication of the pre-emptive right with regard to ordinary subscribed capital increase (adequacy and necessity, proportionality) needn't be determined.³⁴ As a result the deliberation of the general meeting, both with regard to direct disapplication of the pre-emptive right and the authority of the management to disapply the pre-emptive right, is focused on determining whether the disapplication or authorization really serve the best interest of the company. The final decision of the general meeting on the disapplication of the pre-emptive right is thus not based on the deliberation of substantive justification of the disapplication, and never reaches the extent and scope of deliberation applied when deciding on the disapplication of the pre-emptive right with regard to ordinary subscribed capital increase.³⁵ The discretion available to the general meeting is thus much broader.

Further deliberation (review) of substantive justification of the disapplication of the pre-emptive right is postponed to a subsequent decision of the management on exercising of the authority for capital increase with disapplication of the pre-emptive right. When utilizing available authorized capital, the management is obligated to adhere to the assumptions and conditions set by the general meeting. In addition to statutory requirements (e.g. period of effect of authority to increase capital, amount of capital increase), the element most relevant to this analysis is the extent of the limitation of the authority for subscribed capital increase, which only allows the disapplication of the pre-emptive right for predetermined intents and purposes. Such a restrictive effect may also be stipulated by the management report, and the management is subsequently obligated to adhere to it.³⁶ Furthermore, the management is obligated to determine the circumstances relevant to the disapplication. With direct disapplication of the pre-emptive right, the authority for increasing the subscribed capital may only be exercised if the capital increase with disapplication of the pre-emptive right is substantively justified. If the management has the authority to decide on the disapplication of the pre-emptive right, it is obligated to determine whether the disapplication is substantively justified. In both cases, substantive justification is determined by applying the substantive requirements and assumptions applied in the case of ordinary subscribed capital increase (interest of the company, adequacy and necessity, proportionality).³⁷ If, in case of direct disapplication of the pre-emptive right, the aforementioned requirements have not been met, the management is not allowed to exercise the authority for increasing subscribed capital. If, in case the management is

³⁴ U. Hüffer, *op. cit.*, § 203, I. no. 11, 27.

³⁵ Cf. W. Bayer, *op. cit.*, § 203, I. no. 128.

³⁶ G. Krieger, *op. cit.*, § 58, I. no. 15.

³⁷ G. Krieger, *op. cit.*, § 58, I. no. 44; W. Bayer, *op. cit.*, § 203, I. no. 127.

authorized to decide on the disapplication of pre-emptive rights, the requirements have not been met, the management is obligated to either execute a capital increase by preserving the pre-emptive right, or to refrain from executing a capital increase.

The management is obligated to present to the general meeting a written report on the reasons for the disapplication of the pre-emptive right, or on the authority for the disapplication (first and second paragraph of Article 354 in relation with the second sentence of the fourth paragraph of Article 337 of ZGD-1). In the report the management may disclose detailed information on the intended measure, however, it is not obligated to do so. The report may be limited to a general data about measures which would support the disapplication of the pre-emptive right, why such measures are in the interest of the company and the reasons why the disapplication is proposed.³⁸ Even though with authorized capital the pre-emptive right are either disappplied or the management has the authority to decide on the disapplication, the general meeting needn't determine the issue price of new shares, and may leave the aforementioned decision to the management. In the aforementioned case, the report detailing the reasons for disapplication needn't include any information or justification of the expected issue price.³⁹

The management need not present any special (additional) report on the reasons for the disapplication of the pre-emptive right prior to exercising the authority for the disapplication.⁴⁰ The management is, however, obligated to report on the details of the action it had taken in the (next) general meeting.⁴¹ The mandatory report is provided in the first upcoming general meeting as per the third paragraph of Article 294 of ZGD-1.⁴² The forgoing notwithstanding, it may also occur that the utilization of authorized capital, or the exercising of the authority to disapply the pre-emptive right, results in the establishment of terms and conditions, which, as per rules governing the financial instruments

³⁸ G. Krieger, *op. cit.*, § 58, l. no. 18. Cf. BGHZ 136, 133, 139; U. Hüffer, *op. cit.*, § 203, l. no. 26.

³⁹ Cf. G. Krieger, *op. cit.*, § 58, l. no. 23; BGHZ 136, 133, 142; U. Hüffer, *op. cit.*, § 203, l. no. 26.

⁴⁰ *Mangusta/Commerzbank I*, AG 2006, p. 36; G. Krieger, *op. cit.*, § 58, l. no. 45; U. Hüffer, *op. cit.*, § 203, l. no. 36-37. Criticism by W. Bayer, *op. cit.*, § 203, l. no. 155-160.

⁴¹ *Mangusta/Commerzbank I*, AG 2006, p. 36; BGHZ 136, 133, 140.

⁴² In *Mangusta/Commerzbank I* the court ruled that the management board, after exercising the authority to increase subscribed capital and disapply the pre-emptive right, is obligated to report in the next "ordinary" general meeting on the details of its actions, and provide adequate defence and reasoning of the actions. A parallel to the German "ordinary" general meeting (*Ordentliche Hauptversammlung*, § 175 et seq. of the German *AktG*) is the general meeting referred to in the third paragraph of Article 294 of ZGD-1.

market, call for a disclosure of relevant information on the utilization or exercising of the authority (cf. Article 106, Article 373 and Article 386 of ZTFI).⁴³

5.5. Remedies available to a disapplying shareholder (and *Mangusta/Commerzbank II*)

In the *Mangusta/Commerzbank I* case, the BGH confirmed its ruling in the *Siemens/Nold* case. In the *Mangusta/Commerzbank II* case, it provided a detailed breakdown of remedies available to a disapplying shareholder (shareholder whose pre-emptive right to acquire new shares has been disapplying without appropriate grounds) to which it had previously referred in the *Siemens/Nold* case.⁴⁴

In *Mangusta/Commerzbank II* the court based its interpretation and subsequent ruling on the assumption that the application of Section 241 of the German AktG (“*Nichtigkeitsgründe*”) et seq. is not admissible for management or supervisory board resolutions which are in contravention of the law, since allowing an annulment lawsuit or legal challenge which would enable a shareholder to intervene and thus affect the actions taken by the management with formative effect would denote a systemic collapse of the applicable corporate law system in which the management board is entrusted with the governance of a company, the supervisory board is entrusted with supervisory tasks, whereas the general meeting (leaving aside cases and circumstances regulated by the law) does not have the power to participate in or influence management-related decisions. However, the court did not leave the shareholder unprotected, on the contrary. In addition to the previously referred to report in the next (ordinary) general meeting, the court referred to a shareholder’s ability to deny discharge, his right to file recourse and civil lawsuits, his right to file a preventive suspensive appeal to the intended registration in the court registry, and his right to file a general declaratory lawsuit regarding the non-compliance

⁴³ Market in Financial Instruments Act, Official Journal of RS, No. 67/2007 with subsequent amendments. Cf. R. Veil, op. cit., § 202, l. no. 23; W. Bayer, op. cit., § 203, l. no. 154.

⁴⁴ In *Siemens/Nold* the BGH stated: „Nach § 204 Satz 2 AktG bedarf die Entscheidung des Vorstandes über den Bezugsrechtsausschluß der Zustimmung des Aufsichtsrates. Soweit er von der ihm erteilten Ermächtigung Gebrauch gemacht hat, ist er gehalten, über die Einzelheiten seines Vorgehens auf der nächsten ordentlichen Hauptversammlung der Gesellschaft zu berichten und Rede und Antwort zu stehen. Ihm kann bei Verletzung der ihm obliegenden Pflichten die Entlastung verweigert werden. Hat er sich unter Verletzung seiner Amtspflichten nicht an die Vorgaben des Ermächtigungsbeschlusses gehalten, kann er ferner gemäß § 93 Abs. 2 AktG zur Leistung von Schadensersatz herangezogen werden. Ferner muß er damit rechnen, daß die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens zum Gegenstand einer Feststellungs- oder – soweit noch möglich – einer Unterlassungsklage, die beide gegen die Gesellschaft zu richten sind, gemacht wird (vgl. BGHZ 83, 122, 125, 133 ff.).” (BGHZ, 136, 133, 140-141).

ce of actions of corporate bodies with their obligations. The latter is based on procedural (not corporate) rules (Section 256 of the German ZPO), whereas a declaration of nullity of decisions taken by the management and supervisory board does not affect the capital increase, its registration in the court registry or shareholders' rights arising from the changes to the capital.

The ruling in *Mangusta/Commerzbank II* may also be applied to analyse the situation of a disapplying shareholder in the Slovene legal environment, most notably in cases when the general meeting transfers its original authority to decide on subscribed capital increase (cf. first paragraph of Article 293 of ZGD-1) to management or supervisory bodies (first and second paragraphs of Article 353 of ZGD-1), who, in the utilization of available authorized capital, unjustifiably disapply the pre-emptive right of shareholders to acquire new shares. The analysis should be based on the fact that the decision on capital increase and issuance of new shares with regard to authorized capital is a management decision,⁴⁵ which requires consent of the supervisory board (cf. Articles 353 through 356 of ZGD-1). If the management (in exercising its powers and authorities of management) were to exceed (violate) the authority to disapply the pre-emptive right, the Court of Registry may reject the motion for the registration of the subscribed capital increase in the court registry. However, since the aforementioned circumstance is considered only a deficiency in management, these deficient (internal) management decisions do not have any external effects on the subscribers of new shares who acted in good faith⁴⁶, meaning that the (potential) registration of the subscribed capital increase in the court registry will nonetheless have a constitutive effect, the subscribed capital will be considered increased⁴⁷ and the increase will not be affected in the future.⁴⁸

⁴⁵ Cf. W. Bayer, op. cit., § 202, I. no. 86.

⁴⁶ Cf. R. Veil, op. cit., § 204, I. no. 12-13.

⁴⁷ G. Krieger, op. cit., § 58, I. no. 58; B.-A. Dissars in *Münchener AnwaltsHandbuch: Aktienrecht*, § 37, I. no. 35. Cf. *Mangusta/Commerzbank II*, AG 2006, p. 40: "Vor allem aber steht es der Zulässigkeit der Feststellungsklage nach § 256 ZPO - anders als etwa der vorbeugenden Unterlassungsklage - nicht entgegen, dass die Kapitalerhöhung mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam geworden ist (§ 203 Abs. 1 AktG i.V.m. § 189 AktG). Zwar berühren nichtige Entscheidungen des Vorstands und des Aufsichtsrats einschließlich einer Verletzung des Bezugsrechts der Aktionäre die Wirksamkeit der durchgeführten und eingetragenen Kapitalerhöhung und der damit entstandenen neuen Mitgliedschaftsrechte nicht (Lutter in *KölnKomm/AktG*, 2. Aufl. 1995, § 204 AktG Rz. 25, 27, m.w.N.)."

⁴⁸ Cf. M. Lutter in *Kölner Kommentar* (1995), § 204, I. no. 27: "Auch eine Verletzung des Bezugsrechts der Aktionäre (insbesondere unwirksamer Ausschluß durch die Verwaltung) berührt die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung nach Eintragung der Durchführung im HReg. nicht."

A shareholder whose rights have been infringed (due to his pre-emptive right to acquire new shares being disappplied without appropriate grounds) can be granted legal remedies and means both *ex ante* (prior to the registration of the capital increase in the court registry) and *ex post*, which are aimed at safeguarding his position. The shareholder has an *ex ante* option to file a motion for the omission of the motion to register the capital increase in the court registry, as well as the option to file a declaratory motion in order for the resolution of management or supervisory bodies to be declared null and void. The shareholder may also intervene during the court registration process (cf. first and third paragraph of Article 31 of ZSReg⁴⁹). Shareholders are entitled *ex post* (after the registration of the capital increase in the court registry) to request to be provided with the management report, entitled to request a special audit (Article 318 of ZGD-1) and still entitled to file a declaratory motion in order to achieve annulment of resolutions passed by management or supervisory bodies.⁵⁰ The management report, special auditor's report and a declaratory ruling annulling the resolutions may assist the shareholders in filing subsequent motions and lawsuits, most notably civil lawsuits, whereas members of management or supervisory bodies may be held liable pursuant to Article 263 of ZGD-1. Moreover, shareholders may deny discharge of management or supervisory board members, or recall members of the supervisory or management board.^{51,52} However, a motion for the annulment of the capital increase is (in here discussed matter) not available.

⁴⁹ Court Registry of Legal Entities Act, Official Journal of RS No. 13/1994 with subsequent amendments and revisions.

⁵⁰ Cf. A. Galič in ZPP, p. 148: "With regard to legal relationships which did or did not exist in the past, legal theory and case law allow a declaratory motion to be filed, providing the effects of such a relationship still exist in the present".

⁵¹ The decision of the management on the subject matter of rights pertinent to shares, and the terms and conditions for the issuance of shares requires consent of the supervisory board. The consent is considered a condition precedent for the management decision to take effect (first sentence of the first paragraph of Article 355 of ZGD-1; cf. U. Hüffer, op. cit., § 204, I. no. 6). Consent of the supervisory board is also a condition precedent for the effect of the management decision on the disapplication of the pre-emptive right to acquire new shares (second sentence of the first paragraph of Article 355 of ZGD-1; cf. U. Hüffer, op. cit., § 204, I. no. 7). For the admissibility of a lawsuit filed by a shareholder in order to claim annulment of resolutions passed by management or supervisory bodies, see Supreme Court of RS, case No. III Ips 243/2008.

⁵² For the adequacy of nullity, see B. Bratina in Nadzorni sveti, p. 222-225, most notably: "The opinion of the majority is that a supervisory board resolution is considered null and void, if the passing of the resolution denotes a material violation of the law or corporate charter, either with regard to the procedure or subject matter." Cf. also Mangusta/Commerzbank II, BGHZ 164, 249, 253-254; Mangusta/Commerzbank II, BGHZ 164, 249, 260-261.

6. STATUTORY QUANTITATIVE RESTRICTIONS

The amount of authorized capital shall not exceed one half⁵³ of subscribed capital (third paragraph of Article 353 of ZGD-1). Equal to the regulation of the conditional capital increase, the law restricts excessive utilization of capital in this institution as well, even though the legal concept of authorized capital generally preserves shareholders' pre-emptive rights to acquire new shares. Since the decision on a subscribed capital increase and its substantive elements is thus transferred to the sphere of management or supervisory bodies, the law does safeguard shareholders from excessive infringement of their ownership rights, and safeguards the autonomy of the general meeting in the decision-making on major changes to the subscribed capital.⁵⁴

6.1. Relevant point in time

Unlike conditional increase of subscribed capital where the point in time relevant for the deliberation on the volume of conditional capital is the point of decision of the general meeting on a conditional capital increase, the amount of authorized capital "[...] *shall not exceed one half of the share capital available at the time authority is granted [...]*" (first sentence of the third paragraph of Article 353 of ZGD-1). This awkward wording should not lead one to believe that (as is the case with conditional capital increase) the relevant point in time is the general meeting decision, since the authority relating to authorized capital, which was granted by amendment of the corporate charter (second paragraph of Article 353 of ZGD-1), becomes effective only with the registration of the amendment to the corporate charter in the court registry (third paragraph of Article 332 of ZGD-1). If authorized capital is formed already by the corporate charter, the authority becomes effective as at the point of registration (formation) of the company in the court registry (cf. Indent 1 Article 201 of ZGD-1). Therefore the relevant point in time for the deliberation on the volume of authorized capital and the amount of the subscribed capital is the point of registration of the company (if authorized capital is formed by the corporate charter) or point of amendment of the corporate charter (if authorized capital is formed by amendment of the corporate charter) in the court registry.⁵⁵

⁵³ Certain exceptions may be found in specialized regulations, e.g. first sentence of the eighth paragraph of Article 28 of the Banking Act (ZBan-2, Official Journal of RS No. 25/2015).

⁵⁴ Cf. M. Kocbek in ZGD-1 (2007), p. 643; W. Bayer, op. cit., § 202, I. no. 65; M. Lutter, op. cit., § 202, I. no. 12.

⁵⁵ Accord in German law. See e.g. U. Hüffer, op. cit., § 202, I. no. 14; W. Bayer, op. cit., § 202, I. no. 66.

6.2. Amount of subscribed capital

The relevant amount of subscribed capital is the amount as at the day when the authority becomes effective, i.e. the day when the company or amendment of corporate charter is registered in the court registry. When determining the amount of subscribed capital, it is necessary to observe the current subscribed capital and any and all previous changes to subscribed capital which have been registered in the court registry on the same day as the authority (at the latest) and have thus entered into force.⁵⁶ It is also necessary to observe any subscribed capital increase which entered into force with the issue of shares from conditional capital increase (Article 351 of ZGD-1). The conditional capital prior to the issue of shares, and an approved yet unexecuted and thus unregistered ordinary capital increase,⁵⁷ are irrelevant, as is a potential unutilized (remaining) authorized capital. An ordinary subscribed capital reduction, which has already been approved but (resolution on the reduction in the subscribed capital) not yet registered in the court registry, is not relevant either.⁵⁸

If the authority extends to the right to issue priority shares without voting rights, the restriction stipulated by the second paragraph of Article 178 of ZGD-1 needs to be observed. In the aforementioned provision, the relevant point in time is not the moment when the authority becomes effective, but rather the moment when it is exercised.⁵⁹

6.3. Amount of authorized capital

The amount of authorized capital shall not exceed one half of subscribed capital. The relevant amount is the nominal amount of authorized capital referred to in the general meeting resolution underlying the formation of authorized capital, or the nominal amount of authorized capital stipulated by the (formation) corporate charter. The aforementioned cap requires the observance of potential existing yet unutilized authorized capital, since the sum total of both shall not exceed one half of subscribed capital.

6.4. Consequence of violations

If the general meeting resolution violates the provision stipulated by the first sentence of the third paragraph of Article 353 of ZGD-1, it is considered null

⁵⁶ W. Bayer, *op. cit.*, § 202, l. no. 66.

⁵⁷ M. Lutter, *op. cit.*, § 202, l. no. 12.

⁵⁸ W. Bayer, *op. cit.*, § 202, l. no. 66.

⁵⁹ *Ibid.*, l. no. 67; G. Krieger, *op. cit.*, § 58, l. no. 8.

and void pursuant to Indent 3 Article 390 of ZGD-1. The right of the general meeting to decide on changes to subscribed capital may only be transferred in a predetermined and restricted extent. Moreover, the general meeting is not able to waive the aforementioned right.⁶⁰ Subsequent validation pursuant to the second paragraph of Article 391 of ZGD-1 is possible, however, in such a case the amount of authorized capital stipulated by the general meeting resolution does not apply, but is replaced by the statutory maximum of authorized capital as stipulated by the first sentence of the third paragraph of Article 353 of ZGD-1.⁶¹

6.5. Authorized and conditional capital

The amount of both the authorized and conditional capital is limited to 50% of subscribed capital. Both types of capital can co-exist, meaning that the sum total of both types may be equal to the full (100%) subscribed capital.

7. SUBSIDIARITY OF SUBSCRIBED CAPITAL INCREASE

Pursuant to the fifth paragraph of Article 333 of ZGD-1, subscribed capital cannot be increased until all current contributions have been paid in full, unless the unpaid amount is insignificant. The provision classifies the (ordinary) increase of subscribed capital as subsidiary in nature (i.e. as an auxiliary means to collect fresh capital), if the existing (subscribed) capital has not yet been provided (paid), i.e. if the shareholders have not yet provided their contributions in full, giving the company a right to claim the payment of the outstanding part of contribution. The purpose of the fifth paragraph of Article 333 of ZGD-1 is to prevent the company from increasing the subscribed capital and burdening the capital market if there is no real need for the company to do so.⁶² Furthermore, the purpose of this provision is to safeguard existing shareholders for whom an increase of subscribed capital presents a risk of dilution of their shares.⁶³

The notion of outstanding contributions refers mostly to those parts of contributions which, pursuant to the third paragraph of Article 191 of ZGD-1, may only be provided after the registration of the capital increase in the court registry, and denote a maximum of 75% of the nominal or corresponding amount (third sentence of the third paragraph in relation with the fourth paragraph

⁶⁰ M. Lutter, op. cit., § 202, l. no. 12.

⁶¹ In German law cf. M. Lutter, op. cit., § 202, l. no. 12; U. Hüffer, op. cit., § 202, l. no. 14; R. Veil, op. cit., § 202, l. no. 18.

⁶² Cf. K.-N. Peifer in Münchener Kommentar (2011), § 182, l. no. 58; M. Lutter, op. cit., § 182, l. no. 32.

⁶³ K.-N. Peifer, op. cit., § 182, l. no. 58. Contra R. Veil, op. cit., § 182, l. no. 5 ("Ein Schutz der Altaktionäre vor den Folgen einer Kapitalerhöhung ist nicht intendiert.")

of Article 191 of ZGD-1). However, as per the fifth paragraph of Article 333 ZGD-1, outstanding contributions may also refer to amounts which, contrary to Article 191 ZGD-1, have not been contributed prior to the registration of the capital increase in the court registry. Thus even an unpaid *Agio* may be considered an outstanding contribution.⁶⁴ Outstanding contributions are also claims of a company arising from the right of compensation for inadmissible payments pursuant to Article 233 of ZGD-1, and claims arising from the shares forfeiture procedure. Since in-kind contributions shall be handed over prior to the registration of the subscribed capital increase in the court registry (third paragraph of Article 191 of ZGD-1), the possibility of classifying in-kind contributions as “outstanding contributions” should be only theoretical, if that.⁶⁵

7.1. Own shares

The acquisition of own shares may also result in the subsidiarity of the stock capital increase and lead to a prior establishment of a claim of the company, arising from outstanding contributions, on the shareholders. The acquisition of shares is admissible only under very narrow terms stipulated by the first and second paragraphs of Article 247 of ZGD-1. However, a violation of the aforementioned restrictions does not result in the acquisition of own shares being declared invalid (fourth paragraph of Article 247 of ZGD-1).⁶⁶ With regard to own shares, it is necessary to distinguish between three different situations:

- a) Regardless of whether the acquisition of own shares was admissible (i.e. in accordance with the law) or not, the company cannot hold any rights from own shares (Article 249 of ZGD-1). Moreover, the company cannot owe the contribution to itself,⁶⁷ therefore, even if a company were to acquire own shares which had not yet been paid in full, the missing part of the contri-

⁶⁴ K.-N. Peifer, op. cit., § 182, I. no. 59.

⁶⁵ ZGD-1 has no provision equal to the second sentence of the second paragraph of § 36a of the German AktG: “Besteht die Sacheinlage in der Verpflichtung, einen Vermögensgegenstand auf die Gesellschaft zu übertragen, so muß diese Leistung innerhalb von fünf Jahren nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zu bewirken sein.” Cf. also second paragraph of Article 9 of Directive 2012/30/EU (“However, where shares are issued for a consideration other than in cash at the time the company is incorporated or is authorised to commence business, the consideration must be transferred in full within five years of that time.”), and the first paragraph of Article 31 of Directive 2012/30/EU (“Where shares are issued for a consideration other than in cash in the course of an increase in the subscribed capital the consideration must be transferred in full within a period of five years from the decision to increase the subscribed capital.”).

⁶⁶ Details by M. Kocbek, op. cit., p. 265-266; id. in *Korporacijsko pravo*, p. 541-543.

⁶⁷ Accord M. Lutter, op. cit., § 182, I. no. 33. Cf. J. Oechsler in *Münchener Kommentar* (2008), § 71 b, I. no. 15-16.

bution is not considered an outstanding contribution⁶⁸ which, pursuant to the fifth paragraph of Article 333 ZGD-1, should be collected prior to the capital increase becoming admissible.

- b) If the terms and requirements for the acquisition of own shares are not fulfilled, the obligatory law-based transaction is null and void (fourth paragraph of Article 247 of ZGD-1). If the company nonetheless paid the consideration for own shares, the payment is considered a prohibited repayment of contribution, which shall subsequently be refunded to the company pursuant to the first sentence of the first paragraph of Article 233 of ZGD-1.⁶⁹ The claim of the company for the refund of the prohibited payment (Article 233 of ZGD-1) is thus fully comparable to the claim of a company arising from the shareholder's obligation to pay the contribution, and therefore calls for a (*mutatis mutandis*) application of the fifth paragraph of Article 333 of ZGD-1.⁷⁰
- c) If the company acquired own shares in an admissible manner (i.e. in accordance with the law), the payment of the consideration for the acquisition of shares is not considered a prohibited repayment of the contribution (second Indent of second paragraph of Article 227 of ZGD-1), and own shares acquired in the described manner cannot be classified as outstanding contributions *per se*. The company is able, after all, to gain (with selling these shares) effects equal to the effects gained by increasing the subscribed capital. On grounds of the forgoing, the *mutatis mutandis* application of the fifth paragraph of Article 333 of ZGD-1 is thus fully justified.⁷¹ However, an exception needs to be allowed if the reason to acquire own shares, declared admissible by the law, still exists and the due date for the disposal of shares stipulated by the second paragraph of Article 250 of ZGD-1 has not yet expired.⁷²

7.2. Exceptions from subsidiarity of subscribed capital increase

An increase of subscribed capital is admissible in two instances, even if the contributions have not yet been paid in full. The wording of the fifth paragraph

⁶⁸ M. Lutter, op. cit., § 182, l. no. 33; K.-N. Peifer, op. cit., § 182, l. no. 61.

⁶⁹ For details on the claim held by the company, see M. Kocbek in *Korporacijsko pravo*, p. 543-544.

⁷⁰ Cf. M. Lutter, op. cit., § 182, l. no. 34; K.-N. Peifer, op. cit., § 182, l. no. 62.

⁷¹ Cf. U. Hüffer, op. cit., § 182, l. no. 27; M. Lutter, op. cit., § 182, l. no. 35; K.-N. Peifer, op. cit., § 182, l. no. 63. Contra (disagreement with *mutatis mutandis* application of the fourth paragraph of § 182 of the German AktG) T. Busch, op. cit., p. 430; G. Krieger, op. cit., § 56, l. no. 3.

⁷² In German law, by reference to disposal due date stipulated by the second paragraph of § 71 c of the German AktG, as per M. Lutter, op. cit., § 182, l. no. 35.

of Article 333 of ZGD-1 directly suggests only a single instance, however, it is also necessary to account for the situation when owed contributions cannot be collected anymore.⁷³

7.3. Inability to obtain owed contribution

In the spirit of the fifth paragraph of Article 333 of ZGD-1, a contribution cannot be obtained, if it can be neither collected from the shareholder (debtor) nor obtained by means of shares forfeiture procedure (Articles 225 and 226 of ZGD-1).⁷⁴ However, for the aforementioned situation to occur, it is first necessary to exhaust all available legal means, including execution, unless it is obvious that execution would clearly be ineffective.⁷⁵

7.4. Insignificance of unpaid amount

If the amount of unpaid contributions is so low as to be deemed insignificant, it does not prevent the subscribed capital increase. The law fails to elaborate on the amount to which outstanding contributions need to be compared: the planned amount of the subscribed capital increase, the amount of the previous subscribed capital increase or the sum total of multiple previous subscribed capital increases, the amount of the current (actual) subscribed capital, or perhaps to the amount of contributions paid thus far, including a potential *Agio*. The latter is the correct assumption⁷⁶, since the amount of unpaid contributions shall be compared to the sum total of already paid contributions. *Agio* is also observed in determining the total amount of outstanding contributions, which, contrary to Article 191 of ZGD-1, have not been paid prior to the registration of the subscribed capital increase in the court registry. Since the fifth paragraph of Article 333 of ZGD-1 refers to “[...] *until the existing contributions have been paid up in full [...]*”, “*an insignificant sum*” thus necessarily refers to the sum total of all contributions, including a potential *Agio*. The law also fails to distinguish between an unpaid amount and an unpaid lowest issue price.⁷⁷ In order for the subscribed capital increase to be deemed permissible,

⁷³ Fourth paragraph of § 182 of the German AktG, which the fifth paragraph of Article 333 of ZGD-1 attempts to copy, is more precise, since the wording itself already allows for a different possibility (“[...]... ausstehende Einlagen auf das bisherige Grundkapital noch erlangt werden können”).

⁷⁴ Cf. M. Lutter, op. cit., § 182, l. no. 37; K.-N. Peifer, op. cit., § 182, l. no. 60.

⁷⁵ K.-N. Peifer, op. cit., § 182, l. no. 60; U. Hüffer, op. cit., § 182, l. no. 27.

⁷⁶ Accord T. Heidel, op. cit., § 182, l. no. 52; M. Lutter, op. cit., § 182, l. no. 38; U. Hüffer, op. cit., § 182, l. no. 28.

⁷⁷ Cf. T. Heidel, op. cit., § 182, l. no. 52.

the sum total of unpaid contributions shall thus be insignificant in comparison with the sum total of paid contributions, whereas the paid contributions already contain a potential *Agio*.

The law also fails to elaborate on the term “insignificance”, therefore this abstract legal notion should necessarily be determined and specified on a case-by-case basis. According to legal theory and available literature, the specification is determined by applying a percentage which differs with regard to the amount of subscribed capital. In case of companies with a subscribed capital of (approximately – author’s note) EUR 250.000, “insignificance” would refer to outstanding contributions the sum total of which does not exceed 5% of total contributions paid up thus far, whereas in case of companies with higher subscribed capital, the criterion would fall to of 1%.⁷⁸

7.5. Violations of the fifth paragraph of Article 333 of ZGD-1

Violations of the fifth paragraph of Article 333 of ZGD-1 do not result in nullity of the general meeting on ordinary increase of subscribed capital, they do, however, present grounds for voidability pursuant to the first point of the first paragraph of Article 395 of ZGD-1.⁷⁹

A general meeting resolution on ordinary subscribed capital increase that violates the provisions of the fifth paragraph of Article 333 of ZGD-1 does not obligate members of management or supervisory bodies to propose the registration of such resolution in the court registry and to execute such resolution.⁸⁰ Furthermore, the court of registration shall not allow the registration of such a resolution in the court registry. The deliberation on the existence of impediments to registration is based on requirements stipulated by the second paragraph of Article 335 of ZGD-1.

7.6. Authorized capital

A parallel in the regulation of authorized capital is somewhat suggested by the third paragraph of Article 354 of ZGD-1, according to which new shares shall

⁷⁸ See K.-N. Peifer, op. cit., § 182, l. no. 66; M. Lutter, op. cit., § 182, l. no. 38; U. Hüffer, op. cit., § 182, l. no. 28; G. Krieger, op. cit., § 56, l. no. 5. In certain sources, the amount of subscribed capital is still referred to in DEM, therefore it needs to be observed that the DEM – EUR exchange rate was 1 EUR for 1,95583 DEM. K.-N. Peifer, op. cit., § 182, l. no. 66; G. Krieger, op. cit., § 56, l. no. 5; T. Heidel, op. cit., § 182, l. no. 52 refer to (rounded up) subscribed capital amount of EUR 250.000.

⁷⁹ On the position and various opinions in German law see only K.-N. Peifer, op. cit., § 182, l. no. 69; U. Hüffer, op. cit., § 182, l. no. 29, § 243, l. no. 7.

⁸⁰ Accord for a general meeting resolution violating the fourth paragraph of § 182 of the German AktG K.-N. Peifer, op. cit., § 182, l. no. 71; M. Lutter, op. cit., § 182, l. no. 41.

not be issued until all outstanding contributions to the existing subscribed capital have been paid in full. However, if the amount of outstanding contributions is relatively low (i.e. insignificant), new shares may be issued. The motion to execute a subscribed capital increase shall disclose the unpaid contributions to the existing subscribed capital, and the reasons why they have not yet been paid. We may therefore conclude that the increase of subscribed capital by means of utilization of available authorized capital is also classified as being of a subsidiary nature, however, the aforementioned provision also observes the specific legal characteristics of this particular type of subscribed capital increase, most notably the timespan during which management or supervisory bodies may exercise the authority to increase the subscribed capital (cf. first and second paragraph of Article 353 of ZGD-1). This is also the reason why the third paragraph of Article 354 of ZGD-1 refers to the issuance of shares.

The issuance of shares referred to in the third paragraph of Article 354 of ZGD-1 shall be understood as an increase of subscribed capital (first paragraph of Article 354 in relation with Article 339 of ZGD-1), however, not as an actual issuance of shares, but rather as the conclusion of a subscription agreement. In addition to the wording of the third paragraph of Article 354 of ZGD-1, the understanding that the third paragraph of Article 354 of ZGD-1 refers to the actual issuance may be somewhat supported by the first paragraph of Article 354 of ZGD-1, which references the second paragraph of Article 333 of ZGD-1⁸¹, however such an understanding cannot be based on any justifiable substantive grounds. The third paragraph of Article 354 of ZGD-1 namely stipulates when an increase of subscribed capital is considered subsidiary in nature, and when new contributions shall not be “tendered”, since the option of collecting the owed (old) contributions still exists. The issuance of new shares (as securities) is executed only after the execution of the increase of subscribed capital (first paragraph of Article 354 in relation with paragraph one of Article 339 of ZGD-1) and the registration of the capital increase in the court registry (first paragraph of Article 354 in relation with Article 342 of ZGD-1), which denotes the point when the capital increase becomes effective (first paragraph of Article 354 in relation with Article 340 of ZGD-1). In other words, the issuance of shares as securities is not an element (integral part) of the execution of the subscribed capital increase.^{82,83} However, an effective and valid subscrip-

⁸¹ The first sentence of the second paragraph of Article 333 of ZGD-1 stipulates that subscribed capital may only be increased with the issuance of new shares.

⁸² Cf. M. Lutter, op. cit., § 188, I. no. 2, 8; K.-N. Peifer, op. cit., § 188, I. no. 7.

⁸³ On the obligation of a company to issue shares in book-entry form after the registration of the increase of subscribed capital in the court registry see N. Plavšák in ZGD-1 (2007), p. 119-121, 131.

on agreement, binding (future) shareholder to provide an appropriate contribution prior to the filing of the motion to register the capital increase in the court registry, is considered a material element of the execution of the capital increase.⁸⁴ On grounds of the forgoing, the issuance of shares as per the third paragraph of Article 354 of ZGD-1 needs to be understood as the conclusion of a subscription agreement.

It is therefore necessary to conclude that, with authorized capital, outstanding contributions are not an impediment to the formation of authorized capital pursuant to Article 353 of ZGD-1, nor an impediment to management or supervisory bodies passing a resolution on the utilization of authorized capital. Outstanding contributions are, however, an impediment to the conclusion of subscription agreements. The second sentence of the third paragraph of Article 354 of ZGD-1 stipulates an exception to the latter, providing the sum total of outstanding contributions is proportionally low (i.e. insignificant). The aforementioned criterion needs to be understood in the same manner as with ordinary subscribed capital increase. An additional exception is stipulated by the fourth paragraph of Article 354 of ZGD-1 with regard to issuing shares to workers of the company.

8. INTENT AND PURPOSE OF ARTICLE 400 OF ZGD-1

Article 400 of ZGD-1 applies only to the challenging of resolutions on subscribed capital increase. The first paragraph of the provision is mostly of an explanatory nature, since it only reiterates that a resolution may be challenged in accordance with the basic arrangement stipulated by Article 395 of ZGD-1. The essence of Article 400 of ZGD-1 is contained in the second paragraph, which extends the grounds for challenge beyond the grounds stipulated by Article 395 of ZGD-1. The second paragraph of Article 400 of ZGD-1 safeguards the shareholder from the dilution of his ownership position or, to be more precise, from the dilution of value of rights arising from the shareholder's ownership rights, which may occur if new shares are issued in exchange for contributions which do not correspond with the value of the ownership share.⁸⁵ In case of disapplication of the pre-emptive right to acquire new shares, the shareholder is not able to subscribe new shares in the subscribed capital in accordance with his ownership share, and is thus unable to receive the benefits which other persons who were able to subscribe new shares will receive, namely the benefit to acquire new shares at a (too) low issue price. By not being able to subscribe new shares, the shareholder is not able to preserve his ownership share in the

⁸⁴ Cf. K.-N. Peifer, *op. cit.*, § 188, I. no. 8-9.

⁸⁵ Cf. U. Hüffer, *op. cit.*, § 255, I. no. 2.

company. A disappplied shareholder is thus given unequal treatment in comparison with persons who are able to subscribe and subsequently acquire new shares.⁸⁶

The second paragraph of Article 400 of ZGD-1 applies to ordinary increase of subscribed capital (Article 333 et seq. of ZGD-1). If, during ordinary increase of subscribed capital, shareholders are not granted, either a direct or an indirect (fifth paragraph of Article 337 of ZGD-1) pre-emptive right to acquire new shares, the duty of the general meeting is to set an appropriate issue price or the lowest possible price.⁸⁷ With authorized capital, a general meeting resolution (by means of which the general meeting grants authority to increase subscribed capital) may be challenged pursuant to the second paragraph of Article 400 of ZGD-1, providing the resolution stipulates a concrete issue price or lowest possible price. In case the issue price is set by the management, it is obligated to adhere to criteria stipulated by the second paragraph of Article 400 of ZGD-1.⁸⁸ With regard to substantive requirements for the disapplication of the pre-emptive right, it is imperative to observe the purpose and intent (as well as the power) of the fourth paragraph of Article 353 of ZGD-1. In case of issuance of shares to company workers, substantive justification is provided *per se*, since the disapplication of the pre-emptive right of shareholders to acquire new shares due to the issuance of shares to workers is (according to the intent and purpose of the fourth paragraph of Article 353 of ZGD-1) always in the best interest of the company, and a control of whether substantive requirements have been met is not applicable.⁸⁹ This means that whenever a general meeting resolution on the increase of subscribed capital is supported by sufficient majority of votes and the pre-emptive right of shareholders is subsequently disappplied due to the issuance of shares to workers, the interest of minority shareholders in the preservation of their ownership share must give way to the interest of the company in enhancing the ties to its workers, as well as the interest of workers in becoming shareholders of “their own” company.^{90, 91}

⁸⁶ Cf. M. Schwab, op. cit., § 255, I. no. 1; U. Hüffer, op. cit., § 255, I. no. 2-2a.

⁸⁷ Cf. K.-N. Peifer, op. cit., § 182, I. no. 47.

⁸⁸ Cf. M. Schwab, op. cit., § 255, I. no. 7; U. Hüffer, op. cit., § 255, I. no. 14.

⁸⁹ Cf. R. Veil, op. cit., § 202, I. no. 27; M. Lutter, op. cit., § 202, I. no. 28; W. Bayer, op. cit., § 202, I. no. 102; U. Hüffer, op. cit., § 202, I. no. 27; N. Samec, op. cit., p. 283.

⁹⁰ Cf. M. Lutter, op. cit., § 202, I. no. 28. German legal theory emphasizes that an infringement of shareholders' position is admissible only to an appropriate extent. See M. Lutter, op. cit., § 202, I. no. 28; W. Bayer, op. cit., § 202, I. no. 102; U. Hüffer, op. cit., § 202, I. no. 27.

⁹¹ The conclusions and regulation of the subject matter by ZGD-1 is supported also by Directive 2012/30/EU, as per the first paragraph of Article 45: “Member States may derogate from the first paragraph of Article 9, the first sentence of point (a) of Article 21(1) and Articles 29, 30 and 33 to the extent that such derogations are necessary for the adoption or application of provisions designed to encourage the participation of employees, or other groups of persons defined by national law, in the capital of undertakings.” As previously

An additional relief brought forth by this regulation is that such a corporate charter provision (authority per corporate charter) allows for the setting of a lower issue price than it would be possible to set if, at the disapplication of the pre-emptive right, new shares would be issued to third parties. To a certain extent, instances referred to in the fourth paragraph of Article 353 of ZGD-1 thus allow for derogation from criteria stipulated by the second paragraph of Article 400 of ZGD-1.⁹² Even though the second paragraph cannot be directly applied in case subscribed capital is increased by means of in-kind contributions, it does call for a *mutatis mutandis* application also in such instances.⁹³

8.1. Assumptions of challengeability of general meeting resolution on increase of subscribed capital

A logical assumption for the application of the second paragraph of Article 400 of ZGD-1 to the ordinary increase of subscribed capital and authorized capital is a valid and admissible disapplication of the pre-emptive right. In case the disapplication is considered void or inadmissible, the entire resolution on the ordinary increase of subscribed capital is void as well, as is, in instances referred to in the first paragraph of Article 354 of ZGD-1 (direct disapplication of pre-emptive right) the entire resolution on the formation of authorized capital.

8.2. Isolated voidness with authorized capital

If, with regard to authorized capital, the management is authorized to decide on the disapplication of the pre-emptive right (second paragraph of Article 354 of ZGD-1), the resolution on the formation of authorized capital may be declared partially void, whereas the voidness is limited to the disapplication of the pre-emptive right, meaning that the authorized capital and associated pre-emptive right remain in effect (cf. second sentence of the second paragraph of Article 354 of ZGD-1, which does not refer to the third paragraph of Article 337 of ZGD-1).⁹⁴ In such circumstances, all shareholders have a pre-emptive right to acquire new shares. It is thus necessary to determine whether authorized capital with a pre-emptive right to acquire new shares is at all reasonable

referred to, Article 33 of Directive 2012/30/EU governs the pre-emptive right to acquire new shares.

⁹² Cf. U. Hüffer, op. cit., § 202, I. no. 27; W. Bayer, op. cit., § 202, I. no. 103; M. Lutter, op. cit., § 202, I. no. 29; R. Veil, op. cit., § 202, I. no. 29.

⁹³ Cf. M. Schwab, op. cit., § 255, I. no. 9; U. Hüffer, op. cit., § 255, I. no. 1, 11; F.-J. Semler in Münchener Handbuch - Aktiengesellschaft, § 41, I. no. 126.

⁹⁴ In German law see U. Hüffer in Münchener Kommentar (2011), § 255, I. no. 6, 9; U. Hüffer, op. cit. (2010), § 203, I. no. 32; G. Krieger, op. cit., § 58, I. no. 26.

and whether it carries independent intent and purpose, i.e. whether the authority to decide on the disapplication of the pre-emptive right is only a means of expanding the powers and authorities of the management.⁹⁵ If authorized capital, due to its purpose-specific nature, may only be utilized with a simultaneous disapplication of the pre-emptive right, partial voidness is not possible.⁹⁶

8.3. Disproportionally low issue price

The basic premise for the adequacy of the issue price is the full (internal, real) value of a share.⁹⁷ In order to determine the issue price, the management will, if necessary, apply various valuation methods.⁹⁸ However, in line with the intent and purpose of the second paragraph of Article 400 of ZGD-1, the issue price is not considered disproportionately low simply due to the fact that it does not reach the full price of a share. Declaring the issue price disproportionately low requires an objective element, i.e. the notion that it is objectively not acceptable for a shareholder that the full price of a share was not reached.⁹⁹ The justifiability of minor deductions arises from the fact that, by applying minor deductions, the subscription and payment of new shares become lucrative and commercially attractive.¹⁰⁰ The decision on an adjustment which is still considered acceptable for shareholders needs to be taken on a case-by-case basis. It is also imperative to observe whether the company might, despite all circumstances, be interested in acquiring new shareholders and collecting their contributions (especially in case of in-kind contributions).¹⁰¹ However, a deduction from the full value of shares, made only due to the fact that a large shareholder, in favour of whom the pre-emptive right has been disapplied, could take advantage of a difficult economic position of the company, is not admissible.¹⁰²

Legal theory and literature do not provide a unified opinion on the effects of the stock market price on the issue price with regard to the aforementioned

⁹⁵ U. Hüffer, op. cit. (2011), § 255, l. no. 6; U. Hüffer, op. cit. (2010), § 203, l. no. 32.

⁹⁶ U. Hüffer, op. cit. (2010), § 203, l. no. 32.

⁹⁷ M. Schwab, op. cit., § 255, l. no. 3; cf. U. Hüffer in Münchener Kommentar (2001), § 255, l. no. 15, 18; Peifer, op. cit., § 182, l. no. 46.

⁹⁸ On the commercial value of a company and methods of determining commercial value see N. Plavšak in ZGD-1 (2006), p. 365-370. On the commercial value of a share, see N. Plavšak, op. cit., p. 370.

⁹⁹ M. Schwab, op. cit., § 255, l. no. 3; U. Hüffer, op. cit. (2001), § 255, l. no. 15, for unquoted companies.

¹⁰⁰ M. Schwab, op. cit., § 255, l. no. 3; U. Hüffer, op. cit. (2001), § 255, l. no. 16, for unquoted companies.

¹⁰¹ Cf. U. Hüffer, op. cit. (2010), § 255, l. no. 7; M. Schwab, op. cit., § 255, l. no. 3.

¹⁰² M. Schwab, op. cit., § 255, l. no. 3; BGHZ 71, 52 ("Kali und Salz").

issue of challengeability of general meeting resolutions.¹⁰³ However, there is a high volume of consensus that slight downwards deviations are admissible in order to encourage the subscription of new shares.¹⁰⁴ In literature, a significant disparity exists also on the relation between the stock market price and the internal value of shares.¹⁰⁵ The truth regarding the observance of the market price of shares when determining an adequate issue price is to be found in the discovery that a functioning organized financial instruments market generally reflects the full price of a share.¹⁰⁶ However, if the latter does not hold true, the stock market price cannot be the only relevant criterion to determine an adequate issue price, but rather only one of the determining elements which should be applied according to relevant circumstances.

Literature

Busch, Torsten. Eigene Aktien in der Kapitalerhöhung. *Die Aktiengesellschaft (AG)*, 2005, No. 11.

Goette, Wulf, Habersack, Mathias et al. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*. 3. Auflage. München: Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, 2008. Band 1: (§§ 1-75). [Münchener Kommentar (2008)]

Goette, Wulf, Habersack, Mathias et al. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*. 3. Auflage. München: Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, 2011. Band 4: (§§ 179-277). [Münchener Kommentar (2011)]

Habersack, Mathias, Verse, Dirk A. *Europäisches Gesellschaftsrecht: Einführung für Studium und Praxis*. 4. Auflage des von Prof. Dr. Mathias Habersack begründeten und von der 1. bis 3. Auflage verfassten Lehrbuchs. München: Verlag C. H. Beck, 2011.

Heidel, Thomas et al. *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*. NomosKommentar. 3. Auflage. 2011. Available at <http://beck-online.beck.de/>.

Hoffmann-Becking, Michael et al. *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*. 3., neubearbeitete und erweiterte Auflage. München: Verlag C. H.

¹⁰³ Cf. U. Hüffer, op. cit. (2010), § 255, I. no. 8; M. Schwab, op. cit., § 255, I. no. 4; F.-J. Semler, op. cit., § 41, I. no. 127.

¹⁰⁴ Cf. M. Schwab, op. cit., § 255, I. no. 4; F.-J. Semler, op. cit., § 41, I. no. 127; K.-N. Peifer, op. cit., § 182, I. no. 46.

¹⁰⁵ Cf. M. Schwab, op. cit., § 255, I. no. 4; U. Hüffer, op. cit. (2010), § 255, I. no. 8.

¹⁰⁶ Cf. U. Hüffer, op. cit. (2010), § 255, I. no. 9; U. Hüffer, op. cit. (2011), § 255, I. no. 21; K.-N. Peifer, op. cit., § 182, I. no. 46; N. Plavšak in OZ, p. 338-339.

- Beck, 2007. Band 4: (Aktiengesellschaft). [Münchener Handbuch - Aktiengesellschaft]
- Hüffer, Uwe. *Aktiengesetz*. 9., neubearbeitete Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010.
- Ivanjko, Šime, Kocbek, Marijan, Prelič, Saša. *Korporacijsko pravo : pravni položaj gospodarskih subjektov*. Ljubljana: GV založba; Maribor: Pravna fakulteta, 2009. [Korporacijsko pravo]
- Juhart, Miha, Plavšak, Nina et al. *Obligacijski zakonik (OZ) : (posebni del) : s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2004. Book 4 (Article 704 - 1062). [OZ]
- Kocbek, Marijan et al.. *Zakon o gospodarskih družbah (ZGD) s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2002. Book 1 (Article 1 - 305).
- Kocbek, Marijan et al. *Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1)*. Ljubljana: GV Založba, 2006. Book 1 (Article 1 - 167). [ZGD-1 (2006)]
- Kocbek, Marijan et al. *Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1)*. Ljubljana: GV Založba, 2007. Book 2 (Article 168 - 470). [ZGD-1 (2007)]
- Kocbek, Marijan, Ivanjko, Šime, Bratina, Borut, Podgorelec, Peter. *Nadzorni sveti in upravni odbori v delniških družbah in družbah z omejeno odgovornostjo*. Ljubljana: GV Založba, 2010. [Nadzorni sveti]
- Kropff, Bruno et al. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*. 2. Auflage. München: Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, 2001. Band 7: (§§ 222-277). [Münchener Kommentar (2001)]
- Prelič, Saša. Pogojno povečanje osnovnega kapitala zaradi izvedbe zamenjalnega oziroma opcijskega upravičenja imetnikov mešanih obveznic. *Podjetje in delo*, 1999, No. 3-4.
- Samec, Nataša. *Delniške opcije : Obligacijski, korporacijski, delovnopравни, inšiderski, bilančni in davčni vidiki*. Ljubljana: GV Založba, 2009.
- Schmidt, Karsten, Lutter, Marcus et al. *Aktiengesetz Kommentar*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2008. II. Band: (§§ 150 - 410). [Schmidt/Lutter AktG]
- Schüppen, Mathias, SCHAUB, Bernhard et al. *Münchener AnwaltsHandbuch : Aktienrecht*. 2., überarbeitete und aktualisierte Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010. [Münchener AnwaltsHandbuch: Aktienrecht]
- Ude, Lojze, Galič, Aleš et al. *Pravdni postopek : zakon s komentarjem*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije: GV Založba, 2006. Book 2 (Article 151 - 305). [ZPP]
- Zöllner, Wolfgang et al., *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*. Zweite Auflage. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 1988. Band 1: (§§ 1-75 AktG). [Kölner Kommentar (1988)]

Zöllner, Wolfgang et al., *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*. Zweite Auflage. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 1995. Band 5/1: (§§ 179-240 AktG). [Kölner Kommentar (1995)]

BGH, II ZR 148/03, 10. 10. 2005 (»Mangusta/Commerzbank I«), BGHZ 164, 241, *Die Aktiengesellschaft (AG)*, 2006, No. 1-2.

BGH, II ZR 90/03, 10. 10. 2005 (»Mangusta/Commerzbank II«), BGHZ 164, 249, *Die Aktiengesellschaft (AG)*, 2006, No. 1-2.

KLJUČNI VIDIKI VARSTVA DELNIČARJEV PRI ODOBRENEM KAPITALU

Gregor Drnovšek,

univerzitetni diplomirani pravnik, magister znanosti

Odobreni kapital je zelo fleksibilna oblika povečanja osnovnega kapitala. Podobno kot pri rednem povečanju osnovnega kapitala je tudi pri odobrenem kapitalu varstvo delničarjev usmerjeno predvsem v ohranitev njihovega deleža v osnovnem kapitalu in v varstvo pred (ekonomsko) razvodenitvijo vrednosti delničarjevih članskih pravic. Ključni institut, namenjen njihovem varstvu, je zakonska prednostna pravica do novih delnic, ki vsakega delničarja upravičuje do prednostnega vpisa takega deleža novih delnic, ki ustreza njegovemu deležu v (dosedanjem) osnovnem kapitalu. Njena izključitev lahko vodi do neželenih posledic za delničarje, npr. premikov v razmerjih glasovalne moči, izgube manjšinskih pravic ali blokadne manjšine, do okrepitve družbine odvisnosti, razvodenitvi premoženjske vrednosti njihovih delnic (premoženjskemu razvrednotenju njihovih članskih pravic) pa so delničarji izpostavljeni, če je emisijski znesek novih delnic nesorazmerno nizek. Pravila o zakonski prednostni pravici do novih delnic, izoblikovana za redno povečanje osnovnega kapitala, je treba smiselno uporabiti tudi pri odobrenem kapitalu, ko povečanje osnovnega kapitala praviloma ne bo izvedeno neposredno po ustanovitvi odobrene kapitala, temveč v določenem času po tem, do takrat pa se lahko okoliščine, v katerih posluje družba, spremenijo, glede na položaj, ki je obstajal, ko je bil odobreni kapital ustanovljen. Poleg splošnih značilnosti prednostne pravice do novih delnic avtor v prispevku analizira oba načina njene izključitve pri odobrenem kapitalu in utemelji posebne predpostavke, ki morajo biti izpolnjene za njeno veljavno izključitev. V zvezi s slednjimi svojo analizo osredinim na dva ključna elementa, namreč poročilo posloводства o izključitvi prednostne pravice in materialne predpostavke za izključitev prednostne pravice. Pri tem analiziram tudi razvoj sodne prakse v zvezi z izključitvijo prednostne pravice do novih delnic v primerjalnopравnem prostoru.

Z izključitvijo prednostne pravice do novih delnic je tesno povezana ureditev izpodbojnosti sklepa skupščine iz 400. člena Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1), ki varuje delničarja predvsem pred premoženjskim razvrednotenjem njegovih članskih pravic, do katerega pride, če so nove delnice izdane, brez da bi za to prispevani vložki ustrezali vrednosti članstva. Delničar, katerega prednostna pravica je bila izključena, ne more izkoristiti ugodnosti nizkega emisijskega zneska in ohraniti svojega deleža v družbi po tej nižji ceni. Na podlagi analize namena določbe četrtega odstavka 353. člena ZGD-1, ki ureja izdajo delnic delavcem družbe, menim, da se morajo v določenih primerih

interesi manjšinskih delničarjev po ohranitvi njihovega deleža umakniti interesom družbe, da veže delavce nase, in interesom delavcev, da postanejo imetniki delnic »svoje« družbe. V izvirnem prispevku analiziram tudi možnost delne neveljavnosti sklepa skupščine o ustanovitvi odobrenega kapitala, ko je neveljavnost omejena le na izključitev prednostne pravice, odobreni kapital pa ostane veljaven s prednostno pravico delničarjev.

V prispevku so analizirana tudi pravila, ki urejajo stvarne vložke pri odobrenem kapitalu. Pozornost je namenjena predvsem »poenostavljenemu povečanju osnovnega kapitala« in položaju, ko so pogodbe o stvarnih vložkih sklenjene še pred vpisom (ustanovitve) družbe v sodni register, in sicer z ozirom na bodoče povečanje osnovnega kapitala na podlagi odobrenega kapitala, ko je pooblastilo zanj vneseno že v ustanovitveni statut. V prvem primeru (poenostavljeno povečanje osnovnega kapitala) revizorju ni treba pregledati izdaje delnic, za katere se prispevajo stvarni vložki, namen take ureditve pa je omogočiti družbam, da povečajo osnovni kapital s stvarnimi vložki brez revizije, če je mogoče pravilno vrednost stvarnega vložka ugotoviti na drug način. Revizijo je mogoče opustiti le v treh izrecno določenih primerih iz prvega odstavka 194.a člena ZGD-1, izpolnjene morajo biti posebne publicitetne zahteve, značilnosti odobrenega kapitala pa pridejo še posebej do izraza v zvezi s posebnim obvestilom članov organov vodenja ali nadzora pred prispevanjem stvarnega vložka, ki je predvideno le pri odobrenem kapitalu, in v zvezi z njihovo izjavo po izročitvi predmeta stvarnega vložka. V drugem primeru želi zakon preprečiti zaobid določb, ki veljajo za ustanovitev družbe s stvarnimi vložki, in prikrito ustanovitev s stvarnimi vložki. Ta varovalni namen je sicer, glede na druge določbe, ki urejajo odobreni kapital, nekoliko nepotreben.

Po ZGD-1 znesek odobrenega kapitala ne sme preseči polovice osnovnega kapitala, s čimer sta omejena njegova prekomerna uporaba in poseg v članski položaj delničarjev, prav tako pa je varovana avtonomnost skupščine pri odločanju o večjih spremembah osnovnega kapitala. Poleg te omejitve v prispevku analiziram tudi subsidiarnost povečanja osnovnega kapitala. Gre za zakonsko ureditev, ki kvalificira povečanje osnovnega kapitala kot zgolj pomožen način zbiranja svežega kapitala, če delničarji še niso v celoti prispevali svojih vložkov in jih je zato mogoče terjati, naj prispevajo še izostali del vložka. Tudi ta institut je namenjen varstvu položaja delničarjev, ureditev v določbah o odobrenem kapitalu pa je podobna tisti pri rednem povečanju osnovnega kapitala. Zato najprej obrazložim ureditev, ki velja za redno povečanje osnovnega kapitala, potem pa izpostavim razlike pri odobrenem kapitalu. V zvezi s subsidiarnostjo povečanja osnovnega kapitala analiziram pomen lastnih delnic ter kdaj njihova pridobitev vodi do subsidiarnosti povečanja osnovnega kapitala in do predhodne uveljavitve terjatve družbe za prispevanje izostalnih vložkov.

Pri analizi posameznih institutov izpostavim tudi posledice kršitev zakonskih določb in možnosti delničarjev za uveljavljanje takih kršitev.

OBLIGATION OF A STATE NOT TO DEFEAT THE OBJECT AND PURPOSE OF A TREATY BETWEEN ITS SIGNATURE AND ENTRY INTO FORCE

Andrej Svetličič,

LL. M., minister plenipotentiary, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Slovenia

1. INTRODUCTION¹

Signature of a treaty is one of the phases in the process treaty conclusion, marking the end of negotiations and the start of existence of a treaty, to which international law attributes certain effects.² Discussions in Slovenia on the effects of treaty signature before its entry into force demonstrate that awareness is often lacking,³ in recent years this issue gained prominence in relation to the conclusion of the so-called ACTA.⁴ This Article analyses the obligation of States under Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties

¹ This is an adapted translation of the article published in *Pravnik*, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 3-4, pp. 227-251. The article does not necessarily express views of the institution where the author is employed.

² Simona Drenik: *Praksa sklepanja mednarodnih pogodb v Republiki Sloveniji*, in: *Javna uprava*, (2009) 1-2, p. 138; Danilo Türk: *Temelji mednarodnega prava*. GV Založba, Ljubljana 2007, pp. 248 and 250.

³ S. Drenik, *supra*, p. 138.

⁴ Anti-Counterfeiting Trade Agreement (<www.mofa.go.jp/policy/economy/i_property/pdfs/acta1105_en.pdf>, 8. 4. 2015). With regard to the effect of ACTA signature see e.g. press release of the Ministry of Economic Development and Technology of the Republic of Slovenia, which states inter alia that "signature of ACTA by the Republic of Slovenia does not bring that treaty into force but rather an obligation under the VCLT arose not to act inconsistently with its object and purpose" (author's translation, <www.mgrt.gov.si/nc/si/medijsko_sredisce/novica/article//8149/>, 8. 4. 2015).

(VCLT) during the period between signature and entry into force of treaties.⁵ Its second section first discusses the source and development of the interim obligation before VCLT, while the third section analyses this obligation as contained in Article 18 of the VCLT.

Generally, signature entails various implications, most commonly authentication of the text.⁶ It can also entitle a State to ratify a treaty, whereas if it had not signed the treaty, it could only have become its party by accession. If a State does not sign a treaty, it cannot for example take part in certain post-signature activities, e.g. formation of treaty-established bodies. Signature can also enable a State to submit reservations at the time of signing or at the start of its provisional application.⁷ In short, signature does bring certain rights or benefits to the State, and it is therefore appropriate that the latter would assume certain obligations at that time.⁸ When a State consents by the act of signature alone to be bound by a treaty⁹ and that treaty enters into force immediately after signature, there is no interval between signature and entry into force and thus all legal consequences of entry into force take effect instantly, i.e. the State is required to apply it in good faith (*pacta sunt servanda*).¹⁰ By contrast, when signature implies merely authentication of the text of a treaty subject to ratification, or when it implies consent to be bound and the treaty is to enter into force only after a certain period, a certain interval between signature and entry into force arises, and that raises the question on the legal position of the State

⁵ United Nations Treaty Series (UNTS) 1155, p. 331. The obligation under this Article has been referred to in the doctrine as “the interim obligation” (see e.g. Paul V. McDade: The Interim Obligation between Signature and Ratification of a Treaty, in: Netherlands International Law Review 32 (1985) 5; Joni S. Charme: The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties: Making Sense of an Enigma, in: George Washington Journal of International Law & Economy 25 (1992) 71; David S. Jonas in Thomas N. Saunders: The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods, in: Vanderbilt Journal of Transnational Law 43 (2010) 565, p. 594); the term has been used in the discussion on the VCLT draft Articles by Pal (Yearbook of the International Law Commission (YBILC), 1965, Vol. I, p. 92, para. 65), and will be referred to as such in this article.

⁶ Article 10 of the VCLT.

⁷ For other effects of signature see e.g. the First Report on the Law of Treaties by SR Humphrey Waldock (hereinafter referred to as “Waldock Report”), YBILC, 1962, Vol. II, doc. A/CN.4/144, p. 47, para. 7.

⁸ First Report of SR Hersch Lauterpacht (hereinafter referred to as “the Lauterpacht report”), YBILC, 1962, Vol. II, doc. A/CN.4/63, p. 109 and 110, para. 3.

⁹ Article 12 of the VCLT. For a general overview of this effect of signature see e.g. Treaty Making – Expression of Consent by States to be Bound by a Treaty. Council of Europe and British Institute of International and Comparative Law (ed.), Kluwer Law International, Hague 2001, pp. 9-10.

¹⁰ Article 26 of the VCLT.

during that period. That issue is addressed by Article 18 of the VCLT which provides:

“A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

(a) it has signed the treaty [...] subject to ratification [...], until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or

(b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.”

Signature of a treaty subject to ratification is thus not only a formality devoid of effect or obligation,¹¹ but it is not in itself generally sufficient for the State to be bound by the treaty.¹² The objective of Article 18 is to clarify its legal status, which falls between the two extremes,¹³ however its meaning remains open to discussion.¹⁴ By contrast, it appears that the rule is one of customary international law as an emanation of the general principle of good faith, codified by the VCLT.¹⁵ States are required by general international law,¹⁶ and in particular by the law of treaties, to act in good faith and it is the latter that is to be presumed rather than bad faith.¹⁷ States do effectively in principle sign

¹¹ That had been noted already by the authors of the Harvard Draft Convention on the Law of Treaties (Part III, Law of Treaties, American Journal of International Law, 29 (supp. 1935) 657 (hereinafter referred to as “the Harvard draft)).

¹² D. Türk, *op. cit.*, p. 248; Juraj Andrassy: *Međunarodno pravo*. 10th edition, Školska knjiga, Zagreb 1990, p. 329. See also the definition of signature in the Treaty Handbook, Treaty Section of the Office of Legal Affairs, United Nations Publication (2006), No. E.02.V2, <<https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/English.pdf>>, p. 64 (8. 4. 2015).

¹³ J. Charme, *op. cit.*, p. 88; David S. Jonas: *The Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty: Current Legal Status in the United States and the Implications of a Nuclear Test Explosion*, in: *International Law and Politics* 39 (2006-2007), p. 1034.

¹⁴ Already the Waldock report stated that the legal effects of signature of a treaty subject to ratification are not without uncertainty (*op. cit.*, p. 46, para. 1), and this uncertainty apparently continues to exist, see e.g. Patrick Daillier and Alain Pellet: *Droit International Public*. 6th Edition, L.G.D.J., Paris 1999, p. 134, and Paolo Palchetti: *Article 18 of the 1969 Vienna Convention: A Vague and Ineffective Obligation or a Useful Means for Strengthening Legal Cooperation?*, in: Enzo Canizzaro, E. (ed): *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford University Press 2011, p. 26.

¹⁵ Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, YBILC, 1966, Vol. II, doc. A/6309/Rev.I, p. 202, para. 1. See also P. Palchetti, *op. cit.*, pp. 25-26; Türk, *op. cit.*, p. 250; P. Daillier and A. Pellet, *op. cit.*, p. 134.

¹⁶ Second paragraph of Article 2 of the UN Charter (UNTS 1).

¹⁷ Generally see Tariq Hassan: *Good Faith in Treaty Formation*, in: *Virginia Journal of International Law* 21 (1981) 3, p. 450. The third paragraph of the VCLT's preamble states that the principle of good faith is generally recognised.

treaties in good faith so as to later ratify them and in order that those treaties enter into force and apply. There could be various reasons, however, for this usually benevolent attitude of individual States towards a signed treaty to deteriorate subsequently. That can occur especially in the case of multilateral treaties which have been negotiated on by many States whose interests have not all been taken on board and which are thus a result of a compromise among negotiating delegations.¹⁸ The deterioration can also be due to internal reasons within the State. The Government can change after signature and the new government does not support the treaty,¹⁹ there could be pressure within the State not to ratify the treaty because certain stakeholders were not involved in negotiations.²⁰ Such circumstances can constitute legitimate reasons not to ratify a treaty and are not required to be demonstrated under international law. Ratification is not obligatory under international law and falls within the discretion of States, the interim period between signature and ratification being intended precisely for consideration on the ratification.²¹ That does not mean, however, that the State is allowed to prejudice in that interim period with its actions the subsequent entry into force or application of the treaty, e.g. by alienating assets or land which it should according to the signed treaty cede to another State,²² to lay mines after signing a treaty on a mine ban,²³ to execute

¹⁸ A State can partially "remedy" its dissatisfaction with the compromise by submitting reservations with which it modifies the content of treaty provisions in relation to itself. For more on reservations in general see e.g. D. Türk, *op. cit.*, pp. 253–259.

¹⁹ In relation to that it is worth mentioning the case with regard to the Rome Statute of the International Criminal Court (UNTS I-38544) which had been signed *inter alia* by the president of the United States Bill Clinton at the very end of his mandate on the 31 December 2000. Subsequently, in May 2002 the administration of the next US George Bush notified the Secretary General of the UN as the depositary of the said treaty that the US does not intend to become party to the treaty. Similarly, the US signed the so-called Kyoto Protocol but unlike in the case of the Rome Statute did not notify that it does not intend to become its party, but its representatives expressed at several occasions their negative views on the ratification of the protocol. For more on that see Curtis A. Bradley: *Unratified Treaties, Domestic Politics, and the U.S. Constitution*, in: *Harvard International Law Journal* 48 (2007) 2, pp. 311–312.

²⁰ With regard to ACTA, certain NGO's put pressure on the State to reconsider the ratification of the treaty while certain factors even directly demanded that it should not do so, see e.g. article in the daily newspaper Delo: <www.delo.si/druzba/infoteh/tudi-v-sloveniji-se-obeta-protestni-shod-proti-acti.html> (8. 4. 2015).

²¹ See e.g. the Waldock report, *op. cit.*, p. 47, para. 5; Martin A. Rogoff: *The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty*, in: *Maine Law Review* 32 (1980), p. 267; D. Türk, *op. cit.*, p. 248.

²² See *infra*, note 30.

²³ Jan Klabbbers: *How to Defeat a Treaty's Object and Purpose Pending Entry Into Force: Toward Manifest Intent*, in: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 34 (2001), p. 285.

the death penalty after signing a treaty on its ban²⁴ etc..²⁵ A State could be held responsible for such acts under international law simply because the principle of good faith alone requires that the State refrains from acts having such effect, the interim obligation being an emanation of that principle.²⁶

2. SOURCE AND DEVELOPMENT OF THE INTERIM OBLIGATION BEFORE THE VCLT

Already before the VCLT, the interim obligation had been recognised in state practice, international case law and doctrine.²⁷ With regard to state practice, the doctrine most often singles out Article 38 of the General Act of the Conference at Berlin of 26 February 1885,²⁸ which is mentioned as an example in the *travaux préparatoires* of the VCLT as well.²⁹ As for the international case law, it is worth mentioning two cases that have been featuring both in the doctrine and the *travaux préparatoires* of the VCLT as important sources on the interim obligation. In the case *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*³⁰ before the Permanent Court of International Justice (PCIJ), in which Poland challenged the right of Germany to alienate certain assets after the signature and before entry into force of the Treaty of Versailles, the court ruled in favour of Germany who in its view had the right to dispose of its property and only an

²⁴ Judgment of the European Court of Human Rights in the case *Öcalan v Turkey* of 12 March 2003, No. 46221/99, para. 185.

²⁵ For more examples see the Harvard draft, op. cit., pp. 781-782.

²⁶ See e.g. the view of the SR Waldock that such an obligation is generally accepted in the relevant doctrine and state practice (the Waldock report, op. cit., p. 47, para. 6).

²⁷ For a general overview see e.g. T. Hassan, pp. 452-456, and J. Klabbers, op. cit. (2001), pp. 294-299.

²⁸ General Act of the Conference at Berlin of the Plenipotentiaries of Great Britain, Austria-Hungary, Belgium, Denmark, France, Germany, Italy, the Netherlands, Portugal, Russia, Spain, Sweden and Norway, Turkey and the United States respecting: (1) Freedom of Trade in the Basin of the Congo; (2) the Slave Trade; (3) Neutrality of the Territories in the Basin of the Congo; (4) Navigation of the Congo; (5) Navigation of the Niger; and (6) Rules for Future Occupation on the Coast of the African Continent, (<www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1920/17.html> (8. 4. 2015)). The said Article provides even that signatories shall until ratification refrain from acts contrary to the provisions of the Act, which implies more than the interim obligation as it is understood currently and according to which States are required to “merely” refrain from acting incompatibly with the *object and purpose* of a treaty. For more on such provisions on the interim obligation in treaties see e.g. M. Rogoff, op. cit., p. 280, note 56; J. Charme, op. cit., pp. 78-79.

²⁹ The Lauterpacht report, op. cit., p. 110, para. 4.

³⁰ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Permanent Court of International Justice, Series A, No. 7.

abuse of this right could mean a violation of the treaty.³¹ One of the arguments of the Polish Government was that Germany abused its rights by alienating certain assets before ceding sovereignty over the relevant territory.³² In this respect, the PCIJ *inter alia* confirmed indirectly that a signatory is not allowed to act contrary to the principle of good faith in certain circumstances and that its obligations under an unratified treaty could be violated as a consequence of the abuse of rights. It argued in this regard that since the treaty had not prevented Germany from alienating such assets after ratification, alienation between signature and ratification was not a violation of the good faith principle.³³ On the basis of this argumentation of the PCIJ it could be concluded that if Germany had no such right under the treaty after ratification, there would be an abuse of this right if alienation took place in the interval between signature and ratification. A direct reference to the interim obligation could, on the other hand, be found in the arbitration award in the case *Megalidis v Turkey* relating to the application of the Treaty of Lausanne, signed on 24 July 1923.³⁴ In this case, the Greek claimant claimed restitution of items taken from him by Turkish authorities allegedly in violation of Article 65 of the said treaty.³⁵ The arbitral tribunal ruled that the Turkish authorities acted in violation of international law because parties have from the treaty signature and before its entry into force an obligation to refrain from acts with which they would prejudice the treaty by narrowing the scope of its provisions.³⁶

State practice, case law and doctrine have impacted on the Harvard draft³⁷ which provides in Article 9 that a State is in principle under no duty to perform the treaty obligations prior its coming into force but that under some circumstances “good faith may require that pending the coming into force of

³¹ Ibid, p. 30.

³² Ibid, p. 37.

³³ T. Hassan, op. cit., p. 454. The Court stated *inter alia*: “As regards this argument, the Court may confine itself to observing that, as, after its ratification, the Treaty did not, in the Court’s opinion, impose on Germany such obligation to refrain from alienation, it is, a fortiori, impossible to regard as an infraction of the principle of good faith Germany’s action in alienating the property before the coming into force of the Treaty which had already been signed», and that »[i]n these circumstances, the Court need not consider the question whether, and if so how far, the signatories of a treaty are under an obligation to abstain from any action likely to interfere with its execution when ratification has taken place.” PCIJ, op. cit., pp. 39 and 40.

³⁴ Treaty of Lausanne, 28 League of Nations Treaty Series (LNTS) 11. For a comprehensive analysis of the case see M. Rogoff, op. cit., p. 277.

³⁵ The Article provided that property of nationals of the allied States on the Turkish territory shall be immediately returned in the current state.

³⁶ Recueil des Décisions des Tribunaux Mixtes 8 (1928) 386, p. 395.

³⁷ Harvard draft, op. cit., pp. 783–786.

the treaty the State shall, for a reasonable time after signature, refrain from taking action which would render performance by any party of the obligations stipulated impossible or more difficult.”³⁸ The draft’s authors considered, in line with the majority of the doctrine at the time,³⁹ that this is a moral obligation based on the good faith principle, the violation of which does not entail responsibility under international law. Their view was that a violation of such an obligation would cause international responsibility only if the obligation had been contained in a particular provision of a treaty.⁴⁰ That is an interesting and somewhat contradictory view because if the Harvard draft ever became a treaty it would have provided for such a general obligation of its parties, which is what occurred in the VCLT.

3. ANALYSIS OF THE INTERIM OBLIGATION UNDER THE VCLT

3.1. *Travaux préparatoires*⁴¹

It appears from the *travaux préparatoires* at the outset of the VCLT drafting that – despite preceding state practice, case law and the Harvard draft – no such provision had been included in the first draft provisions by the Special Rapporteur (SR) Brierly, and it appears as well that the International Law Commission (ILC) – as will be demonstrated below – discussed at length on the very basis of the interim obligation and consequently whether to include it in the VCLT. Brierly did subsequently in his Second Report include draft Article 7 based on Article 9 of the Harvard draft, however only for the purpose of discussion, and he shared the view of the Harvard draft authors that this provision contains a moral rather than a legal obligation.⁴² ILC members’

³⁸ Harvard draft, op. cit., p. 778.

³⁹ See the views of Crandall, Cavaglieri, Anzilotti and Fauchille as contained in the Harvard draft (op. cit., pp. 783-784). These authors refer to the principle of good faith and the theory of the abuse of rights as the basis for the interim obligation.

⁴⁰ Harvard draft, op. cit., p. 787. The draft refers to the said Article 38 of the General Act of Berlin, op. cit..

⁴¹ The purpose of this Section is to analyse the basic elements of the development of the interim obligation until adoption of the VCLT, while in the next Section individual elements of the *travaux préparatoires* will be used in the more comprehensive analysis of the interim obligation.

⁴² Second Report on the Law of Treaties by SR James L. Brierly (hereinafter referred to as “Brierly Report”), YBILC, 1951, Vol. II, doc. A/CN.4/43, p. 73, commentary to Article 7. See also explanation of SR Brierly of Article 7 at the start of the discussion in the Article, YBILC, 1951, Vol. I, doc. A/CN.4/SR.86, p. 34, paras. 110- 112.

discussion demonstrates that this provision had been controversial. One of the main issues was the principle of good faith and the theory of the abuse of rights, whose main advocates were Yepes and Scelle. Scelle considered that a State should not refuse to ratify with the intention to cause harm to another State, e.g. by preventing the implementation of an agreement. He therefore supported a provision by which signature would entail a certain obligation before ratification but which would not oblige a State to ratify.⁴³ In his view, there was no State whose law would reject the theory of the abuse of rights and therefore no reason not to transpose it to international law since the latter itself is not absolute nor is State sovereignty, it is just a remnant of the past.⁴⁴ On the other hand, Yepes referred in relation to good faith to the second paragraph of Article 2 of the UN Charter and argued that it is on its basis that good faith became part of positive law and was not merely a moral category. In his view, States should not sign treaties lightly and the importance of signature should not be devalued.⁴⁵ It is interesting to note Cordova's view that the solution in Article 7 is reasonable and that the resulting obligation is both a moral and a legal one. Ultimately, draft Article 7 did not receive enough support and was (albeit with a narrow majority of 5 to 4) removed from the draft VCLT.⁴⁶

The second SR Lauterpacht reintroduced the interim obligation in the draft Articles and – contrary to SR Brierly – considered the interim obligation to be a legal rather than a moral obligation. In his draft Article 5 of the VCLT the interim obligation was conceived as an obligation of the State before ratification to refrain in good faith from acts tending to significantly undermine the signed agreement.⁴⁷ According to the commentary to that provision, its purpose was to prevent acts in bad faith with which other signatories would be deprived of benefits legitimately expected by them under the treaty, except in the case of regular administrative activities of the State.⁴⁸ The SR specifically relied in this respect on the PCIJ judgment in the case *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Additionally, it follows from the commentary to draft Article 5(a) that Lauterpacht with this provision essentially supported the

⁴³ YBILC, 1951, Vol. I, doc. A/CN.4/SR.86, p. 34, paras. 115-117.

⁴⁴ Ibid, p. 35, para. 132.

⁴⁵ Ibid, p. 35, para. 123.

⁴⁶ YBILC, 1951, Vol. I, doc. A/CN.4/SR.87, p. 42, para. 83.

⁴⁷ The exact text of draft Article 5(2)(b) provided in the relevant part: "[...] the signature, or any other means of assuming an obligation subject to subsequent confirmation, has no binding effect except that it implies an obligation, to fulfilled in good faith [...] to refrain, prior to ratification, from any act intended substantially to impair the value of the undertaking as signed".

⁴⁸ YBILC, 1953, Vol. II, doc. A/CN.4/63, p. 110.

view that between signature and ratification the State should refrain from acts that are inconsistent with the purpose of the treaty.⁴⁹ The third SR Fitzmaurice generally followed the line taken by Lauterpacht with respect to the interim obligation but drafted the relevant Article 30 somewhat more cautiously, for example by stating that the signature “*may* involve an obligation [...] not to take any action calculated to impair or prejudice the objects of the treaty” (emphasis added).⁵⁰ It is worth noting that, similar to Lauterpacht,⁵¹ the second paragraph of the same Article lists certain other effects of signature, e.g. that signature does not entitle the signatory State to any “material” rights but rather certain rights deriving from the status of signatory such as the right to object to reservations, to object that other States sign the treaty, to demand respect of the ratification provisions of the treaty and to decide on the right of accession of other States, and rights in other “procedural” matters.⁵² Fitzmaurice issued further four reports with respect to the VCLT that are, however, not relevant for the purposes of this Article.

The fourth SR Waldock in his First Report effectively summarised Lauterpacht’s and Fitzmaurice’s views. In his view the interim obligation, which he formulated in draft Article 9(2)(c) as an obligation of the State to refrain in the interval between signature and ratification from acts calculated to frustrate the objects of the treaty or to impair its subsequent application, was generally accepted by the doctrine and international case law, citing as relevant jurisprudence the cases *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* and *Megalidis v Turkey*.⁵³ He additionally cited the International Court of Justice’s (ICJ) Advisory Opinion in the case *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, in which the ICJ found that signature confers a “provisional status” on the State.⁵⁴ Waldock included in Article 9(3) (b) the interim obligation in the interval between signature as an expression of the consent to be bound by a treaty and its entry into force,⁵⁵ which other SRs omitted in their reports. He stated that since a State has a status of a “presumptive party” in this interval a corresponding interim obligation needs to

⁴⁹ Ibid. He used the term “*purpose* of the treaty” (emphasis added).

⁵⁰ YBILC, 1956, Vol. II, doc. A/CN.4/101, pp. 113 and 122. The exact wording of the draft Article 30(1)(c) was the following: “[...] the signature [...] may involve an obligation [...], pending a final decision about ratification, or during a reasonable period, not to take any action calculated to impair or prejudice the objects of the treaty” (emphasis added).

⁵¹ Lauterpacht Report, op. cit., p. 109.

⁵² Ibid, p. 113.

⁵³ Waldock Report, op. cit., pp. 46 and 47.

⁵⁴ See Ibid, p. 47, para. 7, for Advisory Opinion of the ICJ see ICJ Reports, 1951, p. 15.

⁵⁵ Ibid, pp. 47 and 48.

be established for this period. Unlike preceding SRs he analysed the temporal aspect of the interim obligation and suggested that the interim obligation applies until the signatory State informs other States of its decision on ratification or for a “reasonable period” if it does not do so. In the case of signature as an expression to be bound by a treaty, this obligation would apply until the treaty enters into force or, if the treaty does not enter into force in a “reasonable time” after signature, until the State informs that it does no longer consider itself bound by this obligation.⁵⁶ Waldock considered that a definition of the interim obligation’s duration was justified because otherwise there would be an element of uncertainty in this rule, but has not decided to set a precise period due to the different circumstances surrounding various treaties.⁵⁷ Members of the ILC generally supported the interim obligation as drafted in Article 9, the most controversial part was the application of this obligation in the phase of negotiations, subsequently removed from the Article due also to the criticism of many States. It is worth noting at this point that in relation to the source of the interim obligation, some ILC members considered that the source cannot be a treaty not yet in force but rather a general principle or rule of international law.⁵⁸

Generally it seems that the inclusion of the interim obligation in the VCLT was mostly influenced by the Lauterpacht report since both Fitzmaurice and Waldock subsequently referred to it and refined the interim obligation in response to the comments of ILC members and States. The prevailing view of the ILC members and States was that it is an international legal obligation of States that merits a provision in the VCLT.

3.2. Analysis of Article 18

3.2.1. Introductory part

The introductory part of Article 18 provides that signatory States should refrain from acting so as to defeat the *object and purpose* of the treaty. Clearly the provision cannot prohibit States from acting inconsistently with nor compel them to apply a treaty not yet in force,⁵⁹ it prohibits them from acting in

⁵⁶ Ibid, p. 46.

⁵⁷ Ibid, p. 47.

⁵⁸ See views of Yaseen, Bartoš, Briggs in YBILC, 1962, Vol. I, doc. A/CN.4/SR.644, pp. 92–94, paras. 65, 78 and 88 respectively.

⁵⁹ See e.g. Anthony Aust: *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press, Cambridge 2000, p. 94, and Opinion of the Advocate General (AG) at the Court of Justice of the European Union (ECJ) Eleanor Sharpston of 1 June 2010 in case *Commission v Republic of Malta*, C-508/08, para. 72.

a manner which would defeat its object and purpose. The latter concept is mentioned several times in the VCLT, i.e. in Articles 19 and 20 (reservations), 31 and 33 (interpretation), 41 (amendment), 58 (suspension) and 60 (termination or suspension due to violation), however it is not defined anywhere nor do the VCLT commentaries by the ILC provide guidance in relation to it.⁶⁰ Importantly, the ILC did consider in its recently issued Guide to Practice on Reservations to Treaties⁶¹ that this concept should be understood in the same sense in all the mentioned provisions and thus also in Article 18, which should consequently be interpreted in line with the uniform understanding of this term in the VCLT. The ILC simultaneously admitted that this does not solve the problem but merely sets a uniform criterion and does not define the term.⁶² After having considered the *travaux préparatoires* of the VCLT, case law and doctrine, the ILC formulated guideline 3.1.5 which provides that “[a] reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty if it affects an essential element of the treaty that is necessary to its general tenor, in such a way that the reservation impairs the *raison d’être* of the treaty.”⁶³ The latter term corresponds to the one used in the ICJ Advisory Opinion on *Reservations to the Genocide Convention* in which the court defined the object and purpose as relating to the *raison d’être* of a treaty.⁶⁴ While some authors consider that Article 18 relates also to the object and purpose of each individual provision of a treaty,⁶⁵ others are of the view that a general approach would be appropriate and that the essence or the fundamental objective should be distilled from a

⁶⁰ Isabelle Buffard and Karl Zemanek: The ‘Object and Purpose’ of a Treaty: An Enigma?, in: *Austrian Review of International and European Law*, 3 (1998), p. 322.

⁶¹ Guide to Practice on Reservations to Treaties (hereinafter referred to as “the Guide”), doc. A/66/10/Add.1, Report of the International Law Commission, Sixty-third session (2011), General Assembly Official Records, Sixty-sixth Session, Supplement No. 10, Guideline 3.1.5., p. 352. The Guide refers in this respect to the view of SR Waldock when comparing the interim obligation to reservations incompatible with the object and purpose of a treaty (Ibid).

⁶² Ibid, p. 352.

⁶³ The ILC clarified that (1) the term “essential element” is not necessarily limited to a specific provision, it may be a norm, a right or an obligation which, interpreted in context, is essential to the general tenor of the treaty and whose exclusion or modification would compromise the treaty’s *raison d’être*, (2) the general tenor means the balance of rights and obligations which constitute its substance or the general concept underlying the treaty (in French “*économie générale de traité*”), and the (3) it chose the adjective “necessary” in preference to the stronger term “indispensable”, and decided on the verb “impair” (rather than “deprive”) to apply to the *raison d’être* of the treaty (Ibid, pp. 358-359).

⁶⁴ ICJ Reports, op. cit., p. 23.

⁶⁵ See Mark E. Villiger: *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2009, p. 249.

treaty.⁶⁶ It seems that the latter approach, which is also confirmed in the Guide, would be preferable since individual provisions of a treaty are, notwithstanding their possible specific object and purpose, a part of a treaty as a whole, and the interim obligation can only apply to those acts that frustrate the whole treaty. This view is corroborated also by the fact that the VCLT in all instances uses the expression object and purpose of the *treaty*, in Article 41(1)(b)(ii) even the treaty *as a whole*,⁶⁷ as well as by the fact that under the VCLT a treaty is in principle a uniform instrument whose provisions are generally separable only when States agree.⁶⁸

The 1966 draft Article 15 referred only to the object of the treaty and not its purpose, although they featured together in other draft provisions of the VCLT at the time.⁶⁹ Some authors consider that the object and purpose are two separate terms, “object” relating to the immediate objective of the treaty and “purpose” to something more distant.⁷⁰ Consequently, object of a bilateral treaty on the construction of a bridge would be its construction itself while the purpose would be to facilitate movement of people and goods between the two States and thus to strengthen cooperation between populations of the two States.⁷¹ Analysis of the *travaux préparatoires* of the VCLT demonstrates that the finally adopted text had been first proposed by Reuter (to be precise, he proposed object *or* purpose)⁷² because he considered that the original term “objects” from

⁶⁶ See Guide to Practice on Reservations to Treaties and Commentaries Thereto, op. cit., p. 352, and Opinion of AG Sharpston, op. cit., para. 73.

⁶⁷ See Jan Klabbers: Some Problems Regarding the Object and Purpose of Treaties, in: Finnish Yearbook of International Law, VIII (1997), p. 151.

⁶⁸ See e.g. Article 44 of the VCLT.

⁶⁹ YBILC, 1966, Vol. II, p. 202.

⁷⁰ J. Klabbers, op. cit. (1997), p. 145. See the Guide, where doctrine has been cited as considering that the object refers to the actual content of a treaty and the purpose to its objective (op. cit., p. 356).

⁷¹ See e.g. Agreement Between the Government of the Republic of Slovenia and the Government of the Republic of Croatia on the construction of a border bridge on the Sotla river at the international border crossing Imeno-Miljana, signed on 6 July 2010 (OG RS-MP, No. 3/11). The purpose would thus be expressed in the second and third paragraph of the preamble while the object would be expressed in Article 1 which provides *inter alia* that the parties agree to “jointly construct the new border road bridge across the river Sotla.”

⁷² He may have used the word “or” because he considered the two terms as separate, which could be inferred from his view on draft Article 55 on *pacta sunt servanda* where he considered that the object of an obligation is one thing and its purpose another (YBILC, 1964, Vol. I, doc. A/CN.4/167, p. 26, para. 77). Similarly, Türk refers to “object or purpose” in relation to Article 18 (op. cit., p. 250), however it is likely a drafting inconsistency since he states in the same book in relation to reservations under Article 19 (which is no different

SR Waldock's draft⁷³ raised precisely the question whether the term refers to all objects of the treaty or only part of them. On the other hand, he considered that the new formulation – despite being somewhat more balanced – was equally unclear but had been used by the ICJ in its Advisory Opinion on *Reservations to the Genocide Convention*.⁷⁴ The term “purpose” was added only subsequently by the Drafting Committee at the Vienna Conference for the adoption of the VCLT. The Chairman explained that the reason for that was that this wording has been used frequently in the Convention and absence of the term “purpose” could raise interpretation problems, and that this change should in no way prejudice the substance of the provision nor expand obligations of States under it.⁷⁵ On the basis of these considerations the two terms object and purpose should be understood as a whole, which is confirmed also by the view of the ILC in the Guide that the term “object and purpose” – which was expressly used together in brackets by the ILC – has the same meaning throughout the VCLT. The ILC also mentioned that attempts to split the two terms for the purpose of their easier definition were unsuccessful.⁷⁶

Object and purpose is thus to be understood as a uniform term relating to the treaty as a whole, which has the same meaning throughout VCLT in line with guideline 3.1.5 of the Guide. In assessing a potential violation of the interim obligation it should accordingly be considered whether a State with its actions defeated an essential element of the treaty that is necessary to its general tenor, in such a way that the *raison d'être* of the treaty was impaired. The object and purpose of a particular treaty is generally determined on the basis of its title, preamble and introductory provisions.⁷⁷ For the purposes of the interim

from Article 18 in the relevant part) that a reservation can be incompatible with the “object and purpose” of a treaty.

⁷³ When asked by the representatives of Uruguay and Ghana on the meaning of the wording “*acts tending to frustrate the object of a proposed treaty*” he explained that it is a common phrase in English law (see United Nations Conference on the Law of Treaties, Vienna, Austria, First Session, 26 March – 24 May 1968, Meetings of the Committee of the Whole, doc. A/CONF.39/C.1/SR.20, para. 4, p. 102 (question by Uruguay), para. 23, p. 98 (question by Ghana), and para. 26, p. 104 (explanation by the Expert Consultant Waldock)). A part of that phrase is also the wording “object of a proposed treaty”, which would be comparable to “object of a contract” in English law.

⁷⁴ YBILC 1965, Vol. I, doc. A/CN.4/SR.788, p. 91, para. 39. The view has been supported by Castrén, see YBILC, 1965, Vol. I, doc. A/CN.4/SR.789, p. 94, para. 8.

⁷⁵ United Nations Conference on the Law of Treaties, 1st Session, 26 March – 24 May 1968, Meetings of the Committee of the Whole, doc. A/CONF.39/C.1/SR.61, para. 101, p. 361.

⁷⁶ The Guide, op. cit., p. 356.

⁷⁷ On the identification of the object and purpose of a treaty see para. 3.1.5.1. of the Guide, op. cit., p. 359. Klabbers (op. cit. (1997), pp. 155–159) additionally notes that there

obligation, provisions on the entry into force would also be relevant in this respect.⁷⁸

Regarding *acts* with which the object and purpose can be defeated, these are in principle actions that render the application of a treaty meaningless – according to some authors that does not include impossible⁷⁹ – or that would prevent the State to apply the treaty as a whole. The VCLT does not enumerate cases of such acts, some of which have been already mentioned in this article,⁸⁰ and they can include “physical” actions,⁸¹ regulatory measures⁸² or even another treaty.⁸³ It should, however, be mentioned that non-ratification of a treaty is not such an act since ratification is in the discretion of the State.⁸⁴ One of the key issues to be taken into account when assessing such acts is whether the intent of the State to defeat the object and purpose should be demonstrated. A plain textual reading of Article 18 leads to the conclusion that its authors decided for an objective test for the assessment of acts potentially defeating the object and purpose of a treaty. However, various drafts of this Article and discussion thereon demonstrate that a subjective element should also be present. SRs have thus in their reports used terms such as “intended substantially to impair”,⁸⁵ “calculated to impair or prejudice”⁸⁶ or “calculated to frustrate”,⁸⁷ which leads to the conclusion that SRs viewed the subjective element – intention to defeat object and purpose of a treaty – as necessary for the assessment of State con-

are other relevant elements for the identification of the object and purpose, and that the characteristics of the relevant treaty are to be taken into account.

⁷⁸ P. Palchetti, op. cit., p. 29.

⁷⁹ M. Villiger, p. 249, note 24. However, in Charmes’s view differentiation between acts that would render the application meaningless or impossible is problematic. (op. cit., p. 102). On the identification of State conduct for which the interim obligation applies see also Opinion of AG Sharpston, in which she considers *inter alia* that the interim obligation does not merely require refraining from action “as might defeat the whole object and purpose of the EU Treaties, or of the accession treaty – any action capable of doing so would have to be far-reaching indeed – but I consider that a single instance of conduct not fully compatible with one of the impending obligations [...] would not normally be such as to lay the State open to subsequent Treaty infringement proceedings.” (op. cit., para. 74).

⁸⁰ Supra, notes 19-23. See also A. Aust, op. cit., p. 94.

⁸¹ Supra, note 22.

⁸² See e.g. judgment of the General Court of the European Union of 22 January 1997 in case *Opel Austria v Council of the European Union* (T-115/94, ECR, p. II-39, para. 92), which relates to adoption of a regulation by the Council, or P. Palchetti, op. cit., p. 34.

⁸³ P. Palchetti, op. cit., p. 33.

⁸⁴ M. Villiger, op. cit., p. 249.

⁸⁵ Lauterpacht Report, op. cit..

⁸⁶ Fitzmaurice Report, op. cit..

⁸⁷ Waldock Report, op. cit..

duct. The final wording does not reflect the subjective element, which could be understood as the will of the authors to replace it with an objective test. That would effectively mean that it should be assessed whether the State in fact (objectively) defeated the object and purpose of a treaty and not its (subjective) attitude towards such conduct.⁸⁸ In terms of civil law, demonstration of a causal link and not also responsibility would suffice. However, such an interpretation is not entirely justified, as can be demonstrated on the basis of the *travaux préparatoires* of the VCLT. ILC member Ago, supported by another member de Luna, thus considered in this regard that the French language version of the term “calculated to” was inappropriate because the English language version included an element of intent and consequently the French version should have been “tendant à”, in response to which the SR Waldock harmonised the two language versions by proposing to replace the English term with “tending to”.⁸⁹ Subsequently, Australia and the US proposed at the Vienna Conference to replace “tending to” by “which would”. The US delegate explained that the previous wording did not reflect sufficiently the element of intent and that the wording before that change, i.e. “calculated to”, had been more adequate.⁹⁰ On the other hand, the Dutch delegate responded that the proposed change would have the opposite effect of diminishing the importance of intent which is the basic element of good faith.⁹¹ Similarly, some authors consider in this context that the term “tending” is less subjective than “calculated.”⁹² Finally, when the Drafting Committee decided for the current wording “which would defeat” its

⁸⁸ This is also Aust’s view: “the test is objective, and it is not necessary to prove bad faith” (op. cit., p. 94).

⁸⁹ YBILC, 1966, Vol. I, Part II, p. 326.

⁹⁰ United Nations Conference on the Law of Treaties, 1st Session, 26 March – 24 May 1968, Meetings of the Committee of the Whole, doc. A/CONF.39/C.1/SR.19, para. 10 (Australian proposal) in para. 13 (US proposal), p. 98. The proposals have been supported by Austria whose representative stated that they bring “more clarity” to the text, see Ibid, para. 50, p. 101.

⁹¹ Ibid, para. 36, p. 99.

⁹² J. Klabbbers, op. cit. (2001), p. 312. Similarly, Morvay (Werner Morvay: The Obligation of a State not to Frustrate the Object of a Treaty Prior to its Entry into Force, Comments on Art. 15 of the ILC’s 1966 Draft Articles on the Law of Treaties, <www.zaoerv.de/27_1967/27_1967_3_c_451_462.pdf> (8. 4. 2015), Max-Planck Institut für ausländisches Recht und Völkerrecht, 1967, p. 453, note 5) considers that the subjective element had been weakened in the English version by the change from “calculated to” to “tending to”, according to him it would be best expressed by the wording “acts intended to”. Morvay also considers that according to the 1966 draft VCLT and its commentary by the ILC the interim obligation can only be violated intentionally and not by unintentional acts, which does not clearly follow from the provision but from the said amendment of the text (Ibid, p. 458).

Chairman explained that it was merely a drafting change intended for greater clarity.⁹³

On the basis of discussion within the ILC and subsequently at the Vienna Conference it could be observed that both the SRs and those expressing views on the conduct of the State in the sense of defeating the object and purpose of a treaty concur that this conduct must include a subjective element,⁹⁴ and that the trend of the discussion evolved in the direction of objectivisation, likely because it would be difficult to substantiate the subjective element in practice, but that the subjective element evidently remained present. This conclusion is confirmed by the doctrine which agrees that Article 18 presumably provides for an objective test⁹⁵ for the assessment of the State during the interval between signature and ratification. However, certain authors consider this test inadequate in certain circumstances, e.g. in the case of the so-called normative treaties such as multilateral human rights treaties,⁹⁶ and thus advocate a “manifest intent test,” according to which the object and purpose of a treaty would be defeated by morally unacceptable conduct with respect to a treaty, regardless of whether legitimate expectations of partners or bad faith of the State, which constitute the other two possible tests for the assessment of such conduct.⁹⁷ This test appears reasonable, especially since it is in effect not realistic to expect that international tribunals would adopt an entirely objective test for State conduct, while as mentioned the *travaux préparatoires*, current case law⁹⁸ and cited doctrine demonstrate that a certain subjective element is required. However,

⁹³ United Nations Conference on the Law of Treaties (UNCLT), Vienna, Austria, First Session, 26 March – 24 May 1968, Meetings of the Committee of the Whole, doc. A/CONF.39/C.1/SR.61, para. 101, p. 361. Palchetti considers that the term “defeat” sets a rather high threshold with which the scope of the obligation has effectively been narrowed (op. cit., p. 29).

⁹⁴ For a summary of the discussion see e.g. J. Klabbers, op. cit. (2001), pp. 305–313.

⁹⁵ See also Hassan who explicitly refers to the *travaux préparatoires* in relation to the Article (op. cit., p. 448).

⁹⁶ J. Klabbers, op. cit. (2001), pp. 289–294. Klabbers additionally identified as such the UN Charter and Treaty on the Establishment of the European Community (now Treaty on the Functioning of the European Union), whose object and purpose is difficult to establish. In relation to such treaties see also Guideline 3.1.5.6. with respect to reservations to treaties that contain several interdependent rights and obligations.

⁹⁷ J. Klabbers, op. cit. (2001), pp. 330–331.

⁹⁸ See e.g. case *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v United Mexican States* (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ARB (AF)/00/2, para. 71), in which the arbitral tribunal stated that in line with the doctrine the obligation under Article 18 of the VCLT does not include *intentional* acts only but also acts “which need not be intentional or manifestly damaging or fraudulent to go against the principle of good faith, but merely negligent or in disregard of the provisions of a treaty or of its underlying principles, or contradictory or unreasonable in light of such provisions or principles”.

this test has been criticised from the perspective that it is not a more objective test but merely a version of the subjective one which does effectively lower the burden of proof while a certain level of bad faith would still be required.⁹⁹ Critics, while identifying further two possible tests (the “essential elements” and “impossible performance” tests), propose a “facilitation test” which would presumably be more objective since it concentrates on whether the State acted inconsistently with its obligations under a treaty and whether this conduct is new or it existed before signature.¹⁰⁰ This test as well is not without problems in the sense that it enables the State to e.g. continue executing death penalty after signing a treaty on its ban simply because capital punishment existed in its legislation before signature, which at least the European Court of Human Right would disapprove with,¹⁰¹ while on the other hand ignoring the aforementioned *travaux préparatoires* in relation to Article 18 that demonstrates the requirements for a subjective element. In any case, the cited possible tests for the assessment of conduct with which a State defeats the object and purpose of a treaty are evidence of the level of difficulty of the issue, which is probably the most difficult and key issue when considering the interim obligation and which remains without a convincing answer in the doctrine.

Under Article 18, the State should *refrain* from the defeating acts, which would mean at first sight that it should abstain from acting or remain passive.¹⁰² It would, however, be conceivable that the State would effectively take action at least in the sense of maintaining *status quo* of certain treaty regulated items and thus prevent their deterioration until the entry into force of the treaty after which it would be required to hand them over to the other party.¹⁰³ The Article does not require States to apply treaties since they are not in force that would render ratification meaningless.¹⁰⁴ Exceptionally, States would be required to apply such treaties when they provided for provisional application from signature until entry into force.¹⁰⁵ In this case, the issue of relation between the

Irrespectively of the rather inconsistent enumeration of different modes of State conduct the underlying idea of that view is that the subjective element is required.

⁹⁹ D. Jonas and T. Saunders, op. cit., p. 602.

¹⁰⁰ Ibid, p. 603.

¹⁰¹ See case *Öcalan v Turkey*, op. cit..

¹⁰² Hassan considers that in comparison with Article 26 on *pacta sunt servanda* Article 18 contains a negative prohibition whereas Article 26 contains a positive requirement (op. cit., p. 452). See also Treaty Handbook, op. cit., p. 5, para. 3.1.3.

¹⁰³ Such a case was referred to by Ago during the ILC discussion on the VCLT, more specifically a treaty on the return of artistic works (YBILC, 1966, Vol. I, p. 92).

¹⁰⁴ The Guide states that such a view is “generally accepted”, p. 352. See also Opinion of AG Sharpston, op. cit., para. 72.

¹⁰⁵ Article 25 of the VCLT.

interim obligation and provisional application would arise,¹⁰⁶ e.g. whether non-application of a treaty in accordance with the provision on the provisional application which relates to the whole treaty would also mean a violation of the interim obligation. If the treaty provides that the State should act in a certain manner from signature until entry into force and does not do so, and consequently subsequent implementation of the treaty would be prejudiced, that could be understood as a violation of the interim obligation. The State had namely signed a treaty and then “refrained” from acts that it should have performed and therefore frustrated its implementation after entry into force. However, such inaction would likely be qualified as a violation of the special provision on provisional application¹⁰⁷ and there would be no need to refer to the interim obligation.¹⁰⁸

3.2.2. Point (a)

Article 18 lists two instances in which a State should refrain from acts with which it would defeat the object and purpose of the treaty, both of which relate to signature as well. In point (a) it thus provides that the interim obligation applies when a State signs a treaty that requires ratification until it shall have made its intention clear not to become party to the treaty, while in point (b) it provides that the obligation applies when a State consents to be bound by a treaty until it enters into force, if entry into force is not unduly delayed. It has already been mentioned that signature is one of the modes in which a State

¹⁰⁶ That the provisions on the provisional application and the interim obligation are linked can be inferred from the Austrian delegation's view at the Vienna Conference that the State should not use provisional application to enjoy benefits of the treaty which it would subsequently unilaterally terminate in violation of Article 15 (now Article 18). Indian delegation supported that view and considered that provisional application falls under a general obligation in Article 15. UNCLT, 11th Plenary Meeting, 30. April 1969, doc. A/CONF.39/SR.11, pp. 40-41, para. 59 (Austria) and 70 (India).

¹⁰⁷ The provision on provisional application is binding and requires application of a treaty which constitutes a much stronger obligation than the obligation in Article 18, and thus the latter would not be applicable in this case. See Frank Montag: *Völkerrechtliche Verträge mit vorläufige Wirkungen*. Duncker & Humblot, Berlin 1986, pp. 67-68.

¹⁰⁸ Klabbers (op. cit. (1997), p. 150) considers in this respect that analysis of the scope of the interim obligation should include identification of existence or not of the provision on the provisional application, and that the latter in his view justifies a “strict interpretation of the treaty's object and purpose for purposes of the interim obligation”, which effectively goes in the same direction. An example of a simultaneous violation of the interim obligation and the provisional application is contained in the judgment of the General Court of the EU of 17 January 2007 in case *Hellenic Republic v Commission of the European Communities* (T-231/04, ECR II-0063, paras. 86 and 97-101), in which the said court held that Greece cannot, on the one hand, evade its obligations by arguing that the treaty had not been ratified, nor can it, on the other hand, “ignore the provisional application of the treaty.”

can consent to be bound by a treaty, and in such a case the interim obligation would apply. In this regard it should be reminded that initialling can also constitute signature in certain circumstances and can have the effect of consent to be bound as well. In the case of signature *ad referendum*, the interim obligation would not apply immediately upon signature¹⁰⁹ but retroactively after its confirmation since subsequent confirmation does not have constitutive effect, unlike a situation in which a treaty would be initialed first and then signed. If the State does act in such a manner as to render Article 18 applicable the latter would apply for the said period as well, while if signature *ad referendum* had subsequently not been confirmed that would not be the case.

Under Article 18(a) the interim obligation applies until the State clearly expresses its intent not to become party to the treaty. Since that intention could be expressed anytime unilaterally, without e.g. the possibility of objections by other States, it is effectively a rather broad right of a State.¹¹⁰ Although the provision does not define when the intent is deemed to be clearly expressed,¹¹¹ it should be understood in the sense that it should be expressed in a demonstrable manner, either explicitly or implicitly,¹¹² so that it could be readily established. The clearest manner would be e.g. if the State sent a diplomatic note or other form of written document¹¹³ in which it informed the other States or depositary of its intention. A less clear manner of expressing it would be a long term delay in ratifying the treaty or if the competent internal institution (e.g. parliament) refused to ratify. Logically, in the first instance the issue of what constitutes appropriate time for ratification would arise, which would be for a dispute resolution body to decide in the potential dispute, taking into account all relevant circumstances.¹¹⁴ If on the other hand the parliament would refuse

¹⁰⁹ YBILC 1962, Vol. I, p. 204, para. 4 (de Luna).

¹¹⁰ Swaine considers this option to be an “ease of exit” which undermines the strength of the interim obligation (Edward T. Swaine: Unsigning, in: Stanford Law Review, 55 (2002–2003), p. 2083).

¹¹¹ Ibid, p. 2082.

¹¹² On implicit intent see e.g. judgment of the General Court of the European Union in case *Hellenic Republic v Commission of the European Communities* (op. cit., paras. 36 and 95).

¹¹³ One of the most publicised cases of notification is the mentioned statement of the US that it will not become party to the Rome Statute of the International Criminal Court, which had been sent as a diplomatic note to the Secretary General of the UN as the depositary of that treaty.

¹¹⁴ See e.g. ACTA which has been signed by Slovenia and certain other States only to subsequently “freeze” ratification procedures thereof. In Slovenia, such a procedure effectively never started since the government adopted a decision that the procedure will not start “until further notice” (<http://www.vlada.si/si/delo_vlade/seje_vlade/sporocila_za_javnost/sporocila_za_javnost/article/6_redna_seja_vlade_rs_22211/>, 8. 4. 2015). Such a decision cannot be considered as a clear expression of the intention of Slovenia not to

to ratify, the government could attempt to adjust the treaty in cooperation with other States in a manner as to adapt it in line with the parliament's views, and could thus not immediately express the intention of the State not to become a party.¹¹⁵ Again, assessment would depend on the actual circumstances. In relation to the expression of such intent the question could also arise whether acts defeating the object and purpose of a treaty are not by themselves such as to indicate the intent of the State not to become its party.¹¹⁶ Such an interpretation would, however, not be consistent with the purpose of Article 18 which is precisely to prevent such acts while the purpose of the obligation to clearly express the intent not to become party is in defining the period of application of the interim obligation. The State should thus express such intent in a different manner.¹¹⁷ A comparison with the termination of provisional application in accordance with Article 25(2) VCLT could be of assistance in this regard, in which a very similar provision differs from the one in Article 18 in that the State who wishes to terminate the provisional application between itself and other States is required to *notify* them of the fact that it does not intend to become a party, not merely *clearly express its intent*. That difference could additionally confirm the conclusion that the intent under Article 18 could be expressed implicitly.

Article 18(a) contains no indication on whether the expression of intent not to become party is revocable or not. That issue had been raised by Rosenne in relation to a different wording of the Article, according to which the interim obligation would apply until the State “renounced its right to ratify”. He considered that to view the right to ratify as irrevocable would be exaggerated and thus the State could ratify a treaty in relation to which it previously renounced its right to ratify.¹¹⁸ Apparently this part of the text had been changed to the expression of intent not to become party also because of these doubts as to the irrevocability of the renouncement to ratify, and thus a possibility became available to States to subsequently express its intent to become a party and therefore “revive” the interim obligation. The irrevocability of a similar notification arose within the framework of Article 25 VCLT which provides

become party to ACTA, in particular because the decision itself allows for the possibility to start the procedure if the circumstances would allow.

¹¹⁵ See e.g. statement of the EU Commissioner for Trade Karl De Gucht in the European Parliament in which he stated *inter alia* that the European Commission will consult with partners on the way forward after receiving the opinion of the ECJ (<<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=818>>, 8. 4. 2015).

¹¹⁶ M. Rogoff, op. cit., p. 296.

¹¹⁷ M. Villiger, op. cit., p. 251.

¹¹⁸ YBILC, 1965, Vol. I, doc. A/CN.4/SR.788, para. 53, p. 92.

for the notification on not becoming a party to a treaty that triggers the termination of the provisional application. A question was raised at the Vienna Conference whether such a notification was final since the government in a parliamentary system could change its view and express a different intention, thus the notification would act as a suspension of provisional application.¹¹⁹ There is a view in the doctrine that such a notification should be deemed to be final to protect good faith, and that the government could – in the case of parliamentary refusal to ratify – abuse the procedure if it changed position and resumed with provisional application.¹²⁰ However, this view does not take into account the possibility that a different view on the treaty could also be expressed by the parliament, nor the legal trend towards greater flexibility and preference for solutions that enable participation of as many as possible parties in treaties.¹²¹ Perhaps it would be reasonable to apply in this sense an analogy with the withdrawal of the instrument of ratification before entry into force of a treaty, which is possible.¹²² A presumption could be made on this basis that if a State can withdraw its ratification at any time before the entry into force of a treaty – ratification being potentially a triggering factor for the application of the interim obligation (see next paragraph of this article) – it could in the case when it did not (yet) submit the ratification instrument withdraw the notification not to become a party and ratify the treaty. This would be all the more reasonable since (in particular in the case of multilateral treaties) it is in favour of participation of a larger number of States in the treaty and therefore its entry into force. It is, however, true that the situation may depend on the circumstances and that good faith, on which the VCLT is based, would require considering any abuse of this possibility by manipulating with the interim obligation incompatible with the good faith principle.

Another open issue is when the termination of the interim obligation takes effect when a State clearly expresses its intent not to become party to a treaty. This issue has not been raised during the drafting of Article 18 but did occur in relation to Article 25 on the provisional application. The Italian delegation asked whether termination of provisional application takes effect *ex tunc* or *ex nunc*.¹²³ It did not receive a reply at the conference, but there is a view in the doctrine that termination of provisional application applies *ex nunc* and thus

¹¹⁹ UNCLT, 11th Plenary Meeting, 30 April 1969, doc. A/CONF.39/SR.11, para. 75, p. 41.

¹²⁰ Albane Geslin: *La mise en application provisoire des traités*. Éditions A. Pedone, Paris 2005, p. 310.

¹²¹ D. Türk, *op. cit.*, p. 253, which has been admitted also by Geslin (*Ibid*).

¹²² A. Aust, *op. cit.*, pp. 95-96. See also Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties, 1999, doc. ST/LEG/7/Rev.I, p. 47.

¹²³ UNCLT, 11th Plenary Meeting, 30 April 1969, doc. A/CONF.39/SR.11, para. 84, p. 45.

not retroactively.¹²⁴ There does not appear any reason why this view could not apply to the interim obligation. The interim obligation does differ from provisional application *inter alia* in the sense – as mentioned – that it relates in principle to abstention while provisional application requires the State to apply the treaty before its entry into force, which means that the consequences of its retroactivity could be much more serious than in the case of the interim obligation. On the other hand, retroactivity of termination of the interim obligation would cause it to be ineffective until termination which would be illogical and would lead to the avoidance from State responsibility for acts in violation of the interim obligation before its termination, and that in turn confirms the view against retroactivity of its termination.

3.2.3. Point (b)

Article 18(b) relates to a situation in which a State already consented to be bound by a treaty and the treaty is not yet in force. If the State signed the treaty beforehand (see previous section), the interim obligation continues after expressing consent to be bound. A time interval can occur between the moment of expressing consent to be bound and entry into force of a treaty,¹²⁵ in particular in the case of treaties subject to ratification.¹²⁶ Signature too is one of the forms in which a State can consent to be bound by a treaty, but it is less likely that in that case any time interval would occur. That is particularly relevant for bilateral treaties where both States express their consent to be bound and there is no such interval because the treaty enters into force immediately. Such an interval could occur when one of the States consents to be bound by signature while the other is required to ratify it.¹²⁷ On the other hand, the

¹²⁴ A. Geslin, *op. cit.*, pp. 305–307.

¹²⁵ This time interval has been discussed e.g. in the mentioned judgment *Opel Austria v Council*. In that case the claimant relied on the violation of the interim obligation by the Council of the EU, which a few days before the entry into force of the EEA Agreement adopted a Regulation repealing certain tariff concessions. The Court held while applying Article 18 of the VCLT that since the EU had been the last of the signatories to consent to be bound by the treaty and therefore the date of its entry into force was known, the economic operator can rely on the interim obligation to challenge measures adopted by the EU in the period between the said consent to be bound and entry into force of the treaty (*op. cit.*, paras. 89–94).

¹²⁶ Time intervals are typically longer in the case of multilateral treaties, although it does exist also in the case of bilateral treaties. In relation to bilateral treaties, Slovenia e.g. ratified in 2002 a Bilateral Investment Treaty with Russia which the latter did not more than 10 years after signature.

¹²⁷ See e.g. Arrangement between the Slovenian Nuclear Safety Administration (SNSA) and the United States Nuclear Regulatory Commission (NRC) for the Exchange of Technical Information and Cooperation in Nuclear Safety Matters (OG RS-MP, No. 3/12).

possibility of an interval is considerable in the case of multilateral treaties, in particular if they involve many States and only certain of them consent to be bound by signature. It should be reminded at this point again that consent to be bound can also be expressed by signature *ad referendum* and initialling, which could under certain circumstances also constitute signature by which a State consents to be bound.¹²⁸

In accordance with Article 18(b) the State cannot, unlike in Article 18(a), express its intent not to become party to a treaty because it already consented to be bound by it,¹²⁹ unless it withdraws ratification, with which it would effectively notify that it does not wish to become a party. Termination of the interim obligation is thus linked to the entry into force of the treaty, is the latter is not unduly delayed. What constitutes an undue delay depends of course on the treaty and factual circumstances. That conclusion is confirmed by the *travaux préparatoires* which demonstrate that a 12-month period had been proposed while SR Waldock even proposed a 10-year period in one of his drafts, but he subsequently replied to a question on the meaning of the term “unreasonable” that it depends on the circumstances of each individual case.¹³⁰ Nor does Article 18(b) indicate who and how should determine whether the entry into force of a treaty has been unduly delayed and thus the interim obligation no longer applies. There is a view in the doctrine that in this case the State should clearly – either explicitly or implicitly – express its position that for it the interim obligation no longer applies.¹³¹ That would, moreover, seem to follow from SR Waldock’s draft Article 9, which provided in its point (b)(i) that the State can notify others after a reasonable period that it does no longer consider itself bound by this obligation.¹³² However, since termination of the interim obligation on the basis of Article 18(b) is – unlike Article 18(a) or the said Waldock draft of this Article – not (any more) linked to a unilateral statement of a State but merely to the (more objective) time dimension of entry into force, the question arises whether such a view is compatible with the purpose of the adopted provision. It appears rather that the purpose of this provision – unlike

¹²⁸ Article 12 of the VCLT.

¹²⁹ In relation to that Lachs stated during the discussion on the draft Articles of the VCLT that the obligation under this point is final because the State already consented to be bound by the treaty, while the obligation in point (a) is “provisional” because it is still uncertain whether the State will ratify the treaty (YBILC, 1965, Vol. I, doc. A/CN.4/SR.789, para. 38, p. 97).

¹³⁰ On the 12-month period see UNCLT, doc. A/CONF.39/C.1/L.133/Rev.1 (1968), and on the definition of the term “unreasonable” and the reply see UNCLT, 2d session (10th plen. mtg.), doc. A/CONF-39/11/Add.1 (1970).

¹³¹ M. Villiger, op. cit., p. 251.

¹³² Waldock Report, op. cit., p. 46.

point (a) – is to restrict the conditions for the termination of the interim obligation because the State already consented to be bound by and thus to apply the treaty in good faith after its entry into force and should thus *a fortiori* act in good faith by not defeating its object and purpose of the treaty before its entry into force. If the above presumption would apply, any State that ratified the treaty could inform the other signatories that the entry into force of the treaty is in its view unreasonably delayed and that it consequently does not consider itself bound any more by the interim obligation. If it would not simultaneously withdraw its consent to be bound¹³³ the treaty could irrespectively of its notification subsequently enter into force for it as well, while until then such a State could act incompatibly with its object and purpose without any risk of being held responsible, which would be unacceptable.

4. CONCLUSION

States in principle act in good faith when signing treaties and there are consequently no problems with their ratification and entry into force. However, for cases in which a State would take advantage of the interval between signature and entry into force of a treaty for an attempt to prejudice its subsequent application, international law does provide for the interim obligation as an emanation of the good faith principle and the prohibition of the abuse of rights. That obligation is codified in Article 18. The interim obligation has been relatively scarcely analysed in the doctrine and case law and analyses made thus far often conclude by stating that it is an ambiguous obligation.

The contribution's objective has been thus to analyse the interim obligation of a State not to defeat the object and purpose of a treaty between its signature and entry into force on the basis of the text of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), doctrine and judicial decisions. The contribution concludes that it is a legal obligation of customary international law, codified in the mentioned Article of the VCLT. A State violates it if it defeats the object of purpose of a treaty – understood as a single term – by defeating with its acts an essential element of the treaty that is necessary to its general tenor, in such a way that it impairs the *raison d'être* of the treaty. A violation of Article 18 must *prima facie* be objective, irrespectively of the State's subjective relation to the violation. However, this does not reflect the understanding of that Article on the basis of *travaux préparatoires* of the VCLT and the doctrine, according to which a certain subjective element needs to be demonstrated

¹³³ Which is also Villiger's view (op. cit., note 38).

when assessing the State's conduct, although there is currently no consensus as to what test might be the most appropriate for that assessment.

Article 18 of the VCLT leaves open also some other seemingly less important issues that are nevertheless essential for its effectiveness. These issues have not been discussed by the doctrine or have been only marginally, and so the author attempted to resolve them or at least provide some guidance in that respect. The author thus – inter alia by comparison with the similar provision of Article 25 of the VCLT on provisional application – explains that the declaration of the intent of a State provided in point (a) of the said Article not to become party to the treaty is effective *ex nunc*, and that it can be withdrawn in certain circumstances.

KINDERSCHUTZ DURCH STRAFRECHT IM TÜRKISCHEN RECHT

Yener Ünver,

Ordentlicher Professor, Ehrendoktor, Yener Ünver, Doktor der Rechtswissenschaft, Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Özyegin, Istanbul, Türkei

1. EINFÜHRUNG

Die Türkei hat im Jahre 1999 die Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen unterschrieben und am 27.01.1995 in Kraft gesetzt. Diese Konvention nimmt im türkischen Grundgesetz nach Art. 90/5 entsprechend den Rechtssprechungen eine gesonderte Stelle ein, so dass im Falle einer Streitigkeit zwischen den gesetzlichen Vorschriften und dieser Konvention die Bestimmungen der Kinderrechtskonvention angewendet werden. Hinsichtlich der „Ordnungsgemäß in Kraft gesetzten Internationalen Abkommen sind geltende Bestimmungen des Gesetzes maßgeblich. Diesbezüglich kann mit der Behauptung einer Verfassungswidrigkeit nicht beim Verfassungsgericht Antrag gestellt werden, da zwischen den ordnungsgemäß in Kraft gesetzten Internationalen Vereinbarungen (Abkommen) und den Gesetzen, hinsichtlich der Grund,- und Freiheitsrechte, für gleiche Angelegenheiten verschiedene Bestimmungen maßgeblich sind und es aus diesen Gründen zur Nichtübereinstimmungen kommen kann, werden die Bestimmungen der Internationalen Konventionen angewendet“ (Art. 90/5). Art. 58 des Grundgesetzes überlässt die Aufgabe der Beschützung von Jugendlichen dem Staat. Dementsprechend ist der Staat verpflichtet, Maßnahmen zu unternehmen, die den Jugendlichen ermöglichen sollen, „sich im Lichte der Wissenschaft, laizistisch und als moderne Jugendliche entwickeln können“ und sie vor Abhängigkeiten wie Alkohol, Rauschgift zu bewahren, sowie vor Straftaten, Zokkerei und Unwissenheit zu beschützen. Wie hier zu entnehmen ist, wird im Grundgesetz der Begriff „Jugendlicher“ angewendet, im Gegensatz zum (t-STGB) Strafgesetzbuch, wo der Begriff „Kind“ zur Anwendung kommt.

2. BEGRIFF

Im Artikel 1 der Konvention für Kinderrechte wird geregelt: “Im Sinne dieses Übereinkommens ist ein Kind jeder Mensch, der das achzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendende Recht nicht früher eintritt.”

Das Grundgesetz verwendet den Begriff Jung/Jugend (§ 58), bietet aber keine Definition hierzu.

Gem. Art. 6 des türkischen Strafgesetzes ist eine Person, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, als “Kind” zu bezeichnen.

Gemäß Art. 3 des Kinderschutzgesetzes, gelten auch Personen die das 18. Lebensjahr nicht vollendet haben, im Falle einer Uneife, als Kind.

3. IM TÜRKISCHEN STRAFGESETZBUCH GELTENDE BESTIMMUNGEN IM BEZUG AUF KINDERBESTIMMUNGEN¹

Wie bereits oben erwähnt, wird gem. Art. 6/1-c, des türkischens Strafgesetzbuchs das Kind “als Person, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat” definiert.

Das türkische Strafgesetz regelt im Art. 31 die Wirkung des Alters des Täters auf die strafrechtliche Verantwortung bei der Minderjährigkeit. Dieser Anordnung entsprechend, werden Personen, die noch als Kind zählen und eine Straftat begehen, nach Altersgruppen und Bedingungen behandelt, somit wird die Verantwortung der Strafe aufgehoben oder gemildert. Die strafrechtliche Verantwortung beginnt im türkischen Recht mit der Vollendung des 12. Lebensjahrs.

Unter Wahrnehmung der Tatzeit gibt es drei Kindergruppen, die je nach Alter unter folgende Gruppe fallen:

Altersgruppe 0-12 Jahre: Diese Gruppe ist nicht strafrechtlich verantwortlich und es wird kein Strafverfahren durchgeführt; jedoch können, falls erforderlich, gegen sie besondere Sicherheitsmaßnahmen angewendet werden, die für Kinder vorgesehen sind.

Altersgruppe 12-15 Jahre: Diese Gruppe kann die rechtliche Bedeutung der Tat und ihre Folgen noch nicht erfassen, oder ihre Fähigkeit zur Steuerung

¹ Außerdem siehe Y. Ünver, a. a. O. (2002) (Çocukları Suç ve Suçlulardan Koruma Vakı yayını), SS. 53-71.

ihrer Handlungen ist noch nicht ausreichend entwickelt, sodass sie strafrechtlich nicht verantwortlich werden können. Jedoch werden gegen diese Personen Sicherungsmaßnahmen verhängt, die für Kinder vorgesehen sind. Ist zur Tatzeit die Handlungsfähigkeit in Bezug auf die Straftat gegeben, so mildert sich die Strafe.

Altersgruppe 15-18 Jahre: Bei dieser Gruppe wurde im türkischen Strafgesetz die Sicherheitsmaßnahme (als Pflicht oder Möglichkeit) nicht vorgesehen, was als falsch bewertet wird. Das bei dieser Gruppe der Kinder die Urteilsfähigkeit zur Tatzeit nicht überprüft wird, gilt allgemein als Fehler. Diese Überprüfung sollte im Gesetz angeordnet sein. Diese Gruppe wird als urteilsfähig angesehen und daher fällt im Gegensatz zu der vorigen Gruppe, die Strafe nur etwas milder aus.

Im türkischen Gesetz werden Erwachsene, also Nicht-Kinder (Personen die zur Tatzeit ihr 18. Lebensjahr vollendet haben), in weitere Altersgruppen gegliedert (18-21 Jahre oder 21-24 Jahre) und als Heranwachsende oder Erwachsene bezeichnet, jedoch sind hier keine Strafminderungen oder Anordnungen bezüglich der Sicherheitsmaßnahmen vorgesehen. Mit der Vollendung des 18. Lebensjahres erhält der junge Erwachsene die volle Strafmündigkeit.

Das türkische Strafgesetzbuch weist im Art. 57 auf die Sicherheitsmaßnahmen für Kinder hin. Die hier erwähnte "gesetzliche Regelung" (wie es unten erwähnt wird) wurde im Kinderschutzgesetz geregelt. Nur Art. 51/4-c des türkischen Gesetzbuches enthält folgenden Grundsatz: "Bei Verurteilungen unter dem 18. Lebensjahr, wird bei der Absicht dem Verurteilten eine Ausbildung oder Beruf erlernen zu lassen, erforderlichenfalls eine Unterkunftsmöglichkeit zur Verfügung gestellt, dies kann von Seiten des Gerichts verlangt werden"².

Gem. Art. 38/2 des türkischen Strafgesetzbuchs werden Kinder, die bei der Begehung einer Straftat ausgenutzt werden und so zur Straftat angestiftet werden, besonders geregelt: Wer durch Ausnutzung oder mittels Einfluss auf die Verwandtschaft in auf- und absteigender Linie zu einer Straftat anstiftet, wird mit einer um ein Drittel bis um die Hälfte verschärfter Strafe für den Anstifter bestraft und es kommen keine Ausnahmen der Verwandtschaft bezüglich der Verschärfung der Strafe in Frage³. In der Praxis jedoch werden bei der Ausnutzung insbesondere bei Straftaten wie Traditionsmorde oder Blutrachen, wo das Kind zur Straftat innerhalb der Familie angestiftet wird, die Anstifter oder die Hintermänner und die Personen, die das Kind zur Straftat bedrängten meistens gar nicht ermittelt. Es werden nur den Kindern Sicherheitsmaßnahmen verhängt bzw. sie werden mit einem gemilderten Strafmaß bestraft.

² Für den deutschen Text siehe S. Tellenbach, a. a. O., S. 40.

³ Für den deutschen Text siehe ebd., Artikel 38/2, S. 33.

Gemäß Art. 50/3 des türkischen Strafgesetzbuches muss im Falle, dass die begangene Straftat des Kindes eine Strafe von einem Jahr und darunter verlangt, laut Art. 50/1 die Gefängnisstrafe in eine Alternativstrafe umgewandelt werden⁴.

Gemäß Art. 51/1 des türkischen Strafgesetzbuches muss die Gefängnisstrafen bis zu zwei Jahren zu einer Aussetzung zur Bewährung (sgn. Verschiebung) umgewandelt werden können, bei Kindern jedoch bei Gefängnisstrafen bis zu drei Jahren⁵.

Gemäß Art. 80/3 des türkischen Strafgesetzbuches gelten besondere Regeln bezüglich der Schuld wenn Kinder Opfer von Menschenhandel werden: auf einige sonst verlangte Schuldmerkmale kann verzichtet werden.⁶

Gemäß Art. 82/1-e des türkischen Strafgesetzbuches wird das Ermorden eines Kindes, als vorsätzliche Tötung in erworbener Form bestraft.

Gem. Art. 94/2-a des türkischen Strafgesetzbuches wird bei Folter, die sich gegen ein Kind richtet, eine erschwerte Bestrafung verlangt.

Gem. Art. 96/2-a des türkischen Strafgesetzbuches wird bei einer Quälerei die sich gegen ein Kind richtet eine erschwerte Bestrafung verlangt.

Art. 97/1 des türkischen Strafgesetzbuches widmet sich dem Fall wo eine Person, die auf Grund ihres Alters für sich nicht aufkommen kann, nicht für sich selbst finanziell sorgen kann (in dem Fall eines Kleinkindes), sich selbst überlassen wird; dies gilt als Straftat. Vor kurzer Zeit hat eine Lehrerin namens S. ihr zwei Monate altes Baby gestillt und mit der Milchflasche sich selbst überlassen um für 9 Tage zu ihren Eltern nach Adana zu verreisen. Nachdem sie zurückkehrte, hat sie das Kind tot aufgefunden. Die Mutter verteidigte sich im Strafverfahren, dass ihre Eltern sehr konservativ wären und wenn sie erfahren würden, dass sie außerehelich ein Kind auf die Welt gebracht hatte, würden sie ihr und dem Kind Schaden zufügen.

Eine ähnlicher Fall wurde in Erzurum bekannt. Ein Mädchen (A.A.) wurde von ihrem Verlobten, einem Bauarbeiter schwanger. Als ihre Wehen eintraten, machte sie sich auf dem Weg ins Krankenhaus mit der 56-jährigen Mutter F.A. und dem 47-jährigen Vater B.A. In der Nähe des Dorfes Küçükova kam es zur Geburt und sie waren anwesend, rissen die Nabelschnur mit der Hand auseinander und ließen das Kind dort zurück. Die Gendarmerie hat von dem Vorfall gehört, versuchte das Kind noch ins Krankenhaus zu bringen, das Kind starb jedoch nach kurzer Zeit. In beiden Fällen wurden die Mütter vor dem Schwurgericht verurteilt und das Ortsgericht hat die Mütter zu erworbener lebens-

⁴ Für den deutschen Text siehe ebd., tStGB Artikel 50/3, S. 38.

⁵ Ebd., Artikel 51/1, S. 39.

⁶ Ebd., Artikel 80/3, S. 65.

langer Gefängnisstrafe bestraft, durch das gute Verhalten in der Verhandlung, wurde die Strafe zur lebenslangen Gefängnis herabgesetzt⁷.

Gem. Art. 98 des türkischen Strafgesetzbuches werden Personen, die wegen ihres Alters für sich nicht aufkommen können (besonders kleine Kinder in diesem Zusammenhang), und ihnen den Umständen und Voraussetzungen entsprechend angemessene Hilfe verweigert wird oder die Sachlage nicht sofort den zuständigen Behörden mitgeteilt wird, als Opfer von Unterlassungsstraftat verstanden.

Gem. Art. 103 des türkischen Strafgesetzbuches wird sexueller Mißbrauch von Kindern, und im Art. 104 sexueller Mißbrauch von minderjährigen Kindern als Straftat geregelt⁸.

Gem. Art. 109/3-f des türkischen Strafgesetzbuches wird die Beraubung der Freiheit eines Kindes als verschärfte Straftat bestimmt.

Nach Art. 226/1 des türkischen Strafgesetzbuches wird bestraft, wer einem Kind Material überlässt, welches pornographische Bilder, Schriften oder Ausdrücke enthält, oder ihm deren Inhalt zeigt, vorliest, lesen oder hören lässt. Im gleichen Artikel, im Abs. 3 wird mit Gefängnis- oder Geldstrafe bestraft, wer bei der Herstellung von pornografischen Bildern, Schriften oder Ausdrücken Kinder verwendet bzw. einsetzt⁹.

Gemäß Art. 227/1 des türkischen Strafgesetzbuches begeht eine Straftat, wer ein Kind zur Prostitution verleitet, hierzu Vorschub leistet, zu diesem Zwecke anwirbt, Unterschlupf bietet oder bei der Prostitution das Kind vermittelt; die Strafe ist im Vergleich mit der Prostitutionsverleitung höher.

Nach Art. 229/1 des türkischen Strafgesetzbuches ist das Ausnutzen von Kindern bei der Bettlei eine Straftat.

Die Änderung der Abstammung eines Kindes ist nach Art. 231 des türkischen Strafgesetzbuches eine Straftat.

Gemäß Art. 232 des türkischen Strafgesetzbuches ist die Misshandlung der Familienmitglieder und (laut Art. 233) das nicht Erfüllen von bestehenden familienrechtlichen Verpflichtungen eine Straftat.

⁷ Orhan Kemal Cengiz: Radikal Yazarı Bebeğini Ölümüne Terk Eden Anneyi Savundu, <<http://haberciniz.biz/radikal-yazari-bebegini-olume-terk-eden-anneyi-savundu-3156174h.htm>> (11. 09. 2014; 12.15) und Hümeýra Pardeli: Bebeğini terk eden anneye ömür boyu hapis; <www.radikal.com.tr/turkiye/bebegini_terk_eden_anneye_omur_boyu_hapis-1100878> (19. 09. 2014; 00.10).

⁸ Für den deutschen Text siehe S. Tellenbach, a. a. O., Artikel 103, SS. 83-84.

⁹ Ebd., Artikel 226/1, S. 145.

Im Strafgesetzbuch findet man im Art. 234: für den Fall, dass ein Kind durch den Elternteil, dem die Fürsorge entnommen wurde entführt wird oder dass nach seinem Einwirken das Kind ohne Wissen und Erlaubnis des Erziehungsberechtigten das Haus verlässt, ist das nicht Verständigen der Behörden oder des gesetzlichen Erziehungsberechtigten über diese Tatsachen als Straftat festgelegt. Ähnliche Unterlassungen werden in weiteren drei Artikeln als Straftat geregelt (türkisches Strafgesetzbuch Art. 278, 279 und 280), in der türkischen Rechtspraxis diene jedoch diese Inkriminationen kaum dem Schutze der Kinder, da sie nicht beachtet oder falsch angewendet werden. Beispielsweise wird im Text des türkischen Strafgesetzbuches in Art. 278, wo die Nichtanzeige einer Straftat geregelt wird, die Beachtung des Nemo Tenatur Grundsatzes vernachlässigt. Das Verfassungsgericht hat die Angelegenheit als verfassungswidrig empfunden und das Urteil aufgehoben und dem Parlament eine Regelungsfrist gegeben. Das Parlament hat wie unten erwähnt, die Straftat neu geregelt. Der Grund für die Wiedereröffnung des Verfahrens war im Wissen der Mutter, dass der ältere Bruder den kleinen Bruder öfters vergewaltigt hat, und die Mutter hierzu nichts gesagt, es nicht verhindert und nicht der Justizbehörden gemeldet hat. Die Staatsanwaltschaft hat gegen den kleinen Täter wegen Vergewaltigung (tStGb Art. 103) und gegen die Mutter wegen Vernachlässigung der Anzeige an die zuständigen Behörden (tStGb Art. 278) öffentliche Klage erhoben. Das Verfahren leitende Gericht teilt mit, dass eine Mutter die Schuld ihres Sohnes (Täter und Opfer sind beide ihre Kinder) nicht anzuzeigen braucht, so eine strafrechtliche pflicht (Straftat gemäß Art. 278 des türkischen Strafgesetzbuches) sei verfassungswidrig. Aus dem Grunde wurde beim Verfassungsgericht ein Antrag auf Normkontrolle (Anfechtung) gestellt. Die Angelegenheit wurde dem Verfassungsgericht vorgelegt. Die Mutter (ihr Kind wurde in ihrer Anwesenheit vergewaltigt im gemeinsamen Haus), ist dem kleinerem Sohn Garantin, steht unter Garantenpflicht, die sie mit der unterlassenen Hilfe offensichtlich schwer verletzt hat. Hier sollte das Gericht und die Staatsanwaltschaft wie folgt handeln: die Mutter ist an einem qualifizierten Delikt der Vergewaltigung als Mittäter oder als Beihilfe in unechter Unterlassung schuldig, wonach sie auch bestraft werden sollte.

Eine andere problematische Regelung ist Art. 104/1 des türkischen Strafgesetzbuches; die Straftat¹⁰, mit einem in der Altersgruppe von 15-18 jährigen Kind willentlich (ohne Zwang) Geschlechtsverkehr zu haben. Bezüglich dieser Regelung ist das Diskussionssthema, dass das Beschwerderecht den Erziehungsberechtigten des Kindes gegeben ist und das ein Problem darstelle, vor allem, weil gemäß Art. 124 des BGB Personen die ihr 17. Lebensjahr vollendet haben, mit der Erlaubnis der gesetzlichen Vertreter (und die das 16. Lebensjahr voll-

¹⁰ Für den deutschen Text siehe S. Tellenbach, a. a. O., Artikel 104/1, S. 84.

endet haben mit richterlichem Beschluss) heiraten dürfen. Diese zwei Regelungen sind nicht in Einklang. Im türkischen Rechtssystem kann weiters nach dem Beschluss des Verfassungsgerichts seit 1995 Ehebruch nicht als Straftat gelten. Laut BGB müssen die Eltern für die Eheschließung ihres 17-jährigen (jünger als 18) Kindes ihr Einverständnis geben, damit dieses eine rechtmäßige Ehe eingehen kann. Nach dem tStGB zu bewerten, ist es natürlich, dass der Erziehungsberechtigte vor der Ehe das Widerspruchs/ Beschwerderecht ausübt. Die Überschrift des Textes der Artikel und der Inhalt sollte aneinander angepasst werden und da im Falle einer Eheschließung das Kind mündig wird, sollte es dann mit eigenem freien Willen der sexuellen Beziehung zustimmen.

Diese Straftaten gegen die Kinder nehmen in der Türkei zu und die Mehrheit der Gesellschaft verfolgt die typisch sehr milden Ausgänge der Strafverfahren mit steigender Empörung und Enttäuschung. Drauf hat der türkische Gesetzgeber mit Beschluss vom 18.06.2014 in Artikel 60 des Gesetzes Nr. 6545, in einer Klausel mit der Änderung "zwei von sechs Monaten" Ausdruck "fünf von zwei Jahren" die Strafen erhöht. Außerdem wurde mit der gleichen Gesetzesänderung, in diesem Artikel "geschieht die Straftat zwischen dem Opfer und einer Person die Eheverbot hat, wird ohne Bedarf auf eine Beschwerde, der Täter von zehn bis zu fünfzehn Jahren mit Gefängnis bestraft" als Zusatz in Absatz 2 zugefügt. Im Umfang dieses Absatzes, wurden die Bestrafungen der Blutschändehandlungen erhöht und wieder "wird die Straftat durch ein Person, der die Pflege oder als Pflegefamilie des zu adoptierenden Kindes vorher schon mal übernommen und die Verantwortung für das Kind trägt, so wird der Täter ohne einen Beschwerdeantrag gemäß Abs. 2 bestraft", im Absatz 3 desselben Artikels hinzugefügt.

Artikel 105 des türkischen Strafgesetzes hat bei der Regelung der Straftat hinsichtlich des Opfers keinen Personenunterschied zwischen jüngeren und älteren Personen gemacht. Doch im Abs. 2 Ziffer b "bei Begehung durch den Vormund, Ausbilder, Belehrenden, Betreuer, Beschützerfamilie oder Gesundheitsdienst leistenden oder der Schutz, Pflege und Überwachungsverpflichtung befindlichen Personen" und nach Ziffer e die sexuelle Belästigungshandlung (wie bei der Anwendung öfters) mit der Absicht der Ausstellung wurde die Strafe qualifiziert; bei diesen Vorkommnissen wird der Strafmaß um die Hälfte verdoppelt. Sollte das Opfer wegen dieser Tat seinen Arbeitsplatz aufgeben müssen oder die Schule oder Familie verlassen, so darf die zu verhängende Strafe nicht unter einem Jahr Gefängnis liegen. Diese zwei neuen Regelungen werden als zugunsten des Schutzes der Kinder als neue positive Entwicklungen angesehen. Gemäß Art. 230 des türkischen Strafgesetzes, auch wenn es

selten ist, kann dies zur Verhinderung bei Handlungen wie Ausnutzungen der Kinder dienen¹¹.

4. KINDERARBEITER UND KINDERBRÄUTE ODER KINDERMÜTTER

Zwischen 1996-2006 war die Anzahl der angestellten Kinderarbeiter im Abstieg, und wohl auch deswegen hat die Bekämpfung der Kinderarbeit in der Türkei an Schwung verloren. So stieg die Anzahl der Kinderarbeiter zwischen 2006-2012 wieder auf 893.000 Fälle an.

Die Anzahl der Kinderarbeiter als Hausangestellte betrug 1999 414700 und stieg in 2012 auf 750300.

Die Mehrheit der Kinderarbeiter wird im Bereich der Landwirtschaft als Saisonarbeiter angestellt und arbeitet unter unhygienischen Verhältnissen und kann nicht zur Schule gehen. Die Anzahl der Kinderarbeiter stieg im Bereich der Landwirtschaft im Jahre 2006-2012 um 8%. In der Sektion für Landwirtschaft fangen die Kinderarbeiter mit sechs Jahren an zu arbeiten. Im Jahre 2013 haben 59 Kinderarbeiter auf Grund eines Arbeitsunfalles ihr Leben verloren. Die Dunkelziffer liegt weit höher. Das Bildungssystem 4+4+4 kam noch dazu als ungünstige Begleiterscheinung.

Nach offiziellen Aufzeichnungen in der Türkei im Jahr 2012, ist die Zahl der minderjährigen verheirateten Mädchen bei 40.428, der minderjährig verheirateten Jungen bei 1903. Die Zahl der im Kindesalter verheirateten Mädchen ist 21 mal höher als bei Jungen.

Für Kinder, die im Kindesalter heiraten, wird die Bezeichnung "Kinderbräute" verwendet¹².

Nach amtlichen Angaben des Bevölkerungsfonds der Vereinten Nationen werden 2013 in Entwicklungsländern jeden Tag etwa 39.000 Mädchen "Kindermütter", wovon 5.000 unter dem Alter von 15 verheiratet sind.

In den letzten vier Jahren werden die Zahlen über die Anzahl der Kinderbräute in der Türkei ermittelt: die Zahl übersteigt 181.000. In der Türkei wird proportional von über 30-35% Kinderheirat ausgegangen¹³.

¹¹ Ebd., Artikel 230, S. 150.

¹² N. Moroğlu, a. a. O.

¹³ B. R. Tarhan, a. a. O., S. 10.

Zwischen den Jahren 2008-2012 ist die Zahl die unter ihrem 18. Lebensjahr heirateten und ist nach Geschlecht wie folgt zu veranschaulichen¹⁴:

Jahr	Mädchen	Jungs
2008	49.703	2.214
2009	47.859	2.072
2010	45.738	2.000
2011	42.700	1.860
2012	40.428	1.903

In der Generalversammlung der Vereinten Nationen wurde am 20. November 1989 die Kinderrechtskonvention angenommen und die Türkei hat im Jahre 1995 Art. 1 bestätigt, dass jeder unter dem 18. Lebensjahr als "Kind" zu akzeptieren ist. In Art. 36 der Konvention wird erläutert "die Vertragsstaaten schützen das Kind vor allen sonstigen Formen der Ausbeutung, die das Wohl des Kindes in irgendeiner Weise beeinträchtigen".

5. WICHTIGE URTEILE DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFES FÜR MENSCHENRECHTE

In mehreren Urteilen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, bezüglich der Verletzung der Kinderrechte gemäß der Europäischen Menschenrechtskonvention, wurde eine Verletzung der §§ 2, 3, 8 und 13 festgestellt.

6. URTEILE BETREFFEND DER TÜRKEI

Begrenzung der Freiheit von minderjährigen durch Gerichtsbehörden: ein 16-jähriger Jugendlicher war 4 Monate in Ermittlungshaft, bevor er entlassen wurde.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat gemäß § 5 Abs. 3 EMRK (Recht auf Freiheit und Sicherheit) eine Verletzung gesehen, weil das Kind zum gegebenen Zeitpunkt nicht volljährig war¹⁵.

Ein 15-jähriger Jugendlicher wurde wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung als schuldig verurteilt und war schon bereits länger als 4,5 Jahre in Untersuchungshaft. Während seiner Untersuchungshaft wurde er wegen seiner psychischen Problemen nicht behandelt und hat mehrmals Selbst-

¹⁴ N. Moroğlu, a. a. O.

¹⁵ Selçuk – Türkei 10. 01. 2006 (Nr. 21768/02).

mordversuche begangen. Während der Vernehmungen durch die Polizei, den Staatsanwalt und den Richter, hat er keine rechtliche Unterstützung erhalten. In 14 Von 30 Verhandlungen seines Verfahrens war entweder er oder sein Anwalt nicht anwesend. Der EGMR vermerkt, dass die Haftzeit gewiss zum Selbstmord führende psychischen Problemen geführt habe. Die zuständigen Behörden haben keine medizinische Unterstützung zur Verfügung gestellt und sind für die entstehenden Probleme des Jugendlichen unmittelbar verantwortlich. Unter Berücksichtigung des Alters hat er die Untersuchungshaft im Erwachsenengefängnis verbracht, es gab keine medizinische Unterstützung oder notwendige Vorbeugungsmaßnahmen. Art. 5 Abs. 3 (Haftzeit) und Art. 3 der EMRK wurden verletzt. Ferner hat die Türkei Art. 6 (Recht auf ein faires Verfahren) aus verschiedenen Sichten verletzt, weil der Antragsteller an seiner Verhandlung nicht teilnehmen konnte¹⁶,

Das Thema des Verfahrens das zum Nachteil der Türkei ist, ist der Selbstmord eines Kindes im Erwachsenengefängnis. Nach dem EGMR, wurde wegen Selbstmord gegen Abs. 2 der EMRK (keine wirksame Ermittlung durchgeführt) verstoßen. Der EGMR hat die türkischen Behörden als verantwortlich gesehen mit der Begründung, dass der Sohn des Antragstellers psychische Probleme gehabt habe, neben des indifferenten Verhaltens ohne irgendwelche medizinische oder psychische Unterstützung zu veranlassen, durch die Zusammenführung mit den Erwachsenen dazu beigetragen hätte, dass sich seine Psyche verschlimmert und zum Schluss zum Selbstmord geführt hat¹⁷.

In der Türkei wurde ein 12-jähriger Junge mit der Behauptung von seinem Arbeitgeber Geld gestohlen zu haben, um den Diebstahl zu gestehen von Polizeibeamten zusammengeprügelt (die Diebstahlbeschuldigung wurde danach fallengelassen). Als der Junge die Polizeiwache verließ, stolperte er, übergab sich und blutete (eine der Wunden war 30 x 17 cm groß).

Die Vollstreckung der Haftstrafe der Polizeibeamten wurde eingestellt und diese Beamten wurden später befördert. Mit der Begründung, dass die Polizeibeamten keine Strafe erhielten und es für minderjährige Personen keinen besonderen Schutzmechanismus gibt, hat der EGMR die Verletzung der Art. 3 des EMRK festgestellt. Der EGMR bedauert, dass im Zeitraum des Prozesses keine Anzeichen und Besorgnis für Schutzmaßnahmen eines Kindes zu sehen ist. Nach der Türkischen Verfassung, sollte die Bestrafung erschwert werden und das Alter des Opfers berücksichtigt werden. Die Strafflosigkeit der Ve-

¹⁶ Güveç – Türkei 20. 01. 2009 (Nr. 70337/01).

¹⁷ Çoşelav – Türkei 09. 10. 2012 (Nr. 1413/07).

rantwortlichen begründete auch Zweifel an der abschreckenden Wirkung des türkischen Justizsystems und dessen Fähigkeit, Schutz auszuüben¹⁸.

Noch ein Fall in der Türkei: ein 12-jähriger Junge wird auf Durchführung einer Passkontrolle der Polizei, weil er seinen Name nicht angeben wollte, zur Wache mitgenommen. In der Zeit ist er durch die Polizeibeamten misshandelt worden. An der linken Leiste und am Auge des Jungen sind blaue Flecken entstanden. Der EGMR hat dies verurteilt, weil das Kind unmenschlich und erniedrigend behandelt wurde und festgestellt, dass Art. 3 der EMRK verletzt wurde. Demzufolge wurden die verantwortlichen Polizisten nicht rechtmäßig bestraft und Art. 3 des EMRK zum zweitenmal verletzt.¹⁹

7. URTEILE DER ANDEREN LÄNDER – GESCHÄDIGTE KINDER

Ein Kind in England verletzt körperlich ein anderes Kind, daraufhin halten zwei Polizisten den 15-jährigen Jungen fest, der dritte Polizist schlägt mit einem Schläger dreimal zu. Dies wird von Seiten des EGMR mit der Begründung, „Institutionalisiertes Erscheinen der Gewalt“ gemäß Art. 3 EMRK (unmenschliches und erniedrigendes Behandeln oder Strafverbot) verurteilt²⁰.

Ein vermeintlich „schwieriger“ neunjähriger Junge wurde mehrfach mit erheblicher Gewalt von seinem Stiefvater mit einem Stock gezüchtigt, wodurch er schmerzhafte Blutergüsse erlitt. Sein Stiefvater wurde wegen tätlichen Angriffs und der Körperverletzung vor Gericht gestellt, aber freigesprochen, da das damalige englische Recht das Verteidigungsmittel der „angemessenen Strafe“ zuließ. Der Gerichtshof vertrat die Auffassung, dass – insbesondere – Kinder und andere schutzbedürftige Personen Anspruch auf Schutzvorkehrungen hätten, die wirksam von solchen Formen der Misshandlung abschrecken. Er stellte eine Verletzung von Art. 3 fest, da das englische Recht den Jungen nicht angemessen schützte.

Nach diesem und einer Reihe anderer Urteile und Entscheidungen wurde die Prügelstrafe in allen Schulen des Vereinigten Königreichs verboten²¹.

In einem Vorfall, wo eine Person mit einem Kind sexuellen Kontakt über das Internet aufnehmen wollte, wurde durch den Internetdienstanbieter diese Feststellung nicht an die zuständige Behörde weitergeleitet, was durch den finni-

¹⁸ Okkalı – Türkei 17. 10. 2006 (Nr. 52067/99).

¹⁹ Cigirhun Öner – Türkei 23. 11. 2010 (Nr. 2) No. 2858/07).

²⁰ Tyrer – Vereinigte Königreich 25. 04. 1978 (Nr. 5756/72).

²¹ Vereinigtes Königreich 23.09.1998 (Nr. 25599/94).

schen Staat als angemessen betrachtet wurde. Der Gerichtshof vertrat die Auffassung, dass die Nichtanzeige eine kriminelle Handlung darstellte, die einen Minderjährigen zu einem Zielobjekt für Pädophile macht.

Da der Finnische Staat in solchen Fällen für die Kinder und gefährdete Personen über keine schützende Konvention verfügte und seiner Pflichten nicht nachgekommen ist, wurde Art. 8 EMRK verletzt²².

Der Gerichtshof stellte fest, dass zwei Führungskräfte eine „sehr aktive Rolle“ spielten, in der Betreuung von zwei Kindern und dessen Unterbringung im Heim, eine Verletzung von Art. 8 (Recht und Achtung des Privat und Familienlebens)²³.

England wurde durch den EGMR verurteilt, weil Kinder von ihren Eltern unglaublich lange Zeit vernachlässigt und emotional missbraucht, sodass diese körperliche und psychische Schäden erlitten. Sie waren beispielsweise wiederholt in ihr Zimmer eingesperrt, an den Wänden waren Exkremente geschmiert und sie wurden mehrfach beobachtet, wie sie Lebensmittel in Mülleimern suchten. In einem Fall wurden die vier kleinen Kinder - eins davon ein Säugling - erst nach viereinhalb Jahren bei der sozialen Fürsorge für Kinder durch Beschwerde in Obhut genommen. Laut Beschluss der EGMR wurden die Art. 3 und 13, weil das System die Kinder nicht beschützen konnte und keine wirksame Beschwerde eingelegt wurde, verletzt²⁴.

In einem anderen Fall, Schwester und Bruder 8 und 10 Jahre alt, waren beide von ihrem Stiefvater sexuell missbraucht worden. Die Kinder informierten die Sozialbehörden über den Missbrauch, doch die Behörden haben nichts unternommen um sie zu schützen. Die Kinder hatten ernste Gesundheitsprobleme. Eines der Kinder versuchte sich das Leben zu nehmen. Der EGMR fand, dass die Art. 3 und 13 verletzt wurden, weil für die Kinder kein wirksamer Schutz oder Zugang zu Entschädigungsleistungen im Hinblick auf ihre Beschwerde gegeben war²⁵.

Drei Schwestern und ihr Bruder wurden viele Jahre lang körperlich (alle vier Kinder) und sexuell (die Mädchen) von dem Freund ihrer Mutter missbraucht, selbst nachdem dieser, nach seiner Verurteilung wegen sexueller Belästigung und Freilassung auf Bewährung, wieder bei der Familie eingezogen war. Der Mann zwang die Kinder unter anderem, sich vor ihm gegenseitig mit Ketten und Peitschen zu schlagen, wobei er manchmal aktiv teilnahm.

²² Finland 02. 12. 2008 (Nr. 2872/02).

²³ Scozzari und Giunta – Italia 13. 07. 2000 (Grosse Senat) (Nr. 39221/98 ve 41963/98).

²⁴ Z und Diğerleri – Birleşik Krallık Davası 10. 05. 2001 (Grosse Senat) (Nr. 29392/95).

²⁵ D.P. und J.C. – Vereinigtes Königreich 10. 10. 2002 (Nr. 38719/97).

Die Kinder erlitten auch ernste posttraumatische Gesundheitsstörungen. Der EGMR stellte eine Verletzung von Art. 3 fest, weil die Kinder durch die soziale Fürsorgebehörde nicht geschützt werden konnten und Art. 13, weil es keinen wirksamen Schutz oder Zugang zu Entschädigungsleistungen im Hinblick auf ihre Beschwerde gegeben habe²⁶.

In Bulgarien ist für Geschlechtsverkehr das Einwilligungsalter 14. Ein Mädchen im Alter von 14 Jahren wird von zwei Männern vergewaltigt. Heulend nach der Vergewaltigung bringt die Mutter das Mädchen ins Krankenhaus und es wird festgestellt, dass ihr Jungfernhäutchen gerissen war. Weil nicht festgestellt werden konnte, ob Sie gegen die Vergewaltigung sich gewährt hat oder Hilfe gerufen hat, wurde gegen die Täter keine Strafverfolgung eingeleitet. EGMR hat gemäß internationalen Tendenzen entsprechend festgestellt, dass Art. 3 (Verbot der Folter) und Art. 8 (Recht auf Achtung des Privat und Familienlebens) verletzt wurde. Der EGMR hat festgestellt, das insbesondere junge Frauen bei sexuellem Mißbrauch oft psychisch eingeschränkt sind (es unwillig scheinbar teilnahmslos über sich ergehen) oder sich vor Angst nicht wehren. Der EGMR bezieht sich darauf, dass für Staaten bei unwilligen sexuellen Taten die Untersuchungsverpflichtung besteht, auch wenn das Opfer sich nicht gewehrt haben sollte, so ist in dem geschildertem Fall von einer Verletzung der EKMR auszugehen²⁷.

Ein 15-jähriges togolesisches Mädchen wurde gezwungen, als Sklavin zu arbeiten; man nahm ihr ihren Pass ab und zwang sie, 15 Stunden am Tag ohne Bezahlung oder Urlaub Hausarbeit und Kinderbetreuung zu übernehmen. Der Gerichtshof stellte fest, dass dem Mädchen nach dem französischen Strafrecht kein ausreichend konkreter und wirksamer Schutz zur Verfügung stand und daher eine Verletzung von Art. 4 (Verbot der Sklaverei) vorlag²⁸.

Im November 2002 erstattete die Beschwerdeführerin Strafanzeige gegen ihren Ehemann wegen Körperverletzung, weil er sie angegriffen und mit einem Stromkabel geschlagen habe. Die Polizei war ihr später dabei behilflich, ihre Anzeige zurückzuziehen, als sie, von ihrem Mann begleitet, auf der Polizeiwache erschien. Am 31. Dezember 2002 ermordete ihr Mann den 2001 geborenen Sohn und die 1997 geborene Tochter. Der Gerichtshof stellte eine Verletzung von Art. 2 (Recht auf Leben) und von Art. 13 (Recht auf wirksame Beschwerde) fest, weil die Behörden das Leben der Kinder nicht ausreichend geschützt hatten und es der Mutter nicht möglich war, eine Entschädigung zu erhalten²⁹.

²⁶ E. und anderen – Vereinigtes Königreich 26. 11. 2002.

²⁷ M.C. – Bulgarien 04. 12. 2003 (no. 39272/98).

²⁸ Siliadin – Frankreich 26. 07. 2005 (No. 73316/01).

²⁹ Kontrova – Slowakei 31. 05. 2007 (No. 7510/04).

Im Jahr 2001 verließ die Beschwerdeführerin ihren Mann und erstattete Strafanzeige, gegen ihn, weil er sie und ihre Kinder (geboren 1986, 1988 und 1989) misshandelt, sowie eine ihrer Töchter sexuell missbraucht habe. Er wurde zwei Jahre später wegen Gewalt und sexuellen Missbrauchs verurteilt. Der Antrag auf Ausweisung des Mannes der Beschwerdeführerin, die gemeinsame Wohnung zu verlassen, wurde abgelehnt, weil das Gericht nach eigener Auffassung kein Befugnis habe, dem Ehemann Zugang zu sein Eigentum zu versagen (das Gemeinschaftseigentum endete erst nach ihrer Scheidung). Die Beschwerdeführerin und ihre Kinder waren daher gezwungen, von ihren Freunden und ihrer Familie wegzuziehen und zwei ihrer Kinder mussten die Schule wechseln. Der EGMR stellte fest, dass die Slowakei die Beschwerdeführerin und die Kinder nicht umgehend unter Schutz gegen die Gewalt ihres Mannes genommen hatte und damit ihren Pflichten nicht nachgekommen ist und auf diese Weise Art. 3 und 8 verletzt wurden³⁰.

9. ZWISCHENBEWERTUNGEN

Die Kinder werden in der Türkei - meistens die Mädchen - in erster Linie durch den Vater und Brüder vergewaltigt³¹.

Die Realität hat den türkischen Gesetzgeber gezwungen, bezüglich des Opfers im jungen Alter das unter Schutz und Aufsicht einer Person ist (auch wenn es nur vorübergehend ist), auf die erschwerende Strafe zugegriffen. Die Gerichte beziehen sich auf folgenden Beispiel: Eine Mutter die zur Aufsicht für kurze Zeit das Kind abgibt und das Kind so eine solche Art der Tat erlebt, wird wegen des sexuellen Mißbrauchs mit Straferhöhungsumständen verurteilt³².

Solche Art von bedauerlichen und erschütternden Ereignissen ereignen sich nicht nur in Gebieten, dessen Bildungs und wirtschaftliche Lage, staatlich betrachtet, auf einem besonders niedrigen Niveau liegt, sondern auch häufiger in fortgeschrittenen, europäischen Ländern.

Die Probleme entstehen nicht infolge der Vorschriften der Justizsysteme, sondern durch die schlechten Anwendungen der Verwaltungs- und Justizbehörden. Dass die Staaten keine Politik in Hinsicht eines vernünftigen sozialen Rechtsstaates besitzen, ist ein wichtiger Faktor.

³⁰ E.S. und anderen – Slowakei 15. 09. 2009 (No. 8227/04).

³¹ CGK. 31. 01. 2012., E. 2011/5-412, K. 2012/2.

³² CGK. 21. 05. 2013., E. 2013/14-99, K. 2013/253.

10. BESCHLÜSSE DES TÜRKISCHEN VERFASSUNGSGERICHTES

In den meisten Beschlüssen des Verfassungsgerichtes handelt es sich direkt und indirekt um den Schutz der Kinder. Von diesen werden nur die wichtigsten unten aufgeführt.

Die im aufgehobenen Artikel 426 tStGB bezüglich der Straftat der Anstößigkeit und in der Art der Straftypen angewendete "schädliche Pornographie Publikation" Definitionen, die verfassungswidrig sind, wurde beim Verfassungsgericht, Antrag zur Anfechtung des Artikels gestellt. Dementsprechend stellt das Verfassungsgericht fest, dass pornographische Veröffentlichungen keinerlei Zusammenhang mit Kunst und Kultur haben. Im Gegenteil ist bei Anstößigkeiten zugunsten der Öffentlichkeit, Sittenwidrigkeit, Widrigkeit gegen die allgemeine Gesundheit eine Verletzung. Für die öffentliche Ordnung seien strafrechtliche Maßnahmen und Sanktion notwendig.

Aus diesem Grunde ist das türkische Strafrechtsgesetz in Art. 426, hinsichtlich der Regelung der Angelegenheit und der verhängten Geldstrafe nicht verfassungswidrig³³. Mit dieser Begründung wurde der Antrag abgelehnt. Im Jahre 2005 wurde diese Angelegenheit in Artikel 226 tStGB geregelt und in Kraft gesetzt³⁴. Doch auch dieser Artikel wurde bezüglich des rechtlichen Schutzes nicht optimal geregelt, besonders bei Handlungen der Kinderpornographie ist der Inhalt unklar³⁵.

In einem anderen Beschluss handelt es sich um die vormundliche Bestimmungen gemäß Bürgerlichen Gesetzbuch. Mit der Begründung, dass das Bürgerliche Gesetzbuch in den Artikeln 347, 354, 357, 369, 370, 382, 384, 335, 387, 388, 396, 397, 405, 406 und 407 im Bezug auf das Grundgesetz in den Artikeln 4, 7, 31, 134 und 8 rechtswidrig ist, ist Anfechtungsklage erhoben. Die Begründung der Beschwerde zu den BGB Artikeln wurde erlaubt, obwohl mitgeteilt wurde, dass die zu regelnden Artikel legislativ in Bearbeitung sind.

Das Verfassungsgericht hat Art. 104/2 tStGB bei der ersten Inkraftsetzung den Inhalt für verfassungswidrig gehalten und für nichtig erklärt. Dieser Artikel war wie folgt geregelt: "Ist der Täter mehr als fünf Jahre älter als das Opfer, ohne dass eine Beschwerde verlangt wird, wird die Bestrafung doppelt verhängt". Das Verfassungsgericht hat mit einigen Mitgliedern und ihrer Stimmenmehrheit, diese Forderung akzeptiert, mit der Begründung, dass der

³³ tVerfGE. 11.2.1987, E. 1986/12, K. 1987/4.

³⁴ Für den deutschen Text siehe: S. Tellenbach, a. a. O., Artikel 226, SS. 145-146.

³⁵ Siehe Y. Ünver, a. a. O. (2007), S. 10-13;

genannte Absatz dem Gleichheitsgrundsatz widerspricht, abgeschafft. Die Begründungen des Verfassungsgerichtes die ich angebracht finde sind kurzgefasst wie folgt: Im Art. 2 Grundgesetz gilt als Eigenschaft der Republik und des Rechtsstaates vor allem die Gleichheit und die Gerechtigkeit, die zu einer Grundlage annehmenden Strukturierung vorsieht. Der Gesetzgeber muss diese Grundeigenschaften des Rechtsstaates realisieren. Mit der Bedingung, den Grundsätzen des Verfassungsrechts und Strafrechts treu zu bleiben, der bei der Bestrafung beabsichtigten Folge, die Besonderheiten der Strafen und Tätern zu berücksichtigen, welche Handlungen als Straftat gelten und die Art zu verhängende Bestrafung, die Menge, Erhöhungs- und Minderungsgründe, wenn bezüglich der Bemessungsmenge und der Strafverfolgung die Berechtigung zur Bestimmung der Methodenentscheidung gegeben ist, sollte bei der Anwendung der Berechtigung bezüglich der Ausgleich zur Gerechtigkeit im Hinblick zwischen der Tat und Strafe beachtet werden, sowie bei der voraussichtlich zu verhängenden und erzweckten Strafe zu verwirklichen angebracht ist, ist die Beachtung notwendig. Das vor dem Gesetz, strafrechtlich die Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes angewendet wird, ist zwingend. Doch alle Täter, die die gleiche Tat begehen, handeln nicht unter gleichen Bedingungen und haben nicht die gleichen Merkmale.

Die Unterschiede der Lage des Opfers oder Täters kann zu abweichenden Regelungsanwendungen führen. Bezüglich des Widerspruchsgegenstandes, muss im Falle, wenn der Täter fünf Jahre älter als das Opfer ist, egal ob es eine Beschwerde gibt oder nicht, dies mit doppelter Strafe bestraft werden. So wurde zwischen den Opfern desselben Alters und im Geschlechtsverkehr befindlichen Tätern nur wegen des Altersunterschiedes eine Absonderung festgelegt. Im Falle, dass zwischen dem Täter und dem Opfer weniger als 5 Jahre Altersunterschied sein sollte, wird die Strafe von der Beschwerde abhängig und ob es verfolgt wird oder nicht ist vom Wille des Opfers abhängig. Wenn der Täter 5 Jahre älter ist, wird der Wille nicht geachtet, so wird in Hinsicht des Altersunterschiedes des Opfers eine Absonderung geregelt. Diese Regelung ist mit der Gleichheitsgrundsatz und Gerechtigkeit nicht übereinstimmend³⁶.

11. DAS TÜRKISCHE STGB

Das in Bezug auf bestimmte Arten von Kriminalität das Opfer ein Kind ist, wurde als erschwerender Grund für besondere Strafe geregelt.

Der sexuelle Missbrauch der Kinder ist z.B. bei der Straftat gegen die Humanität ein erschwerender Umstand für die Straftat (Artikel 77/1-f).

³⁶ tVerfGE. 23. 11. 2005., E. 2005/103, K. 2005/89 (BGBl. 25. 02. 2006., Nr. 26091).

Aber für die Anschaffung, Unterbringung und Entführung der Personen unter achtzehn zum Zweck des Menschenhandels von einem Ort zu einem anderen, ohne Verwendung eines Kraftfahrzeugs, wird der Täter mit der einfachsten Form der Strafe bestraft (Artikel 80/3 t-StGB).

Wenn eine Person ihr eigenes Kind tötet (Artikel 82/1-d t-StGB) oder das Opfer bei der Straftat wegen seines körperlichen oder geistigen Zustands wehrlos ist (Artikel 82/1-e) oder das Kind das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet hat (Artikel 234/2 tStGB), gelten erschwerende Umstände. Ein anderer erschwerender Umstand ist die vorsätzliche Körperverletzung (Artikel 86/3-b und c).

In Bezug auf die Straftat der Beihilfe zum Selbstmord: wer eine Personen zum Selbstmord verleitet, deren Einsichtsvermögen in die Bedeutung und die Folgen der Tat nicht entwickelt oder verloren gegangen sind, oder wer Personen mit Gewalt oder Drohung zum Selbstmord zwingt, wird wegen vorsätzlicher Tötung zur Verantwortung gezogen (Artikel 84/4 tStGB).

Die Folter gegen ein Kind (Artikel 94/2-a tStGB), wenn bei einer Quälerei das Opfer ein Kind ist, oder Kind des Täter ist (Artikel 96/2-b und c tStGB), all das ist erschwert strafbar. Wer den Kindern Orte und Möglichkeiten zum Glücksspiel bereitstellt in Bezug auf Glücksspiele (Artikel 228/2 tStGB), bei Straftaten wie Misshandlung, wo das Opfer ein Kind ist (Artikel 232/2 tStGB), diese Straftaten gelten als Straftaten unter erschwerenden Umständen.

Wer ein Kind zur Prostitution verleitet, zu dieser Vorschub leistet, es zu diesem Zweck anwirbt, ihm Unterschlupf bietet oder bei der Prostitution des Kindes vermittelt, wird mit vier bis zu zehn Jahren Gefängnis und bis zu 5000 Tagesstrafen Geldstrafe bestraft. Die Vorbereitungshandlungen zur Begehung dieser Tat werden wie die vollendete Tat bestraft. (Artikel 227/1 tStGB).

Die Mutter oder Vater, werden, auch wenn ihnen die elterliche Gewalt entzogen wurde, durch Mangel an Sorgfalt in materieller und psychischer Hinsicht infolge gewohnheitsmäßigen Trinkens, Betäubungsmittel- oder Aufputschmittelgebrauchs oder ehrlosen Lebenswandels mit drei Monaten bis zu einem Jahr Gefängnis bestraft, wenn sie die Moral, Sicherheit und Gesundheit ihrer Kinder schwer gefährden (Vernachlässigung familienrechtlicher Verpflichtungen) (Artikel 233/3 tStGB).

Die Mutter oder der Vater, die die elterliche Gewalt entzogen wurde, oder ein Verwandter bis einschließlich des dritten Grades, der ohne Gewalt oder Drohung ein Kind unter 16 Jahren aus der Obhut der Erziehungsberechtigten, des Vormunds oder der mit der Fürsorge und Aufsicht berauten Person entführt, wird mit bis zu einem Jahr Gefängnis bestraft (Entführung oder Zurückbehaltung eines Kindes) (Artikel 234/1 tStGB).

Wer ein Kind, das ohne Wissen oder Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters sein Zuhause verlassen hat, auch wenn es mit seinem eigenen Willen geschieht, bei sich behält, ohne dessen Familie oder die zuständigen Behörden zu benachrichtigen, wird auf Antrag mit drei Monaten bis zu einem Jahr Gefängnis bestraft (Zurückbehaltung eines Kindes) (Artikel 234/3 tStGB).

12. DAS TÜRKISCHE KINDERSCHUTZGESETZ

Das Kinderschutzgesetz vom 3. Juli 2005, das noch gültig ist, hat das Kinderprozessrecht vom 7. November 1979 außer Kraft gesetzt. Dieses Gesetz regelt im Wesentlichen die Grundprinzipien, Schutz- und Fördermaßnahmen, die Prozessen infolge der Fassung der Beschlüsse für die Maßnahmen, Rechtsbehelfe und Verfahren gegen die Entscheidungen, im Bedarfsfall die Notfallschutzanordnung über Kinder in der Umsetzung dieses Gesetzes. Außerdem regelt dieses Gesetz die Ermittlung und Strafverfolgung über die Kinder, die Ermächtigung der Oberstaatsanwaltschaft und Polizeibehörden, die Niederlassung und die Geschäftstätigkeit des Jugendgerichts, die sozialen Ermittlungen und die Entscheidung über die Schutz- und Fördermaßnahmen des Kindes, die bestätigte Entscheidung für die Erweiterung des Beschlusses betreffend die Klage im Namen des Volkes, die Entscheidung als wie Hinterlassung für die Offenlegung des Beschlusses.

Man kann die bemerkenswerten Eigenschaften in Hinsicht auf Schutz des Kindes wie folgt bezeichnen:

Man kann auch betreffend für ein Kind das keine Straftat begonnen hat, Notfallschutzmaßnahmen treffen (Artikel 9); außerdem kann man über die Kinder die geisteskrank sind, nicht infolge der Geisteskrankheit sondern kinderspezifisch Schutzmaßnahmen treffen (Artikel 12); außer die Ausnahmen kann die Schutzmaßnahmen ohne eine Verhandlung oder falls erforderlich durch Verhandlung durch die Gerichtsbehörden getroffen werden. Die Ermittlung betreffend des Kindes die an Verbrechen gefördert ist, wird besonders durch den Staatsanwalt die in Kinderpolizei tätig ist, durchgeführt (Artikel 15/1). Falls durch den Staatsanwalt während der Ermittlung als erforderlich erachtet wird, kann von dem Richter die Anwendung der Schutz- und Fördermaßnahmen anfordern (Artikel 15/3), die Kinder die in Gewahrsam kommen, werden von Erwachsenen getrennt gehalten (Artikel 16); Im Falle, dass die Kinder mit Erwachsenen ein Straftat begehen, wird die Ermittlung und Verfolgung getrennt durchgeführt. Aber falls erforderlich werden die Klagen in allgemeinen Gericht zusammengefügt (Artikel 17); Die Kinder werden nicht mit Ketten, Handschellen oder ähnlichen Gegenständen angelegt. Aber in erzwungenen Situationen um das Entweichen von Kindern zu verhindern, die Gefährdun-

gen in Bezug auf das eigene und fremde Leben oder die körperliche Unversehrtheit zu verhindern, kann durch den Polizeibehörden die erforderlichen Maßnahmen ergriffen werden (Artikel 18). Falls wegen der Straftat die an das Kind beigemessen wird, die Voraussetzungen in Strafprozessrecht zustande kommen, kann für die Erweiterung der Klage im Namen des Volkes entschieden werden. Aber, in dieser Hinsicht ist die Erweiterungsdauer höchstens drei Jahre (Artikel 19); Gegen die Kinder unter fünfzehn, kann man aufgrund der Straftaten mit Freiheitsstrafe für die obere Grenze höchstens fünf Jahren nicht für Arrestbeschluss entscheiden (Artikel 21). Das Kind, dass in der mündlichen Verhandlung zur Aussage bereit steht, kann auch zu seinem Besten von der Verhandlung entfernt werden. Das Kind, das bereits vernommen wurde, muss nicht nochmal in der mündlichen Verhandlung vernommen werden (Artikel 22/3). Das Gericht für Kinder besteht aus ein Richter. Diese Gerichte werden in jeder Provinz gegründet (Artikel 25/1); Bei den Straferichten für Kinder, besteht ein Kammervorsitzender und ausreichende Mitglieder. Das Gericht versammelt sich mit einem Kammervorsitzenden und zwei Mitgliedern (25/2). Bei den Oberstaatsanwaltschaften wird ein Kinderbüro gegründet (29/1). Die Aufgaben für die Kinder werden vorzugsweise von der Kinderabteilung der Polizeibehörden verwirklicht (Artikel 31/1). Falls es bekannt gegeben wird oder festgestellt wird, dass das Kind unter Schutz zu nehmen ist, oder falls Gründe zustande kommen, dass die Wartung für den Schutz des Kindes gegen das Kind ist, gewährleistet die Kinderabteilung der Polizeibehörden die erforderlichen Schutzmaßnahmen des Kindes und bringt das Kind so schnell wie möglich an die Sozialdienste und den Kinderschutzbund (Artikel 31/5). Falls erforderlich werden gemäß dieser Gesetzen durch den Richter für Kinder oder Staatsanwälte, in Bezug auf persönliche Eigenschaften und soziale Umgebung eine Betrachtung durchgeführt. Dieser soziale Bericht enthält die rechtliche Bedeutung und Ergebnis der Tat des Kindes und in Bezug auf dieser Tat und die direkte Fähigkeit des Verhaltens des Kindes wird durch das Gericht berücksichtigt (Artikel 35/1).

Literatur

- Orhan Kemal Cengiz: Radikal Yazarı Bebeğini Ölümüne Terk Eden Anneyi Savundu, <<http://haberciniz.biz/radikal-yazari-bebegini-olume-terk-eden-anneyi-savundu-3156174h.htm>> (11. 09. 2014; 12.15).
- Nazan Moroğlu, Hukuki Açıdan Çocuk Gelinler, in: Kadın Hakları, Sorunlar Çözüm Önerileri. Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Sempozyum, 6 Mai 2014 (Aufsatz).

Hümeysra Pardeli: Bebeğini terk eden anneye ömür boyu hapis; <www.radikal.com.tr/turkiye/bebegini_terk_eden_anneye_omur_boyu_hapis-1100878> (19. 09. 2014; 00.10).

Bülent R. Tarhan: Çocuk Evlilikleri Ceza Hukuku Bağlamında Bir Öneri, in: Güncel Hukuk Dergisi, 9 (2014), S. 10.

Silvia Tellenbach: Das Türkische Strafgesetzbuch, Duncker & Humblot, Berlin 2008, S. 40.

Yener Ünver: Ceza hukuku açısından çocuk ve gençler hakkında birkaç sorun (çocuk istismarı ve önlemleri), İstanbul 2002, SS. 53-71.

Yener Ünver: Bazı Avrupa Ülkelerinde Çocuk Pornografisine İlişkin Ceza Hukuku Düzenlemeleri, in Güncel Hukuk Dergisi, 1 (2007), SS. 10-13.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 343.11:342.7-053.2(560)

Yener Ünver,*doktor pravne znanosti, redni profesor, častni doktor, dekan Pravne fakultete Univerze Özyegin, Istanbul, Turčija*

ZAŠČITA OTROKA V TURŠKEM KAZENSKEM PRAVU*

Turčija je uveljavila Konvencijo [Združenih narodov] o otrokovih pravicah dne 27. januarja 1995. Po določbi Ustave Turčije (členu 90/5) ima konvencija v primeru neskladnosti z nacionalnimi zakoni prednost pri uporabi. Presoja skladnosti zakona s konvencijo pred turškim ustavnim sodiščem ne prihaja v poštev: predvidena je avtomatska prednost konvencije v primeru opisanih neskladij.

Po določbi 58. člena turške ustave mora država izvajati učinkovite ukrepe za zavarovanje mladih ljudi, predvsem pa take, ki naj jim omogočijo »laicistični razvoj kot moderni mladi«. Posebej je poudarjeno varovanje mladih pred odvisnostjo od alkohola, prepovedanih drog, pred njihovimi kaznivimi dejanji, njihovo igro na srečo in njihovo nevednostjo.

Za razliko od turške ustave, ki govori o mladih ljudeh (a ne nudi definicije tega pojma), uporablja turška kazenska zakonodaja izraz otrok in ga definira kot osebo, ki še ni dopolnila 18 let [biološke] starosti, poskuša pa znotraj represivnega okvira konkretizirati usmeritve iz ustave v zvezi z mladimi ljudmi.

V 31. členu turškega kazenskega zakona je urejen vpliv starosti storilca na njegovo kazensko odgovornost. Kazenska odgovornost se v Turčiji začneja z 12. letom biološke starosti, različne starostne kategorije pa so tabelarično urejene glede preostalih vplivov na izrek oziroma izvršitev sankcij zoper otroke.

Oseba, ki v trenutku izvršitve kaznivega dejanja (*tempore criminis*) še ni dopolnila 12 let biološke starosti, ne more biti podvržena kazenskemu postopku, lahko pa je podvržena posebnim varovalnim ukrepom države, posebej primernim za tako mlade storilce kaznivih dejanj.

Oseba, ki je v trenutku izvršitve kaznivega dejanja že dopolnila 12 let, ne pa še 15 let biološke starosti, lahko šteje za kazensko odgovorno, če je *tempore criminis* podana njena sposobnost usmerjanja svojih ravnanj. Zoper njo prihajajo v poštev omiljene kazni. Za otroke v tej starostni skupini, ki še niso mo-

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

gli usmerjati svojih ravnanj *tempore criminis*, pa prihajajo v poštev varnostni ukrepi, predvideni za otroke.

Za storilca, ki je v trenutku izvršitve kaznivega dejanja že dopolnil 15 let, ne pa še 18 let biološke starosti, je predvidena malenkostna omilitev kazni. Posebno preverjanje sposobnosti usmerjanja lastnih ravnanj za to starostno skupino ni predvideno. Teoretiki kritizirajo nabor vrst posebnih sankcij za to starostno skupino v turškem kazenskem pravu kot preskromen. Podobno kritizirajo tudi odsotnost posebnih pravil za preverjanje sposobnosti usmerjanja lastnih ravnanj za to starostno skupino.

Turški kazenski zakon posebej obravnava otroke, ki so napeljeni h kaznivemu dejanju, in sicer preko pravil o postrožitvi kazni od tretjine do polovice za osebo, ki je otroka izkoristila za kaznivo dejanje preko svojega sorodstva z otrokom. V praksi žal tožilstva pogosto sploh ne poskušajo raziskovati napeljevanja otrok k t. i. tradicionalnim ubojem ali krvnemu maščevanju, čeprav je v konkretnih zadevah precej očitno, da je prišlo do takega napeljevanja znotraj družine, ampak se zadovoljijo s pregonom otroka kot storilca (ki dejanje značilno prizna). Otroke pa v zadevah t. i. tradicionalnih ubojev in krvnega maščevanja kaznujejo mileje.

Po določbi člena 50/3 turškega kazenskega zakona je treba v zadevah, kjer je v inkriminacijski normi zagrožena kazen do enega leta, otroku kot storilcu to kazen spremeniti v alternativno sankcijo. V nasprotju s splošnim pravilom, da se izrečene zaporne kazni do dveh let zavora spremenijo v t. i. pogojno odloženo kazen, velja to pri otrocih kot storilcih za zaporne kazni do treh let (člen 51/1 turškega kazenskega zakona).

Po določbi splošnega dela turškega kazenskega zakona – člena 80/3 velja zanimivo splošno pravilo za presojo krivde storilca, kadar gre za kaznivo dejanje trgovine z ljudmi zoper otroka kot žrtev. V takih primerih določenih elementov krivde zakon za razliko od krivde nasploh za obsodilno sodbo storilca ne zahteva.

Primerjalno posebej zanimivo je, da status otroka na strani žrtve predstavlja posebno obteževalno okoliščino naklepnih usmrtilvenih deliktov in po naravi stvari konstituira umor kot posebej težko obliko uboja.

Kaznivo dejanje mučenja je zaradi otroka kot statusa žrtve kvalificirana oblika tega že sicer težkega kaznivega dejanja (člen 94/2 turškega kazenskega zakona). Podobno velja še za kazniva dejanja v zvezi z odvzemom prostosti, siljenja k beračenju, številna spolna kazniva dejanja in druga kazniva dejanja zoper otroka.

V praksi so pri uporabi navedenih pravil kazenske zakonodaje številni problemi, od katerih mnogi izhajajo iz posebnosti tradicionalne ruralne družbe Turčije. Zaostritev kazenske zakonodaje ima v praksi zelo majhen vpliv na pojavnost mnogih deliktov otrok, pa tudi deliktov zoper otroke. Zlasti v boju zoper organizirano kriminaliteto bodo potrebni resnejši napor, tako pri intenzivnosti nadzora nad otroki, kot pri dekriminalizaciji njihovih ravnanj. Gre za dolgoročno in zelo zahtevno nalogo.

NEODVISNOST IN NEPRISTRANSKOST SODIŠČ/SODNIKOV PO 6. ČLENU EVROPSKE KONVENCIJE O ČLOVEKOVIH PRAVICAH

Lyda Friederike Müller: Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und spezifische Probleme in den östlichen Europaratstaaten. Duncker & Humblot, Berlin 2015, 329 strani.

Avtorica *Lyda Friederike Müller* v nedavno izdani knjigi pri berlinski založbi Duncker&Humblot obravnava danes vse bolj (ali ponovno) aktualno vprašanje v številnih državah, kakor izhaja iz števila sodb Evropskega sodišča za človekove pravice v Strasbourgu, tj. vprašanje zahteve po neodvisnosti in nepristranskosti sodišč oziroma sodnikov po 6. členu Evropske konvencije o človekovih pravicah.

Avtorica v predgovoru že sama uvede bralca s temeljno trditvijo, da je sodniška neodvisnost nujna predpostavka delujoče pravne države. Da bi navedeno tematiko kar najbolj predstavila bralcu, avtorica delo strukturira na uvod (A. »*Einleitung*«, str. 13–20), na predstavitev zahtev Sveta Evrope glede neodvisnosti in nepristranskosti sodišč držav članic (B. »*Die Anforderungen des Europarats an die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte*«, str. 21–155), predstavitev neodvisnosti sodišč v posameznih vzhodnih državah članicah (C. »*Unabhängigkeit der Gerichte in den östlichen Europaratsstaaten*«, str. 156–285) ter zaključek (D. »*Ergebnisse und Ausblick*«, str. 286–296).

V uvodu avtorica izhaja iz prvega odstavka 6. člena EKČP, po katerem ima vsakdo pravico, da o njegovih civilnih pravicah in obveznostih ali o kakršnihkoli kazenskih obtožbah zoper njega pravično in javno ter v razumnem roku odloča neodvisno in nepristransko, z zakonom ustanovljeno sodišče. Ta pravica iz 6. člena EKČP naj bi bila v zadnjem času ponovno ena najpogostejše krše-

nih pravic, kakor to ugotavlja Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP). Ravno pravica do neodvisnega in nepristranskega sodišča pa naj bi se štela za nujno predpostavko *poštenega postopka* in kot temeljni gradnik sistema (vsake) pravne države. Avtorica prav tako napoveduje, da se bo število tovrstnih kršitev še povečevalo na račun sodnih sistemov pri novih (vzhodnih) članicah Sveta Evrope, ki so še vredno v tranzicijskem/transformacijskem procesu, ki še ni zaključen (gre zlasti za članice Sveta Evrope, ki so bivše članice Sovjetske zveze – »*postsowjetische Europaratmitglieder*«) (str. 13). Temeljno avtoričino vprašanje, na katerega poskuša odgovoriti v predstavljenem delu, je, katere zahteve morajo biti izpolnjene po EKČP ter po sodni praksi ESČP, da bi lahko govorili o zagotavljanju neodvisnega sodstva kot bistveni predpostavki pravne države.

Zahteve glede neodvisnosti in nepristranskosti, ki morajo biti izpolnjene v skladu z EKČP, obravnava v delu B) (str. 21–155), ki ga nadalje strukturira. V točki 1 se najprej spopada z nastankom in funkcijo prvega odstavka 6. člena EKČP (»*Entstehungsgeschichte und Funktion von Art. 6 Abs. 1 EMRK und Bezug auf die Anforderung »independent and impartial tribunal established by law«*«, str. 21–28). Avtorica v tem delu opiše zgodovino nastajanja EKČP, zlasti z opiranjem na 10. člen Deklaracije OZN o človekovih pravicah iz leta 1948, ter v tem okviru posebej na nastanek 6. člena EKČP. Za oblikovanje današnjega besedila je bila potrebna nadgradnja besedila iz Deklaracije OZN, k čemur naj bi pripomoglo predvsem zasedanje ekspertov (t. i. *Committee of Government Experts*), pa tudi konferenca starejših uradnikov (*Conference of senior officials*) (str. 24). Po mnenju avtorice pa je za ugotovitev funkcije besedila tako oblikovanega prvega odstavka 6. člena EKČP treba poseči po sodni praksi ESČP. Vpogled v sodno prakso ESČP kaže, da se prvi odstavek 6. člena EKČP uvršča med temeljna načela pravne države (*rule of law*), ki ima za Svet Evrope osrednji pomen. V tem smislu obsega navedena določba tudi vprašanje dostopa do sodišča, pošten postopek, načelo določnosti, načelo zakonitosti, prepoved zlorabe oblasti itd.

Avtorica poudarja, da je zvezo med načelom pravne države in jamstvi iz 6. člena EKČP sodišče večkrat poudarilo (glej npr. *Sunday Times proti Veliki Britaniji*, št. 6538/74, ter *Stran Greek Refineries in Stratis Andreadis proti Grčiji*, št. 13427/87). Prav tako je sodišče posredno (temu vprašanju se namreč izogiba) priznalo in poudarilo pomen navedenega člena v smislu delitve oblasti (npr. *Henryk Urban proti Poljski*, št. 23614/08; *Agrokompleks proti Ukrajini*, št. 23465/03; *Stafford proti Veliki Britaniji*, št. 46295/99; *Kleyn in drugi proti Nizozemski*, št. 39343/98). Avtorica tudi dodaja, da je pravica do poštenega postopka iz 6. člena EKČP v tesni zvezi z načelom demokracije, kar naj bi bilo razumljivo glede na zahtevo po nepristranskosti. ESČP naj bi vseskozi poudarjalo, da je za demokracije temeljnega pomena, da sodišča v javnosti uživajo za-

upanje, da pa bi to zaupanje dosegla, morajo biti nepristranska (primer *Olujić proti Hrvaški*, št. 22330/05). Zlasti v postopkih proti vzhodnim članicam Sveta Evrope je ESČP v zadnjih letih poudarilo zvezo med načelom javnosti, sodniško neodvisnostjo in zaupanjem v sodišča v demokratično urejenih družbah (*Galstylan proti Armeniji*, št. 26986/03; *Nevskaya proti Rusiji*, št. 24273/04; *Raks proti Rusiji*, št. 20702/04) (str. 27). Avtorica še posebej poudarja dostavek »ustanovljeno z zakonom«, ki naj bi preprečil odvisnost sodišč od izvršilne veje oblasti, saj naj bi organizacija sodišč izhajala od zakonodajalca (*Zand proti Avstriji*, št. 7360/76). To omogoča demokratično legitimacijo sodišč, prav tako pa omogoča tudi neodvisnost sodišč (*Savino in drugi proti Italiji*, št. 17214/05; *Pandjikidze in drugi proti Gruziji*, št. 30323/02; *DMD Group, A. S. proti Slovaški*, št. 19334/03).

V točki 2 avtorica posebej obravnava zahtevo prvega odstavka 6. člena EKČP, da gre za »z zakonom ustanovljeno sodišče« (*»Auf Gesetz beruhendes Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK«*, str. 28–39). Avtorica v tej zvezi spominja, da gre pri tem za avtonomno razlago pojma, zato tega ni mogoče (povsem) primerjati z nacionalnimi ureditvami. Pri obravnavi izhaja iz starejšega primera iz leta 1984 – *Campbell in Fell proti Veliki Britaniji*, kjer je ESČP jasno navedlo, da pojem »tribunala« v smislu prvega odstavka 6. člena EKČP ne pomeni nujno sodišča v klasičnem smislu sodnih sistemov držav članic (šlo je za angleški »Board of Visitors«). Avtorica izpostavlja tudi avstrijske primere glede neodvisnih upravnih senatov, ki kažejo na to, da gre ESČP preko nacionalnih opredelitev (*Ringeisen proti Avstriji*, št. 2614/65; *Sramek proti Avstriji*, št. 8790/79) (str. 29). Nacionalna opredelitev naj ne bi igrala pri tem nobene odločilne vloge, bila naj bi zgolj indikator (*Belilos proti Švici*, št. 10328/83). Pri avtonomnem tolmačenju pojma sodišča ESČP upošteva tudi, ali se zagotavlja neodvisnost, nepristranskost itd. (*Neumeister proti Avstriji*, št. 1936/63; *De Wilde, Ooms in Versyp proti Belgiji*, št. 2832/66; *Ringeisen proti Avstriji*; *Le Compte, Van Leuven in De Meyere proti Belgiji*, št. 6878/75). To velja tudi danes, kar naj bi izhajalo iz novejšega primera *Mihailov proti Bolgariji*, št. 52367/99, kjer je ESČP medicinski komisiji odreklo značaj sodišča zaradi neobstoja neodvisnosti. Navedeno kaže, da neobstoje neodvisnosti povzroči, da ni mogoče govoriti o sodišču v smislu prvega odstavka 6. člena EKČP (npr. *Beaumartin proti Franciji*, št. 15287/89; *Bentham proti Nizozemski*, št. 8848/80; *Belilos proti Švici*; *Coëme in drugi proti Belgiji*, št. 32492/96). Avtorica takšno sklepanje ESČP sicer postavlja pod vprašaj, saj naj bi to pomenilo, da že pri izostanku neodvisnosti ne moremo govoriti o sodišču (str. 30); vendar avtorica spomni na nekonsistentnost prakse ESČP v primeru *Demicoli proti Malti*, kjer je sodišče malteškemu parlamentu sprva priznalo značaj sodišča, ki pa ga je v naslednjem koraku zaradi neobstoja nepristranskosti zanimalo (str. 30).

ESČP naj bi vseeno postavilo ustrezno merilo presoje: sodišče v smislu prvega odstavka 6. člena EKČP je podano, če organ odloča v zadevah v okviru svoje pristojnosti, na podlagi pravnih predpisov in po predpisanem postopku; prav tako mora imeti pristojnost, da odloča o pravnih in dejanskih vprašanjih, kar pomeni neke vrste spor polne jurisdikcije. Organi, ki imajo samo kasatorna pooblastila, ne spadajo v pojem sodišč (*Stojaković proti Avstriji*, št. 30003/02; *Schmautzer proti Avstriji*, št. 15523/89; *Västberga Taxi Aktiebolag proti Švedski*, št. 36985/97; *Janosević proti Švedski*, št. 34619/97). Odločitve sodišč morajo biti tudi pravno zavezujoče (*Campbell in Fell proti Veliki Britaniji*). Kaj to pomeni po sodni praksi, razlaga avtorica v nadaljevanju (str. 32). Avtorica še spomni, da sodišča ni mogoče obravnavati samo kot institucije, temveč se lahko nanaša tudi na posameznega sodnika (*Henryk Urban in Ryszard Urban proti Polski*). Posebej se avtorica posveča razlagi pojma »zakon« (str. 35, 36). Vendar mora sodišče tudi v konkretnem primeru ustrezati notranji pravni ureditvi. Sodišče tako npr. ne sme preseči pristojnosti, kot izhajajo iz zakonodaje (*Sokurenko in Strygun proti Ukrajini*). To velja tudi glede personalne sestave sodišč (*Gurov proti Moldaviji*). Glede vprašanja pravice do zakonitega sodnika avtorica ugotavlja, da ESČP ni tako strogo kot to velja v nemškem pravnem redu (*Poshokov proti Rusiji*; glej tudi *Fedotova proti Rusiji*; *Shabanov in Tren proti Rusiji*; *Barashokova proti Rusiji*; *Zakharin proti Rusiji*; *Ilatovskiy proti Rusiji*; *Laryagin in Aristov proti Rusiji*, *Moskovets proti Rusiji*).

V obširnem 3. delu se avtorica posveča razlagi pojma neodvisnosti sodišč, predvsem z vidika sodne prakse ESČP (*»Unabhängigkeit der Gerichte«*, str. 39–98). Temeljni kriteriji po ustaljeni praksi ESČP so način oziroma vrsta imenovanja sodnikov; njihov mandat – doba; obstoj jamstev proti vplivom od zunaj in vprašanje, ali ima organ navzven videz neodvisnosti. Znotraj teh kriterijev je sodna praksa ESČP oblikovala še nadaljnje kriterije, ki jih avtorica v nadaljevanju obravnava. Pri tem spominja, da se zahteve neodvisnosti nanašajo tako na sodišče kot celoto kot tudi na posameznega sodnika (str. 40). Avtorica podrobneje obravnava vprašanja glede načina imenovanja sodnikov v odvisnosti od tega, ali pri tem sodeluje izvršilna veja oblasti (npr. *Incal proti Turčiji*, *Gurov proti Moldaviji*, *Galstyan proti Armeniji*), zakonodajna veja oblasti (npr. *Crociani*, *Palmiotti*, *Tanassi in Lefebvre d'Ovido proti Italiji*; *Flux proti Moldaviji*), sodelovanje sodnega sveta (npr. *Hazar*, *Hazar in Acik proti Turčiji*, št. 16311/90; *Galstyan proti Armeniji*; *Ashughyan proti Armeniji*); sodelovanje strank samih pri arbitraži (npr. *Bramelid in Malmström proti Švedski*; *Siglfirdingur proti Islandiji*, št. 34142/96; *Stojakovic proti Avstriji*). Nadalje obravnava vprašanje sodniškega mandata (npr. *Incal proti Turčiji*, *Leo Zand proti Avstriji*); obstoj jamstev zoper vplive od zunaj: odsotnost vplivanja od izvršilne veje oblasti (npr. *Sovtransavto Holding proti Ukrajini*, št. 48553/99,

Agrokompleks proti Ukrajini; Chevrol proti Franciji; Beaumartin proti Franciji, Falcoianu in drugi proti Romuniji), odsotnost vplivanja s strani zakonodajne veje oblasti (*Stran Greek Refineries in Stratis Andreadis proti Grčiji*); vprašanje dejanskih vplivov zaradi izvajanja dvojne funkcije (*Sutter proti Švici; Campbell in Fell proti Veliki Britaniji, Ettl proti Avstriji, Incal proti Turčiji*), tajna posvetovanja (*Sutter proti Švici*), vprašanje zveze med sodnimi odločitvami (*Dacia S. R. L. proti Moldaviji*); nepremakljivost sodnikov (*Zand proti Avstriji; Stieringer proti Nemčiji; Fruni proti Slovaški, Bochan proti Ukrajini; Moiseyev proti Rusiji*), vprašanje poskusne sodniške dobe (*Stieringer proti Nemčiji; Gurov proti Moldaviji*); pomen sodniškega izobraževanja (*Clarke proti Veliki Britaniji*), videz neodvisnosti (*Delcourt proti Belgiji; Piersack proti Belgiji; Campbell in Fell proti Veliki Britaniji*), neodvisnost znotraj sodstva samega (str. 74–75) (*Daktaras proti Litvi; Hirschhorn proti Romuniji; Agrokompleks proti Ukrajini, Parlov-Tkalčić proti Hrvaški; Khrykin proti Rusiji; Solov proti Ukrajini, Mosteanu proti Romuniji; Pretto proti Italiji*), vprašanje razmerja do tožilstva (str. 78–81) (*Ramishvilli in Kokhreidze proti Gruziji; Ozerov proti Rusiji*), posebnosti v disciplinskih postopkih (str. 81–85) (*Vilho Eskelinen in drugi proti Finski; Pellegrin proti Franciji; Olujić proti Hrvaški; Kudeshkina proti Rusiji, Özpinar proti Turčiji, Mitap in Müftüoğlu proti Turčiji*), vprašanje vojaških sodišč (str. 87–97) (*Ergin proti Turčiji; Miroschnik proti Ukrajini; Engel in drugi proti Nizozemski; Cooper proti Veliki Britaniji; Moore in Goordon proti Veliki Britaniji; Findlay proti Veliki Britaniji; Baskaya in Okcuoglu proti Turčiji; Seher Karatas proti Turčiji; Yagmurdereli proti Turčiji in drugi*).

V 4. sklopu obravnava avtorica vprašanja nepristranskosti (*»Unparteilichkeit der Gerichte«*, str. 98–120). Po splošni opredelitvi ESČP se nepristranskost označuje kot neobstoje predodb ali prizadetosti sodišča ali posameznega sodnika in se deli na subjektivno neodvisnost kot notranji odnos sodnika do strank in do procesnega gradiva v konkretnem primeru ter objektivno neodvisnost, ki se sprašuje po objektivnih garancijah varstva nepristranskosti (str. 98). Avtorica v tem delu s sklicevanjem na primere podrobneje obravnava vprašanja objektivne nepristranskosti (*Tocono in Profesorii Prometeisti proti Moldaviji, Chemelir proti Češki, Mežnarić proti Hrvaški, Tsfayo proti Veliki Britaniji, Huseyn in drugi proti Azerbadžanu, Hanif in Khan proti Veliki Britaniji, Lobo Machado proti Portugalski; Kress proti Franciji, Steulet proti Švici, Indra proti Slovaški, Craxi III proti Italiji, Romanova proti Ukrajini, Warsicka proti Poljski, Bajaldziev proti Makedoniji, Šorgić proti Srbiji, Thomann proti Švici, Kyprianou proti Cipru, Delage in Magistrello proti Franciji, Castillo Algar proti Španiji, Švarc in Kavnik proti Sloveniji, Procola proti Luxemburgu, McGonnell proti Veliki Britaniji, Lavents proti Latviji, Buscepi proti Italiji, Olujić proti Hrvaški*) ter subjektivne nepristranskosti (*Pullar proti Veliki Britaniji, Micallef*

proti Malti, Paskal proti Ukrajini, Mironenko in Martenko proti Ukrajini, Gregory proti Veliki Britaniji).

V točki II) v okviru dela B) avtorica podrobneje obravnava zahteve glede sodniške neodvisnosti in nepristranskosti s strani organov Sveta Evrope ter Beneške komisije (*»Richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit als Anforderungen von Seiten der Organe des Europarats und der Venedig-Kommission«*, str. 120–155). V tem okviru najprej predstavi odbor ministrov Sveta Evrope, njegovo strukturo in instrumente (str. 121–122), predvsem pa *Priporočilo CM/Rec(2010)12 Odbora ministrov državam članicam o neodvisnosti, učinkovitosti in odgovornosti sodnikov* (str. 123–136), v nadaljevanju pa še parlamentarno skupščino Sveta Evrope (str. 137–138) ter *Resolucijo parlamentarne skupščine Sveta Evrope 1685(2009)* (str. 139–142) in Beneško komisijo (str. 143–152).

V obsežnem delu C) avtorica celovito predstavi stanje glede neodvisnosti sodišč v vzhodnih državah članicah Sveta Evrope (*»Unabhängigkeit der Gerichte in den östlichen Europastaaten«*, str. 156–285). Pri tem začne s sodniško neodvisnostjo kot enim izmed temeljnih pogojev za pristop v Svet Evrope (str. 156, 157). Pri tem vendarle omeni razliko med željo po doseganju tega pogoja s strani države članice (subjektivna predpostavka) ter dejansko zagotovitvijo načela pravne države, demokracije in varstva človekovih pravic (objektivna predpostavka). Mnogo vzhodnih držav namreč dejansko vseh teh predpostavk ob vstopu še ni izpolnjevalo, zato je vendarle prednjačil (zgolj) subjektivni kriterij in pri tem načelo: *»integration is better than isolation«* (str. 159–160). Avtorica v nadaljevanju obravnava konkretne pristopne razprave držav: Rusija (str. 160–165), Ukrajina (str. 165–167), Moldavija (str. 168–170) in Gruzija (str. 171–173).

V nadaljevanju v delu II) obravnava skupno strukturalne probleme vzhodnih držav članic Sveta Evrope glede na zahteve sodniške neodvisnosti. V tem okviru tako posebej obravnava vprašanja sodne uprave, v tem okviru sodnih svetov (str. 179–185), tj. vprašanje izbire, imenovanja in napredovanja sodnikov (str. 186–189), disciplinskih postopkov in etike (str. 190–194), proračuna, vplivov s strani izvršilne veje oblasti in predsednika sodišča na sodno upravo *de iure* in *de facto* v Rusiji (str. 200–206). V smislu neodvisnosti podrobneje obravnava vpliv predsednika sodišča (str. 222–224), posebej njegovo formalno in neformalno koncentracijo moči (str. 225–233); njegovo izbiro in imenovanje (str. 234–236). Samostojen del posveča obširni problematiki ocenjevanja sodnikov v času sodniškega mandata in vodenju disciplinskih postopkov zoper njih (*»Independance vs. Accountability am Beispiel von Evaluationen und Disziplinarverfahren«*, str. 240–285). Že iz sodne prakse Evropskega sodišča, primera *Kudeshkina proti Rusiji*, naj bi izhajalo, da je lahko »odvzem sodniške funkcije« kot sankcija samo *ultima ratio* (v smislu načela sorazmernosti).

V sklepnem delu D) (str. 286–296) avtorica za prikazane sisteme sicer ugotavlja, da so na poti zagotavljanja sodniške neodvisnosti, da pa bo treba v bodoče ustrezno institucionalno izoblikovati sistem sodne/pravosodne uprave in uravnotežiti zahteve po neodvisnosti na eni strani ter potrebo po ugotavljanju odgovornosti sodnika (disciplinski postopki) na drugi strani. In to ne samo za to, da bi se te države izognile obsodbam Evropskega sodišča za človekove pravice, temveč gre za odgovornost državljanom in državljanom teh držav v smislu zagotovitve (individualne) pravice do poštenega sojenja iz prvega odstavka 6. člena EKČP, katere del je tudi neodvisnost sodnikov. Čisto na koncu avtorica iz primera ESČP *Parlov-Tkalčič proti Hrvaški* izpostavi, da je (tudi z zagotavljanjem neodvisnosti sodstva) v demokratični družbi pomembno doseči zaupanje javnosti v sodišča (*»What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public.«*). (str. 296).

Boštjan Tratar,
univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
docent na Fakulteti za državne in evropske študije,
generalni državni pravobranilec Republike Slovenije

AVTORSKI SINOPSIS

*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 342.7:28-523.42(497.4)

TERŠEK, Andraž: Zgraditi džamijo je ustavna pravica**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 5-6**

Avtor besedila je bil leta 2004 tudi avtor pobude za ustavnosodno presojo referendumskih zahtev glede gradnje islamskega verskega objekta džamije v Ljubljani, o kateri je odločalo Ustavno sodišče. Uvodoma izriše družbeno in politično dogajanje, ki je spremljalo predreferendumsko kampanjo. V prvem delu najprej utemelji procesne ustavnopravne razloge, zaradi katerih je Ustavno sodišče v tem primeru lahko ustavnosodno presojalo ustavnost vsebine referenduma preko ustavnosodne presoje akta o njegovem razpisu. V nadaljevanju analizira vsebinski vidik referendumskih zahtev in tudi s pomočjo primerjalnopravnega pristopa navede ustavnopravne razloge, ki govorijo o vsebinski protiustavnosti zadevnega referenduma. Teoretično je posebej obravnavan ustavnopravni problem namena, cilja ali smotra, ki ga zasleduje določen zakonodajni ukrep, bodisi s strani običajnega zakonodajalca bodisi v primerih, ko zakonodajno funkcijo na referendumu prevzamejo volivci. Pojasnjena je izbira in uporaba ustavnih testov za odločanje v tovrstnih primerih. Problem razmerja med islamsko versko skupnostjo in večinskim prebivalstvom avtor analizira tudi preko ustavnih določb o enakopravnosti verskih skupnosti, o svobodi vesti in o svobodi veroizpovedi. V sklepnem delu predstavi ključne dele iz argumentacije ustavnega sodišča o tem, zakaj je bila ta referendumska pobuda protiustavna. Besedilo sklene s predstavitvijo zadnjega slovenskega ustavnosodnega precedensa, ki izriše vse bistvene značilnosti ustavnopravnega varstva verske svobode in enakopravnosti v slovenskem ustavnem redu.

Original Scientific Article

UDC: 342.7:28-523.42(497.4)

TERŠEK, Andraž: To Build a Mosque Is a Constitutional Right**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 5-6**

In 2004 the author of the present paper was also the author of the initiative for constitutional legal consideration of the request to call a referendum concerning the building of the Islamic religious facilities, the mosque in Ljubljana, submitted to the Constitutional Court of the Republic of Slovenia to decide on. In the introduction it first gives an outline of the social and political developments that accompanied the pre-referendum campaign. In part one he first expounds the process and constitutional legal reasons because of which in this case the Constitutional Court was able to carry out constitutional juridical assessment of the content of the referendum via the act on the call of the referendum. Further it analyses the content aspect of the referendum request – also and with the help of comparative legal approach – provides constitutional legislative reasons that support the judgement of content unconstitutionality of this concrete referendum. Theoretically the constitutional legislation problem of the goal, the objective, or the purpose pursued by a definite legislative measure – either passed by the usual legislator or in the case when voters take over the legislative function in a referendum – is discussed separately. Explained are the selection and the use of constitutional texts for decisions in this kind of cases. The author also analyses the problem of the relationship between the Islamic religious community and the majority population through the provisions of the Constitution on equality of religious communities, on the freedom of conscience, and the freedom of creed. In the concluding part he presents the key parts from the argumentation of the Constitutional Court why this referendum initiative was anti-constitutional. He concludes the text with a presentation of the latest Slovenian constitutional juridical precedence that outlines all the essential characteristics of constitutional legislative protection of religious freedom and equality in Slovenian constitutional order.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.232.4:347.26

DAMJAN, Matija, BERGANT RAKOČEVIĆ, Vesna: Dobra vera pri priposesstvovanju služnosti: vidik pridobitelja služee nepremičnine**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 5-6**

Članek obravnava dobro vero lastnika služee zemljišča, če je ta nepremičnino pridobil, ne da bi vedel, da je obremenjena s priposesstovano služnostjo, ki ni vpisana v zemljiški knjigi. Pošteno ravnanje pridobitelja je pogoj za uspešno sklicevanje na načelo zaupanja v zemljiško knjigo in pridobitev nepremičnine, neobremenjene z nevpisanimi pravicami. Pri tem je ključno vprašanje, kako daleč sega pridobiteljeva dolžnost raziskovanja zunajknjižnega stanja, tj. dejanskega izvrševanja služnosti v naravi. V zvezi s služnostmi, katerih izvrševanje navzven ni razvidno, je obravnavan tudi pomen zbirnega katastra gospodarske javne infrastrukture.

Original Scientific Article

UDC: 347.232.4:347.26

DAMJAN, Matija, BERGANT RAKOČEVIĆ, Vesna: Good Faith Relating to Prescriptive Easements: Land Acquirer's Aspect**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 5-6**

The article analyses the good faith of the new owner of the servient immovable if he or she acquired the ownership without knowing that it is encumbered by an easement that was created through acquisitive prescription but not entered in the land register. The acquirer of the immovable must act in good faith in order to rely successfully on the principle of trust in the land register and thus obtain the property unencumbered of any rights not evident from the register. A crucial issue is the extent of the acquirer's duty to examine the out-of-register state of the real property, i.e. the actual exercise of an easement in nature. The relevance of the cadastre of public infrastructure is also discussed in this regard, relating in particular to easements the exercise of which is not externally visible.

SVETLIČIČ, Andrej: Obveznost države, da med podpisom in uveljavitvijo mednarodne pogodbe ne izniči njenega predmeta in namena

Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132) št. 5-6

Namen prispevka je na podlagi besedila 18. člena DKPMP, pripravljalnega dela DKPMP, doktrine in sodne prakse pojasniti vsebino obveznosti države med podpisom in uveljavitvijo mednarodne pogodbe (vmesna obveznost). Iz prispevka izhaja, da gre za pravno obveznost, ki je del običajnega mednarodnega prava in je bila kodificirana v DKPMP. Država to obveznost krši, če s svojim ravnanjem izniči predmet in namen pogodbe – ki se razume kot celota – kar pomeni, da s svojimi dejanji v času med podpisom in uveljavitvijo pogodbe izniči temeljni element pogodbe, potreben za njeno celovitost, tako, da poseže v *raison d'être* pogodbe. Na prvi pogled mora po 18. členu DKPMP ravnanje države v smislu izničenja predmeta in namena pogodbe objektivno posegati v bistvo pogodbe, torej neodvisno od volje države v zvezi s tem. Vendar to ne ustreza razumevanju tega člena na podlagi pripravljalnega dela DKPMP in doktrine, v skladu s katerima je treba pri ravnanju države izkazati določeno raven subjektivnega odnosa do teh dejanj, ni pa soglasja glede tega, kakšen je najprimernejši test za njegovo presojo. V 18. členu DKPMP poleg nekaterih temeljnih vprašanj, kakršno je, kakšen je ustrezen test za presojo ravnanja države v primeru izničenja predmeta in namena pogodbe, ostajajo nejasna tudi nekatera druga, na videz manj pomembna, vendar z vidika njegovega učinka bistvena vprašanja, ki so v doktrini skopo ali sploh niso obravnavana in na katera je avtor skušal odgovoriti ali dati smernice za odgovor. Tako je – med drugim tudi na podlagi primerjave tega člena in podobne ureditve v 25. členu DKPMP o začasni uporabi – pojasnil, da izraz namere države iz točke (a) navedenega člena, da ne bo postala pogodbenica mednarodne pogodbe, učinkuje za naprej in da ga je v nekaterih okoliščinah mogoče preklicati.

SVETLIČIČ, Andrej: Obligation of a State not to Defeat the Object and Purpose of a Treaty between its Signature and Entry into Force

Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 5-6

The contribution's objective is to analyse the interim obligation of a State not to defeat the object and purpose of a treaty between its signature and entry into force on the basis of the text of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), doctrine and judicial decisions. The contribution concludes that it is a legal obligation of customary international law, codified in the mentioned Article of the VCLT. A State violates it if it defeats the object of purpose of a treaty – understood as a single term – by defeating with its acts an essential element of the treaty that is necessary to its general tenor, in such a way that it impairs the *raison d'être* of the treaty. A violation of Article 18 must *prima facie* be objective, irrespective of the State's subjective relation to the violation. However, this does not reflect the understanding of that Article on the basis of *travaux préparatoires* of the VCLT and the doctrine, according to which a certain subjective element needs to be demonstrated when assessing the State's conduct, although there is currently no consensus as to what test might be the most appropriate for that assessment. Article 18 of the VCLT leaves open also some other seemingly less important issues that are nevertheless essential for its effectiveness. These issues have not been discussed by the doctrine or have been only marginally, and so the author attempted to resolve them or at least provide some guidance in that respect. The author thus – *inter alia* by comparison with the similar provision of Article 25 of the VCLT on provisional application – explains that the declaration of the intent of a State provided in point (a) of the said Article not to become party to the treaty is effective *ex nunc*, and that it can be withdrawn in certain circumstances.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 334.722.8:347.72.031:330.14

DRNOVŠEK, Gregor: Ključni vidiki varstva delničarjev pri odobrenem kapitalu**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 5-6**

Odobreni kapital je zelo fleksibilna oblika povečanja osnovnega kapitala. Podobno kot pri rednem povečanju osnovnega kapitala je tudi pri odobrenem kapitalu varstvo delničarjev usmerjeno predvsem v ohranitev njihovega deleža v osnovnem kapitalu in v varstvo pred (ekonomsko) razvodenitvijo vrednosti delničarjevih članskih pravic. Delničarji so varovani tudi, ko se prispevajo stvarni vložki, z določbami o kvantitativnih omejitvah odobrenega kapitala in s posebnim režimom izpodbojnosti sklepa skupščine.

Original Scientific Article

UDC: 334.722.8:347.72.031:330.14

DRNOVŠEK, Gregor: Key Aspects of Safeguarding of Shareholders with Regard to Authorized Capital**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 5-6**

Authorized capital is considered a most flexible form of subscribed capital increase. Similar to an ordinary subscribed capital increase, the system of safeguarding of shareholders with regard to authorized capital is mostly aimed at preserving the shareholders' basic subscribed capital share, and safeguarding the shareholders from (commercial) dilution of their rights. Shareholders are safeguarded also in case of capital increase with contributions in-kind, with special provisions governing quantitative restrictions of authorized capital, and with a special regime governing the voidability of general-meeting resolutions.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 343.11:342.7-053.2(560)

ÜNVER, Yener: Zaščita otroka v turškem kazenskem pravu**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 5-6**

Starost otrok, ki uživajo prepovedane droge, je v Turčiji znatno padla. Uživanje sintetske droge je prepoznana npr. že pri enajstih letih starosti. V boju zoper organizirano kriminaliteto bodo potrebni resnejši napor, tako pri intenzivnosti nadzora nad otroki, kot tudi pri dekriminizaciji njihovih ravnanj. Enako pomembni so policijski ukrepi, zlasti pri odpravljanju vzrokov problemov, slediti mora pravi razvoj socialnih politik, ki naj ga kazensko pravo podpira. Podobno velja za prisilno delo otrok, tudi tam naj bodo ukrepi zunaj kazenskega prava prednostni.

Review Article

UDC: 343.11:342.7-053.2(560)

ÜNVER, Yener: Child protection in Turkish Criminal Law**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 5-6**

The age of children using drugs in Turkey has dropped to much lower levels. For instance, the age of children using artificial drugs was indicated to be 11. In the fight against organized crime more serious steps should be taken, the supervision intensity over children should be increased removing their responsibility from the criminal field. The police measures are as important. The source of the problem should be eliminated and followed by the right development of social policies supported by the criminal law. The topic of child labour contains the same issues and measures outside the criminal law should be prioritised.

Prikaz knjige

UDK: 347.962.6(049.3), 347.9:342.7(4)(094.2)

TRATAR, Boštjan: Neodvisnost in nepristranskost sodišč/sodnikov po 6. členu Evropske konvencije o človekovih pravicah

Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 5-6

Avtor predstavi knjigo *Lyde Friederike Müller*, v kateri obravnava neodvisnost in nepristranskost sodišč po 6. členu Evropske konvencije o človekovih pravicah (*Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und spezifische Probleme in den östlichen Europaratstaaten*. Duncker & Humblot, Berlin 2015, 329 strani). Avtorica v uvodnem delu predstavi splošne zahteve, ki jih morajo države članice izpolnjevati glede neodvisnosti in nepristranskosti sodišč po 6. členu EKČP, v nadaljevanju pa zlasti konkretne razmere v vzhodnih državah članicah Sveta Evrope: Rusiji, Ukrajini, Moldaviji, Gruziji.

Book Review

UDC: 347.962.6(049.3), 347.9:342.7(4)(094.2)

TRATAR, Boštjan: Independence and Impartiality of the Courts/Judges under Art. 6 of the European Convention on Human Rights**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 5-6**

The author reviews the book of *Lyda Friederike Müller*, in which she deals with independence and impartiality of the courts under Art. 6 of European Convention on Human Rights (*Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und spezifische Probleme in den östlichen Europaratstaaten*. Duncker & Humblot, Berlin 2015, 329 pages). At the beginning, the author presents the general requests to the member states as regards the independence and impartiality of the courts under Art. 6. of European Convention. Further, the author discusses the concrete circumstances in eastern member states of the Council of Europe: Russia, Ukraine, Moldova, Georgia.

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 Pravniki. 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, Ius, d. d., Ljubljana.

3.

Prispevke razvršča v rubrike revije uredniški odbor, če pa avtor želi, da se njegov sestavek uvrsti v določeno rubriko, naj to posebej navede. Pri člankih mora pripraviti **sinopsis v slovenščini in angleščini (vključno s prevodom naslova) ter ključne besede v obeh jezikih zaradi spletnega iskalnika**. Sinopsis naj obsega največ 15 vrstic. Najprej naj bosta navedena priimek (v celoti z velikimi črkami) in ime pisca, nato pa naslov članka in označba revije.

Primer: NOVAK, Janez: Pravna sredstva v ZP-1, Pravniki, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3 oziroma NOVAK, Janez: Legal Remedies in ZP-1, Pravniki, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Avtor lahko, če želi, pripravi tudi daljši povzetek v angleščini ali nemščini, ki bo objavljen za člankom v slovenščini. S tem bo dosegel preprostejše razširjanje idej prispevka med tujimi bralci.

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

4.

Obseg prispevka je odvisen od teme, ki jo avtor obravnava, pri tem pa je treba upoštevati temeljno vsebinsko zasnovano revije, ki naj bi pokrivala čim več pravnih področij. V rubriki Članki naj prispevki obsegajo največ dve avtorski poli (60.000 znakov s presledki oziroma približno 30 strani s presledkom med vrsticami 1,5) in drugi prispevki v obsegu do ene avtorske pole (30.000 znakov s presledki oziroma do približno 15 strani s presledkom med vrsticami 1,5). Vse pa je šteto skupaj s sprotnimi opombami in seznamom literature. Za objavo prispevkov z večjim obsegom se je treba dogovoriti z uredništvom.

5.

Na koncu članka naj bo po možnosti **seznam uporabljenih virov** s popolnimi bibliografskimi podatki (glej 7. točko) po abecednem redu priimkov, spletne strani pa naj bodo navedene posebej. V tem primeru se v sprotne opombe (pod črto) navedejo samo prva črka imena in priimek s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

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

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

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

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

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

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

— 6.

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

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

— 7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

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

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1. Druga izdaja, prevod Mitje Anglista, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **pri zbirkah člankov in poglavjih v knjigah:** poleg pisca članka in naslova ter strani obsega citiranega članka oziroma poglavja tudi naslov zbirke oziroma knjige ter imena in priimki avtorjev oziroma morebitnih urednikov, z označbo, če gre za 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, Pravniki, 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, Pravniki, 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: Pravniki, 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 nave-
de 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 pripremlje-
no s drugačijom namjenom (seminarski rad, diplomski, magistarski ili doktor-
ski 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 au-
tor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspješno obranio 5. svibnja
2008. godine na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Mariboru.

Autor za uredništvo treba navesti i razlike između oba teksta (npr. u opsegu, u novijim podacima i dodatnim izvorima koji su uzeti u obzir), a uredništvo će odlučiti je li objava djela prikladna.

2.

Radovi moraju biti poslani putem nekog od elektroničkih medija ili e-pošte (bostjan.koritnik@revija-pravnik.si).

Radovi moraju biti jezično besprijekorni, u suprotnom će se tekst vratiti autoru na popravak odnosno objava djela bit će odbijena. Naslov djela i naslovi prve razine moraju biti napisani velikim tiskanim slovima, dok naslovi nižih razina moraju biti napisani malim slovima. Ime i prezime pisca s obrazovanjem, znan-

* Prijevod je rad Nikoline Krtinić, odvjetničke vježbenice u Odvjetničkom društvu Rojs, Peljhan, Prelesnik & partneri o.p., d.o.o., Ljubljana.

stvenim nazivom i/ili akademskim stupnjem te funkcijom i institucijom u kojoj je zaposlen, navode se ispod naslova.

Primjer: **Janez Novak**, sveučilišni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, savjetnik uprave, Ius, d. d., Ljubljana.

3.

Radove razvrstava u rubrike revije urednički odbor, a ako autor želi da se njegov rad uvrsti u određenu rubriku, neka to posebno navede. Kod članaka se mora pripremiti **sinopsis na slovenskom i engleskom jeziku (uključujući i prijevod naslova) te ključne riječi na oba jezika zbog internetske/web tražilice**. Sinopsis može imati obim od najviše 15 redova. Prvo neka se navedu prezime (u cijelosti s velikim slovima) i ime pisca, a zatim naslov članka i oznaka revije.

Primjer: NOVAK, Janez: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, Pravnik, Ljubljana 2008, god. 63, br. 1–3 *odnosno* NOVAK, Janez: Legal Remedies in the Minor Offences Act, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Autor može, ako želi, pripremiti i duži sažetak na engleskom ili njemačkom jeziku, koji će biti objavljen nakon članka na slovenskom jeziku. Time će postići jednostavnije širenje ideja djela među inozemnim čitateljima.

Pravnik objavljuje djela i na inozemnim jezicima (engleski, francuski, njemački, talijanski, hrvatski, srpski; u latinici), kad za to postoji poseban razlog, o kojem autor treba obavijestiti uredništvo i kojeg uredništvo na toj osnovi prihvati u objavu. U tom slučaju tekst mora biti i jezično besprijekoran jer uredništvo ne lektorira tekstove na inozemnom jeziku, a autor mora, uz kraće sažetke na slovenskom i engleskom jeziku iz prvog stavka ove točke uputa, pripremiti i duži sažetak na slovenskom jeziku, u duljini od približno 6.000 do 10.000 znakova. U pojedinačnom broju neće biti objavljen više od jedan članak na inozemnom jeziku.

4.

Opseg djela zavisi od teme koju autor obrađuje, ali pritom je potrebno poštivati temeljnu sadržajnu osnovu revije koja bi trebala pokrivati što više pravnih područja. U rubrici Članci radovi trebaju imati maksimalan opseg od dvije autorske pole (60.000 znakova s razmacima odnosno približno 30 strana s razmacima između redova 1,5), a i drugi radovi do jedne autorske pole (30.000 znakova sa razmacima odnosno do približno 15 strana s razmacima između redova 1,5). U sve navedeno ubrajaju se i bilješke i popis literature. Za objavu djela u većem opsegu potreban je dogovor s uredništvom.

5.

Na kraju članka po mogućnosti treba biti **popis upotrijebljenih izvora** s potpunim bibliografskim podacima (vidi 7. točku) raspoređen po abecednom redu

prezimana, a web stranice neka budu navedene odvojeno. U tom slučaju u bilješkama (ispod crte) navodi se samo prvo slovo imena i prezime s napomenom „nav. rad“ i stranom upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

U bilješkama koje neposredno slijede jedna drugu, navodi se samo „Baš tamo.“ odnosno – ako je samo strana iste literature druga – „Baš tamo, str. 56.“

Ako je isti pisac naveden s više radova, dopiše se godina u kojoj je rad bio objavljen.

Primjer: J. Novak, nav. rad (2005), str. 55.

Ako je na kraju rada naveden popis upotrijebljene literature, kod web stranica ne treba pisati datum zadnje posjete (jer je taj podatak u popisu literature).

Brojevi bilješki pišu se nakon interpunkcijskih znakova. Bilješke završavaju konačnim interpunkcijskim znakom.

— 6.

Ako djelu nije priložen popis upotrijebljenih izvora, potpuni se bibliografski podaci navode (vidi točku 7.) samo u onoj bilješki u kojoj se rad prvi put pojavi, a kasnije se navode samo ime i prezime autora s dodatkom „nav. rad“ i strana upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

— 7.

Potpuni bibliografski podaci obuhvaćaju:

- **kod knjiga:** ime i prezime pisca, naslov knjige (kod knjiga s više izdanja i oznaku broja izdanja), potencijalnog prevoditelja i u pravilu izdatelja te mjesto i godinu izdanja.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu. Drugo izdanje, prijevod Mitje Anglista, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **kod zbirke članaka i poglavlja u knjigama:** osim pisca članka i naslova te strana opsega citiranog članka odnosno poglavlja i naslov zbirke odnosno knjige te imena i prezimana autora odnosno potencijalnih redaktora, s oznakom, ako su redaktori ili urednici (ur.).

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Darja Kovač, Luka Kocmut, i Mitja Golob: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Ako postoji više od tri autora odnosno redaktora, uz zbirku, zbornik ili knjigu, dovoljno je navesti prezime i ime prvog navedenog, i zatim navesti „i drugi“.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Kovač, Darja, i drugi: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **kod članka iz revija:** ime i prezime pisca, naslov članka i naslov revije s navodom godišta, godine izdanja i broja te strane navedenog članka.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Pravnik, 125 (2008) 5–8, str. 202–233; brojevi znače: godište 125 (godina izdanja 2008), broj revije 5–8.

- **kod web stranica:** simbol < prije i simbol > nakon naziva web stranice, bez poveznice i s datumom – mjesec se tu piše s brojem – u zagradama.

Primjer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2008).

8.

Ako članak upućuje na **zakonski ili drugi pravni propis**, on se prvi put navodi s punim nazivom već u tekstu, sa službenom skraćenicom u zagradama.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Prekršajnom zakonu.

Ako službena skraćenica naziva ne postoji, skraćenicu odabire pisac.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Pravilniku o organizacijskoj strukturi prekršajnih organa (nastavno: Pravilnik).

Istovremeno se u **bilješki navodi broj Narodnih novina** u kojima je citirani akt bio objavljen.

Primjer: NN RH, br. 50/07.

9.

Sudska rješenja potrebno je citirati jednako kao što ih označava sud koji ih je izdao.

Primjer navođenja odluke Ustavnog suda RH:

odluka USRH, br. U-I-23/2008 od dana 5. lipnja 2008.

10.

Autor mora – uz svaku prvu objavu – **uredništvu poslati:**

OIB (osobni identifikacijski broj) porezni broj i porezni ured, adresu prebivališta (ulica, kućni broj, poštanski broj, mjesto), adresu za dostavu gradiva u vezi s objavom u reviji Pravnik (npr. službena adresa), broj transakcijskog računa (IBAN) i točan naziv banke, svoj telefonski broj i broj mobitela te e-mail/elektroničku adresu.

Autor mora obavijestiti uredništvo o potencijalnim izmjenama.

Autor je s posredovanjem rada u objavu suglasan s odredbama izdavačkog ugovora koji je dostupan na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Nakon objave djela, autor će primiti ispunjen ugovor u dva primjerka, od kojih jedan treba što prije potpisati i vratiti uredništvu.

Suradnike revije molimo da poštuju ove upute jer će u suprotnom uredništvo odbiti objavu njihovog rada.

Za urednički odbor
odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić