

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Ljubljana 2015
letnik 70 (132)
številka 1-2
strani 1–150

izdaja
Zveza društev pravnikov Slovenije

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik 70 (132)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka 1-2/2015

Slovenski pravnik je prvič izšel leta 1862 (izdajatelj dr. J. R. 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 *Pravnika*; od 1. januarja 1965, po združitvi z revijo Javna uprava, izhaja *Pravnik* kot revija za pravno teorijo in prakso.

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, dr. Erik Kerševan, 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. Mihajlo Dika, dr. Katja Franko-Aas, dr. Tatjana Machalová,
dr. Miomir Matulović, dr. Ivan Padjen, dr. Joseph (Jože) Straus, dr. Jernej Sekolec,
dr. Miroslav Vrhovšek, dr. Davor Krapac, dr. Slobodan Perović**

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Jezikovni pregled in oblikovanje:

IUS SOFTWARE, d. o. o., GV Založba

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 števil na leto.

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

Naročila

tel.: 01 30 91 821, faks: 01 30 91 815

Letna naročnina (cene z DDV):

- za pravne osebe 80,02 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za posameznike 60,05 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za študente 25,03 EUR, posamezni zvezek 8,00 EUR
- za tujino 160,05 EUR, posamezni zvezek 34,00 EUR

IBAN: SI56 0292 2025 7264 074

VSEBINA

Članki

- Katarina Vodopivec Razmerje med izbrisnim in kondikcijskim zahtevkom – 5
- Nataša Strnad,
Vid Pavlica The Role of Pilot Judgments of the European Court of Human Rights in Addressing the Issue of the Right to a Trial within a Reasonable Time – 21
Vloga pilotnih sodb Evropskega sodišča za človekove pravice pri obravnavanju pravice do sojenja v razumnem roku (daljši povzetek v slovenščini) – 46
- Marie-Laure
Duclos-Grécourt Droit de prescription et libertés parlementaires sous la Restauration anglaise (1660-1688) – 53
Pravica izdajati predpise in parlamentarne svoboščine v času angleške restavracije (1660–1688) (daljši povzetek v slovenščini) – 87
- Nadja Marolt Varstvo otrokove koristi v postopku izvršbe in zavarovanja v zadevah glede varstva in vzgoje otrok ter osebnih stikov z otroki – 91
- Maruša Varl Varstvo pridobitelja lastninske pravice na nepremičnini v razmerju do upnika v izvršilnem postopku – 119

Prikaz

- Boštjan Tratar Primerjava ustavne varstvene dolžnosti države v Nemčiji in v Združenih državah Amerike – 133

Avtorski sinopsisi

(v slovenskem in angleškem jeziku) – 139

Navodila za avtorje

(v slovenskem, angleškem in hrvaškem jeziku) – 151

CONTENTS

Articles

- Katarina Vodopivec Relation Between Erased Application and Application
of Conduction – 5
- Nataša Strnad,
Vid Pavlica The Role of Pilot Judgments of the European Court
of Human Rights in Addressing the Issue of the Right
to a Trial within a Reasonable Time – 21
Longer Summary in Slovenian – 46
- Marie-Laure
Duclos-Grécourt Droit de prescription et libertes parlementaires sous
la Restauration anglaise (1660-1688) – 53
Longer Summary in Slovenian – 87
- Nadja Marolt Protection of the Child's Interests in Enforcement
Procedures in the Matters Concerning the Protection,
Upbringing and Contacts with the Child – 91
- Maruša Varl Real Estate Owner Protection as opposed
to the Creditor's Right to Effective Enforcement – 119

Book Review

- Boštjan Tratar Comparison of Constitutional Duty of the State
to Protect Constitutional Rights in Germany
and in the United States of America – 133

Authors' Synopses

(in Slovenian and English Language) – 139

Guidelines for Authors

(in Slovenian, English and Croatian Language) – 151

RAZMERJE MED IZBRISNIM IN KONDIKCIJSKIM ZAHTEVKOM

Katarina Vodopivec,

*magistrica pravnih znanosti, okrožna sodnica svetnica,
dodeljena na Vrhovno sodišče Republike Slovenije*

1. UVOD

Slovensko pravo ločuje dva instituta, in sicer institut izbrisne tožbe in institut neupravičene pridobitve. Izbrisna tožba je urejena v Zakonu o zemljiški knjigi (ZZK-1),¹ neupravičena pridobitev pa v Obligacijskem zakoniku (OZ).² Obe institutoma je skupno to, da služita kot sredstvo za odpravo nepravilnosti oziroma saniranje pravno nepravilnega položaja.³ Z izbrisno tožbo se uveljavlja odprava materialnopravne neveljavnosti vpisa lastninske pravice v zemljiško knjigo tako, da se zahteva izbris (materialnopravno neveljavnega vpisa) in vzpostavitev prejšnjega zemljiškoknjižnega stanja. Neupravičena pridobitev pa je sredstvo za saniranje nepravilnosti. Pravo neupravičene pridobitve se je razvilo iz dveh vrst tožb rimskega prava, in sicer iz kondikcije in verzije.⁴ Gre za primere, ko se je premoženje ene osebe brez pravnega temelja povečalo na račun druge. Starejša pravna ureditev je ločevala navedena pravna položaja.⁵ Tako je tudi starejša teorija zastopala stališče, da je prišlo do prehoda premoženja pri kondikcijah v zvezi z izpolnitvenim dejanjem na podlagi domnevnega pravnega naslova, pri verzijah pa je do prehoda premoženja prišlo na kakšen

¹ Ur. l. RS, št. 58/03, 45/08, 28/09, 25/11.

² Ur. l. RS, št. 83/01, 32/04, 40/07.

³ V sodni praksi in tudi teoriji se pogosto uporablja izraz »sanacija«. Pri tem pojmu gre v bistvu za odpravo (materialnopravne) nepravilnosti oziroma za uporabo ukrepov, s katerimi se odpravijo razlogi, zaradi katerih je prišlo do (nepravilnega) pravnega položaja.

⁴ Ada Polajnar Pavčnik, v: Plavšak, Nina, in drugi: Obligacijski zakonik s komentarjem, splošni del, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2003, str. 43.

⁵ Stanko Lapajne: Reparacije civilnega prava, v: Slovenski pravnik, 1927, str. 1 in 10.

drug način.⁶ Slovenska pravna teorija je še pred Zakonom o obligacijskih razmerjih (ZOR)⁷ v okviru neupravičene pridobitve obravnavala posebej kondikcije in posebej verzije. Opirala se je na pravna pravila Občnega državlanskega zakonika (ODZ).⁸ OZ pa po zgledu ZOR ureja institut neupravičene pridobitve s splošnim (enotnim) pravilom.⁹ Kljub ureditvi pravnega pravila neupravičene pridobitve v OZ pa se v sodni praksi še vedno obravnavajo kondikijski zahtevki, redkeje verzijski zahtevki.

Kondikcije v veljavni normativni ureditvi niso urejene. Zato se zastavlja vprašanje, ali je sploh dopustno uveljavljanje in presojanje takega zahtevka. Zakonodajalec je uvrstil institut izbrisne tožbe in institut neupravičene pridobitve v dva različna zakona. Smisel obeh institutov je namreč v vrnitvi premoženja oziroma vzpostavitvi prejšnjega stanja.¹⁰ Glede na namen obeh institutov je relevantna analiza njune pravne narave s stališča podobnosti oziroma razlikovanja. Ali gre za delno prekrivanje dveh pravnih področij z dvema institutoma (stvarnopravnega in obligacijskopravnega) ali pa gre za dejansko pojmovno razlikovanje, glede na namen, za katerega si prizadevata. Posebej izpostavljam vprašanje ustreznosti uveljavljanja kondikijskega zahtevka glede na pravno pravilo neupravičene pridobitve. Hkrati obravnavam utemeljenost stališča teorije, da gre pri izbrisnem zahtevku za posebno vrsto kondikcij (restitucij) oziroma reivindikacijo. Ugotovitve so relevantne zaradi pravilnega uveljavljanja (zlasti kondikijskih) tožbenih zahtevkov in s tem dopustnosti pravnega varstva.

2. IZBRISNI ZAHTEVEK

2.1. Materialnopravna neveljavnost

Izbrisna tožba varuje zemljiškoknjižne pravice, ki so bile prizadete z vpisom, s katerim je prišlo glede neke nepremičnine zemljiškoknjižno stanje v neskladje z materialnopravnim. S tožbo se izpodbija materialnopravna veljavnost zemlji-

⁶ Stojan Cigoj: Neupravičena pridobitev, v: Zbornik znanstvenih razprav, Ljubljana 1981, str. 7 in 8; Stojan Cigoj: Komentar obligacijskih razmerij, I.–IV. knjiga. ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1984–1986, str. 782 in naslednje.

⁷ Ur. l. SFRJ, št. 29/78.

⁸ Avstrijski civilni zakonik (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – Občni državljanski zakonik, ODZ) je eden največjih spomenikov pravne kulture in je igral pomembno vlogo v razvoju slovenskega pravnega sistema. Sprejet je bil leta 1811 (1. 6. 1811), veljati pa je začel z začetkom leta 1812.

⁹ OZ sprejema unitaristično ureditev, kar pomeni enoten zahtevke iz neupravičene pridobitve. Splošno pravilo je določeno v 190. členu OZ.

¹⁰ Pri vrnitvi v prejšnje stanje gre za restitucijo.

škoknjižnega vpisa, zahteva njegov izbris in vzpostavitev prejšnjega zemljiško-knjižnega stanja tako, da se uskladi z materialnopравnim. Materialnopравni razlogi so neveljavnost ali ničnost pravnega naslova, na podlagi katerega je bila izvršena »sporna« vknjižba.

V zemljiškoknjižnem postopku velja načelo formalnosti postopka, kar pomeni, da zemljiškoknjižno sodišče odloča o pogojih za vpis samo na podlagi listin, za katere zakon določa, da so podlaga za vpis, in na podlagi stanja vpisov v zemljiško knjigi (124. in 148. člen ZZK-1). Na podlagi take zakonske ureditve sta ustrezno oblikovana tudi ugovor in pritožba kot pravni sredstvi, ki prideta v poštev pri kršitvah zemljiškoknjižnega postopka in v primeru formalnopравne neveljavnosti vpisa.¹¹ Materialnopравna neveljavnost vpisa pa se lahko odpravi z uveljavljanjem izbrisnega tožbenega zahtevka v izbrisni tožbi.

V skladu z načelom formalnosti postopka (124. člen ZZK-1) je zemljiškoknjižno sodišče pristojno presoјati samo veljavnost zemljiškoknjižnega dovolila v omejenem obsegu, ni pa pristojno presoјati veljavnosti zavezovalnega pravnega posla, na podlagi katerega je bilo zemljiškoknjižno dovolilo izdano.¹² Posledica načela formalnosti je, da lahko zemljiškoknjižno sodišče dovoli vknjižbo (pridobitve ali izbrisa) pravice, čeprav vsi materialnopравni pogoji za pridobitev oziroma prenehanje te pravice niso izpolnjeni (določilo 124. člena ZZK-1).¹³ V takem primeru vpisa ni mogoče izpodbijati s pravnimi sredstvi proti sklepu o dovolitvi vpisa, ampak samo z izbrisno tožbo. Zato učinkujejo prenos lastninske pravice nasproti tretjim tudi v primerih, ko zaradi ničnosti in izpodboјnosti posla ne učinkujejo med pogodbenima strankama, to je med odsvoјiteljem kot prenositeljem in pridobiteljem stvarne pravice.

Za materialnopравno neveljavnost vknjižbe gre v primeru, ko je z opravljenim vpisom prizadeta pravica vlagatelja izbrisne tožbe, ki šele vpisuje v zemljiško knjigo svojo pravico, ali pa je njegova pravica, ki se vpisuje v zemljiško knjigo, v nasprotju z materialnopравnimi določbami prenesena na drugega, izbrisana, omejena ali obremenjena. Razlogi materialnopравne nepravilnosti oziroma neveljavnosti vpisa lahko temeljijo na nekaterih dejstvih, ki jih zemljiškoknjiž-

¹¹ Tone Frantar, v: Plavšak, Nina, in drugi: *Zakon o zemljiški knjigi s komentarjem*. GV Založba, Ljubljana 1998, str. 363.

¹² Katarina Vodopivec: *Pristojnosti zemljiškoknjižnega pomočnika v postopku vzpostavitve zemljiškoknjižne listine in posadna izjava ob informatizirani zemljiški knjigi*, v: *Pravosodni bilten*, (2013) 3, str. 82.

¹³ Zemljiškoknjižno sodišče je pri odločanju o vpisu, ki se predlaga na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, pristojno presoјati samo popolnost in ničnost zemljiškoknjižnega dovolila. Ni pa pristojno preverjati, ali so izpolnjene obveznosti strank na podlagi pravnega posla iz prvega oziroma drugega odstavka 36. člena ZZK-1, in tudi ni pristojno presoјati veljavnosti tega pravnega posla (124. člen ZZK-1).

no sodišče pri preizkusu listin in drugih predpostavk za vpis ni bilo pooblaščenno preizkušati (na primer materialnopravna neveljavnost listine, na podlagi katere je opravljen vpis, kot to izhaja iz petega odstavka 149. člena ZZK-1).

Izbrisna tožba se tako lahko vloži tudi takrat, kadar je opravljeni vpis sicer formalnopravno veljaven, z materialnim pravom pa ni v skladu iz nekega razloga, ki ga zemljiškoknjižno sodišče pri izdaji sklepa o dovolitvi vpisa ni bilo dolžno presoјati. Ker zemljiškoknjižno sodišče ni pristojno presoјati veljavnosti zavezovalnega pravnega posla (na primer prodajne pogodbe), na podlagi katerega je bilo izstavljeno zemljiškoknjižno dovolilo, dovoli vknjižbo lastninske pravice, tudi če zemljiškoknjižno dovolilo zaradi ničnosti zavezovalnega pravnega posla ne učinkuje (zgolj v razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem). Pravna posledica je, da začne z vknjižbo lastninske pravice v korist pridobitelja (z učinkom od takrat, ko je bil vložen tak predlog) učinkovati prenos lastninske pravice tudi v razmerju do tretjih. Podoben pravni položaj lahko nastane, če je zavezovalni pravni posel (prodajna pogodba) razveljavljen po trenutku, od katerega učinkuje vknjižba lastninske pravice v korist pridobitelja. V takem primeru prenehajo učinki prenosa lastninske pravice samo v razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem, ne pa tudi v razmerju do tretjih. Odsvojiteljev namen in cilj je, da bi lastninska pravica (znova) učinkovala tudi v razmerju do tretjih. Zato mora doseči (ponovno) vknjižbo lastninske pravice v svojo korist.

Torej je logično, da je izbrisna tožba namenjena odpravi vknjižb, ki so neveljavne iz materialnopravnega razloga, in ne odpravi tistih vknjižb, ki so neveljavne iz formalnopravnih razlogov (na primer kršitve pogojev za vpis na podlagi 148. člena ZZK-1).¹⁴ Neveljavna vknjižba ne more povzročiti veljavnega prenosa, ustanovitve, spremembe ali prenehanja knjižnih pravic. Bistvena predpostavka izbrisne tožbe je torej materialnopravna neutemeljenost vknjižbe, in če je ta predpostavka izpolnjena, je postopek z izbrisno tožbo samo še izvedba posledic, ki iz tega izvirajo. Zato je ključno vprašanje v postopku z izbrisno tožbo vprašanje materialnopravne neutemeljenosti vpisa, katerega izbris se predlaga.¹⁵ Z izbrisno tožbo se uveljavlja zahtevek za vzpostavitev prejšnjega zemljiškoknjižnega stanja.

¹⁴ Neveljavnost, ki je hkrati formalnopravne in materialnopravne narave, je mogoče uveljavljati z izbrisno tožbo, vendar le, če izbrisni upravičenec ni sodeloval v zemljiškoknjižnem postopku in ga pravnomočnost zemljiškoknjižnega sklepa ne zavezuje.

¹⁵ Materialnopravna neveljavnost se nanaša na pravne akte, ki so lahko podlaga za vknjižbo. Katere listine so lahko podlaga za vknjižbo, določa 40. člen ZZK-1. Ni pa pri tem nobene normativne ovire, da drugih listin ali pravnih aktov ne bi mogel določati še kakšen drug zakon (na primer Zakon o lastninjenju nepremičnin v družbeni lastnini – ZLNDL). Podlaga za vknjižbo so tako lahko pravni posli, pravnomočna sodna odločba ali druga odločba državnega organa, zakon ali pravni akt, izdan na podlagi zakona.

2.2. Normativna ureditev izbrisne tožbe

ZZK-1 bistvo izbrisne tožbe konkretizira v določbi 243. člena ZZK-1, ki ureja položaje materialnopravne neveljavnosti v prvem odstavku 243. člena ZZK-1, v naslednjem odstavku navedenega člena pa se razčlenijo vsi pravno mogoči položaji, to je razlogi, zaradi katerih lahko vknjižba pozneje postane materialnopravno nepravilna. Zaradi usmeritve sodne prakse v pravilno in dosledno uporabo pravil Stvarnopravnega zakonika (SPZ)¹⁶ o kavzalnosti razpolagalnega pravnega posla nepremičninskega prava je v četrtem in petem odstavku 243. člena ZZK-1 zakonodajalec določil dodatni razlagalni pravili glede dovoljene kumulacije zahtevkov izbrisnega upravičenca iz izbrisne tožbe z izpolnitvenim zahtevkom (za izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila) zaradi uveljavitve kršene obligacijske pravice.¹⁷ Citirana določba tako vsebuje napotek (sodni praksi) za oblikovanje tožbenega zahtevka.¹⁸

Iz jezikovne razlage 243. člena ZZK-1 jasno izhaja, da je lahko predmet izbrisne tožbe zgolj vknjižba. Če gre za uveljavljanje ničnostnega razloga (tožnik zatrjuje, da je pogodba nična), zaradi česar naj bi bil ničen tudi vpis lastninske pravice v zemljiško knjigo, se tak zahtevek uveljavlja z izbrisno tožbo. Torej se vrnitev danega (restitucija, ki pomeni vračanje lastninske pravice na nepremičnini) lahko uveljavlja le z zahtevkom za vzpostavitev prejšnjega zemljiškoknjižnega stanja (izbrisna tožba). Če bi tožnik uveljavljal zgolj zahtevek za izročitev listine, sposobne za vpis lastninske pravice v zemljiško knjigo (zemljiškoknjižno dovolilo), bi se predpostavljalo obstoj veljavnega (zavezovalnega) pravnega posla, ki bi bil neizpolnjen v delu obveznosti prenesti na drugo pogodbeno stranko lastninsko pravico na nepremičnini.¹⁹

Predpostavka izbrisne tožbe je, da je določena vknjižba materialnopravno neveljavna. Učinek in pomen sodbe se kaže v odpravi ovire, ki povzroči oziroma omogoča, da se bo lahko tožnik vknjižil (sicer) pozneje. Torej je predpostavka tožnikovega uspeha odvisna od uspešnega uveljavljanja materialnopravne neveljavnosti vknjižbe. Ustrezno sredstvo za vračilo nepremičnine je tako izbri-

¹⁶ Ur. l. RS, št. 87/02.

¹⁷ Obrazložitev k 89. členu Predloga zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1C, sprememba 243. člena ZZK-1).

¹⁸ V drugem in tretjem odstavku 243. člena ZZK-1 so določeni položaji materialnopravno neveljavnih vknjižb, to je ničnost, razveljavitev, razveza zavezovalnega pravnega posla, razveljavitev razpolagalnega pravnega posla. Prvi trije položaji odražajo načelo kavzalnosti (40. člen SPZ), četrti položaj pa se nanaša na kršitev predkupne pravice (pogodbene ali zakonite v zasebnem interesu).

¹⁹ VSL, sodba II Cp 356/2013 z dne 11. septembra 2013. Iz obrazložitve: »Ker ni izkazano, da bi bila kupoprodajna pogodba nična, so posledično neutemeljeni tudi restitucijski (kondikcijski) zahtevki za vrnitev lastninske pravice.«

sna tožba. Izbrisna tožba ima neposredne učinke v zemljiški knjigi, omogoča varstvo in pridobitev stvarnih pravic, zato teorija in sodna praksa navajata, da je njena narava stvarnopravna.²⁰ Tako je tudi tožbeni zahtevek na podlagi izbrisne tožbe kot posebne stvarnopravne tožbe specifičen.

Pravna teorija zahtevkov iz izbrisne tožbe opredeljuje kot posebno vrsto reivindikacije.²¹ Utemeljitev izhaja iz stališča, da pride tak zahtevek v poštev takrat, ko je bila že izvršena materialnopravno neveljavna vknjižba. Zaradi javnosti (publicitete) zemljiške knjige, ki velja za pravni promet z nepremičninami, in materialnopravno neveljavne vknjižbe je treba vzpostaviti prejšnje zemljiškoknjižno stanje. Taka reivindikacija pa ni omejena le na vračilo posesti, ampak tudi na izbris materialnopravno neveljavne vknjižbe stvarne pravice, ki se kaže prek vzpostavitve prejšnjega zemljiškoknjižnega stanja. Zastopano pa je tudi stališče, da je izbrisni zahtevek posebna vrsta povračilnega zahtevka po 190. členu OZ, ki ga je mogoče uveljavljati le z izbrisno tožbo.²² Tak povračilni zahtevek lahko uveljavlja (prikrajšani) lastnik nepremičnine, ki je prikrajšan prav zaradi materialnopravno neveljavne vknjižbe v škodo njegove lastninske pravice. Če uveljavljanje izbrisnega zahtevka ni več dovoljeno (zaradi poznejše dobroverne pridobitve lastninske pravice na isti nepremičnini), ima prikrajšani lastnik na voljo samo še obligacijski zahtevek za vračilo denarnega zneska v višini dosežene koristi.²³

Z izbrisnim zahtevkom se poleg ugotovitvenega dela uveljavlja tudi dajatveni del, ki se nanaša na vzpostavitev prejšnjega zemljiškoknjižnega stanja vpisov.²⁴

²⁰ Renato Vrenčur: *Nepremičninsko pravo, I. del, Zemljiškoknjižno pravo*. Codex Iuris, Maribor 2005, str. 32; sklep VS RS II Ips 207/2010 z dne 28. novembra 2013, sodba VSK Cp 431/2009 z dne 8. septembra 2009.

²¹ Renato Vrenčur: *Prenovljena ureditev izbrisne tožbe*, v: *Podjetje in delo*, št. 7/2010, str. 1387 in naslednje.

²² Sodba VS RS II Ips 469/2009 z dne 19. januarja 2012. Iz obrazložitve: »Tožnica bi morala, če bi dejansko uveljavljala ničnostni razlog, zaradi česar naj bi bil ničen tudi vpis toženčeve lastninske pravice v zemljiško knjigo, vložiti izbrisno tožbo, česar pa ni storila. Zahtevek za izpolnitev pogodbene obveznosti oziroma kondikijski zahtevek po prenehanju pogodbe zaradi nastopa razveznega pogoja, kot tudi vrnitveni zahtevek zaradi ničnosti pogodbe sta obligacijskopravne narave, ne pa stvarnopravne.«

²³ Nina Plavšak: *Izbrisna tožba*, v: *Zbornik 2. dnevov stvarnega in zemljiškoknjižnega prava*, GV Založba, Ljubljana 2010, str. 49.

²⁴ Iz besedila 243. člena ZZK-1 med drugim izhaja naslednje: »Če je vknjižba določene pravice neveljavna iz materialnopravnega razloga, lahko tisti, čigar stvarna ali obligacijska pravica je bila zaradi te vknjižbe kršena (izbrisni upravičenec), s tožbo (izbrisna tožba) uveljavlja zahtevek (zahtevek za izbris izpodbijane vknjižbe), da sodišče ugotovi neveljavnost te vknjižbe in odloči, da se vzpostavi prejšnje zemljiškoknjižno stanje vpisov.«

V teoriji je bilo izpostavljeno, da gre pri izbrisni tožbi za konkretizacijo kondikcijskega zahtevka (vračanje prejetega zaradi odpadle ali neveljavne podlage).²⁵

Če sodišče ugotovi izbrisnemu tožbenemu zahtevku, to še ne zadostuje za to, da bi zemljiškoknjižno stanje izkazovalo dejansko pravno razmerje med strankama, saj še vedno obstaja zavezovalni pravni posel, na podlagi katerega je prišlo do izvedbe (spornega) zemljiškoknjižnega vpisa. Zato mora sodišče hkrati presoјati veljavnost zavezovalnega pravnega posla, na podlagi katerega je bil izveden zemljiškoknjižni vpis (na podlagi katerega je bilo izstavljeno zemljiškoknjižno dovolilo).²⁶ Šele po tako izpeljanem sodnem postopku je pravna posledica vzpostavitev prejšnjega stanja vpisov, ki se kaže v izbrisu (sporne) vknjižbe. Izbrisni zahtevek ima učinek na izbris neveljavne vknjižbe lastninske pravice, torej se vzpostavi prejšnji zemljiškoknjižni vpis, ki upošteva publicitetno zemljiškoknjižno načelo pomeni konkretizacijo kondikcijskega zahtevka.

3. KONDIKCIJSKI ZAHTEVEK

3.1. Narava kondikcije

Po starejši teoriji so veljale kondikcije kot »zdravilo« proti »vicioznim«²⁷ izpolnitvenim obveznostim (pogodbenim, izjemoma tudi enostranskim). Izpolnitev vsake obveznosti se je štela za neke vrste pogodbo, ki je imela za cilj ukinitve obveznosti, ne pa ustanovitev obveznosti. Veljavna (»zdrava«) po splošnih normah se je štela tista izpolnitev, za katero so bili podani vsi pogodbeni elementi; kakor hitro je manjkal le eden, je bila izpolnitev viciozna. Tako vicioznost pa je zakonodajalec odpravljal z restitucijo predmeta izpolnitve v »roke« izpolnjevalcu.²⁸ Kondikcije so prišle v poštev za primere neupravičene obogatitve, glede katerih ni bilo niti kontraktnih niti deliktne tožbe, s katerimi bi lahko oškodovani obogatene prisilili, da vzpostavi lastninsko stanje, ki bi ustrezalo materialnemu pravu.²⁹ Tak zahtevek je veljal za zahtevek posebne vrste.³⁰ Načelno je veljalo, da je kondikcijski zahtevek mogoč le, če ni mogel

²⁵ Tomaž Pavčnik: Izbrisna tožba (Analiza prakse višjih sodišč), v: *Pravosodni bilten*, št. 1/2012, str. 171.

²⁶ Glej določilo 40. člena v zvezi z 49. členom SPZ.

²⁷ Viktor Korošec, v: Viktor Korošec in Gregor Krek: *Zgodovina in sistem rimskega zasebnega prava*, Celje 1937, str. 163.

²⁸ Stanko Lapajne, nav. delo, str. 29: »V bistvu upravičenec s kondikcijskim zahtevkom terja nazaj tisto, kar je bilo izpolnjeno.«

²⁹ Viktor Korošec, v: Viktor Korošec in Gregor Krek: *Obligacijsko pravo*, Celje 1937, str. 431.

³⁰ Prav tam, str. 432.

konkurirati z nobeno drugo tožbo, še posebej s tožbo, utemeljeno s trditvami o neizpolnitvi pogodbene obveznosti, ali z odškodninsko tožbo, če je ravnanje, s katerim je nastalo prikrajšanje, protipravno in so podani tudi drugi elementi civilnega delikta.³¹

Pri analiziranju predpostavk kondikcije in predpostavk reparacij (verzij) se pokaže, da so tudi pri kondikciji podani vsi štirje (enaki) elementi: oškodovanje upravičenca, dejanje (izpolnitveno dejanje), vzročna zveza med navedenima elementoma in pomanjkanje privolitve za škodno (deliktno) dejanje.³² Pomembno je, da ločimo »posebno predpostavko« kondikcij, ki je ta, da nastanejo ob izpolnjevanju obveznosti zato, ker manjka (najmanj) eden izmed elementov, ki morajo biti sicer podani za izpolnitev obveznosti. Upravičenec torej pridobi aktivno legitimacijo za kondikcijski zahtevek le, če se je zmotil ob izpolnjevanju, če je bil v to prisiljen ali če je prej izpolnil, prepričan, da bo obveznost, ki jo je hotel izpolniti, nastala pozneje, pa ni nastala, ali končno če je privolil v izpolnitev neke obveznosti, ki je po veljavnem pravnem redu nična.

Vsebina kondikcijskega zahtevka je torej v povračilu predmeta izpolnitve. Tako se izkaže, da je vsem kondikcijam skupno to, da imajo namen vzpostaviti (po možnosti) prejšnje stanje. Obseg restitucije se zato presoja po obsegu take izpolnitve.³³

3.2. Obogatitveni zahtevek in restitucija

Bistvo kondikcijskega zahtevka je, da mora pridobitelj vrniti del premoženja oziroma premoženjske koristi (ali če to ni mogoče, nadomestiti njegovo vrednost), ki ga je pridobil brez (s pravom) priznane podlage ali na temelju podlage, ki se ni uresničila ali je pozneje odpadla.³⁴ Če podlage ni, je pridobitev neupravičena in je sankcionirana z dolžnostjo vrnitve.³⁵ Torej mora tožnik

³¹ Sodba VS RS II Ips 145/2010 z dne 20. junija 2013.

³² To pomeni, da če bi pogodbeni stranka kot tožeča stranka od predpostavk za nastanek kondikcijskega razmerja zahtevala le odsotnost podlage, ne pa tudi obogatitve na strani tožene stranke, prikrajšanja na svoji strani in kavzalne povezanosti med njima, bi bila taka tožba nesklepčna (3. točka prvega odstavka 318. člena Zakona o pravdnem postopku – ZPP).

³³ Primerjaj paragraf 1437 ODZ. Podobno ODZ odreja neposredno ali posredno restitucijo v paragrafih 921, 877, 1447. Dobesedno v paragrafu 1265: »[I]movina se, kolikor jo je, povrne v prejšnji stan.«

³⁴ Obveznost vrnitve oziroma nadomestitve vrednosti nastane, če nekdo nekaj prejme glede na podlago, ki se ni uresničila ali je pozneje odpadla. Glej sodbo VSK Cp 165/2013 z dne 28. maja 2013.

³⁵ Nasprotno torej velja, da če je do prehoda premoženja prišlo na podlagi pogodbe, ki je bila sklenjena med pravnima strankama, korist, ki jo je tožena stranka pridobila, ne

dokazati, da je prišlo do premika premoženja, zaradi česar je sam prikrajsan, pridobitelj pa obogaten. Poleg odsotnosti podlage ter prikrajšanja na eni in obogatitve na drugi strani je predpostavka pridobiteljeve vrnitvene dolžnosti še vzročna zveza med prikrajšanjem in obogatitvijo.³⁶ Krivda in protipravnost nista relevantni.

V praksi so najbolj aktualni primeri, ko pride do razdrtja prodajne pogodbe, katere predmet je nepremično premoženje. V takem primeru lahko odsvojitelj uveljavlja proti pridobitelju kondikcijski zahtevek, saj s samim razdrtjem pogodbe ni avtomatično in hkrati že prenesena (vrnjena) lastninska pravica. Gre za zahtevek za vrnitev prodane nepremičnine, kar v pravnem smislu pomeni (zemljiškoknjižno in dejansko): izročitev v posest. Ne glede na to, ali tožnik uveljavlja ničnost ali razveljavitev prodajne pogodbe, je sodna praksa zastopala stališče, da je kondikcijski zahtevek za izstavitev ustrezne zemljiškoknjižne listine, na podlagi katere se bo lahko tožnik vknjižil v zemljiško knjigo kot lastnik, utemeljen.³⁷ Kondikcijski zahtevek je pri izpodbijanju pogodbe odvisen od odločitve o zahtevku za razveljavitev pogodbe, ker razveljavitveni zahtevek ni vsebovan v dajatvenem, zato zgolj uveljavljanje dajatvenega zahtevka ne zadošča. Če je pogodba nična, posebnega zahtevka za ugotovitev ničnosti pogodbe ni treba uveljavljati. Ker v nasprotju z izpodbojno pogodbo nična pogodba ni veljavna (že sama po sebi), se vprašanje ničnosti lahko reši ob obravnavanju utemeljenosti dajatvenega zahtevka kot predhodno vprašanje. V tem primeru kondikcijski (dajatveni) zahtevek po mojem mnenju ni utemeljen. Kondikcijski zahtevek je lahko (če že) utemeljen zgolj pri zahtevku za razveljavitev zavezovalnega pravnega posla, ki ni povezan z uveljavljanjem izbrisnega zahtevka. V tem primeru se po mojem mnenju kondikcijski zahtevek prekriva z zahtevkom za vzpostavitev prejšnjega zemljiškoknjižnega stanja, zato dajatveni zahtevek za izstavitev zemljiškoknjižne listine ni utemeljen.

S pravnim pojmom verzij so se ukvarjali številni (starejši) teoretiki, vendar prave definicije niso nikoli zapisali.³⁸ V bistvu gre za podobnost, če ne enakost

predstavlja neupravičene pridobitve. Iz obrazložitve odločbe VSS II Ips 470/92 z dne 3. februarja 1993.

³⁶ Za uspešno uveljavljanje tožbenega zahtevka na podlagi neupravičene pridobitve mora obstajati tudi vzročna povezanost med zmanjšanjem sredstev tožče stranke in pridobitvijo koristi tožene stranke. Iz obrazložitve odločbe VSS III Ips 19/93 z dne 7. aprila 1993.

³⁷ Sodba VS RS II Ips 333/2006 z dne 27. marca 2008 in sodba VS RS III Ips 77/97 z dne 28. avgusta 1997.

³⁸ Stanko Lapajne, nav. delo, str. 39. Teoretiki so zgolj ugotovili, da že uredniki ODZ niso strogo ločevali med predpostavkami verzijskih in drugih reparacijskih zahtevkov, zato so uredili nasprotje med njima s tem, da so uzakonili besedilo: »Kar je gestija, ne more biti verzija.«

z reparacijami (kondikcijami). Verzijski zahtevki se upoštevajo predpostavke namreč povsem »prekrije« s predpostavkami, ki naj bi bile podane za uveljavljanje kondikcijskega (reparacijskega) zahtevka.³⁹ Morda je prav v tem razlog, da se v sodni praksi verzijski zahtevki ne uveljavljajo prav pogosto.

V nadaljevanju razprave je za analizo (morebitne) dopustnosti uveljavljanja kondikcijskih zahtevkov treba ugotoviti še namen kondikcij. Namen kondikcij ni neupravičenemu prejemniku odvzeti prejet, ampak vzpostaviti prejšnje stanje. Bistvena pa je ničnost (neutemeljnost) izpolnitvenega pogodbenega dejanja. Za uspešno uveljavljanje zahtevka iz neupravičene pridobitve je treba dokazati, da je prišlo do neutemeljenega premika premoženja, zaradi katerega je ena stranka (tožnik) prikrajšana, druga (toženec) pa je obogatena. Poleg tega je treba dokazati obstoj vzročne zveze med prikrajšanjem in okoriščenjem. Pri presojanju takih zahtevkov je pomembno, da ni treba ugotavljati odgovornosti stranke. Teorija navaja, da je obveznost podobna obveznosti iz objektivne odškodninske odgovornosti.⁴⁰ Že v starejši teoriji je bilo sporno, ali ima zahtevki obogatitveno ali vrnitveno naravo, ali je torej stranka zavezana prejetu vrniti tudi v primeru, da koristi nima več. Pozneje se je teorija zavzemala za obogatitveno načelo.⁴¹ Pomembni kriterij pri tem presojanju je bil odvisen od dobre vere tako prikrajšanca kot tudi okoriščenca. Če se ugotovi neobstoj dobre vere, je potrebno obravnavanje odgovornosti okoriščenca po pravilih odškodninskega prava. Po sprejemu OZ ni več (srečati) odprtih dilem glede narave zahtevka, saj je zakonodajalec v 190. členu OZ formulacijo jasno uredil. Gre za obogatitveno naravo zahtevka.⁴²

Bistvo formulacije, ki jo ureja navedeni člen, je pomembno za (pravilno) uveljavljanje (enotnega) zahtevka. Gre za presojanje obstoja naslednjih pogojev: obogatitev, prikrajšanje (na strani drugega), vzročna zveza in odsotnost pravnega temelja. Predmet zahtevka je korist, ki je s tem ravnanjem nastala, toda le v obsegu prikrajšanja. Tako je obseg zahtevka vezan na obveznost okoriščenca, da prejetu vrne (naturalna restitucija). Šele subsidiarno, če ni več mogoča naturalna restitucija, pride v poštev denarna (nadmestna) restitucija, ki predstavlja vrednost dosežene koristi. Prav iz take ubeseditve določila 190. člena OZ je razvidno obogatitveno načelo. To pa je pomembno pri presojanju obsega vračila, ker je okoriščenec dolžan vrniti le korist, ki jo (še) ima.

³⁹ Oba instituta, verzija in kondikcija, sta bila v ODZ vezana na pošteno ravnanje. Prav iz paragrafa 1431 namreč izhaja naravna pravičnost, ki pomeni, da naj nihče ne obogati s tujo škodo.

⁴⁰ Ada Polajnar Pavčnik, v: Plavšak, Nina, in drugi, nav. delo, str. 44.

⁴¹ S. Cigoj, nav. delo (1981), str. 42 in naslednje.

⁴² Iz besedila prvega odstavka 190. člena OZ izhaja: »Kdor je bil brez pravnega temelja obogaten na škodo drugega, je prejetu dolžan vrniti.«

4. PREHOD OZIROMA PRENOS PREMOŽENJA

Pravni posli, ki povzročijo nastanek (oziroma prenehanje) obligacijskih pravic in obveznosti, so zavezovalni pravni posli. Zavezovalni pravni posel ima pravno naravo obligacijskopravne pogodbe. Z nastankom zavezovalnega pravnega posla nastane samo obligacijska pravica upnika od dolžnika zahtevati izpolnitveno ravnanje. Pri tem torej ne gre za kakršnokoli obligacijsko pogodbo, ampak samo za tisto, iz katere izhaja dolžnost ali obveznost pogodbene stranke, da prenese lastninsko pravico. Predmet izpolnitvenega ravnanja je tisto pravno dejanje pogodbene stranke, ki je potrebno, da se premoženje premakne iz premoženjske sfere ene pogodbene stranke (odsvojitelja) v premoženjsko sfero druge pogodbene stranke (pridobitelja). Kadar je predmet izpolnitvenega ravnanja dajatev, je za pravilno izpolnitev take obveznosti potreben še nadaljnji pravni posel – razpolagalni pravni posel. Pri slednjem je posledica prenos določene premoženjske pravice. Veljavni razpolagalni pravni posel se lahko izvrši šele na podlagi veljavnega zavezovalnega pravnega posla. Najpogostejši zavezovalni pravni posel za prenos lastninske pravice je prodajna pogodba.

Za prenos lastninske pravice je potreben še razpolagalni pravni posel. Od zavezovalnega pravnega posla se razlikuje predvsem glede učinka, ki se z njim doseže. Značilnost razpolagalnega pravnega posla je, da učinkuje neposredno na obstoječo pravico tako, da jo obremeni ali omeji z novo pravico ali pa prenese obstoječo pravico iz premoženja ene osebe v premoženje druge osebe (od odsvojitelja kot prodajalca na pridobitelja kot kupca). V kavzalnem pravnem sistemu (sistemu, kjer velja načelo ločevanja) je razpolagalni pravni posel formalne narave, ker odlaga učinke prenosa pravice.⁴³ Za razpolagalni pravni posel prav tako veljajo splošna pravila, ki sicer veljajo za pravne posle in ki so določena v OZ. To so pravila o pravni in poslovni sposobnosti, napakah volje, obličnosti, sklepanju pravnih poslov. Pri tem pa je treba upoštevati še posebni pogoj. Ta posebni pogoj predstavlja potrebno razpolagalno upravičenje odsvojitelja.

Sestavni del razpolagalnega pravnega posla za prenos lastninske pravice na nepremičnini pa je še dodaten, z zakonom določen pogoj, to je vpis lastninske pravice pridobitelja v zemljiško knjigo. To ravnanje ni v sferi pridobitelja, saj ga izvrši zemljiškoknjižno sodišče neodvisno od ravnanja pridobitelja. Za prenos lastninske pravice na nepremičnini torej velja, da je razpolagalni pravni posel

⁴³ V bistvu načelo ločevanja vzpostavlja fikcijo sočasnosti izpolnitve oziroma trenutka prenosa lastninske pravice s pravnimi posledicami. To pomeni, da pridobitelj (že) pridobi lastninsko pravico na stvari tako, da lahko z njo tudi razpolaga. Povzeto po Miha Juhart, v: Juhart, Miha, in drugi: Stvarnopravni zakonik s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 247 in 148.

izveden, ko je vpisan v zemljiško knjigo.⁴⁴ Pri prenosu lastninske pravice na nepremičnini je zemljiškoknjižno dovolilo bistveni del razpolagalnega pravnega posla. Zemljiškoknjižno dovolilo je izraz obličnosti razpolagalnega pravnega posla, je izrecna nepogojna izjava tistega, čigar pravica se prenaša, da dovoljuje vpis v zemljiško knjigo.⁴⁵

Ob upoštevanju delitve pravnih poslov na zavezovalne in razpolagalne pravne posle s sklenitvijo zavezovalnega pravnega posla nastane obligacijska pravica, medtem ko razpolagalni pravni posel povzroči premik premoženja (stvarne pravice) iz premoženjske sfere ene osebe (odsvojitelja) v premoženjsko sfero druge osebe (pridobitelja).

Vpis nastanka prenosa in vpis prenehanja stvarnih pravic sta (praviloma) konstitutivne narave. Le izjemoma lahko stvarna pravica nastane, preide na drugo osebo ali preneha brez vpisa v zemljiško knjigo.⁴⁶ Lastninska pravica se pridobi v polnem obsegu šele z vknjižbo v zemljiško knjigo. Tako stališče je urejeno tudi v zakonodaji, kar izhaja iz 8. člena ZZK-1.

Že starejša sodna praksa se je ukvarjala z naravo razlikovanja med obligacijskim in stvarnim pravom, zato je bilo leta 1989 sprejeto pravno mnenje občnih sej Vrhovnega sodišča RS in drugih sodišč, da kupec nepremičnine, ki je ni vpisal v zemljiško knjigo, ni postal njen lastnik, vendar pa je upravičen na podlagi prodajne pogodbe (veljavnega zavezovalnega pravnega posla) uveljaviti proti prodajalcu obligacijskopравни zahtevek za izstavitev tabularne listine (zemljiškoknjižnega dovolila) in izročitev nepremičnine.⁴⁷ Povedano drugače, kadar odsvojitelj ne izpolni svojih obveznosti iz prodajne pogodbe, to je obveznosti prenosa lastninske pravice (razpolagalnega pravnega posla), lahko pridobitelj vloži tožbo proti odsvojitelju, s katero bo uveljavljal zahtevek za izstavitev zemljiškoknjižne listine. Gre torej za zahtevek za izpolnitev pogodbe, ki je po svoji naravi obligacijskopравни zahtevek. Spor o obveznosti prenosa lastninske pravice ni spor o lastninski pravici, saj pridobitelj uveljavlja le izpolnitveno ravnanje odsvojitelja, to je da izpolni svojo pogodbeno prevzeto obveznost in da prenese lastninsko pravico na stvari. Sodišče bo s sodbo nadomestilo (manjkajoče) zemljiškoknjižno dovolilo.

⁴⁴ Tako sodba VS RS II Ips 506/2005 z dne 6. decembra 2007.

⁴⁵ Člen 23 SPZ.

⁴⁶ Matjaž Tratnik. Pridobitev lastnine in drugih stvarnih pravic na nepremičninah na podlagi načela zaupanja v zemljiško knjigo, Izbrane teme civilnega prava II. GV Založba, Ljubljana 2007, str. 131.

⁴⁷ Pravna mnenja občnih sej Vrhovnega sodišča RS in drugih sodišč, VSH Rev 428/89 z dne 11. junija 1989.

Upoštevati je treba, da pride pri pravnoposlovnih prenosih stvarnih pravic v poštev načelo kavzalnosti med zavezovalnim pravnim poslom (primer prodajne pogodbe) in razpolagalnim pravnim poslom (intabulacijska klavzula) ter njegovo zunanjo manifestacijo (vknjižbo), ki »opravi ali udejanji« prenos pravice zaznavno tudi za tretje osebe. Kavzalnost, ki je osnova za pravnoposlovne prenose stvarnih pravic in ki je izrecno uzakonjena v 40. členu SPZ⁴⁸ ter za pridobitev lastninske pravice na nepremičninah dosledno izpeljana v 49. členu SPZ, zahteva obstoj veljavnega zavezovalnega posla. Tudi pred uveljavitvijo SPZ je naša sodna praksa temeljila na kavzalnosti, ki smo jo izvajali iz ODZ.⁴⁹

Prehod oziroma prenos premoženja, do katerega pride brez (pravne) podlage in brez vpisa lastninske pravice pridobitelja v zemljiško knjigo, se ureja po pravnih pravilih, ki jih določa OZ. Pomemben element je prehod premoženja, ki mora biti neutemeljen. Če gre za izpolnitev brez pravne podlage, gre za pravni položaj, ki se lahko uvršča pod pojem kondikcij.⁵⁰ In nasprotno, če pride do prehoda premoženja brez izpolnitvenega dejanja, se pravni položaj lahko uvršča pod pojem verzij.

5. SKLEP

Predpostavka oziroma pogoj obravnavanih zahtevkov (tako izbrisnih kot kondikcijskih) je nepravilna pravna podlaga. Iz analize predpostavk kondikcijskih zahtevkov sledi ugotovitev, da je morala biti za uveljavljanje kondikcijskega zahtevka podana predpostavka, in sicer tožnikovo prikrajšanje, ne pa toženčeva obogatitev (okoriščenje). Vsebina reparacijskega zahtevka je zato logično v postavitvi upravičenca v tisto stanje, v katerem je bil pred prikrajšanjem. To pomeni, da gre pri reparacijskem zahtevku v prvi vrsti za naturalno restitucijo, za civilno šele takrat, kadar naturalna ni več mogoča (ali ni lahko izvedljiva). Iz obravnavanega izhaja, da kondikcija in verzija nista dva različna instituta, nista nasprotje, nista (bila) različno normirana. V bistvu imata enake predpostavke. Lahko bi zastopala stališče, da za verzije velja zgolj dodatna posebna predpostavka, ki je, da lahko nastane verzija ob kakršnemkoli dejanju. Za kondikcije namreč velja, da nastanejo ob izpolnjevanju (pogodbenih) obveznosti. To tudi pomeni, da se je verzija uporabljala kot splošen korektiv za tiste pravne

⁴⁸ Miha Juhart, v: Juhart, Miha, in drugi, nav. delo, str. 248 in nasl.

⁴⁹ Podrobneje o tem Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur: O sistemu abstraktne in kavzalne tradicije v stvarnem pravu, v: *Pravnik*, št. 6-8/1999, str. 345–346.

⁵⁰ Za uspešno uveljavljanje zahtevka iz naslova neupravičene pridobitve je treba dokazati, da je prišlo do neutemeljenega premika premoženja, zaradi katerega je tožeča stranka prikrajšana, tožena stranka pa obogatena, ter vzročno zvezo med prikrajšanjem in okoriščenjem; sodba VS RS II Ips 145/2010 z dne 20. junija 2013.

položaje, ki jih zakonodajalec ni mogel predvideti. Če ni bila uzakonjena posebna reparacija, je bila primerna verzija.⁵¹

Dejstvo je, da je prepletanje sistema sodnega varstva ves čas zagotavljalo pravno varstvo. Stranka mora imeti možnost uveljavljanja tistega zahtevka, s katerim bo hitreje dosegla cilj (na primer reparacijo namesto vindikacije, da si prihrani lastninski dokaz). Reparacijski (kondikcijski) in stvarnopravni zahtevki se med seboj ne izključujejo, njihov sočasen obstoj je mogoč in tudi potreben. Res pa je, da uveljavljanje stvarnopravnega zahtevka z vzpostavitvijo prejšnjega stanja (vpisov) ne dopušča hkratnega uveljavljanja obligacijskoprnega obogatitvenega zahtevka, dopušča pa uveljavljanje enega za drugim. Ne nazadnje, če pridobitelj (okoriščenec) ni postal lastnik stvari, potem tudi ni obogaten, zato ni mogoče uveljavljati kondikcijskega (povračilnega) zahtevka. Če si upravičenec lahko zagotovi pravno varstvo z lastninsko tožbo, ni izključeno, da namesto nje ne bi mogel uveljavljati kondikcijskega zahtevka.

Veljavna normativna ureditev omogoča uveljavljanje tako stvarnopravnih kot obligacijskoprnih zahtevkov, ki imajo za posledico vzpostavitev prejšnjega (pravnega) stanja, to je stanja pred neupravičenim dejanjem (ravnanjem). Kakovost pravnega varstva je zagotovljena v enakem obsegu tako po določilih OZ kot po določilih ZZK-1. Izbira pravnega varstva je na strani upravičenca. Ustrezno pravno varstvo je torej zagotovljeno, sistemska ureditev pa ne narekuje potrebe po drugačnem (spremenjenem) normiranju institutov.

Prikazano je bilo, da kondikcije nastanejo na podlagi izpolnitvenega ravnanja (zavezovalnega pravnega posla), bodisi ničnih bodisi neveljavnih obveznosti. Upošteva generalno klavzulo neupravičene pridobitve OZ ureja tovrstne pravne položaje, zato ločevanje na kondikcije in verzije ni več potrebno. Na podlagi iskanja elementov razlikovanja oziroma podobnosti med kondikcijo in verzijo lahko ugotovimo, da za oba instituta velja, da je za učinkovito (sodno) uveljavljanje potreben obstoj enakih predpostavk (elementov). Razlikovanje se nanaša zgolj na določene pravne položaje, vendar pa za oba instituta lahko uporabimo generalno klavzulo neupravičene pridobitve. Torej ni nobenih (pravnih) razlogov, ki bi (še vedno) utemeljevali uporabo kondikcij in verzij v sodni praksi. Ne nazadnje je zakonodajalec namenoma enotno uredil institut neupravičene pridobitve, katerega pravno pravilo je zajeto v 190. členu OZ. To v nadaljevanju tudi pomeni, da je stranki (sodnega) postopka zagotovljeno pravno varstvo v enakem obsegu, kot ga je imela po predhodni ureditvi.

Primerjava institutov je potrdila, da z uporabo veljavnega instituta neupravičene pridobitve stranka postopka ni prikrajšana glede obsega varstva svojih

⁵¹ Primerjaj paragraf 1041 ODZ.

pravic. Ker se narava kondikcij prekriva z institutom neupravičene obogatitve, je s tem zagotovljeno ustrezno pravno varstvo. To pa pomeni, da je uporaba instituta kondikcij (ali verzij) zgolj historične narave (glede na zgodovino pravne ureditve institutov) in nima nobenega drugačnega pravnega pomena, ne v teoriji ne v sodni praksi.

ZZK-1 ureja izbrisno tožbo, pri kateri je zakonodajalec posegel tudi na obligacijskopravno področje. Po noveli ZZK-1C je bila sprememba 243. člena ZZK-1 bolj pedagoške narave (napotek sodni praksi glede oblikovanja tožbenega zahtevka). Kumulacija zahtevkov pri izbrisni tožbi (ugotovitveni in dajatveni zahtevki) tako napotuje na uporabo pravil OZ. Vendar pa je treba upoštevati specifičnost izbrisnega zahtevka (velja za nepremičninsko pravo), ki ima naravo naturalne restitucije in se realizira prek vzpostavitve prejšnjega stanja zemljiškoknjižnih vpisov.

Institut neupravičene obogatitve pa je vezan na obogatitveno tožbo, s katero se uveljavlja vračilo premoženjske koristi. Torej gre za vračilo prejetega (brez pravne podlage), medtem ko je institut izbrisne tožbe vezan na vrnitev premoženjske koristi, s tem da se navzven (pravno) kaže v vrnitvi posesti na sporni nepremičnini (prek vzpostavitve prejšnjega stanja v zemljiški knjigi). Zato je mogoče zagovarjati tezo, da gre pri izbrisni tožbi za posebno vrsto reivindikacije.

Obravnavana instituta pa se razlikujeta glede vsebine pravnega varstva, kar je povezano s področjem, na katerega se nanašata (obligacijskopravno in stvarnopravno). Zato zagotavljata ustrezno pravno varstvo prek ureditve neupravičene obogatitve v OZ in ureditve izbrisne tožbe v ZZK-1. Glede na umeščenost institutov v pravni red se torej potrjuje hipoteza, da ne gre za sistemske vrzeli. Zgolj teoretična delitev na kondikcije in verzije tako ni pomembna za uporabo pravil o povračilni obveznosti, saj so ta urejena enotno v 190. členu OZ.

THE ROLE OF PILOT JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN ADDRESSING THE ISSUE OF THE RIGHT TO A TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME¹

Nataša Strnad,

Bachelor of Laws, senior judicial advisor at the Local Court of Ljubljana

Vid Pavlica,

Bachelor of Laws, senior judicial advisor at the Local Court of Ljubljana

1. INTRODUCTION

Over its history the European Court of Human Rights (the Court) has found more violations of the right to a trial within a reasonable time, as protected by Article 6 (1), than any other provision of the European Convention on Human Rights.^{2,3} That shows that the problem of ensuring reasonable length of court procedure is not a problem of any specific member state of the Council of Europe but rather that the systemic or structural problem exists in many if not most member states. The regulatory framework of this paper are the Articles of the Convention, The Rules of Court (The Rules of Court of the European Court of Human Rights, Strasbourg, 22 October 1959, CDH (59)8 – Rules of Court) and the Protection of Right to Trial without Undue Delay Act (Zakon o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja).⁴

¹ This paper was prepared based on the written paper for the 2013 THEMIS competition at the European Judicial Training Network (EJTN).

² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 November 1950 – the Convention.

³ D. Harris *et al.*, *op. cit.*, p. 570.

⁴ OJ of the Republic of Slovenia, no. 49/2006, 117/2006 – ZDoh-2, 58/2009, 28/2010, 38/2013 – ZVPSBNO.

Considering the number of procedures before the Court and in sight of the ongoing economic recession, the importance of Article 6 (1) of the Convention is becoming ever more apparent, not only to lawyers but to laymen as well. In Slovenia the broader public has become aware of the European Convention on human rights through the quasi-pilot judgment *Lukenda v. Slovenia* where Slovenia failed to meet the 'reasonable time' requirement.⁵ The Court found that the violation of the applicant's right to a trial within a reasonable time is not an isolated incident, but rather a systemic problem that has resulted from inadequate legislation and inefficiency in the administration of justice and instructed Slovenia to secure the right to a trial within a reasonable time through appropriate legal measures and administrative practices.⁶

As judge Zagrebelsky noted in his partly dissenting opinion, the judgment concerning appropriate legal measures and administrative practice is very general as it implies the obligation of the state to do several major steps within the legal system.⁷ The question arises as to when the state has fulfilled its obligation and when it is on the path to recovery. History shows that procedural law reforms are very rarely successful.⁸ Therefore it is very difficult for the state to effectively comply with the Courts decision. The state cannot immediately know if it is on the right path toward a successful reform and therefore cannot know if it has done enough for the pilot judgment to no longer completely apply. All changes take time to take effect and any one specific change cannot correct a system as a whole.

As the (pilot) judgments of the Court are in the focus of this paper we have decided to compare the judgments of the Court against several different states. We used the Slovenian legal framework and the judgments against Slovenia as the basis for comparison to the judgments against Poland, Italy and France that also appear to be facing systemic problems according to statistical data, namely, the number of breaches found by the Court regarding respective states. We will: (1) look at the similarities of the judgments and (2) look to a degree in which the Court has taken into account the differences between the legal systems.

The aim of this paper is to make several propositions concerning the scope of pilot judgments. The pilot judgment should not be the final aim in dealing with undue delay of judicial (and administrative) procedures, but should provide useful stepping stones both for the Court and the states toward a joint goal of preventing undue delays of judicial procedures. Therefore, we believe

⁵ *Lukenda v. Slovenia*, no. 23032/02, 15 September 2005.

⁶ *Ibid.*, § 93.

⁷ *Ibid.*, Partly dissenting opinion of judge Zagrebelsky.

⁸ A. Uzelac, *op. cit.*

that a (quasi) pilot judgment should contain clear guidelines as to the fulfilment of the states' obligations. The Court should be thorough each time when looking at a legal system facing systemic problems even after adopting a pilot judgment. The state on the other hand should take a (quasi) pilot judgment seriously and set a clear goal to improve the legal system in the long and short term. Only this way the judgments such as *Lukenda v. Slovenia* can become enforceable to the benefit of the authority of the Court and the citizens of all member states of the Council of Europe.

Due to the importance of theoretical context of our written assignment, we will first determine the definition and meaning of the 'reasonable time' requirement and of the pilot judgments.

2. REASONABLE TIME

Article 6 (1) of the Convention states that everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time. To properly understand the term "hearing within a reasonable time" it is necessary to look at the historical development of its meaning.

The text of the convention leaves much space for interpretation of Article 6 (1). There are many questions about the 'reasonable time' requirement that must be answered. What constitutes reasonable time? What are the criteria by which to determine if court proceedings complied with the 'reasonable time' requirement? What constitutes a fair hearing? Does a hearing (in the narrow term) suffice or does some kind of a judgment have to be made? What about the appellate court proceedings? Does a judgment have to be final?

With so many questions at hand, the Court had to set forth very open guidelines for interpretation of the meaning of the Convention. In the *Delacourt v. France* judgment, the Court stated that in a democratic society the right to a fair administration of justice holds such a prominent place, that a restrictive interpretation would not correspond to the aim and the purpose of that provision (the teleological approach).⁹ Non-restrictive interpretation gives the Court a possibility of constructing an autonomous meaning to the words used in the Convention, even though the starting point is the domestic legal system concerned. That is why the meaning and scope of Article 6 has evolved immensely in time.

⁹ P. Van Dyke, op. cit., p. 514 and *Delcourt v. Belgium*, no. 2689/65, 17 January 1970, § 25.

The teleological approach was already prominent in the *Stogmuller v. Austria* judgment (1969), where the Court presented its view on the purpose of the ‘reasonable time’ requirement:

*“The purpose of the ‘reasonable time’ requirement is to protect all parties to court proceedings and underline the importance of rendering justice without delay which might jeopardize its effectiveness and credibility.”*¹⁰

In the *Ringeisen v. Austria* case, the Court has determined that Article 6 (1) is not limited to ensuring that in every determination of civil rights and obligations there must be a fair hearing within a reasonable time; it also requires, at least as a general rule, that the case be heard and a judgment pronounced in public.¹¹ In the same case the Court determined that the complexity of the case and the conduct by the applicant are important criteria which have to be taken into account.

The second breakthrough in the development of the meaning of the ‘reasonable time’ requirement was the *König v. Germany* judgment. The Court emphasized that the reasonableness of the duration of proceedings covered by Article 6 (1) of the Convention must be assessed in each case according to its circumstances.¹² There is no absolute time limit that can be used in all cases indiscriminately. Therefore the determination must be made using mainly three criteria: (1) the complexity of the case, (2) the applicant’s conduct and the (3) manner in which the matter was dealt with by the administrative and judicial authorities.¹³ In an overall assessment of the various factors, the Court also takes into account what was at stake (for the applicant) in the proceedings, which has often been used as a fourth criterion.¹⁴

The failure to comply with the ‘reasonable time’ requirement has become a systemic problem in most member states, which brought by an accumulation of identical breaches. The Court started delivering quasi-pilot and pilot judgments.¹⁵ After a pilot judgment is delivered, similar cases are not examined in detail. That fact in combination with criteria for determining a breach of the ‘reasonable time’ requirement becoming a focus for rather than just support of the judgments, could constitute a problem for the Court. In the future the Court could prove to be unable to efficiently and promptly recognize new de-

¹⁰ D. Harris *et al.*, *op. cit.*, p. 278, *Stogmuller v. Austria*, no. 1602/62, 10 November 1969.

¹¹ A. Mowbray, *op. cit.*, p. 346, *Ringeisen v. Austria*, no. 2614/65, 16 July 1971.

¹² *König v. Germany*, no. 6232/73, 28 June 1978, § 99.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, § 111.

¹⁵ <www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf> (23. 5. 2013).

velopments and changes in member states with structural deficiencies in their system of justice that cause delays.¹⁶

3. PILOT JUDGMENTS

3.1 General facts

Pilot judgments are judgments adopted after a special procedure called the pilot judgment procedure. It is a priority treatment of one or more cases in which the Court has identified a structural and systemic problem or cause that leads to repetitive breaches of a right, protected by the Convention.¹⁷ The Court will then decide what the Government will have to do to remedy the individual breach but it will also give the Government guidelines on how to correct the systemic problem, i.e. give some indication of the general measures that a state should adopt so as not to overburden the Convention system with large number of applications deriving from the same cause.¹⁸

In its resolution on judgments revealing an underlying systemic problem, adopted on 12 May 2004, the Committee of Ministers invited the Court “to identify in its judgments finding a violation of the Convention what it considers to be an underlying systemic problem and the source of that problem, in particular when it is likely to give rise to numerous applications, so as to assist states in finding the appropriate solution and the Committee of Ministers in supervising the execution of judgments”. According to rule 61 of the Rules of Court the Court may on its own motion or at the request of a party initiate a pilot judgment procedure and adopt a pilot judgment where the facts of an application reveal in the Contracting Party concerned the existence of a structural or systemic problem or other similar dysfunction which has given rise or may give rise to similar applications.¹⁹ Any application selected for pilot judgment treatment shall be processed as a matter of priority in accordance with Rule 41 of the Rules of Court.²⁰ This rule is a first legal codification of the pilot judgment procedure, which was for a long time without a clear legal basis.²¹

¹⁶ D. Harris *et al.*, *op. cit.*, p. 282.

¹⁷ <www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/61CA1D79-DB68-4EF3-A8F8-FF6F5D3B3BB0/0/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf> (4. 5. 2013).

¹⁸ D. Harris *et al.*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁹ <www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf> (23. 5. 2013).

²⁰ According to the Rules, the Court shall in its pilot judgment identify both the nature of the structural or systemic problem or other dysfunction as established as well as the type of remedial measures which the Contracting Party concerned is required to take at the domestic level by virtue of the operative provisions of the judgment.

²¹ M. Lazarova Tajkovska, *op. cit.*, p. 333.

In theory there is a differentiation between full pilot judgments and quasi-pilot judgments (Article 46 judgments). Article 46 judgments pre-date full pilot judgments, the first one being *Scozzari and Giunta v. Italy* of 13 July 2000, cited below, where the Court required the state to remedy the situation using institute of “restitutio in integrum”^{22, 23} and the most famous being *Broniowski v. Poland* concerning large scale violation of right to property of former inhabitants of the territories east of the Bug River.²⁴ All of them however are a reaction to a systemic problem and overburdening of the Court by similar violations (clone cases) that stem from these systemic problems. In a quasi-pilot judgment the Court invokes Article 46 of the Convention (which binds the states to abide by the final judgments in any case to which they are parties) in highlighting systemic problems which have been the source of repeated Convention violations.²⁵ The Court stops short of including binding obligations in the operative provisions of the judgment. In these decisions the Court refers to the legal obligation under Article 46 to introduce general (giving the judgment an erga omnes effect)²⁶ or individual measures in the domestic legal system in order to end violations and provide redress,²⁷ however only in reasoning to the

²² *Ibid.*, p. 158.

²³ For detailed analysis of the development of Courts’ activism from awarding „mere“ just satisfaction to adopting pilot judgments see C. Ribičič, *op. cit.*, pp. 175–179 and 199–201, and M. Lazarova Trajkovska, *op. cit.*

²⁴ *Broniowski v. Poland*, no. 31443/96, 22 June 2004. For detailed analysis of the judgment and its effects see M. L. Trajkovska, *op. cit.*, pp. 176–196.

²⁵ P. Leach, *op. cit.*, p. 88; <books.google.si/books?id=5Ekydfx_usMC&pg=PA88&pg=PA88&dq=quasi+pilot+judgment&source=bl&ots=kiB5zOHOp2&sig=qB5sR4w8IbLJuQDAOKliGd1W5bw&hl=en&sa=X&ei=Uyd0Ud-AAy7HswaV6YDADw&ved=0-CF8Q6AEwCA#v=onepage&q=quasi%20pilot%20judgment&f=false> (3. 12. 2014).

²⁶ In the words of M. Lazarova Trajkovska, while the letter of Article 46 implies just inter parties effect for the judgments, the Convention’s vocation as a „constitutional instrument of European public order“ pleads for a broader view (*op. cit.*, p. 37). Such interpretation holds particular ground when Article 46 is interpreted in light of Article, as the Court reiterated in case of *Rumpf v. Germany*, cited below.

²⁷ In the case *Scozzari and Giunta v. Italy* (no. 39221/98 and no. 41963/98, 13 July 2000) the Court for the first time stated that by Article 46 of the Convention the High Contracting Parties undertook to abide by the final judgments of the Court in any case to which they are parties. It follows, inter alia, that a judgment in which the Court finds a breach, imposes on the respondent state a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to chose, subject to supervision of the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects. Furthermore, subject to monitoring by the Committee of ministers, the respondent state remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court’s judgment. Judge Zupančič referred to these paragraphs in his concurring opinion on judgment of *Broniowski* saying

merits, not operative parts of the judgments. Only very rarely does the Court prescribe general measures in Article 46 judgments (for example in *Lukenda v. Slovenia*)²⁸ – this was done for the first time in *Broniowski v. Poland*.²⁹

In a full pilot judgment the Court a) explicitly applies the pilot judgment procedure,³⁰ b) identifies a systemic violation of the Convention and c) stipulates general measures in the operative part of the judgment.³¹ In the next subsection, we will deal with full pilot judgments only, while Article 46 judgments are dealt with in other parts of this paper. This does not however in any way imply that Article 46 judgments are of lesser importance as their composition and desired effects are basically the same, as are the reasons for their adoption – underlying systemic problems. In order to find the criteria, by which the Court determines, when there is a necessity to adopt a pilot judgment, we decided to take a look at pilot judgments concerning reasonable time regarding different countries. Quite a few countries have to date received a pilot judgment because of frequent violations of the ‘reasonable time’ requirement.

3.2 The pilot judgments on the ‘reasonable time’ requirement

In the case of *Ivanov v. Ukraine* the Court dealt with lengthy enforcement proceedings of final domestic decisions.³² The Court observed that the judgment of a military court, awarding the applicant a sum of military pension, had not been fully enforced for about seven years and ten months. The Government’s submissions did not contain any justification for such substantial delays. The Court noted that the delays were caused by a combination of factors, including the lack of budgetary funds and shortcomings in the national legislation – lack of an effective domestic remedy to deal with it. There were over 300 such violations found with respect to Ukraine since 2004, with 1400 applications still pending before the Court. The Court found that a practice, incompatible with the Convention existed in Ukraine. It held that the structural problems with which the Court was dealing are large-scale and complex in nature. According to the Court they *prima facie* required the implementation of comprehensive

the Court in *Scozzari and Giunta v. Italy* for the first time applied the language of Article 41 of the Convention in conjunction with Article 46, to the effect that, taken together, they require the state to do away with the situation which had caused the violation in the first place. Compare M. Lazarova Trajkovska, *op. cit.*, p. 158.

²⁸ P. Leach, *op. cit.*, p. 88.

²⁹ M. Lazarova Trajkovska, *op. cit.*, p. 196.

³⁰ Usually, after its adoption, by referring to rule 61 of Rules of Court.

³¹ P. Leach, *op. cit.*, p. 87.

³² *Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine*, no. 40450/04, 15 October 2009.

and complex measures, possibly of a legislative and administrative character, involving various domestic authorities.

Germany's first pilot judgment in the case of *Rumpf v. Germany* was a result of excessive length of proceedings before German courts found by the Court.³³ The Court noted that the dealt with case before administrative court regarding a gun license that lasted 13 years in total (2 of which before the Federal Constitutional Court), concerned a recurring problem underlying the most frequent violations of the Convention found by the Court in respect of Germany; more than half of its judgments against Germany finding a violation concerned the issue of excessive length of judicial proceedings. The Court stated that it had delivered judgments in more than 40 cases against Germany finding such violations between 1959 and 2009. The Court held that Germany failed to adopt any measures to prevent the violations, thus 55 more cases against Germany were pending before the Court. The Court noted that the adoption of measures in response to the problem at issue had been addressed by the respondent state by tabling a draft bill regarding legal protection in the event of excessively long court proceedings, however it held that it was unclear whether and when that bill would enter into force. The Court stressed that the respondent state must introduce a remedy or a combination of remedies in the national legal system, at the latest within one year from the date on which the judgment became final, in order to bring it into line with the Court's conclusions and to comply with the requirements of Article 46 of the Convention.

The first pilot judgment with regard to Greece in the case of *Athanasίου and Others v. Greece* also dealt with a structural problem in the legal system.³⁴ In a case concerning a sum to be received from a solidarity fund of the army the total length of proceedings was approximately 14 years. The Court found that the length of the proceedings was excessive and failed to meet the requirement of 'reasonable time'. The Court also found that Greek law did not provide an effective remedy within the meaning of Article 13 of the Convention for the concerned parties to complain about the length of proceedings. Between 1999 and 2009, the Court delivered about 300 judgments finding an excessive length of judicial proceedings in Greece, while there were over 200 similar cases pending before the Court. The Court indicated general measures to be adopted – a remedy allowing for the expedition of proceedings along with a compensatory remedy. The Court also described the criteria regarding compensation for excessive length of judicial proceedings.³⁵

³³ *Rumpf v. Germany*, no. 46344/06, 2 September 2010.

³⁴ *Athanasίου and others v. Greece*, no. 50973/08, 21 December 2010.

³⁵ The action for compensation is to be decided quickly, the sum awarded had to be paid within six months of the decision becoming final, the action for compensation had to com-

Bulgaria also received its first two pilot judgments due to a systemic problem in the justice system. In one of them, *Finger v. Bulgaria*,³⁶ the Court dealt with a proceeding to divide inheritance that lasted 10 years. The Court held that the applicant was entitled to an effective domestic remedy in that regard. The Court found that Bulgaria had an acceleratory remedy, namely ‘complaint about delays’ instituted in Code of Civil Procedure and later a ‘request for fixing of time limit in the event of delay’, however the Court was not convinced either of them represented an effective remedy. There was also no effective remedy to provide redress for the violation – it did not seem that there existed a mechanism whereby the individuals concerned may vindicate that right or obtain redress for a failure to comply with that obligation. The Court noted that it had found breaches of the ‘reasonable time’ requirement of Article 6 (1) of the Convention in relation to civil proceedings in almost fifty cases. According to the information in the Court’s case management database, there were at the time approximately five hundred cases against Bulgaria awaiting first examination which contain a complaint concerning the length of civil proceedings. The above numbers showed the existence of a systemic problem. Regardless of the fact that Bulgaria introduced new measures, the Court held it was too early to assess their effect. The Court gave criteria to which a remedy must adhere which were basically the same as in *Athanasίου and Others v. Greece*.

Table no. 1: Overview of the Criteria used by the Court in Compared Pilot Judgments

	<i>Ivanov v. Ukraine</i>	<i>Rumpf v. Germany</i>	<i>Athanasίου v. Greece</i>	<i>Finger v. Bulgaria</i>	<i>Lukenda v. Slovenia</i>
Length of proceeding	7 years and 10 months	13 years	14 years	10 years	5 years and 3 months
Number of violations thus far	300 since 2004	40 since 1959	300 between 1999 and 2009	50	
Pending cases	1400	55	200	500	500
Indicated measures	Adoption of effective remedies	Adoption of effective remedies	Adoption of effective remedies	Adoption of effective remedies	Adoption of effective remedies, administrative measures

ply with the principles of a fair hearing, court costs were not to be excessive and the amount of compensation had to be consistent with the awards made by the Court in other cases.

³⁶ *Finger v. Bulgaria*, no. 37346/05, 10 November 2011.

3.3 Ending remarks on pilot judgments

The comparison of the pilot judgments shows that there is no definitive criteria pertaining to when the Court will adopt a pilot judgment. The number of decided or pending cases is not decisive, however the identification of a systemic problem is. Does Germany really have a systemic problem? It would appear that, same as when examining the reasonableness of the time taken to decide a case, no margin of appreciation doctrine is applied – it is for the Court alone to decide and not for the states to argue whether the problem is already systemic or not.³⁷ In all judgments the respondent states are instructed to introduce domestic remedies to deal with identified systemic problems. As recognised in theory, the Court often connects the right to an effective remedy (Article 13 of the Convention) with the right to a trial in reasonable time.³⁸ This goes hand in hand with the principle of subsidiarity (Article 35 of the Convention) which means that only applicants, that have exhausted domestic remedies, may lodge an application to the Court, meaning that the states hold primary responsibility to protect human rights.³⁹ Here however, the Court holds that the state is free to choose the measures it will take, as long as those measures meet certain criteria.

The common development after adopting a pilot judgment concerning a state is a less detailed examination of future repetitive cases. It is not until a government shows it has adopted effective remedies to prevent violations of the right, protected by the Convention, that the Court will declare an application inadmissible for the reason of non-exhaustion of domestic remedies. We have found this development in Slovenia, Poland and Italy, and we believe this could happen regarding other countries as well. We estimate that this results in a lack of interpretation of the ‘reasonable time’ requirement. The requirement appears to be without substance, abstract and unattainable. Judgments that follow and rely on pilot judgments are therefore not the most appropriate material to seek interpretation of the ‘reasonable time’ requirement from. This is also true for inadmissibility decisions, however this is to be expected when merits of the case are not even examined. We believe that each case should still be examined thoroughly, if not by the Court, then by the Contracting State.

Sole existence and use of effective remedies do not mean that the right to a trial within reasonable time is respected and not breached. Furthermore, broad use

³⁷ D. Harris et al., *op. cit.*, p. 279.

³⁸ C. Ribičič, *op. cit.*, p. 163.

³⁹ *Ibid.*, p. 123.

of domestic remedies as a rule renders them ineffective while deepening the systemic problem by further clogging judicial system. Perhaps it was for this reason that in his dissenting opinion in *Lukenda v. Slovenia* case judge Zagrebelsky said that the reasoning of the judgment creates a degree of confusion between the need to prevent and to avoid violations of the right to a trial within reasonable time and the need to secure an effective redress for such violations at national level.

We think that prevention should be the first and foremost goal that should clearly be stated in pilot judgments. Similarly, judge Casadevall, in his dissenting opinion in *Kudla v. Poland* case, found it difficult to see how the structural problem of the unreasonable length of proceedings could be remedied by the obligation to first exhaust an additional remedy designed to make it possible to complain about the length of proceedings. According to him, there is nothing to warrant an assumption that such an action would be heard within a more reasonable time than the main proceedings, nor does anything warrant an assumption that the main proceedings would be speeded up as a result of bringing such an action, while ultimately only the litigant would suffer the consequences of this situation.

Lastly, if the Contracting States will rely solely on domestic remedies, the Court itself could soon encounter an even higher case-load. If problems with backlogs in domestic legal orders aren't resolved, there is no guarantee that actions concerning exhaustion of domestic remedies won't get buried among other cases and result in new applications to the Court. In Italy, this has already happened. In 2009 there were already claims before the Court because of the excessive length in dealing with these cases by the Courts of Appeal.⁴⁰

Mirjana Lazarova Trajkovska recognized a possible weakness of pilot judgment procedure after the Court adopted *Ivanov v. Ukraine* judgment.⁴¹ She sees the weakness in the fact that Ukrainian government failed to enact appropriate legislation and in the lack of cooperation between the Government and the Court. We agree that the basic step to ensure the authority of the Court is that the states enact legislative measures suggested by the Court. That in itself however will not ensure the effectiveness of pilot judgments nor prevent further undue delays in judicial procedures, caused by the underlying structural and systemic problems in the states.

⁴⁰ M. Fabri, *op. cit.*, p. 16.

⁴¹ M. Lazarova Trajkovska, *op. cit.*, pp. 307–309.

4. CASE STUDIES FOR COMPARISON

4.1 Slovenia

There were several cases pending before the Court concerning the right to a trial within a reasonable time before the first judgment against Slovenia was delivered. The most important of those is probably *Belinger v. Slovenia*.⁴² The applicants complained about the length of civil proceedings that had lasted for more than nine years. A friendly settlement was ultimately reached and Slovenia for a time avoided a judgment declaring a violation of the right to a trial within a reasonable time. This case represented a warning that something needed to be done about the length of (criminal and civil) trials in Slovenia. Unfortunately appropriate steps were not taken to amend this problem and a conviction was imminent.⁴³ *Lukenda v. Slovenia* is a quasi-pilot judgment in which the Court established there was systemic problem with the Slovenian legal system that needed to be amended.⁴⁴ In the case of *Lukenda v. Slovenia*, the total duration of the proceedings, which the breach stemmed from, was five years, three months and nine days. In the opinion of the Court, the length of the proceedings concerning disability benefits in the applicant's case was excessive and did not meet the 'reasonable time' requirement, especially before the first-instance court. The Court found that neither administrative action, a claim for damages, a request for supervision nor a constitutional appeal, whether taken separately or together, could be regarded as effective remedies. The Court also found that the length of judicial proceedings in Slovenia was a systemic problem and noted the applicant's allegation that judicial proceedings in Slovenia regularly failed to comply with the 'reasonable time' requirement. There were also over 500 similar cases pending before the Court against Slovenia at the time. The Court identified some of the weaknesses of the established legal remedies required by Slovenia, while acknowledging that certain recent developments show reassuring improvements. To prevent future violations of the right to a trial within a reasonable time, the Court encouraged Slovenia to either amend the existing range of legal remedies or add new remedies so as to secure genuinely effective redress for violations of that right.

After *Lukenda v. Slovenia* judgment, Slovenia adopted Protection of Right to Trial without Undue Delay Act (Act). The Act introduced three domestic remedies concerning the 'reasonable time' requirement: (1) a supervisory appeal, (2) motion for a deadline and (3) compensatory remedy. The Act also con-

⁴² *Belinger v. Slovenia*, no. 42320/98, 13 June 2002.

⁴³ C. Ribičič, *op. cit.*, p. 198.

⁴⁴ *Lukenda v. Slovenia*, no. 23032/02, 15 September 2005.

tained provisions on jurisdiction, procedure and limitations on amounts of the compensatory remedy.

It was not until judgment in the case of *Grzinčič v. Slovenia* that the Court declared an application inadmissible due to non-exhaustion of domestic remedies, newly enacted in the Act.⁴⁵ In a subsequent case, *Žunič v. Slovenia*, the Court found that it was indispensable that the proceedings, which had already lasted a long time, were finally resolved particularly promptly following the exhaustion of the accelerative remedies.⁴⁶ The Court emphasized that the national authorities should ensure that the aggrieved party had prompt access to the compensatory remedy once he or she has made use of the accelerative remedies. The Court declared the application in *Žunič* inadmissible for being premature since only six months had elapsed since the applicant had exhausted the acceleratory remedies and progress had been made in dealing with his claim. It however instructed the authorities to conclude the proceedings within no more than a year, which is in our opinion an important precedent indicating the limits to the length of judicial procedures after acceleratory domestic remedies have been used. Contrary to its decision in *Žunič*, in the case of *Robert Lesjak v. Slovenia* the Court found that there is no effective remedy in Slovenia in respect of delays in Supreme Court proceedings.⁴⁷ Even before the publication of this judgment, on 15 July 2009, Slovenia changed the Act to remedy this situation.

In the case of *Jama v. Slovenia* the Court identified problems concerning the use of domestic remedies. In the non-contentious court proceeding regarding the amount of compensation for expropriated property that lasted from 1994 to 2008 (that is the period the Court took into consideration), the applicant lodged two supervisory appeals and a motion for a deadline.⁴⁸ The Court was struck by the fact that, despite the use of the acceleratory remedies provided by the 2006 Act, no significant progress was made in the case, which was still pending at first instance. The Court noted that, as a consequence of the system provided by the 2006 Act, whereby access to a compensation claim is dependent on the termination of the proceedings, the applicant and his successor have never been able to claim just satisfaction for the undue delay. The Court also found that in a situation where the proceedings have lasted a very long time and have moreover ground to a halt despite the use of acceleratory remedies, the compensatory remedy which has statutory limitation set to 5.000,00 EUR,

⁴⁵ *Grzinčič v. Slovenia*, no. 26867/02, 3 May 2007.

⁴⁶ *Žunič v. Slovenia*, no. 24342/04 18 October 2007.

⁴⁷ *Lesjak v. Slovenia*, no. 33946/03, 21 July 2009.

⁴⁸ *Jama v. Slovenia*, no. 48163/08, 19 July 2012.

may not provide a sufficient redress. The case of *Jama v. Slovenia* was an aberration both in regard to the overall length of proceedings and in regard to the ineffectiveness of the acceleratory remedies provided by the 2006 Act in practice. Even though it is not representative of the situation concerning the length of the trials in Slovenia which is gradually improving, we believe it to be a symptom of the fact that the systemic problem concerning the right to a trial within a reasonable time still persists.⁴⁹

After the *Jama v. Slovenia* case there have been several cases that could forecast a change of the Courts position regarding Slovenia if the positive trend continues.⁵⁰ While the majority in these cases still held there was a breach of Articles 6 (1) and 13 of the Convention, the dissenting opinions argued against a 'broad brush' approach of the Court to look only at the overall period of proceedings.⁵¹ We agree with the view that a thorough analysis of each criterion for establishing a breach of the right to a trial within a reasonable time should be conducted before a violation is found.⁵²

In practice the adoption of the Act and its two subsequent changes have not brought a noticeable improvement concerning the violations of the 'reasonable time' requirement. Parties in judicial proceedings are starting to use acceleratory remedies more frequently. That brings with it more work on filing reports and consequently less time to deal with the substance of the cases.⁵³ There is also an increasing number of pending cases before the Court. We think that this growing number does not indicate worsening of the systemic problem in Slovenia but could in fact be the result of increased public awareness of the possibility to attain satisfaction before the Court. We looked at statistical data below (Court statistics) on the number of backlogs in Slovenia as they are defined in Article 50 of Court rules through several years, right before the *Luken-*

⁴⁹ <www.mp.gov.si/si/obrazci_evidence_mnenja_storitve/uporabni_seznami_imeniki_in_evidence/sodna_statistika> (23. 8. 2014).

⁵⁰ *Barišič v. Slovenia*, no. 32600/05, 18 October 2012, *Stojc v. Slovenia*, no. 20159/06, 18 October 2012, *Podbelšek Bračič v. Slovenia*, no. 42224/04, 18 April 2013 and *Plut and Bičanič-Plut v. Slovenia*, no. 7709/06, 18 July 2013.

⁵¹ *Barišič v. Slovenia*, no. 32600/05, 18 October 2012, dissenting opinion of judge Ann Power-Forde.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Ciril Ribičič recognizes the value of the argument that domestic remedies should not be further clogging the judicial system and emphasizes that Slovenian Constitutional court (in judgment U-I-65/05) bound the legislator to ensure domestic remedies do not burden the judicial system further (*op. cit.*, pp. 191 and 189). The question arises whether the Slovenian system, that requires writing of reports about the case in question and actions for damages that have to be heard by courts do not do exactly the opposite.

da v. Slovenia judgment and after it till today.⁵⁴ Even though there are minor fluctuations, as a general trend the number of backlogs is in fact decreasing.⁵⁵ Additional information that should be observed is that the length of trials in Slovenia is also shortening.⁵⁶ This is one of the reasons we propose the Court should assess relevant statistical data when deciding on whether it will apply the pilot judgment procedure. The number of backlogs alone seems to indicate that a systemic problem still persists. On the other hand the trend of a steadily decreasing number of backlogs and length of trials shows that the situation is improving. That fact could (should) be relevant in future deliberations of the Court.

Table no. 2: Number of Backlogs in Slovenian Courts

Number of backlogs end of the year	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Local courts	290156	285953	276303	273240	287401	239477	236043	215733	175475	154290
District courts	13935	14204	12606	12037	11742	14452	24275	24121	22355	19210
High courts	6242	4744	3032	1898	853	242	326	788	1005	799
Supreme court	/	/	/	/	3617	2987	2270	1690	1088	741

4.2 Poland

Kudla v. Poland is a quasi-pilot judgment wherein the Court established that there was a systemic problem in Poland regarding ensuring the right to trial within a reasonable time to such an extent that there was no effective remedy before a national authority (Article 13).⁵⁷ In the *Kudla v. Poland* case the Court reiterated that the trial does not end until the final instance delivers a final

⁵⁴ Sodni red, OJ of the Republic of Slovenia, no. 17/95, with amendments.

⁵⁵ <www.mp.gov.si/si/obrazci_evidence_mnenja_storitve/uporabni_seznami_imeniki_in_evidence/sodna_statistika> (23. 8. 2014), year 2004, p. 149, year 2005, p. 156, year 2006, p. 1, of corrected data, year 2007, p. 149, year 2008, p. 184, year 2009, p. 184, year 2010, p. 170, year 2011, p. 181, year 2012, p. 266, year 2013, p. 272.

⁵⁶ <www.mp.gov.si/si/obrazci_evidence_mnenja_storitve/uporabni_seznami_imeniki_in_evidence/sodna_statistika> (23. 8. 2014).

⁵⁷ *Kudla v. Poland*, no. 30210/96, 26 October 2000.

judgment. One of the crucial factors was not the overall length of the proceedings but rather the lack of progress in nearly one year and eight months.⁵⁸ Due to the number of cases against Poland because of the violation of the right to a hearing within a reasonable time, the Court recognized the problem as systemic. Because the violation was systemic it required a special remedy for it within the national law that would not have been necessary if the procedures had functioned properly. The systemic deficiencies in Kudla were only implied by the judgment itself (in determining that there had been a violation of both Article 13 and 6 (1) of the Convention).⁵⁹

In judgments following Kudla, the Court did not go into details of a certain case but only referred to Kudla. In *D. M. v. Poland* the Court found that an effective remedy for an alleged breach of the requirement under Article 6 (1) must be applied equally in a criminal and a civil law procedure.⁶⁰ It is true that the Court went through the criteria for establishing the reasonable time breach of Article 6 (1), but the criteria felt more like citations as there were only one or two sentences used to establish each.⁶¹

On 17 September 2004 the Law on complaints about a breach of the right to a trial within a reasonable time (the Law) entered into force in Poland. That was the most significant factor for the decision in the *Krasuski v. Poland* case.⁶² Judge Pavlocski noted in his partly dissenting opinion to the *Krasuski v. Poland* judgment, that the existence of a violation of Article 6 (1) was self-evident. It seems that the sole fact of passing a law that handled complaints concerning the breaches of the 'reasonable time' requirement was enough to convince the Court that from that moment on Polish law incorporated an effective remedy for breaches of the 'reasonable time' requirement in accordance with Article 13. According to the Court a completely new legal situation had been established, and the burden of proof as to the effectiveness of the remedies was shifted to the applicant.⁶³

The Court's benevolence did not last for long. In the case of *Ratajczyk v. Poland* the Court in similar circumstances as the previously mentioned cases held that there was a violation of Article 6 (1) as a result of failing to meet the 'reasonable

⁵⁸ *Ibid.*, § 131.

⁵⁹ Kudla is the first case where the Court started connecting the right to a trial within reasonable time with the right to an effective remedy, see Ribičič, *op. cit.*, p. 187.

⁶⁰ *D. M. v. Poland*, no. 13557/02, 14 October 2003, § 47.

⁶¹ *Krzak v. Poland*, no. 51515/99, 6 April 2004 and *Guzicka v. Poland*, no. 55383/00, 13 July 2004.

⁶² *Krasuski v. Poland*, no. 61444/00, 14 June 2005.

⁶³ *Ibid.*, § 71.

time' requirement.⁶⁴ One of the more recent cases, *Glowacki v. Poland* seems to show that the Court's opinion on Article 13 is fixed to the *Krasuski v. Poland* judgment, while the benevolence concerning the violations of the 'reasonable time' requirement has almost evaporated.⁶⁵

The judgments concerning Poland are very general. As *Kudla v. Poland* was one of the earlier quasi-pilot judgments concerning systemic nature of the breaches of the 'reasonable time' requirement, the existence of a systematic problem was stated only by implication. That shows that the Court has made considerable and important progress with the clarity of (later) pilot judgments. On the other hand, the statement of the problem by implication could be indicating a different (lower) level of the systemic problem. The estimation of the Polish Government Agent before the Court that the overall effects of the Law have been positive,⁶⁶ seems to correspond with statistical data.⁶⁷ If the level of the systemic problem in Poland was initially lower in comparison with other states, this could be one of the reasons for a positive outlook.

4.3 Italy

According to data in the Hudoc database, Italy is number one on the list of breaches of the 'reasonable time' requirement. Largely important case regarding Italy is *Botazzi v. Italy* where the Court noted that there is an accumulation of breaches, which constitutes a practice that is incompatible with the Convention.⁶⁸ The Court emphasized that the duty of the states is to organize their judicial systems so that their courts can meet the requirements of the reasonable time provision. In this case the Court did not refer to Article 46 but its reasoning was very similar. As a result of this judgment, Italy enacted the Pinto Act in 2001 in order to enable persons subject to excessive delays in domestic courts to seek compensation, but the implementation of that measure in turn generated further complaints to the Court.⁶⁹

In particular, Italy has kept on failing to pay Pinto compensations in due time. On 29 March 2006 the Court delivered nine joined Grand Chamber judgments (Article 46 judgments) involving the Pinto Act which originated from failure of Italy to pay awarded compensation to victims of lengthy proceedings in ad-

⁶⁴ *Ratajczyk v. Poland*, no. 11215/02, 18 July 2006, § 24.

⁶⁵ *Glowacki v. Poland*, no. 1608/08, 30 October 2012.

⁶⁶ Jakub Wołosiewicz et al., *op. cit.*, pp. 22-25.

⁶⁷ <ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/cej_study_scoreboard_2014_en.pdf> (20. 8. 2014) and table no. 3.

⁶⁸ *Botazzi v. Italy*, no. 34884/97, 28 July 1999.

⁶⁹ A. Mowbray, *op. cit.*, p. 432.

equate time.⁷⁰ The Court held that the period to make a payment of compensation for lengthy proceedings should generally not exceed six months from the date on which the decision awarding compensation becomes final. We believe that this practice of the Court is an important precedent as it closely follows the *pacta sunt servanda* principle. If the state obliged itself to perform a certain act, it must do so in a very limited amount of time. This applies even more in cases when the obligation of the state arose from breaches of an applicant's rights. The Court noted that the state is free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided they are compatible with conclusions set out in the judgment. As mentioned before, the choosing of measures is the only field where the Court applies margin of appreciation doctrine. We argue that this is problematic.

Later development in cases against Italy does not seem to be much different than the situation in the nine cases (*Simaldone v. Italy*).⁷¹ The Court however did not find that the Pinto remedy in itself was not effective. In the same way, Pinto remedy was given benefit of a doubt in *Daddi v. Italy*.⁷² We can see that also when it comes to Italy, at least in the first phase of dealt with cases, the Court seems to be satisfied that domestic remedy exists, but the problem in Italy seems to persist nevertheless.

Regarding Italy, there is another particularity which came to be as a consequence of Botazzi decision, namely deciding on many cases in one judgment.⁷³ This is not a pilot judgment procedure, but a special kind of procedure where the Court decides to join many applications and decide them by a single judgment.⁷⁴ In *Gaglione and others v. Italy* the Court dealt with 475 cases where 65 per cent of the applicants had waited at least 19 months for payment of their Pinto compensation.⁷⁵ Clearly, circumstances of every particular case cannot possibly be regarded enough in this type of procedure. Good points against this kind of procedure can be read in dissenting opinion of judge Ferrari Bravo in case of *Angelo Giuseppe Guerrera v. Italy* where 133 cases were

⁷⁰ Judgments in cases: *Scordino v. Italy* (no. 1), no. 36813/97; *Riccardi Pizzati v. Italy*, no. 62361/01; *Musci v. Italy*, no. 64699/01; *Giuseppe Mostacciolo v. Italy* (no. 1), no. 64705/01; *Giuseppe Mostacciolo v. Italy* (no. 2), no. 65102/01; *Cocchiarella v. Italy*, no. 64886/01; *Apicella v. Italy*, no. 64890/01; *Ernestina Zullo v. Italy*, no. 64897/01; *Giuseppina and Orestina Procaccini v. Italy*, no. 65075/01, 29 March 2006.

⁷¹ *Simaldone v. Italy*, no. 22644/03, 31 March 2009.

⁷² *Daddi v. Italy*, no. 15476/09, 2 June 2009.

⁷³ D. Harris et al., *op. cit.*, p. 284.

⁷⁴ <www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/GT-GDR-C/GT-GDR-C%282013%29R2_Addendum%20II_Draft_CDDH_report_on_representative_application.pdf> (4. 5. 2013).

⁷⁵ *Gaglione and others v. Italy*, no. 45867/07 and others, 21 December 2010.

decided on in one day.⁷⁶ Judge Bravo believes that it is quite possible that a practice contrary to the Convention exists in Italy. Nevertheless he thinks the Court should examine in each situation what were the circumstances of the case, which is something the Court, overwhelmed by an avalanche of requests, does not do anymore. While judge Bravo saw this as understandable, he did not see it as fair. Judge Bravo asked himself what the Italian legislator should do to correct the problem and whether the Court believed all decisions should be adopted within a few months, as in some countries in northern Europe, where court procedures were so expensive, people hardly ever used them. He held it would be best to report the matter to the Committee of Ministers of the Council of Europe for a political assessment of the situation. We think this dissenting opinion cannot be disregarded and holds a lot of merit. We fear that, in the future, the Court may start to decide on many cases at once in cases against other states. If that happens, it could become common practice that circumstances of particular cases will not be examined, resulting in automatic condemnations.

4.4 France

For many years France has been facing complaints regarding the length of the proceedings. Since 1981, when France officially made the admittance to the Court possible for its citizens, the violation of Article 6 (1) is the subject of the 39 % of those cases before the Court.

In *H. v. France* the total length of the proceedings was seven years and seven months. The Court held that there was a violation of Article 6 (1), since the length was excessive and no appropriate measures by the state court were taken.⁷⁷ Delay caused by the conduct of the applicant's legal aid lawyer was not attributed to the state because a lawyer acts for his client, not the state.

In *Hentrich v. France* the Court held that the backlog of business in the Court of Appeal cannot excuse the length of procedures.⁷⁸ The specifics of the case, namely that the court wished to hear four cases that raised similar issues together, was taken into account. But it was held more important that the delay was substantial. The Court also took into account what was at stake for the applicant.

⁷⁶ *Angelo Guiseppe Guerrera v. Italy*, no. 44413/98, 28 February 2002.

⁷⁷ *H. v. France*, no. 21489/11, 24 October 1989.

⁷⁸ *Hentrich v. France*, no. 13616/88, 22 September 1994.

The central and often cited case concerning France is *Frydlender v. France*.⁷⁹ The complexity of the case, the conduct of the applicant and the conduct of the competent administrative and judicial authorities, were all taken into consideration in determining a violation of the 'reasonable time' standard. In that case the Court emphasized that it was the obligation of the Contracting States to organize their legal systems in such a way that their courts can ensure to everyone the right to a final decision within a reasonable time. It further stated that an employee, considered to be wrongly suspended or dismissed, had an important personal interest in securing a judicial decision on the lawfulness of that measure promptly.

A contestation over 'civil rights and obligations' must fulfil the condition of exhausting domestic remedies to be admissible to the Court. The judgment in the case *Mifsud v. France* established that the complaint based on the length of those proceedings is inadmissible if the applicant has not first unsuccessfully submitted it to the domestic courts, regardless of the stage reached in the proceedings of domestic level.⁸⁰

The Court was very thorough in considering the circumstances of each case concerning France. We believe this to be the right approach and the Court should use it more often in cases that are dealt with by the Court after a pilot judgment is adopted. Furthermore the statistical data suggests that there is a systemic problem concerning violations of the 'reasonable time' requirement in France. To our knowledge this is not reflected in the Court judgments, as we have found no pilot judgments concerning the 'reasonable time' requirement. That would seem to indicate that France does not suffer from a systemic problem and structural deficiencies of its judicial system.

4.5 Similarities and differences

The similarities between the judgments against different states are several. The Court is consistent in using the same criteria for establishing that the 'reasonable time' requirement has not been met: (1) the complexity of the case, (2) the applicant's conduct, (3) the manner in which the matter was dealt with by the administrative and judicial authorities and (4) what was at stake (for the applicant) in the proceedings. The criteria are always thoroughly examined in the pilot or quasi-pilot judgment. In later judgments their further existence is only shortly confirmed. The case law concerning France differs from the others as there is no pilot judgment concerning France, so we were unable to compare

⁷⁹ *Frydlender v. France*, no. 30979/96, 27 June 2000.

⁸⁰ *Mifsud v. France*, no. 57220/00, 2 May 2000.

the situation after passing a pilot judgment. It also seems that in cases, originating from France, the Court puts higher emphasis on determination of circumstances of the particular case. This differs greatly from joint applications procedure, largely used in cases against Italy.

In most if not all of the newer cases the 'reasonable time' requirement is strongly (we think too strongly) intertwined with the right to an effective remedy. This can mask the importance of the basic need to prevent and to avoid violations.

The reasoning of the Court was also similar in its reaction to the passing of the Pinto act in Italy, the Law on complaints about a breach of the right to a trial within a reasonable time in Poland and the (changes of the) Protection of Right to Trial without Undue Delay Act in Slovenia. In all cases the Court was initially very benevolent to each of the mentioned states. In several cases after taking the appropriate measures, the Court apparently took the position that the systemic problem (for the time) no longer existed. The reasoning was similar in the case of *Grzinčič v. Slovenia* (3 May 2007), *Daddi v. Italy* (2 June 2009) and *Krasuski v. Poland* (14 June 2005).

In later judgments the Court reverted to its previous opinion concerning the existence of a systemic problem in the legal systems concerning the 'reasonable time' requirement. This may be proof that pilot judgments are not as effective as it was hoped they would be. We fear that will happen in other legal systems as well.

Another similarity is that the specifics of a legal system were not taken fully into account. The Court did not thoroughly research the changes in the legal system after the pilot judgments and after the state has taken certain (legislative) measures.

There is another important similarity between *Žunič v. Slovenia* and the jointly decided cases concerning the Pinto Act. In both instances the Court set a firm upper limit to the time a specific action of a state must be taken. In *Žunič* the Court held that, after the use of acceleratory remedies, the judicial proceedings should be concluded in less than a year. Likewise, in the jointly decided cases, the Court held that the state should pay the compensation for violations of the 'reasonable time' requirement in less than six months. We believe the Court made an important statement that the principle *pacta sunt servanda* also applies to states and should be upheld even more strictly when the states' obligation arises from its previous breaches of the applicants' rights. However, it is also important to note that if a particularly complex case is heard in a particularly short time, the time taken decide on this case could not be deemed reasonable – reasonable time does not equal fast trials.

The differences we have encountered are mainly in the fact that there are no set standards as to when the Court will adopt a pilot judgment, number of pending cases is considered to be indicative of a systemic problem and what is the nature of said cases. If we look at statistical data on the Hudoc web page, we can see that France is in second place in regard to 'reasonable time' requirement violations but a pilot judgment has not (yet) been adopted and a systemic problem not recognized.

5. CONCLUSION

After taking a deeper look into the functioning and the case law of the Court, we have shown what a current situation is after a Court has adopted a pilot judgment. In the conclusion we wish to offer several suggestions that are addressed both to the Court and to the states. We believe that a coordinated effort of both is needed to reach the desired goals. We have become aware that the Court is faced with an onslaught of new cases that have risen considerably in the last couple of years. The problems we have encountered are therefore understandable. Nevertheless we believe that we should all strive for improvement.

I. The Court (1) should consider the affected legal system more thoroughly and more often. Every reasonably positive act on the side of the state that provides remedies to applicants should be evaluated in the short and in the long term. The Court should take these actions on part of the state as part of the criteria for evaluating future cases. This argument is also supported by Article 19 of the Convention which states that the Court will be set up in order to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto.

The Court (2) should not be satisfied with the fact that an action on part of the state has taken place, but should also (a) see if the action has a realistic chance of success, (b) look at statistical data before and after the change in the legal system and (c) see if the state has a broader plan to move forward. Sole existence and use of effective remedies do not mean that the right to a trial within reasonable time is respected.

In the pilot judgments the Court (3) should set specific measures on how the state can abide by the judgment, taking into consideration the nature and specifics of the affected legal system. The main guideline to the measures to be adopted by the state is the principle of *pacta sunt servanda*. The state must firstly follow the rules it has set for itself, even concerning the length of judicial procedures. The Courts role is to oversee if the states abide by their own rules and to set standards on the point of what kind of state legislature concerning

the length of judicial procedures can still be considered in accordance with the Convention.

(4) Positive and negative effects of the pilot judgment procedure should be evaluated and a comparative evaluation of the different legal systems made in regard of the reasonable time requirement. Both evaluations should consider, that a broad use of effective remedies as a rule could in prospect render them ineffective while deepening the systemic problem by further clogging the judicial system. Also, as indicated by judge Zupančič in the *Broniowski v. Poland* case, the focus of pilot judgments should not be the Court's caseload, but rather the people, who might in the future face the same breach of human rights.

In evaluating the current situation there should be close cooperation between the Court and the states. The former is better equipped to offer guidelines and the latter are better suited to fund and operate the evaluation.

II. The state should take all judgments, and most of all the pilot judgments, of the Court seriously. That is why the state (1) should make a solid short and long term plan, collect appropriate statistical data and make specific provisions for change. The plan must be founded on the Court practice and can make use of good practice of other states.⁸¹ The goals must be SMART (specific, measurable, attainable, realistic and time bound).⁸² This could mean that all the backlogs should be registered, reasons for delays established and deadlines for decisions set.

Once the specific goals are set, (2) resources required for meeting them should be evaluated and if needed, increased. Making comparisons with other states and trying to follow their examples should be done with care – the state itself should not make a mistake by not considering its own circumstances and particularities. We ask ourselves, is it really appropriate to greatly reduce the number of judges in Slovenia? We offer this table for comparison and consideration – are France and Poland doing something right?⁸³

The state (3) should keep the Court informed on the plans and goals at all times and also of important changes that came as a result of the actions of the state. The reports should be regular (yearly) and should emphasize whether its actions reached the predicted goals.

⁸¹ Recommendation CM/Rec (2010) 3 on effective remedies for excessive length of proceedings: <www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/Recommendations_en.asp> (24. 8. 2014).

⁸² <www.projectsmart.co.uk/smart-goals.html> (25. 2. 2014).

⁸³ The data in first three numeric columns is taken from CEPEJ Study on <http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/cepj_study_scoreboard_2014_en.pdf> (20. 8. 2014), pp. 70 and 216, and shows caseload in all courts of researched countries in the year 2012. The data in last two columns are calculated.

Table no. 3: Caseload and Human Resources in Compared Legal Systems

	Number of incoming cases per 100 inhabitants	Number of pending cases per 100 inhabitants	Number of judges per 100 inhabitants	Number of incoming cases per judge	Number of pending cases per judge
IT	19,2	22,4	0,01	1920	2240
SLO	61,7	28,5	0,05	1234	570
PL	54,4	8,9	0,03	1813	296,7
FR	9,3	7,2	0,01	930	720

(4) The role and impact of alternative dispute resolution such as arbitration, mediation, medarb and others should be evaluated and projections made on their further development. In addition to that the possibility of a private sector initiative in the judiciary should be considered and propositions made as to the viability of its application.⁸⁴

(5) To ensure that the principle *pacta sunt servanda* is the cornerstone of each new reform, changes of legislation should be made in the sense that the prescribed duration of judicial procedures is first lengthened. When the first goal is reached new (legislative) goals should be set until a desired situation is attained.

The suggestions made are only a starting point on a long road to attaining the goal of judicial (and administrative) procedures lasting a reasonable time. The goal can never be reached in full for it is a continuing process based on the principle *pacta sunt servanda*. Even though it has been mentioned that the Court should take into account the differences between the legal systems and the specifics of a certain legal systems it is also apparent that the systems themselves are (and should be) moving more and more together to form an (increasingly) unified system of protection of human rights.

*“Like the character of an individual, the legitimacy of the Court must be earned over time. So, indeed, must be the character of a Nation of people who aspire to live according to the rule of law.”*⁸⁵

⁸⁴ Before amending Slovenian Enforcement and Securing of Civil Claims Act in 2010 such ideas were presented regarding Slovenian enforcement procedure where enforcement agents were to assume many competences of non judicial nature that would in turn be taken away from the courts. The ideas, however, were not brought into life.

⁸⁵ <walshslaw.wordpress.com/2013/05/20/a-reflection-on-john-marshalls-greatness-and-belief-in-law/> (26. 2. 2014).

Literature

- Marco Fabri, Jakub Wołosiewicz *et al.*: The right to trial within a reasonable time and short-term reform of the European Court of Human Rights. Ministrstvo za zunanje zadeve Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- David Harris *et al.*: Law of the European Convention on Human Rights. Oxford University Press, New York 2009.
- Mirjana Lazarova Tajkovska: Pilot judgment procedure before the European Court of human rights. Doktorska disertacija, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 2012.
- Alastair R. Mowbray: Cases, materials, and commentary on the European Convention on human rights. Oxford University Press, Oxford 2012.
- Ciril Ribičič: Evropsko pravo človekovih pravic, Izbrana poglavja. Litera Scripta Manet, Zbirka Scripta, 30. Univerza v Ljubljani, Pravna Fakulteta, Ljubljana 2007.
- Alan Uzelac: Lecture on the burden of proof in civil procedure. Supreme Court of the Republic of Slovenia, Ljubljana 2013.
- Pieter Van Dijk *et al.*: Theory and Practice of The European Convention on Human Rights, fourth edition. Intersentia, Antwerpen 2006.
- Phillip Leach: Taking a Case to the European Court of Human Rights, Oxford University Press, Oxford 2011.

VLOGA PILOTNIH SODB EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE PRI OBRAVNAVANJU PRAVICE DO SOJENJA V RAZUMNEM ROKU¹

Nataša Strnad,

*univerzitetna diplomirana pravnica, strokovna sodelavka
na Okrajnem sodišču v Ljubljani*

Vid Pavlica,

*univerzitetni diplomirani pravnik, strokovni sodelavec
na Okrajnem sodišču v Ljubljani*

Prvi odstavek 6. člena Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP) vsakomur priznava pravico do sojenja v razumnem roku. Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) se sooča z naraščajočim številom zadev, ki se nanašajo na kršitev te pravice, pri čemer obravnavane zadeve izvirajo iz večine držav članic Sveta Evrope. V Sloveniji se je širša javnost seznanila z možnostjo uveljavljanja te pravice po objavi sodb v zadevi *Lukenda proti Sloveniji*.² V prispevku primerjava sodb ESČP proti Sloveniji, Poljski, Italiji in Franciji, pri čemer so sodb zoper Republiko Slovenijo vzete kot osnova za primerjavo. Poleg iskanja podobnosti med sodbami posvetiva pozornost tudi temu, ali je sodišče upoštevalo posebnosti posameznega pravnega sistema in razlike med njimi.

Za razumevanje tematike je treba definirati razumen rok oziroma razumen čas. Zaradi pomenske odprtosti konvencijskega besedila je sodišče moralo postaviti zelo odprte usmeritve za razlago tega pojma, pri čemer se je od zadeve *Delacourt proti Belgiji* opredeljevalo zoper zožujočo razlago, v zadevi *Stogmul-*

¹ Ta članek je pripravljen na podlagi pisne naloge za tekmovanje THEMIS 2013 Evropske mreže centrov za izobraževanje v pravosodju, ki je potekalo od 17. do 20. junija 2013 v Bruslju.

² *Lukenda proti Sloveniji*, št. 23032/02, 15. september 2005.

ler proti Avstriji pa je zavzelo izrazito teleološki pristop.³ V zadevi *Ringeisen proti Avstriji* je sodišče zavzelo stališče, da ne zadostuje, da je bila v razumnem roku opravljena obravnava, temveč mora biti v takem roku tudi javno razglašena sodba, ter kot pomembni merili izpostavilo kompleksnost zadeve in dejanja pritožnika.⁴ V zadevi *König proti Nemčiji* je sodišče navedlo, da je razumnost trajanja sojenja treba v vsakem primeru oceniti glede na okoliščine posameznega primera, kot novo merilo pa dodalo način, kako so sodne in administrativne oblasti obravnavale posamezno zadevo.⁵ Poleg tega je kot merilo za presojo upoštevalo tudi, kako pomembna je zadeva za pritožnika.

ESČP je problem močno povečanega števila zadev reševalo najprej tako, da se je pri obravnavanju sistemskih problemov v zvezi z obveznostmi države, da te probleme odpravi, začelo sklicevati na 46. člen Konvencije, ki države zavezuje k spoštovanju sodb v primerih, v katerih so stranke – sprejemati je začelo tako imenovane kvazipilotne sodbe. Te sodbe ne vsebujejo zavezujočih obveznosti v izreku. V njih se sodišče sklicuje na obveznosti iz 46. člena, zaradi katerih mora država v domačem pravnem sistemu sprejeti splošne ali individualne ukrepe, ki bi zagotovili prenehanje kršitve in zadoščenje, vendar ukrepe državi naloži samo v meritorni obrazložitvi sodbe, praviloma pa ne v izreku.⁶ V pravi pilotni sodbi sodišče naloži sprejetje splošnih ukrepov v izreku, poleg tega tudi izrecno navede, da je uporabilo postopek s pilotno sodbo.⁷ Dne 21. februarja 2011 je sodišče sprejelo pravilo 61, ki je prva kodifikacija sprejemanja pilotnih sodb.

Sodišče je pilotne sodbe izdalo na primer v zadevah *Ivanov proti Ukrajini*,⁸ *Rumpf proti Nemčiji*,⁹ *Athanasiou in drugi proti Grčiji*¹⁰ in *Finger proti Bolgariji*,¹¹ iz njih je mogoče razbrati, katera merila je sodišče upoštevalo pri sprejetju pilotnih sodb. Primerjava pilotnih sodb je pokazala, da ni jasnih meril, po katerih bi se sodišče odločilo, kdaj bo sprejelo pilotno sodbo. Število odločb ali

³ *Delacourt proti Belgiji*, št. 2689/65, 17. januar 1970, § 25, *Stogmuller proti Avstriji*, št. 1602/62, 10. november 1969.

⁴ *Ringeisen proti Avstriji*, št. 2614/65, 16. julij 1971, A. Mowbray, nav. delo str. 346.

⁵ *König proti Nemčiji*, št. 6232/73, 28. junij 1978, § 99.

⁶ P. Leach, nav. delo, str. 88.; <books.google.si/books?id=5Ekydfx_usMC&pg=PA88&lpq=PA88&dq=quasi+pilot+judgment&source=bl&ots=kiB5zOHOp2&sig=qB5sR4w8IbLJuQDAOKliGd1W5bw&hl=en&sa=X&ei=Uyd0Ud-AAY7HswaV6YDADw&ved=0-CF8Q6AEwCA#v=onepage&q=quasi%20pilot%20judgment&f=false> (4. 5. 2013).

⁷ P. Leach, nav. delo, str. 87.

⁸ *Yuriy Nikolayevich Ivanov proti Ukrajini*, št. 40450/04, 15. oktober 2009.

⁹ *Rumpf proti Nemčiji*, št. 46344/06, 2. september 2010.

¹⁰ *Athanasiou in drugi proti Grčiji*, št. 50973/08, 21. december 2010.

¹¹ *Finger proti Bolgariji*, št. 37346/05, 10. november 2011.

čakajočih primerov ni odločilno, odločilna je identifikacija sistemskega problema.

Običajno po sprejetju pilotne sodbe zoper državo sledi manj podrobna obravnavna naslednjih ponavljajočih se primerov. Ko vlada dokaže, da je uvedla učinkovita pravna sredstva, s katerimi naj bi se preprečile kršitve pravice, zaščitene z EKČP, sodišče pritožbo razglasi in zavrže kot nedopustno zaradi neizčrpanosti domačih pravnih sredstev, kar povzroči pomanjkanje razlage zahteve po razumnem času. Zgolj obstoj in uporaba domačih sredstev ne pomenita, da je pravica do sojenja v razumnem roku spoštovana. Nadalje široka uporaba domačih sredstev povzroči, da ta postanejo neučinkovita, medtem ko hkrati poglobljajo problem z nadaljnjim obremenjevanjem sodnega sistema. Pilotne sodbe bi morale vsebovati jasne usmeritve, kako naj država izpolni svoje obveznosti, sodišče pa bi moralo podrobno preučiti posamezni pravni sistem tudi po sprejetju pilotne sodbe ter se opredeliti do sprememb, ob upoštevanju statističnih podatkov.

Kar zadeva sodno prakso sodišča glede sojenja v razumnem roku zoper Slovenijo, je bila pred sodiščem še pred zadevo Lukenda sklenjena prijateljska poravnava v zadevi *Belinger proti Sloveniji*,¹² ki je bila prezrto opozorilo.¹³ V zadevi Lukenda je bilo trajanje izvirnega postopka predolgo, sodišče pa je ugotovilo, da niti tožba pred upravnim sodiščem, odškodninski zahtevek, nadzorstvena pritožba niti ustavna pritožba, bodisi posamično ali skupinsko, ne morejo šteti kot učinkovita pravna sredstva, trajanje sodnih postopkov v Republiki Sloveniji pa je sistemski problem. V zadevi *Grzinčič proti Sloveniji*¹⁴ je sodišče zavrglo pritožbo zaradi neizčrpanja pravnih sredstev. V sledeči zadevi, *Žunič proti Sloveniji*,¹⁵ je sodišče izreklo, da je nujno, da bo postopek, ki je že trajal dolgo časa, pravnomočno končan še posebej hitro po izčrpanju pospešitvenih sredstev ter da mora prizadeta stranka hitro doseči pravično zadoščenje. V zadevi *Robert Lesjak proti Sloveniji*¹⁶ je sodišče ugotovilo, da v Sloveniji ni učinkovitega pravnega sredstva v postopkih pred Vrhovnim sodiščem (čemur je sledila sprememba ZVPSBNO). V zadevi *Jama proti Sloveniji*¹⁷ pa je sodišče opozorilo na nadaljnje probleme v zvezi z uporabo domačih sredstev. Zadeva Jama je sicer velik odstop od siceršnjega trajanja postopkov v Sloveniji. Zadnje čase je trend odločanja sodišča zoper Slovenijo rahlo bolj pozitiven; če-

¹² *Belinger proti Sloveniji*, št. 42320/98, 13. junij 2002.

¹³ C. Ribičič, *nav. delo*, str. 198.

¹⁴ *Grzinčič proti Sloveniji*, št. 26867/02, 3. maj 2007.

¹⁵ *Žunič proti Sloveniji*, št. 24342/04 18. oktober 2007.

¹⁶ *Lesjak proti Sloveniji*, št. 33946/03, 21. julij 2009.

¹⁷ *Jama proti Sloveniji*, št. 48163/08, 19. julij 2012.

prav število pritožb zoper Slovenijo narašča, pa slovenska sodišča zmanjšujejo sodne zaostanke.¹⁸

Sodišče je 26. oktobra 2000 izdalo kvazipilotno sodbo *Kudla proti Poljski*,¹⁹ v kateri je ugotovilo obstoj sistemskega problema v Poljski ter neobstoje učinkovitih domačih pravnih sredstev, ki sicer ne bi bila potrebna, če bi postopek pravilno tekel. V sledečih sodbah sodišče ni podrobno presojovalo okoliščin primera, temveč se je večinoma sklicevalo na sodbo v zadevi *Kudla*. V zadevi *D. M. proti Poljski*²⁰ sodišče tako ni preverilo ali vsaj omenilo možnega napredka v domačem pravnem sistemu. Sodišče je v poznejših zadevah sicer omenilo merila, po katerih je ugotovilo, ali je šlo za nerazumno trajanje postopkov, vendar bolj v smislu citiranja prejšnjih odločb. V zadevi *Krasuski proti Poljski*²¹ z dne 14. maja 2005 je bistven poudarek na sprejetju zakonodaje, ki je uvedla domača pravna sredstva zoper kršitve pravice do sojenja v razumnem roku, kar je sodišče prepričalo, da so ta tudi učinkovita. Že 18. julija 2006 je v zadevi *Ratajczyk proti Poljski*²² sodišče spet ugotovilo kršitev pravice do sojenja v razumnem roku, pri tem stališču pa je ostalo tudi v zadevi *Glowacki proti Poljski*²³ z dne 30. oktobra 2012.

Glede Italije je sodišče že 28. julija 1999 v zadevi *Botazzi proti Italiji*²⁴ (ki vsebuje podobno razlago kot kvazipilotne sodbe) ugotovilo, da je v Italiji veliko kršitev, ki pomenijo prakso, neskladno z EKČP. Posledica te odločitve je bila, da so se poznejši primeri odpravljali v skupinah po predhodni manj podrobni presoji.²⁵ Zaradi te odločitve je Italija leta 2001 sprejela zakon Pinto, ki je prizadetim osebam omogočil, da zahtevajo odškodnino, vendar pa je uporaba tega ukrepa sprožila nadaljnje pritožbe na sodišče. Sodišče je 2. marca 2006 sprejelo devet skupnih sodb Velikega senata (sodb po 46. členu), ki so izvirale iz dejstva, da Italija prisojenih odškodnin po zakonu Pinto ni izplačevala v ustreznem času.²⁶ Poznejša sodna praksa v zadevah zoper Italijo se ne razlikuje bistveno od sodbe v obravnavanih devetih primerih, zakon Pinto pa ni bilo

¹⁸ <www.mp.gov.si/si/obrazci_evidence_mnenja_storitve/uporabni_seznami_ime_niki_in_evidence/sodna_statistika> (23. 8. 2014).

¹⁹ *Kudla proti Poljski*, št. 30210/96, 26. oktober 2000.

²⁰ *D. M. proti Poljski*, št. 13557/02, 14. oktober 2003, § 47.

²¹ *Krasuski proti Poljski*, št. 61444/00, 14. junij 2005.

²² *Ratajczyk proti Poljski*, št. 11215/02, 18. julij 2006, § 24.

²³ *Glowacki proti Poljski*, št. 1608/08, 30. oktober 2012.

²⁴ *Botazzi proti Italiji*, št. 34884/97, 28. julij 1999.

²⁵ D. Harris in drugi, nav. delo, str. 284.

²⁶ Sodbe v zadevah: *Scordino proti Italiji* (št. 1), št. 36813/97; *Riccardi Pizzati proti Italiji*, št. 62361/01; *Musci proti Italiji*, št. 64699/01; *Giuseppe Mostacciolo proti Italiji* (št. 1), št. 64705/01; *Giuseppe Mostacciolo proti Italiji* (št. 2), št. 65102/01; *Cocchiarella proti Italiji*, št.

spoznan za neučinkovitega (*Simaldone proti Italiji*²⁷ in *Daddi proti Italiji*²⁸). Za Italijo pa velja še ena posebnost, in sicer odločanje z eno samo sodbo o velikem številu sicer ločeno vloženi pritožb, na primer v zadevi *Gaglione in drugi proti Italiji*²⁹ (475 pritožb) in *Angelo Giuseppe Guerrera proti Italiji*³⁰ (133 pritožb).³¹

Glede Francije je položaj bistveno drugačen. Tako je sodišče 2. maja 2000 v zadevi *Mifsud proti Franciji*³² odločilo, da pritožba na sodišče ni dopustna, če kršitev pritožnik ni uveljavljal že pred domačimi sodišči. V zadevi *Frydlender proti Franciji*³³ je sodišče podrobno obravnavalo merila presoje razumnosti trajanja sojenja, v zadevi *Caillot proti Franciji*³⁴ pa poudarilo dolžnost države, da je pravosodni sistem učinkovito organiziran. V zadevi *Hentrich proti Franciji*³⁵ je sodišče izreklo, da sodni zaostanki in skupno reševanje več zadev ne morejo opravičiti dolžine trajanja sojenja. Sicer pa zoper Francijo ni bila izdana pilotna sodba glede sojenja v razumnem roku, kar pomeni, da v Franciji ni sistemskega problema predolgih sodnih postopkov.

Podobnosti v raziskovanih primerih so zlasti v konsistentni uporabi meril, ki so sicer podrobno obravnavana zlasti v pilotnih sodbah, nato pa je njihov obstoj zgolj pavšalno potrjen. V sodbah zoper Francijo je večji poudarek na obravnavi okoliščin posameznega primera, kar je popolno nasprotje postopka z združenimi pritožbami. V večini zadev glede sojenja v razumnem roku je zahteva po sojenju v razumnem roku močno prepletena s pravico do učinkovitega pravnega sredstva. V vseh primerih, ko je raziskovana država sprejela novo zakonodajno rešitev, je bilo sodišče naprej dobrohotno do vseh omenjenih držav. V poznejših sodbah se je sodišče vrnilo k svojemu prejšnjemu stališču glede obstoja sistemskega problema. Naslednja podobnost je, da posebnosti posameznega pravnega sistema niso bile povsem upoštevane. Sodišče tudi ni podrobno in celovito raziskalo sprememb v pravnih sistemih po sprejetju pilotnih sodb in določenih zakonodajnih ukrepov v državah.

64886/01; *Apicella proti Italiji*, št. 64890/01; *Ernestina Zullo proti Italiji*, št. 64897/01; *Giuseppina and Orestina Procaccini proti Italiji*, št. 65075/01, 29. marec 2006.

²⁷ *Simaldone proti Italiji*, št. 22644/03, 31. marec 2009.

²⁸ *Daddi proti Italiji*, št. 15476/09, 2. junij 2009.

²⁹ *Gaglione in drugi proti Italiji*, št. 45867/07, 21. december 2010.

³⁰ *Angelo Giuseppe Guerrera proti Italiji*, št. 44413/98, 28. februar 2002.

³¹ <www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/GT-GDR-C/GT-GDR-C%282013%29R2_Addendum%20II_Draft_CDDH_report_on_representative_application.pdf> (4. 5. 2013).

³² *Mifsud proti Franciji*, št. 57220/00, 2. maj 2000.

³³ *Frydlender proti Franciji*, št. 30979/96, 27. junij 2000.

³⁴ *Caillot proti Franciji*, št. 36932/97, 4. junij 1999.

³⁵ *Hentrich proti Franciji*, št. 13616/88, 22. september 1994.

Smiselno bi bilo sprejeti ustrezne ukrepe in jasna merila tako na strani ESČP kot tudi na strani držav podpisnic EKČP ter razmisliti o povečanju pomena alternativnega reševanja sporov in omilitvi (opustitvi) državnega monopola za vodenje sodnih postopkov.

Literatura

David Harris in drugi: *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, New York 2009.

Ciril Ribičič: *Evropsko pravo človekovih pravic, Izbrana poglavja*. Litera Scripta Manet, Zbirka Scripta, 30. Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 2007.

Phillip Leach: *Taking a Case to the European Court of Human Rights*. Oxford University Press, Oxford 2011.

DROIT DE PRESCRIPTION ET LIBERTÉS PARLEMENTAIRES SOUS LA RESTAURATION ANGLAISE (1660-1688)

Marie-Laure Duclos-Grécourt,

*Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales,
Enseignant-chercheur – Ingénieur de recherche*

L'historiographie anglaise moderne, laquelle a connu un considérable essor au ^{xvi}^e siècle, procède, selon une définition donnée par J. G. A. Pocock, d'une « reconstruction des institutions sociales du passé afin de les utiliser comme un contexte qui est à la fois le cadre et l'instrument d'interprétation des actions, des paroles et des pensées des hommes qui vivaient à cette époque » ¹. Apparaît ici l'idée que le système juridique d'un pays participe de la construction d'un caractère national propre. Aussi, les interprétations du passé historique modèlent son contenu, posent le problème du changement historique et par conséquent, affectent la compréhension de la période contemporaine par la double appréhension du passé et de sa relation avec le présent, laquelle se traduit par une mise en avant de son altérité ou de sa survivance. Ici, la dimension historiographique du problème doit encore s'imbriquer dans une réflexion sur les rapports du droit et de l'ordre politique ². La question revêt un relief particulier dans le cadre de l'Angleterre, dans la mesure où celle-ci connaît un seul et unique système juridique, le *common law*.

¹ J. G. A. Pocock, *L'Ancienne Constitution et le droit féodal. Étude de la pensée historique dans l'Angleterre du ^{xvii}^e siècle*, coll. Fondements de la politique, Paris, PUF, 2000, Préface à la première édition (1957), p. 17.

² D. Baranger, *Écrire la constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, coll. Léviathan, Paris, PUF, 2008, p. 17.

Deux courants de pensée se dessinent progressivement au début du XVII^e siècle³ : d'un côté, des juristes spécialistes du *common law* et de l'autre, des partisans, peu nombreux, d'une conception féodale de l'ordre juridique⁴.

Quant aux premiers, les *common lawyers*⁵, ils développent l'hypothèse fondamentale d'un système juridique unique reposant dans son essence même sur le caractère immémorial de la coutume d'Angleterre. Deux idées sont ici présentes et vont de pair. D'une part, celle de l'absence de concurrence entre le *common law* et un autre système juridique d'importance semblable, comme cela peut être le cas en France entre le droit romain et le droit coutumier, ainsi que, et par conséquent, l'absence d'influence réciproque permettant d'évaluer l'évolution de l'un et l'autre. D'autre part, celle selon laquelle le droit serait le produit d'une sagesse collective et primitive élaborée au fil du temps et mise en évidence par les praticiens. On retrouve ici le double caractère de la coutume comme source du droit à la fois ancienne et incréée, mais également évolutive et insensible

³ Sur ces courants de pensée, cf. notamment : F. W. Maitland, *Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1909 ; G. B. Adams, *The Origin of the English Constitution*, New Haven, Yale University Press, London, H. Frowde, Oxford, Oxford University Press, 1912 ; W. S. Holdsworth, *Sources and Literature of English Law*, Oxford, Clarendon Press, 1925 ; J. W. Allen, *English Political Thought, 1603-1660*, London, Metuen, 1938-1999 ; H. Butterfield, *The Englishman and His history*, Cambridge, Cambridge University Press, 1944 ; C. M. McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern*, 2^e édition, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1947 ; F. D. Wormuth, *The origins of Modern Constitutionalism*, New York, 1949 ; F. Smith Fussner, *The Historical Revolution, 1580-1640*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1962 ; A. B. Ferguson, *Clio Unbound : Perception of the Social and Cultural Past in renaissance England*, Durham, NC, Duke University Press, 1979, et la critique de cet ouvrage par G. R. Elton, *History and Theory*, vol. XX, n°1 (1981), pp. 92-100 ; R. J. Smith, *The Gothic Bequest : Medieval Institutions in British Thought (1688-1863)*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987 ; J. H. Burns et M. Goldie (dir.), *The Cambridge History of political Thought, 1450-1700*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991 ; G. Burgess, *The Politics of the Ancient Constitution : an Introduction to English Political Thought (1603-1642)*, Basingstoke, Macmillan, 1992 ; N. Philipson et Q. Skinner (dir.), *Political Discourse in Early Modern Britain*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993 ; J. G. A. Pocock, G. J. Schochet et L. G. Schwoerer (dir.), *The Varieties of British Political Thought, 1500-1800*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993 ; C. C. Weston, « L'Angleterre : l'ancienne constitution et le droit commun », in J. H. Burns, *Histoire de la pensée politique moderne*, coll. Léviathan, Paris, PUF, 1997 ; J. G. A. Pocock, *L'Ancienne Constitution et le droit féodal*, op. cit. ; J. Greenberg, *The Radical Face of the Ancient Constitution : S' Edward's "Laws" in Early Modern Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 ; D. Baranger, *Écrire la constitution non-écrite*, op. cit., pp. 15-70.

⁴ Toutefois, la classification des auteurs entre ces deux courants nécessite une grande souplesse, certains auteurs majoritairement rattachés à l'un empruntant accessoirement des arguments à l'autre.

⁵ Comme l'écrit D. Baranger, « caractériser tous les auteurs dont je vais parler comme des *common lawyers* est d'ailleurs une simplification » et cet auteur montre bien la grande diversité des hommes recouverts par cette appellation (*Écrire la constitution non-écrite*, op. cit., pp. 15-16).

par là-même à l'obsolescence ; ce sont là deux arguments utilisés à des niveaux différents par les *common lawyers* qui inscrivent la coutume comme un instrument idéal du lien entre passé et présent participant à la conscience des processus historiques. Le premier argument, celui de l'immémorialité de la coutume, s'avère plus exploité que le second, étant défendu par le chef de file des *common lawyers*, le Juge en chef des Plaids Communs (*Common Pleas*) puis du Banc du Roi (*King's Bench*) et *leader* parlementaire *sir* Edward Coke (1552-1634) ⁶, adversaire redoutable de Francis Bacon (1561-1626), tandis que le second argument est plus particulièrement repris par le Juge en chef du Banc du Roi, *sir* Matthew Hale (1609-1676). Si le second argument met en effet en avant la force exécutoire du droit en raison de son caractère coutumier, le premier révèle l'aspect politique de la discussion, à savoir que ces coutumes, par définition consenties par la communauté, échappent à la volonté individuelle, fût-elle royale. Un argument négatif qui prend tout son sens dans le cadre de l'affirmation, à l'échelle européenne, des souverainetés monarchiques dans un sens absolutiste. D'un point de vue constitutionnel, les *common lawyers* défendent alors un certain nombre de droits et libertés, garantis par la loi fondamentale ⁷ et dont l'intangibilité serait légitimée par droit de prescription ⁸ : autrement dit, pour être reconnus comme appartenant à l'ancienne constitution du royaume, ils doivent avoir existé antérieurement à une époque dont on garderait mémoire sans qu'il existât de témoignage écrit en sens contraire, la date retenue étant celle du couronnement de Richard I^{er} en 1189 ⁹. La notion de prescription

⁶ W. S. Holdsworth, « The influence of Coke in the Development of English Law », in P. Vinogradof (dir.), *Essays in Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 1913, pp. 297-311 ; J. Beaute, *Un grand juriste anglais : Sir Edward Coke (1552-1634), ses idées politiques et constitutionnelles aux origines de la démocratie occidentale moderne*, Paris, PUF, 1975.

⁷ J. W. Gough, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, coll. Léviathan, Paris, PUF, 1992.

⁸ J. N. Figgis, *The Divine Right of kings*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1914, pp. 228-232. Cf. également D. Baranger, *Écrire la constitution non-écrite*, op. cit., pp. 37-43.

⁹ La notion de prescription est particulièrement mise en avant dans la *First Part of the Institutes of Sir Edward Coke Kt.* publiée en 1628 (*Of divers Resolutions and Judgments given with great deliberation, by the Reverend Judges and Sages of the Law, of Cases and Matters in Law which were never resolved or adjudged before : And the Reasons and Causes of the said Resolutions and Judgments, during the most happy Reign of the most Illustrious and Renowned Queen Elizabeth, the Fountain of all Justice and the Life of the Law. With References to all Books of the Common Law, as well Ancient and Modern : And The Pleadings in English, carefully Revised and Corrected.* In the Savoy, E. and R. Nutt and R. Gosling, 1738). Selon lui, au-delà des critères de la conformité à la raison et à la volonté divine exprimée dans les Écritures, les coutumes doivent surtout être prescrites. Cette position doctrinale, largement partagée par les *common lawyers*, notamment Hale, est également reprise dans le discours parlementaire comme en atteste *Form of Apology and Satisfaction* de 1604 et *Protestation* de 1621.

représente alors un danger pour le fondement théorique de la monarchie, empiétant sur la prérogative royale.

Quant aux seconds, les royalistes ou adversaires des *common lawyers*¹⁰, ils tardent quelque peu à développer une véritable théorie d'opposition comme critique historique de la doctrine du droit immémorial, en raison de la forte détermination qu'exerce la nature du système juridique anglais sur les esprits, reflétant une culture juridique¹¹ et au-delà l'histoire anglaise elle-même dans son originalité insulaire. Ainsi, nombre de royalistes de l'Interrègne, tel le comte de Clarendon Edward Hyde (1609-1674), reprennent l'argument traditionnel de l'ancienne constitution et s'en servent pour fonder les droits du roi en insistant sur le caractère originel et fondamental de l'autorité royale et font de celle-ci une prérogative immémoriale. La dépendance doctrinale est d'autant plus inévitable qu'une certaine connivence se noue entre les deux partis face aux déboires de la République cromwellienne et qu'il apparaît que le rétablissement de la concorde civile doit passer par celui de l'ancienne constitution et donc de la couronne¹². Toutefois, le renouvellement de l'opposition est appelé à prendre forme sous la plume de *sir* Henry Spelman (1562-1641), dont la pensée, tardant à être connue¹³, n'est pleinement exploitée qu'à partir des années 1675-1680. Influencé par les historiens continentaux – français, tels Jacques Cujas (1529-1590) et François Hotman (1524-1590), ou écossais à l'instar de *sir* Thomas Craig (1538-1608) dont les débats se concentrent sur l'origine romaine ou germanique du *feudum*¹⁴ –, il renouvelle la définition même de féodalité¹⁵ – jusque-là indissociable selon les premiers *common lawyers* de

¹⁰ D. Baranger distingue deux types d'opposants aux *common lawyers* : « les historiens féodalistes qui contesteront leurs doctrines au XVII^e siècle, ou bien les canonistes qui développeront une ecclésiologie inspirée par le droit naturel classique » (*Écrire la constitution non-écrite*, *op. cit.*, p. 15).

¹¹ D. Baranger, v^o « Culture juridique de l'Angleterre », in S. Rials et D. Alland, *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, PUF, 2005, pp. 52-59.

¹² J. G. A. Pocock, *L'Ancienne Constitution et le droit féodal*, *op. cit.*, pp. 187-230.

¹³ Le *Glossarium Archaeologus*, qualifié de « premier ouvrage où un Anglais dégageait et analysait avec une relative précision la composante féodale de l'histoire de son pays » (*Ibid.*, p. 117.), voit son premier volume publié en 1626, mais le second volume ne l'est pas avant 1664, grâce à William Dugdale, et les *Reliquiae Spelmannianae* ne le sont qu'en 1698, après sa mort.

¹⁴ J. G. A. Pocock, *L'Ancienne Constitution et le droit féodal*, *op. cit.*, pp. 97-119.

¹⁵ La féodalité dans la pensée anglaise du XVII^e siècle n'est pas à associer à une dissolution de l'État ni même à un accord privé entre seigneur et vassal : « elle signifiait avant tout que toute la terre était tenue du roi moyennant hommage et obéissance » (*Ibid.*, p. 232). Sur la notion de féodalité en général et ses caractéristiques concrètes dans la formation sociale et la période dont il est question ici, cf. C. Parain, « Caractères généraux du féodalisme », in *Sur le féodalisme*, Centre d'Études et de Recherches Marxistes, Paris, Éditions Sociales,

celle donnée par *sir* Thomas Littleton (mort en 1481), dont les soixante-dix éditions de son ouvrage les *Tenures* avant 1628 illustrent bien l'aura – et insiste sur son influence dans la construction du *common law*. Il défend l'idée d'un droit anglais en grande partie fondé sur les principes de la tenure féodale importés systématiquement par Guillaume le Conquérant (1066-1087)¹⁶ lors de la Conquête normande en 1066. Par ailleurs, l'apport féodal s'inscrit au côté d'autres influences successives, germaniques, civiles, canoniques : en amont, ce présupposé limite l'ancienneté du droit anglais ; en aval, ce droit du *xii^e* siècle n'est plus celui du *xvii^e* siècle. Autant d'éléments qui excluent l'idée même d'immémorialité du droit anglais.

Si la querelle doctrinale se cristallise dans un premier temps sur l'ancienneté du droit anglais, sur son caractère immémorial ou bien, au contraire, sur son information féodale, l'objet du débat historiographique se déplace progressivement en ce *xvii^e* siècle mouvementé. Avec le début de la première guerre civile en 1642 et plus particulièrement avec l'Inter-règne, où « une chambre tronquée gouvern[e] seule, et revendiqu[e] des pouvoirs apparemment sans limites, au nom de l'ancienne constitution »¹⁷, c'est désormais la question de l'ancienneté de la Chambre des Communes qui préoccupe les esprits. Les mythes historiques se mettent au service des revendications politiques et suivent le cours des événements.

Alors que les relations entre la Couronne et le Parlement – relativement peu convoqué, les rois successifs tentant de s'en passer – sont marquées par une sorte de collaboration sous la monarchie absolue des Tudors¹⁸, leurs intérêts coïncidant, certaines tensions n'en sont pas moins apparentes¹⁹, notamment

1971, pp. 13-17 ; P. Anderson, *Les Passages de l'Antiquité au Féodalisme* (1974), Paris, Maspero, 1977, pp. 159 et suiv. ; M. Postan, *Histoire économique et sociale de la Grande-Bretagne* (1972), Paris, Seuil, 1977, I, pp. 7-227 : « Des origines au *xvi^e* siècle » ; J.-P. Poly et E. Bournazel, *La mutation féodale *x^e*-*xii^e* siècles*, Paris, PUF, 1980 ; C. Journès, *L'état britannique*, coll. Critique du droit, Paris, Publisud, 1985, pp. 31-33.

¹⁶ M. de Bouard, *Guillaume le Conquérant*, Paris, PUF, 1966.

¹⁷ J. G. A. Pocock, *L'Ancienne Constitution et le droit féodal*, *op. cit.*, pp. 159-160.

¹⁸ S. T. Bindoff, *Tudor England*, Harmondsworth, Middl., Penguin Books, 1950 ; L. CaHEN et M. Braure, *L'évolution politique de l'Angleterre moderne (1465-1660)*, Paris, A. Michel, 1960 ; F. J. Levy, *Tudor Historical Thought*, San Marino, Calif, Huntington Library, 1967 ; J. D. Mackie, *The Earlier Tudors (1485-1558)*, Oxford, Oxford University Press, 1972 ; D. M. Loades, *Politics and the nation (1450-1660)*, *Obedience, Resistance and Public Order*, London, Fontana, 1979 ; J. R. Lander, *Government and Community. England (1450-1509)*, London, Edward Arnold, 1980.

¹⁹ Pour une approche introductive, cf. D. Frison, *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, *op. cit.*, pp. 35-75.

sous le règne élisabéthain ²⁰, la Chambre des Communes se renforçant, gagnant en autonomie tout en étant subordonnée à l'autorité royale ²¹. C'est l'amorce des difficultés qui surviennent sous les règnes des Stuarts ²², à commencer par les deux premiers d'entre eux, Jacques VI d'Écosse, devenu Jacques I^{er} d'Angleterre (1603-1625) ²³ et son fils Charles I^{er} (1625-1649) ²⁴. Ils réaffirment leur prérogative royale face à la revendication des libertés parlementaires, dans un dialogue empoisonné par les questions fiscales – comme l'illustre la crise du *Ship Money* qui éclate en 1635 –, le vote d'impôts extraordinaires étant soumis au consentement du parlement qui le monnaie en échange de réformes. Aux revendications parlementaires formulées dans des textes telle la *Petition of Right* de juin 1628 ²⁵, les rois répondent par des dissolutions successives du Parlement et tentent à plusieurs reprises de s'en passer pendant plusieurs années comme le fit Charles I^{er} entre 1629 et 1640 ²⁶. Finalement, les troubles écossais, origine immédiate des bouleversements politiques à venir ²⁷, pressent la convocation des quatrième et cinquième parlements du règne, les fameux *Short Parliament* de mai 1640 et *Long Parliament* de 1640 à 1653 ou 1660 ; ce dernier est animé par un esprit de réformation défendant une conception traditionnelle et conservatrice du droit public contre les innovations royales ²⁸ où se mêlent les exigences politiques – pour limiter l'arbitraire royal – et religieuses, comme l'illustre la Grande Remontrance présentée au roi le 1^{er} décembre 1641. Le pays bascule dans la guerre civile en août 1642 ; la Couronne,

²⁰ J. Neale, *Elizabeth I and her Parliaments, 1558-1581*, Londres, J. Cape, 1953 ; A. H. Dodd, *Elizabethan England*, London, B. T. Batsford, New York, G. P. Putman's, 1974 ; J. E. Neale, *The Elizabethan House of Commons* (1949), London, Fontana, 1976.

²¹ C. Journès, *L'état britannique*, op. cit., pp. 56-62. Cf. également G. R. Elton, « Parliament in the sixteenth century : Functions and fortunes », *Historical Journal*, 22, 1979, pp. 255-278.

²² J. P. Kenyon, *Stuart England*, Harmondsworth, Middl., Penguin Books, 1978 ; M. Duchein, *Les derniers Stuarts (1660-1807)*, Paris, fayard, 2006.

²³ D. H. Wilson, *James VI and I*, Londres, Cape, 1961 ; M. Duchein, *Jacques I^{er} Stuart*, Paris, Presses de la Renaissance, 1985.

²⁴ K. Sharpe, *The Personal Rule of Charles I*, New Haven (Conn.), Londres, Macmillan, 1994.

²⁵ F. H. Relf, *The Petition of Right*, Minneapolis, University of Minnesota, 1917 ; E. R. Adair, « The Petition of Right », *History* (New series), 5, 1920-1921, pp. 92-103.

²⁶ K. Sharpe, *Faction and Parliament : Essays on Early Stuart History*, New York, Oxford University Press, 1978 ; C. Russell, *Parliaments and English Politics (1621-1629)*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

²⁷ C. Russell (dir.), *The origins of the English Civil War*, Londres, Macmillan, 1989 ; C. Russell, *The Causes of the English Civil War*, Oxford, Clarendon Press, 1990 ; C. Russell, *The Fall of the British Monarchies, 1637-1642*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

²⁸ R. Ashton, *The English Civil War. Conservatism and Revolution 1603-1649*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1979, p. 20.

le Parlement et l'armée s'affrontent à tour de rôle en cette période de Grande Rébellion. La seconde guerre civile, commencée en 1648, aboutit à l'exécution du roi, à l'abolition de la royauté et de la Chambre des Lords ainsi qu'à la proclamation de la République en 1649. L'Inter-règne commence, marqué par la dictature cromwellienne qui réserve un sort guère favorable au Parlement. Après la mort du *Lord Protector* du *Commonwealth* en 1658, les Stuarts reviennent d'exil et la royauté est restaurée en 1660 par simple consensus et vote du *Long Parlement*, de nombreuses fois purgé mais jamais dissous ²⁹.

Après l'échec des tentatives absolutiste de droit divin (1603-1649) et républicaine (1649-1660), royauté et Parlement – lequel est rétabli dans sa forme antérieure – doivent trouver un nouvel équilibre constitutionnel, un chemin nouveau entre la situation antérieure à la révolution et la législation révolutionnaire, le Parlement ayant exigé que les lois votées au début de la guerre civile soient maintenues tandis qu'il vote l'annulation de celles prises sous Cromwell. C'est un chemin en deux étapes : la première de 1661 à 1679, avec le premier Parlement du règne, nommé *Cavalier Parliament* ou *Pensionary Parliament*, qui comprend une écrasante majorité de royalistes anglicans ; la seconde marquée par des tensions entre la Couronne et le Parlement entre 1678 et 1688. Les relations entre la Couronne et le Parlement, l'unité juridique de la *common law* et l'uniformité ecclésiastique sont des éléments constitutifs de l'identité nationale anglaise, de son statut d'État-nation ³⁰. Aussi, à l'horizon de la question institutionnelle, une autre s'impose, celle de la religion, l'anglicanisme modéré étant sérieusement critiqué par les puritains militant pour un calvinisme strict. Sur ces deux questions qui traversent le siècle, les règnes successifs de Charles II (1649-1685), fils de Charles I^{er}, présentant un esprit de compromis, et de son intransigeant frère, Jacques II (1685-1688), marquent une période charnière que deux révolutions encadrent, la Restauration prenant fin avec la Glorieuse Révolution de 1688.

C'est donc dans un contexte marqué par les débuts du parlementarisme, la naissance des partis *Whig* et *Tory* dans les années 1670 ³¹, la controverse autour de l'exclusion de Jacques II de la succession au trône dans les années 1678-1681, le contexte polémique de la réédition des œuvres de *sir* Robert Fil-

²⁹ J. Thirsk, *The Restoration*, Londres, Longman, 1976.

³⁰ B. P. Levack, *The Formation of the British State. England, Scotland and the Union 1603-1707*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 17.

³¹ Non sans simplifier, les *whigs* soutenaient la doctrine de l'ancienne constitution tandis que les *Tories* étaient plus favorables aux idées royalistes. Cf. K. G. Feiling, *A History of the Tory Party 1640-1714*, Oxford, 1924.

mer (1588-1653)³², que les théories avancées depuis le début du xvii^e siècle connaissent une évolution, sous le signe d'un renforcement des positions. Les débats sur l'ancienneté de la Chambre des communes se cristallisent autour des deux droits prescriptibles que sont celui de la représentation parlementaire des Communes d'Angleterre (Section 1) et celui du rôle législatif de la Chambre face à ceux du roi et des Lords (Section 2).

1. LE DROIT À LA REPRÉSENTATION PARLEMENTAIRE DES COMMUNES D'ANGLETERRE

Le cœur du débat entre *common lawyers* et royalistes sur la question du droit à la représentation parlementaire des Communes d'Angleterre se focalise sur l'utilisation ambiguë de deux notions : celle de représentation (§ 1) et celle de francs tenanciers (§ 2).

1.1. L'ambiguïté du concept de « représentation »

Tandis que les *common lawyers*, tel William Petyt, à la suite de Coke, militent pour une représentation immémoriale du peuple dans les conseils publics, les royalistes, comme William Dugdale, à l'instar de Spelman, lui octroient une origine médiévale. Cependant, tous ne recourent pas les mêmes éléments derrière le concept de représentation.

William Dugdale (1605-1686), écrivain royaliste figurant comme « le plus éminent médiéviste de son temps »³³, livre au public deux ouvrages majeurs : *Origines judiciaires* en 1666 et *The Baronage of England*, dont le premier volume paru en 1675 contient une intéressante préface. S'il reste tributaire d'un héritage idéologique bien ancré – citant Coke à l'occasion, affirmant qu'en la *common law* réside « la perfection absolue de la raison », que ce droit n'est « sans aucun doute, pas moins ancien que le début de différences entre l'homme et l'homme, après le premier peuplement de cette terre »³⁴ –, il est l'un des pre-

³² P. Laslett, « Sir Robert Filmer : The Man versus the Whig Myth », *William and Mary Quarterly*, 5, 1948, pp. 523-546; J. Daly, *Sir Robert Filmer and English Political Thought*, University of Toronto Press, 1979.

³³ J. G. A. Pocock, *L'Ancienne Constitution et le droit féodal*, op. cit., p. 231.

³⁴ Nous traduisons d'après « Of these, that which we call the Common Law, is, out of question, no less antient than the beginning of differences betwixt man and man, after the first Peopling of this Land [...] the absolute perfection of reason, as Sir Edward Coke affirmeth, adding, that the ground thereof is beyond the memory or Register of any beginning; and these were they which the Norman Conquerour at his Coronation did swear to observe; being then by him said to be » (W. Dugdale, *Origines judiciaires ; or Historical Memorials of the English Laws, Courts of Justice, Forms of Tryal, Punishment in Cases Criminal, Law Writers, Law*

miers à reprendre la théorie spelmanienne de la féodalité ³⁵, non sans la déformer toutefois, notamment sur la question de l'origine des Communes, se fondant sur une conception renouvelée du principe de représentation.

Historiquement, l'on peut distinguer trois modes de convocation individuelle à la cour du roi, prérogative qui figurait comme l'un des attributs essentiels du baronnage : 1°. La détention d'une tenure *in capite* de la couronne ; 2°. L'obtention du privilège héréditaire de recevoir un *writ* de convocation, document écrit délivré par la chancellerie royale ; 3°. La possession de lettres patentes octroyant à un individu ou à un de ses ancêtres, le titre de baron, assorti du droit de siéger au Parlement. Spelman privilégie le premier mode en ce qu'il souligne le lien entre conseil, baronnage et tenure *in capite*. Ce triple lien est cependant progressivement dissous à partir de 1215 avec l'apparition des deux autres modes de convocation. Encore unique au temps de la *curia* féodale, le premier mode est marqué, à partir de cette date, par la distinction entre *barones maiores et minores*, selon que la convocation par *writ* a lieu à titre individuel ou collectif, l'usage du *writ* ayant commencé à miner le lien entre tenure *in capite* et convocation ; le titre de baron est encore d'autant plus dévalorisé lorsqu'il peut être accordé par lettre patente, le lien étant également rompu entre baronnage et tenure. Ainsi, le développement des deux derniers modes entraîne l'apparition des Communes au sein du Parlement, successeur du conseil fondé exclusivement sur la tenure, dans le sens où ces modes emportent nécessairement conseil de la part de représentants des francs tenanciers – c'est-à-dire d'hommes possédant leur terre en pleine propriété –, un changement fondamental que l'on retrouve encore au niveau de la cour du comté ³⁶. Selon Spelman, l'émergence des Communes au Parlement apparaît alors comme l'un des symptômes, voire l'une des conséquences, du déclin féodal, et particulièrement du statut juridique de la tenure féodale, ainsi que du passage d'une société médiévale à une société moderne fondée sur la liberté de la propriété ; pour autant, il reste obscur sur la datation de cette évolution, se contentant de relever que la période véritablement féodale s'étend du *xr*^e

Books, Grants and Settlements of Estates, Degree of Serjeant, Inns of Court and Chancery. Also a cronologie of the Lord Chancellors and Keepers of the Great Seal, Lord Treasurers, Justices Itinerant, Justices of the Kings Bench and Common Places, Barons of the Exchequer, Masters of the Rolls, Kings Attorney and Solicitors, and Serjeants at Law, The Third Edition with Additions, London, Christop Wilkinson, Tho. Dring, and Charles Harper, 1680, "Cap. III. The Antiquity of our Laws in England", p. 3).

³⁵ Rappelons ici que William Dugdale est celui qui a livré au public en 1664 une édition complète du *Glossarium Archaeologicus* de Spelman.

³⁶ Sur l'analogie entre cour du roi et cour du comté, cf. D. Baranger, *Écrire la constitution non-écrite*, op. cit., pp. 57-58.

au XIII^e siècle ³⁷. Il est effectivement reconnu que le déclin de la féodalité caractérise le XIII^e siècle suite à un processus de « commutation » désignant le remplacement des services féodaux par des paiements en numéraire. C'est également le reflet de l'évolution de cette époque, comme l'illustre le mouvement d'émancipation municipale ³⁸.

Dugdale considère également que les conseils de Guillaume le Conquérant et de ses successeurs n'étaient composés, ainsi que l'atteste le texte de la *Magna Carta* de 1215 ³⁹ – régulièrement mise en avant par les adversaires de la prérogative royale en ce qu'elle leur apparaît comme étant la réincarnation des lois d'Édouard le Confesseur –, que de tenants *in capite*, son article 14 définissant le *Common Counsel of the Realm*, le Conseil du roi, comme une assemblée du haut clergé et de la noblesse ⁴⁰. Toutefois, cela n'empêche pas, selon lui, qu'il y ait bien eu représentation des Communes dès cette époque, Dugdale étant

³⁷ J. G. A. Pocock, *L'Ancienne Constitution et le droit féodal*, op. cit., pp. 141-153.

³⁸ La période féodale est couramment entendue extensivement (cf. par exemple D. Frierson, *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, op. cit., pp. 13-34 : « L'ère du féodalisme : 1066-1485 » ; il est d'ailleurs énoncé que « le XVI^e siècle, âge de transition, était encore féodal, mais déjà éminemment capitaliste » (*Ibid.*, p. 36)), C. Journès affirmant que la révolution bourgeoise de 1640 fut l'élément décisif de la longue transition entre la société féodale et la société capitaliste, distinguant au sein de la première une phase ascendante puis une phase de crise à partir du XIV^e siècle (*L'état britannique*, op. cit., p. 29).

³⁹ E. Jenks, « The Myth of Magna Carta », *Independ Review*, 4, 1904, p. 260-273 ; W. S. MacKechnie, *Magna Carta*, 2^e édition, Glasgow, J. Maclehose and Sons, 1914 ; F. Thompson, « Parliamentary Confirmations of the Great Charter », *American Historical Review*, 38, 1933, pp. 659-672 ; F. Thompson, *Magna Carta*, Minneapolis, The University of Minnesota Press, 1917.

⁴⁰ « Et, pour avoir le commun conseil du royaume au sujet de l'établissement d'une aide en dehors des trois cas susdits [cf. art. 12, nous précisons], ou au sujet de l'établissement de l'écuage, nous ferons semondre les archevêques, évêques, abbés, comtes et hauts barons, individuellement, par nos lettres et, en outre, nous ferons semondre collectivement par nos *sheriffs* et baillis tous ceux qui tiennent de nous en chef, pour un certain jour, avec un délai de 40 jours au moins, et à un lieu déterminé ; et dans toutes les lettres de cette semonce, nous exprimerons le motif de la semonce et, la semonce étant ainsi faite, que l'affaire, au jour assigné, aille selon le conseil de ceux qui auront été présents, quoique tous ceux qui auront été semons ne soient pas venus » (Traduit par C. Journès, *L'état britannique*, op. cit., p. 41 d'après : « *And for obtaining the common counsel of the kingdom and the assessing of an aid (except in the three cases aforesaid) or of a scutage, we will cause to be summoned the archbishops, bishops, abbots, earls, and greater barons, severally by our letters ; and we will moreover cause to be summoned generally, through our sheriffs and bailiffs, and others who hold of us in chief, for a fixed date, namely, after the expiry of at least forty days, and at a fixed place ; and in all letters of such summons we will specify the reason of the summons. And when the summons has thus been made, the business shall proceed on the day appointed, according to the counsel of such as are present, although not all who were summoned have come* »). La Grande Charte ouvre cependant la voie à une représentation élargie, permettant l'entrée de nouvelles classes sociales dans l'arène politique, notamment les classes marchandes suite à l'essor du commerce et l'émancipation municipale et dont les intérêts vont progressivement

attaché à l'immémorialité du droit de représentation de tout homme libre. Il joue alors sur la distinction entre représentation indirecte et représentation directe ⁴¹ :

« Il apparaît que les gens de l'Angleterre furent représentés, lors des grands conseils publics, depuis l'époque de la Conquête Normande par les tenants *in capite*, jusqu'à la dite année 49 H. 3 où ils le furent par deux Chevaliers pour chaque Comté, et certains Bourgeois pour plusieurs Bourgs, et des barons pour les Cinque-ports » ⁴².

Cette date, 49 H. 3 – autrement dit 1265 ⁴³ –, a par ailleurs déjà été avancée par un auteur majeur de la pensée politique anglaise, également partisan de la contemporanéité de la Chambre des Communes, sir Robert Filmer, dont

se fondre avec la petite noblesse terrienne au sein des *Commons*, ce qui préfigure le Parlement (D. Frison, *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, op. cit., p. 18).

⁴¹ « Que les personnes, qui tenaient *in capite* du Roi, étaient les représentants du reste des Communes, que certains appelaient *barones Minores* [...] et que le consentement du tenancier dépendant ait été inclus dans l'assentiment du Seigneur qui était son supérieur immédiat, dont la présence était toujours requise dans ces grands Conseils, on ne doit, je pense, pas en douter ». Nous traduisons d'après : « *That the persons, who held of the King in Capite, were the representative of the rest of the Commons, called by some Barones Minores [...] and that the dependent Tenants consent was included in the assent of his immediate superior Lord, whose presence was ever so required in those great Councils, need not I think be doubted* » (W. Dugdale, *Origines juridiciales*, op. cit., « Cap. V. Of parliaments », p. 17-18). Il précise, par la suite : « Et, comme ces grands tenanciers du roi (qui avaient leurs titres de leurs principaux sièges ou les chefs de leurs baronnies) étaient appelés ses *Barones Majores*, ses autres tenanciers (ou francs tenanciers) qui étaient liés à lui par le service militaire *in capite*, étaient appelés *Barones Minores*. [...] Seuls les *Barones Majores* étaient convoqués par plusieurs brefs, tandis que les autres, qui tenaient par le service militaire *in capite*, n'étaient convoqués que par une citation générale du shérif de chaque comté ». Nous traduisons, d'après : « *And, as these great Tenants to the King (who had their Titles from their principal Seats or Heads of their Baronies) were called his Barones Majores ; so were his other Tenants (or Freeholders) who held of him by military service in Capite, termed Barones Minores. [...] Only the Barones Majores had summons by several Writs ; and the other, who held by Military service in Capite, by one general summons from the Sheriff on each County* » (W. Dugdale, *The Baronage of England, or An Historical Account of the Lives and most memorable Actions of Our English Nobility In the Saxons time, to the Norman Conquest ; and from thence, of those who had their rife before the end of King Henry the Third's Reign*, Tome the First, London, 1675, The Preface, p. 3).

⁴² « *It may seem that the People of England, in those great and publick Councils, were from the time of the Norman Conquest represented by such as held of the King in Capite, until the said 49th oh H. 3 but then by two Knights for each County, and certain Burgesses for several Burroughs, and Barons for the Cinque-ports* » (W. Dugdale, *Origines juridiciales*, op. cit., « Cap. V. Of parliaments », p. 18) ; W. Dugdale, *The Baronage of England*, op. cit., Preface, p. 4.

⁴³ Cette date correspondrait à la première convocation de chevaliers de comté par writ adressée à l'officier royal du comté, au *sheriff* (C. C. Weston, « L'Angleterre : l'ancienne constitution et le droit commun », art. cit, p. 364).

les idées sont reprises, quoique de manière moins ingénieuse par William Prynne (1600-1669), lui-même *common lawyer* contre toute attente, ou bien encore par sir Robert Holbourne (mort en 1649). C'est effectivement sous le règne d'Henri III que le *Common Counsel of the Realm*, successeur de la *Curia regis* dans ses fonctions de conseil, se mue en Parlement avec la modification de sa composition. Dugdale attribue cette évolution à la volonté politique royale d'établir un contrepoids à l'autorité des barons ⁴⁴, particulièrement grandissante sous les temps de minorité d'Henri III et dont les revendications se sont particulièrement révélées lors du *Common Counsel* de 1257. Assemblée du haut clergé et de la noblesse, le Parlement comprend désormais également des membres des Communes avec la convocation des chevaliers de comtés en 1254 et celle des représentants des bourgeois des villes en 1264. Si les nobles et barons sont convoqués par *writ* ou lettre patente, les représentants des comtés sont élus, nonobstant la grande influence que les seigneurs féodaux peuvent avoir à l'occasion, par les *freeholders*, soit les hommes possédant leur terre en pleine propriété, et ce sous l'autorité du *sheriff*, ainsi qu'en attestera plus tard la loi électorale de 1429. En 1265, Simon de Montfort (1208-1265), chef du mouvement baronnial, rassemble illégalement un Parlement, nommé « parlement révolutionnaire » par les historiens, alors que le roi est fait prisonnier et convoque des représentants des bourgeois des villes dotées d'une charte et des chevaliers de comté, particulièrement intéressés par la croissance des prélèvements fiscaux extraordinaires. Les barons y sont peu nombreux, s'étant ralliés au roi alors que le mouvement baronnial s'essouffle à compter de 1260 et prend une connotation populaire. Malgré la défaite de Montfort face au fils d'Henri, le futur Édouard I^{er} (1272-1307) ⁴⁵ surnommé « le Justinien anglais », le Parlement conserve cette forme sous le règne de ce dernier, sa figure moderne et bicamérale n'apparaissant qu'au xiv^e siècle, suite au retrait du clergé en *Convocations*, les archevêques et évêques restant membre de la Chambre haute en tant que barons ⁴⁶. Cette évolution marque le passage de l'idée de consultation au principe de la représentation.

⁴⁴ « Il apparaît que ce précepte du roi Henri III d'envoyer deux Chevaliers pour chaque Comté, etc., eut lieu alors que les Barons l'avaient en leur pouvoir, et exerçaient l'Autorité Royale en son Nom ». Nous traduisons d'après : "Howbeit (which is observable) this Precept of King Henry the third, to send two Knights for each County etc. was then the Barons had him in their power, and exercise Regal Authority in his Name" (W. Dugdale, *Origines juridicales*, op. cit., "Cap. V. Of parliaments", p. 18) ; W. Dugdale, *The Baronage of England*, op. cit., Preface, pp. 3-4. Cf. S. Painter, *Studies in the History of the English Feudal Barony*, New York, Octagon Books, 1980.

⁴⁵ G. Templeman, « Edward I and the historians », *Cambridge Historical Journal*, vol. X, n°1, 1950, pp. 16-35.

⁴⁶ C. Journès, *L'état britannique*, op. cit., pp. 42-44.

Une telle position, certes quelque plus généreuse que celle de Spelman, ne peut contenter les *common lawyers* et c'est en la personne de William Petyt (1637-1717), avocat *whig* originaire du Yorkshire, que se révèle la plus importante charge contre Dugdale – mais également à travers lui contre Spelman et Filmer – dans son œuvre majeure, *The Ancient Right of the Commons of England Asserted*, publiée en 1680 mais mise en circulation dès octobre 1679. Il entend prouver l'immémorialité de la participation populaire aux conseils publics. Pour ce faire, il s'attache tout d'abord à démontrer, dans *The Preface*, que « sous les Bretons, les Saxons et les gouvernements Normands, les Hommes libres ou Communes d'Angleterre, ainsi qu'ils sont désormais appelés et distingués des grands seigneurs, étaient une *pars essentialis & constituens*, une partie essentielle et constitutive des Witenagemots⁴⁷, du *Commune Concilium*, *Baronagium angliaë*, ou Parlement, en ces temps »⁴⁸. Reprenant successivement ces différentes époques jusqu'au règne d'Henri I^{er}⁴⁹, Petyt parvient à établir une continuité parlementaire, n'omettant pas le thème récurrent chez les *common lawyers* de la Conquête normande. À ce sujet, il fait d'ailleurs une concession à la partie adverse, marquant une évolution de la pensée *common lawyer*, en reconnaissant l'introduction des principes de tenure féodale par les Normands⁵⁰. Guillaume le Conquérant a bien confisqué certaines terres et

⁴⁷ Sous la période de l'Heptarchie (500-850), le *Witenagemot* était, selon E. A. Freeman, un « *commonwealth* » de guerriers où chaque homme avait sa place, et le vote en assemblée générale détenait l'autorité finale en tous domaines ; la lignée héréditaire et la fonction électorale y étaient tenues en honneur (*The growth of the English Constitution*, Leipzig, Tauchnitz, 1872, I, pp. 37-38).

⁴⁸ Nous traduisons d'après : « *during the British, Saxon, and Norman Governments, the Freeman or Commons of England, as now called and distinguished from the great Lords, were pars essentialis & constituens, an essential and constituent part of the Wittena Gemot, Commune Concilium, Baronagium Angliæ, or Parliament, in those Ages* » (W. Petyt, *The Antient right of the Commons of England Asserted ; or a Discourse Proving by Records and the best Historians, that the Commons of England were ever an Essential part of Parliament*, London, F. Smith, T. Baffett, J. Wright, R. Chiswelll and S. Heyrick, 1680, *The Preface*, pp. 2-3).

⁴⁹ « Ce qui est certain, et ne peut-être nié, c'est que dans ces temps anciens, les gens ou les hommes libres avaient une grande part dans leur Conseil public et leur gouvernement ». Nous traduisons d'après : « *This is certain, and not to be denied, that in their elder time, the People or Freeman, had a great share in their publick Council and Government* » (W. Petyt, *The Antient right of the Commons of England Asserted*, op. cit., *The Preface*, p. 5). Des propos semblables sont tenus pour le gouvernement des Saxons (*Ibid.*, p. 6) et il remarque que rien ne change sous les Danois (*Ibid.*, *The Preface*, p. 13).

⁵⁰ « Bien que Guillaume le Conquérant ait obtenu la couronne impériale de l'Angleterre, et ait introduit plusieurs lois arbitraires, comme de nouvelles tenures, etc, a-t-il jamais fait une telle conquête si absolue, ni le royaume connu un changement si universel, que nos auteurs modernes anglais (comme s'il s'agissait d'une confédération générale, sans examen de la vérité) l'ont énoncé au monde, faisant peser sur cette révolution toutes les modifications que leurs vanités et fantaisies pouvaient imaginer et croire ». Nous traduisons d'après : « *Though William the Conqueror got the Imperial Crown of England, and introduced*

les a confiées, en tenures, à ses grands vassaux, mais – le discours *common lawyer* revenant – toutes les terres n'ont pas subi ce sort ⁵¹ : certaines sont restées aux mains de leurs détenteurs d'avant la Conquête, des francs tenanciers inféodés ni au roi ni à un seigneur jouissant de leurs terres et de leurs droits au même titre que du temps du roi Édouard le Confesseur, notamment en ce qui concerne la représentation au Parlement ⁵². Il présente ensuite, dans *A Discourse wherein is proved that the Commons of England were an essential part of the Parliament before the 49th of Hen. 3*, neuf arguments visant à établir la continuité de la représentation parlementaire des Communes jusqu'à la date fatidique de 1265. Petyt s'appuie sur des « registres publics, [des] manuscrits

several Arbitrary Laws, as new tenures, etc, yet did he never make such an absolute Conquest, nor did the Kingdom receive so universal a change, as our English modern Authors (as it were by a general Confederacy, without examination of truth) have published to the World, who father upon this revolution all the alterations which their conceits and fancies can imagine and suppose" (*Ibid.*, The Preface, pp. 17-18). Petyt fait alors reposer son propos sur trois arguments dont l'utilisation erronée faite du terme « conquérant » affublé à Guillaume (*Ibid.*, The Preface, pp. 18-27), ou met encore en avant l'assentiment donné *clero* et *populo* à son couronnement lorsque Guillaume s'est engagée à respecter les anciennes lois d'Édouard le Confesseur, limitant ainsi l'aspect militaire de la conquête et insistant sur son caractère constitutionnel (*Ibid.*, The Preface, pp. 28-48).

⁵¹ « Il est vrai en effet que le roi Guillaume I^{er} a distribué les successions de plusieurs de ceux qui ont pris les armes contre lui, à ses aventuriers et ses adeptes, mais le reste des anglais (ainsi que l'énoncent son serment de couronnement et une ratification solennelle des lois de saint Édouard lors d'un Parlement dans sa quatrième année) devaient jouir de leurs biens et du maintien de ces lois ». Nous traduisons d'après : "*It is true indeed King William the First gave away the Estates of several of those who were in Arms against him, to his Adventurers and followers, but the rest of the English (as well by his coronation Oath, as by a solemn ratification of St. Edwards Laws in a Parliament in his fourth year) were to enjoy their Estates and the benefit of those Laws*" (*Ibid.*, The Preface, pp. 35-36).

⁵² Se référant à de nombreuses reprises aux diverses utilisations des termes *clero* et *populo* composant le Parlement, il énonce : « Pourtant, je ne pense pas que les Lords temporels soient seuls désignés par le terme *Populus*, ni que les Lords spirituels le soient par *Clerus*, car je suis d'accord avec le Dr Heylyn, qu'il n'y a pas de registre, ni histoire du Droit (ce que j'ai observé) dans lesquels le mot *Clerus* serve à désigner les archevêques et les évêques, à l'exclusion des autres membres du clergé ou d'autres écrits quel qu'ils soient, dans lesquels il ne désignerait non plus tout le clergé en général, ou le bas clergé seulement, à l'exclusion des archevêques, des évêques et autres prélats, et c'est mon opinion autant que je peux trouver que le mot *Populus*, suivant *Clerus*, doit, *Thema universal in significando*, être compris comme désignant aussi bien les Communes que les Lords ». Nous traduisons d'après : "*Yet I do not think that the Lords Temporal only were the Populus, nor the Lords Spiritual the Clerus ; for I agree with Dr. Heylyn, that there is no Record, either of History of Law (which I have observed) in which the word Clerus serves to signifie the Archbishops, and Bishops, exclusive of the other Clergy, or any writings whatsoever, wherein it doth not either signifie the whole Clergy generally, or the inferior Clergy only, exclusive of the Archbishops, Bishops and other Prelates; and 'tis my opinion as far as I can find, that the word populous following Clerus, was, Thema universal in significando, and comprehended as well the Commons as the Lords*" (*Ibid.*, The Preface, pp. 66-67).

privés et les meilleurs historiens »⁵³ – une pétition des bourgeois de St Albans établie sous le règne d'Édouard II étant particulièrement utilisée pour faire remonter la représentation depuis Richard I^{er} jusqu'à Édouard II⁵⁴ et l'autorité de Bracton permettant de remonter au-delà de Richard I^{er} – afin de démontrer :

« 1. Que les hommes libres ou les Communes d'Angleterre furent une partie essentielle et constitutive des Witenagemot saxons, ou Parlement. 2. Qu'ils ont perduré sous les époques de Guillaume I^{er} et Guillaume II et sous Henri I^{er}, lequel fut un Anglais qui a restauré et a confirmé par le biais de la Charte les lois d'Édouard le Confesseur, comme son père Guillaume I^{er} l'avait fait pour la *Magna Carta*, ou Grande Charte, et comme ses serments l'y engageaient auparavant, aussi bien lorsqu'il fut couronné qu'à Berkhamstead, dans la septième année de son règne. 3. Et si les registres du Parlement, sous les règnes successifs jusqu'à Édouard II, sont perdus ou introuvables, ainsi qu'il figure pour plusieurs ordres du Parlement, mais par ce qui a été déduit des autres registres précédemment cités, il est évident selon moi que les Citoyens et les Bourgeois faisaient partie du Parlement en l'an 16 du roi Jean et que leur présence n'a pas débuté par une rébellion en l'an 49 H. 3. Aussi, je peux avec bonne raison et garantie conclure que nos Ancêtres, les Communes d'Angleterre, les Chevaliers, les *Gentlemen*, les Francs tenanciers, les Citoyens et les Bourgeois de notre grande et puissante nation, étaient très loin d'être dans les temps anciens des Vassaux et des Esclaves, ou des hommes si abjects, pauvres et peu considérables, ainsi que l'ignorance et les faussetés absurdes et malveillantes de fins écrivains ont été heureux de les représenter ainsi, notamment l'auteur du *Grand Freeholders Inquest*, et M. James Howel, comme s'ils n'étaient que des bêtes de transport et de charge, soumis à la taxation, et avaient leurs vies, leurs successions et leurs libertés abandonnées et éliminées sans leurs consentements, en vertu d'une nouvelle opinion et conception qu'ils ne faisaient pas partie du *Commune Concilium Regni*, ou Parlement, avant 49 H. 3 »⁵⁵.

⁵³ Nous traduisons d'après : "publick Records, [the] private Manuscripts, and the best Historians" (*Ibid.*).

⁵⁴ *Ibid.*, A Discourse wherein is proved that the Commons of England were an essential part of the Parliament before the 49th of Hen. 3, pp. 7-50).

⁵⁵ Nous traduisons d'après : "1. that the freemen or Commons of England were an essential and constituent part of the Saxon Wittenagemot, or Parliament. 2. That they so continued in the times of W. 1 W. 2 and H. 1 which last being an Englishman, by way of Charter restored and confirmed the laws of Edward the Confessor, as his father William I as well by his Magna Charta, or Great Charter, as by his Oaths had before done, both when he was Crowned, and also at Berkhamstead, in the seventh Year of his Reign. 3. And though the Rolls of Parliament, in the succeeding Kings Reigns till E. 2 be lost, or not found, so as we are at a loss as to the several orders of Parliament, yet by what has been deduced from other

Les Communes sont représentées directement au sein du Parlement, bien avant cette date, par les *Barones regni*, lesquels sont des francs tenanciers non féodaux soit un groupe composé également de Lords, selon une distinction – établie dès *The Preface* ⁵⁶ et filée dans l'*Appendix* ⁵⁷ – d'avec les *Barones regis*, autrement dit les tenanciers *in capite*, les tenanciers détenteurs d'une tenure féodale présents au sein de la *Curia regis*.

Exception faite de la concession accordée à la théorie féodale dans la préface, l'argumentation de Petyt s'avère décevante, ne faisant guère que reprendre de manière aveugle la thèse traditionnelle de la préexistence nécessaire du parlement à tout souverain potentiel, quelle que soit sa date d'apparition, une remarque qui vaut également pour les travaux du *Whig* William Atwood (vers 1661-vers 1705) ⁵⁸, une littérature d'ailleurs éphémère, sans doute freinée par le sort réservé à Algernon Sidney (1623-1683). Surtout, il est regrettable que Petyt ne se soit pas inspiré des idées de Coke et Hale sur la nature juridique de la coutume ⁵⁹.

1.2. L'ambiguïté de la notion de « francs tenanciers »

La pauvreté du raisonnement de Petyt n'échappe pas au royaliste du Norfolk, le Dr Robert Brady (1627-1700) ⁶⁰, *Master* de Caius College à Cambridge, professeur de physique et médecin royal de Charles II et de Jacques II ⁶¹. Il lui

records before cited, it is evident I conceive, that the Citizens and Burgesses were a part of the Parliament, Anno 16. Of King John, and so had not their beginning by rebellion, Anno 49 H. 3. And therefore I may with good reason and warranty conclude, that our Ancestors, the Commons of England, the Knights, Gentlemen, Freeholders, Citizens and Burgesses of a great and mighty Nation, were very far from being in former times such Vassals and Slaves, or so abject, poor and considerable, as the absurd and malicious ignorance and falsities of late Writers have been pleased to make and represent them, especially the Author of the Grand Freeholders Inquest, and Mr James Howel, as if they were only Beasts of carriage and burden, ordained to be taxed and talliated, and have their Lives, Estates, and Liberties given away and disposed of without their own assents, under a novel opinion and conceit, that they were no part of the Commune Concilium Regni, or Parliament, before 49 H. 3" (Ibid., The General Conclusion, pp. 123-126).

⁵⁶ *Ibid.*, The Preface, p. 63.

⁵⁷ *Ibid.*, Appendix, pp. 124-148.

⁵⁸ Il est l'auteur d'un *Jani Anglorum facies Nova*, d'un *Jus Anglorum ab Antiquo* et de *The Lord Holles his Remains*, publiés en 1681 et 1682.

⁵⁹ J. G. A. Pocock, *L'Ancienne Constitution et le droit féodal*, op. cit., pp. 236-244.

⁶⁰ J. G. A. Pocock, « Robert Brady, 1627-1700. A Cambridge Historian of the Restoration », *Cambridge Historical Journal*, vol. X., n°2 (1951), pp. 186-204.

⁶¹ Il ne le fait pas sans quelque moquerie. D'après Brady, Petyt « met tout l'accent de son argument sur les mots, A toujours été (« *hath ever be* »). Quoi, les Communes d'Angleterre telles qu'elles sont aujourd'hui représentées par les chevaliers, citoyens et bourgeois

répond dans *A Full and Clear Answer to a Book written by William Petyt* ; paru début 1681, ce pamphlet est révisé en 1684 et publié avec d'autres au sein de son *Introduction to the Old English History*, un ouvrage qui précède *A complete History of England* publié entre 1685 et 1700. Dépassant les thèses de Spelman, à qui il emprunte la féodalité, et de Filmer, partageant son rejet du droit immémorial, il développe une théorie novatrice de la conquête.

La question de la Conquête⁶² est particulièrement intéressante tant elle exerce une « emprise quasi obsessionnelle [...] sur l'esprit des hommes de cette époque »⁶³. Alors que les *common lawyers* s'échinent unanimement à en démontrer l'inexistence au point qu'il semble figurer comme l'argument phare des royalistes, rares sont les absolutistes avant Hobbes et Brady à avoir dé-

ont-elles toujours été une composante essentielle du Parlement, de toute éternité avant la création de l'homme ? Ou le sont-elles depuis Adam ? Ou depuis le peuplement de l'Angleterre ? Ou depuis que les Bretons, Romains et Saxons habitent cette île ? Certainement, il y a eu une époque où ils ont commencé à être ainsi représentés. Telle est la question qui nous sépare ; et qui, de cet homme ou de moi-même est dans le vrai, je m'en remets sur ce point à un juge impartial ». Nous traduisons d'après : Petyt "*lays the great stress of his Argument upon the words, hath ever be. What, were the Commons of England as now Represented by Knights, Citizens and Burgesses ever an essential constituent part of the Parliament, from eternity, before man was created ? Or have they been so ever since Adam? Or ever since England was peopled ? Or ever since the Britains, Romans, and Saxons inhabited this island ? Certainly there was a time when they began to be so represented. And that is the question between us, which whether this Gentleman, or my self, be in the right, I leave to any impartial Judge*" (R. Brady, *An Introduction to the Old English History, Comprehended in Three several Tracts. The First, An Answer to Mr. Petyt's Rights of the Commons Asserted; and to a book Intituled, Jani Anglorum facies Nova; The Second Edition very much Inlarged. The Second, An Answer to a Book Intituled, Argumentum Antinormanicum, much upon the same subject; Never before published. The Third, The Exact History of the Succession of the Crown of England ; The Second Edition, also very much Inlarged. Together with an Appendix Containing several records, and a series of Great Councils and Parliaments Before and After the Conquest, unto the End of the Reign of Henry the Third. And a Glossary Expounding many Words used frequently in our Antient Records, Laws, and Historiens. Published for the Vindication of truth, and the Assistance of such as desire with Satisfaction to Read, and truly Understand the Antient English Historians; and other Pieces of Antiquity*. London, Tho. Newcomn, for Samuel Lowndes, 1684, *An Answer to a book written by William Petit*, p. 86).

⁶² « La conquête normande est invoquée au XVII^e siècle pour justifier les prérogatives royales ; elle fonde, dès l'origine, une justice et un droit nouveaux. À l'opposé, à la même époque, le « joug normand » (*Norman yoke*) est présenté comme le destructeur des libertés anglo-saxonnes primitives et le symbole d'un pouvoir royal à combattre. Le mythe d'un modèle anglo-saxon de gouvernement, avec des citoyens libres et égaux » (C. Journès, *L'état britannique*, op. cit., p. 33). Cf. C. Hill, « The Norman Yoke », *Puritanism and Revolution : Studies in interpretation of the English Revolution of the Seventeenth Century*, Londres, Secker et Warburg, 1958, pp. 50-122 ; D. C. Douglas, *The Norman Conquest and British historians*. The thirteenth lecture on the David Murray Foundation in the University of Glasgow delivered on February 20th, 1946, Glasgow, University of Glasgow, 1971.

⁶³ J. G. A. Pocock, *L'Ancienne Constitution et le droit féodal*, op. cit., p. 226.

fendu l'origine par la conquête du pouvoir royal⁶⁴. Selon les *common lawyers*, Guillaume I^{er} n'était pas un conquérant : il est parvenu sur le trône d'Angleterre en vertu du droit ancien et a légitimé son titre sur le champ de bataille⁶⁵. Toute modification des lois d'Angleterre intervenue sous son règne revêt un caractère illégal. Le fait est démontré par les nombreuses confirmations⁶⁶ du droit d'Édouard le Confesseur – roi saxon canonisé en 1161 et considéré comme le père de la *common law*⁶⁷ – intervenues lors du serment de couronnement de Guillaume I^{er} ou bien encore après sa mort dans les serments de ses successeurs ou dans certaines chartes de confirmation, telle la *Magna carta* de 1215, confirmations que les Normands eux-mêmes ont reconnu à de nombreuses occasions aux XII^e et XIII^e siècles⁶⁸. Par une application du principe de prescription

⁶⁴ Q. Skinner, « History and Ideology in the English Revolution », *Historical Journal*, vol. VIII, n°2 (1965), pp. 151-178.

⁶⁵ La rhétorique *common lawyer* s'attache d'ailleurs à minimiser la force coercitive utilisée par Guillaume le Conquérant en 1066 et à insister parallèlement sur l'arrangement politique survenu après la Conquête avec ses sujets, notamment par le biais des confirmations du droit ancien. Cf. *supra*, note de bas de page n°50.

⁶⁶ Les confirmations sont reprises de manière parfois apocryphes dans le *Archaionomia sive De Priscis Anglorum Legibus* de William Lambarde en 1568.

⁶⁷ Sur ce point, on peut retrouver les propos de Dugdale et de Petyt. Pour le premier : « Considérant ensemble ces trois lois, à savoir *Merchenlega*, *West-saxonlega* et *Danelega*, le roi Édouard (communément appelé le Confesseur, qui a commencé son règne dans l'année du Christ MXLIIII.) en sélectionna le meilleur et le plus exquis, et les réduisit en un seul corps, appelait la *Common Law*, lesquelles sont publiées par M. Lambarde ». Nous traduisons, d'après : « *Out of all which three Laws, viz. Merchenlega, West-saxonlega, and Danelega, did King Edward (commonly called the Confessor, who began his reign in the year of Christ MXLIIII.) select the best and choicest, and reducing them into one body, called them the Common Law. Which Laws of King Edward the Confessor are at large publish by Mr. Lambard* » (W. Dugdale, *Origines juridiciales*, op. cit., « Cap. IV. Our antient Laws and Law-makers », p. 5). Pour le second : « Et ainsi nous trouvons Édouard le Confesseur réformant et confirmant les anciennes lois saxonnes, et en créant de nouvelles, agissant ainsi *Rege, Baronibus et Populo*, et ce notamment pour la loi de *Apibus*, selon laquelle les dîmes doivent être payées entre eux, et d'autres choses ». Nous traduisons d'après : « *And so we find Edward the Confessor reforming and confirming the antient Saxons Laws, and making new ones, and that done a Rege, Baronibus, and Populo, as particularly in the Law de Apibus, how Tythes ought to be paid of them, and other things* » (W. Petyt, *The Antient right of the Commons of England Asserted*, op. cit., The Preface, p. 11).

⁶⁸ Dans la Préface de son *Third Part of the Reports (Of divers Resolutions and Judgments given with great deliberation, by the Reverend Judges and Sages of the Law, of Cases and Matters in Law which were never resolved or adjudged before : And the Reasons and Causes of the said Resolutions and Judgments, during the most happy Reign of the most Illustrious and Renowned Queen Elizabeth, the Fountain of all Justice and the Life of the Law. With References to all Books of the Common Law, as well Ancient and Modern : And The Pleadings in English, carefully Revised and Corrected*. In the Savoy, E. and R. Nutt and R. Gosling, 1738, pp. ii-xxiv), Coke démontre que la *common law* est antérieure à la Conquête et ne fut pas modifiée par le Conquérant. Les confirmations sont d'ailleurs exposées dans *The Eighth*

aux confirmations, les *common lawyers* établissent donc un lien continu entre les libertés accordées du temps d'Édouard le Confesseur et la *Petition of Right* de Charles I^{er}, par le biais de la *Magna Carta*, simple loi déclaratoire. Les royalistes de la première moitié du xvii^e siècle ne défendent guère une thèse différente dans la mesure où la prérogative royale est indissociable de l'ancienne constitution, tant celle-ci structure la pensée politique anglaise et assure à l'autorité royale un fondement solide, ancestral et permanent. Avec l'idée même de conquête, la prérogative royale ne trouve plus sa source que dans la seule force, un fondement qui légitime aussi bien le pouvoir de Cromwell que celui de Charles II ; ce serait donner un tournant absolutiste à une monarchie qui se veut encore constitutionnelle.

À l'inverse, Hobbes s'étant intéressé à la notion de conquête dans son *Léviathan* de 1651⁶⁹, à l'instar des auteurs de l'École du droit naturel et des gens, Brady reprend le sujet et affirme sans aucune ambiguïté tout au long de ses œuvres que conquête il y a bien eu en 1066. Suite à celle-ci, Guillaume I^{er} a importé de sa terre natale les principes des tenures féodales⁷⁰, ce qui a entraîné une

Part of the Reports of Sir Edward Coke, Kt., Chief justice of the Common Pleas, Of divers Resolutions and Judgments given with great deliberation, by the Reverend Judges and Sages of the Law, of Cases and Matters in Law which were never resolved or adjudged before : And the Reasons and Causes of the said Resolutions and Judgments, Published in the Ninth of the Most High and Most Illustrious James King of England, France and Ireland, and of Scotland, the 44th, the Fountain of all Piety and Justice, and the Life of the Law With references to all the books of the Common Law, as well Ancient as Modern (l'édition utilisée est In the Savoy, E. and R. Nutt and R. Gosling, 1727).

⁶⁹ Cf. P. Carrive, « Hobbes et les juristes de la *common law* », in M. Bertman et M. Malherbe (dir.), *Thomas Hobbes. De la métaphysique à la politique*, Colloque Franco-Américain de Nantes, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1989, pp. 149-171.

⁷⁰ R. Brady, v^o « Feudal Law, Knights Fees, Tenure by Knights, or Military Service, Knights Milites, Fee-Farm, Frank-Fee », *An Introduction to the Old English History*, op. cit., The Glossary, pp. 39-44. En réalité, le système féodal existait préalablement en Angleterre, dès la période anglo-saxonne, mais il a été « complètement repensé et remanié » par Guillaume le Conquérant suite à la Conquête (C. Journès, *L'état britannique*, op. cit., p. 31). Brady le reconnaît d'ailleurs dans les préfaces du tome 1 de sa *Complete History of England* de 1685, dans lesquelles il énonce la nécessité d'étudier les institutions saxonnes à partir d'une forme pré-féodale de tenure germanique (*A Complete History of England, from The First Entrance of the Romans under The Conduct of Julius Caesar, Unto the End of The Reign of King Henry III. Comprehending The Roman, Saxon, Danish and Norman Affairs and Transactions in this Nation during that Time. Wherein is shewed The Original of Our English Laws, The Ecclesiastic Powers, The True Rise and Grounds of the Contentions and Wars between the Barons and our Antient Kings. And Likewise An Account of our Foreign Wars with France, The Conquest of Ireland, and the Actions between the English, Scots and Welsh, during the same Time. All Delivered in plain Matter of Fact, without any Reflections or remarques*. In the Savoy, Tho. Newcom., for Samuel Lowndes, 1685, The Preface to the Reader, non paginée, The General Preface, pp. i-lxviii ; The preface to The Norman History, pp. 139-184).

transformation radicale du droit anglais tant dans ses fondements que dans sa structure.

« Après la Conquête, la plus grande partie et l'essentiel de nos lois ont été apportés ici de Normandie, par le Conquérant. Car c'est de là que nous avons reçu nos tenures, et la manière de tenir nos terres à tous égards, de là aussi que nous avons reçu les coutumes attachées à ces terres. Et de même leur qualité, la plupart d'entre elles étant féodales, et cédées sous certaines conditions militaires, et en échange de services ; et il s'ensuit nécessairement que de là aussi nous sont venues les lois par lesquelles ces tenures, et les coutumes qui s'y rattachent, étaient régies, et par lesquelles le droit de tout homme à jouir de ses terres était fixé selon leur nature. Mais que de Normandie (et introduites par le Conquérant), nous ayons reçu la plupart, sinon la totalité de nos anciennes tenures, et le mode de tenure et de jouissance de nos terres et domaines, apparaîtra en comparant nos anciennes tenures avec les leurs » ⁷¹.

Brady reconnaît certes l'existence des confirmations des lois du Confesseur, mais en limite les effets, considérant que l'essentiel du droit anglais repose sur les tenures féodales d'origine normande et angevine et repousse l'illégalité invoquée contre les actes de Guillaume I^{er}. De manière similaire, Spelman, qui a quant à lui nié la Conquête, par tradition érudite, a reconnu que Guillaume I^{er} avait confirmé les lois du Confesseur non sans les amender profondément dans un sens féodal ⁷². Il est effectivement considéré que le système juridique

⁷¹ Nous traduisons d'après : *"Yet after the Conquest, the Bulk and Maine of our Laws were brought hither from Normandy, by the Conqueror. For from whence we received our Tenures, and the Manner of holding our Estates in every respect, from thence also we received the Customs incident to those Estates. And likewise the quality of them, being most of them Feudal, and enjoyed under several Military Conditions, and Services, and of necessary consequence from thence, we must receive the Laws also by which these Tenures, and the Customs incident to them were regulated, and by which every mans right in such Estates was secured according to the nature of them. But from Normandy (and brought in by the Conqueror) we received most, if not all our ancient Tenures, and manner of holding and enjoying our Lands and Estates, as will appear by comparing out Ancient Tenures with theirs"* (R. Brady, *An Introduction to the Old English History*, op. cit., *An Answer to a book written by William Petit*, p. 14).

⁷² Voici ce qu'écrivit Brady au sujet de la *Magna carta* : « Lors de cette grande occasion solennelle où furent affirmées les libertés communes, qu'ils revendiquaient, la majeure partie de la Grande Charte, concernait exclusivement les tenanciers en service militaire ; et les libertés, dont nos anciens historiens nous disent qu'elles firent l'objet d'un combat féroce, si on les examine sérieusement, étaient essentiellement les libertés de la Sainte Église, en vertu desquelles, en maintes occasions, elle se prétendait exempte de toute sujétion à un prince temporel ; et l'assouplissement des conditions à l'origine très strictes selon lesquelles les fiefs de chevaliers ou les fiefs militaires avaient initialement été accordés par les seigneurs, et acceptés par les tenanciers ». Nous traduisons d'après : *"At this great Solemnity*

en place avant 1066 – alors composé de divers systèmes juridiques essentiellement coutumiers et régissant des peuples multiples tels les Angles, les Saxons et les Danois – est bien différent de celui qui succède à la Conquête. Ce dernier, influencé par le droit normand – lequel est essentiellement coutumier dans sa forme et féodal dans son contenu – mâtiné de droit romain et de droit canonique, s'affirme comme étant aux origines de la *common law* près d'un siècle après cet événement, à partir du règne capital d'Henri II Plantagenêt (1154-1189) et avec le rôle majeur des juges royaux ⁷³.

Cette transformation du droit anglais sous l'effet de la féodalité, la place accordée à la terre comme clef de voûte du système juridique – le mode de propriété de la terre est une question importante en ce qu'elle détermine les droits et les pouvoirs politiques du sujet et est dépendante de l'organisation politique du royaume à laquelle elle renvoie –, entraîne un bouleversement de l'organisation politique. Toute terre en Angleterre est considérée comme étant la propriété du roi, le vainqueur ayant confisqué les terres de ceux qui ont lutté contre lui. En vertu d'un contrat féodal reposant sur un lien sacré, il les redistribue à ses vassaux, les barons normands, auxquels il doit protection et assistance, lesquels deviennent de grands seigneurs fonciers – position nuancée par une dispersion stratégique de leurs terres afin d'assurer la cohésion intérieure et la sécurité extérieure du royaume –, en échange de leur allégeance ainsi que de leur aide, principalement militaire, et de leur conseil. Ces tenanciers féodaux militaires forment une nouvelle classe dirigeante s'imposant au sommet de l'État au profit du pouvoir royal, malgré une certaine anarchie féodale inévitable, et ce d'autant plus, qu'à la différence du Continent, la féodalité anglaise est contrôlée par une administration centrale forte, notamment en matière fiscale comme

for asserting the Common Liberties, which they claimed ; for the far greatest part of Magna Charta, concerned Tenents in Military Service only, and the liberties, which our Ancient Historians tell were so mightily contended for, if seriously considered, were mainly the Liberties of Holy Church, by which, in most things, she pretended to be free from Subjection to a Temporal Prince ; and the relaxation of the Original Rigor upon which Knights, or Military Fees were first given by the Lords, and accepted by the Tenents” (Ibid., An Answer to a book written by William Petit, p. 76). Dugdale allait également dans ce sens (Origines juridiciales, op. cit., “Cap. IV. Our antient Laws and Law-makers”, pp. 4-14).

⁷³ Pour une introduction à l'histoire de la *common law*, cf. D. Poirier, *Les sources de la common law*, coll. La *common law* en poche, Bruxelles, Bruylant, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1996 ; J. Vanderlinden, *Histoire de la common law*, vol. 1, coll. La *common law* en poche, Bruxelles, Bruylant, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1996, pp. 1-30. Pour des ouvrages plus détaillés sur l'histoire et les sources du *common law*, se référer à : F. W. Maitland, *The Forms of Action at common law : a course of lectures*, ed. by A. H. Chaytor and W. J. W. Whittaker, Cambridge University Press, 1976 ; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, New York, Oxford University Press, 2011. Et enfin on peut rappeler l'ouvrage classique de W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, London, Methuen & Co, Sweet & Maxwell, 1964-1966.

en atteste le *Domesday Book* réalisé en 1085-1086 et achevé en 1087. Ainsi, selon Brady, nulle terre ne peut être tenue par un Anglais sans être tenue d'un Normand ayant le titre de tenancier *in capite* de la Couronne. Ils redistribuent eux-mêmes une partie de leurs terres à leurs propres vassaux, les chevaliers, en échange des mêmes services, établissant ainsi une pyramide féodo-vassalique ; chevaliers qui peuvent également répartir leurs terres en petites unités, d'où découleront plus tard les francs tenanciers (*freeholders* et *copyholders*), ainsi qu'accorder protection aux serfs sur leur fief et leur permettre de cultiver une partie du sol pour eux-mêmes en échange des récoltes ⁷⁴.

Tout se joue en effet sur la définition donnée au terme « franc tenancier ». Selon Brady, l'utilisation moderne qui en est faite, notamment par Petyt, n'a aucun sens dans la société médiévale. Dénonçant l'anachronisme de la pensée *common lawyer*, Brady insiste de manière générale sur la nécessité de replacer le vocabulaire médiéval dans son contexte propre, affirmant que les *common lawyers* en détournent le sens en reprenant l'usage moderne ⁷⁵ ; le vocabulaire médiéval n'est point celui de l'époque anglo-saxonne et n'est pas non plus celui du ^{xvii}^e siècle, il en va de même pour les institutions désignées. Seuls les nobles dépendants de la Couronne sont des *liberes homines*, des *freemen* ; la majorité de la population, soit la masse des paysans, est réduite au servage jusqu'à l'abolition de celui-ci à la fin du ^{xiv}^e siècle (*villeins*). Il n'existe ni noblesse indépendante, ni libres propriétaires. Les francs tenanciers au sens de Petyt ne peuvent exister dans une société strictement régie selon le principe féodal. Brady reprend leur rôle à la Cour du Comté et se livre à un débat sur la nature des chevaliers de comté qui siègent au Parlement, étant élus selon lui par des petits tenanciers militaires : ces *libere tenentes* sont-ils des tenants en chef, ainsi que l'indique Spelman dans sa lecture de la *Magna Carta*, ou bien des sous-tenanciers ? Brady se livre à de nombreuses hésitations entre ses écrits

⁷⁴ E. Boutmy, *Le développement de la Constitution et de la société politique en Angleterre*, Paris, Colin, 1897, pp. 17-18 ; C. Journès, *L'état britannique*, op. cit., pp. 31-44. Cf. encore C. Petit-Dutaillis, *La Monarchie féodale en France et en Angleterre (x^e-xiii^e siècles)*, Paris, A. Michel, 1950 ; H. G. Richardson et G. O. Sayles, *The Governance of medieval England from the Conquest to Magna Carta*, Edinburgh University Press, 1963.

⁷⁵ Remédier à cette « grossière erreur » (« *gross mistake* », R. Brady, *An Introduction to the Old English History*, op. cit., An Answer to a book written by William Petit, p. 17) est l'un des objectifs de son Glossaire. La querelle s'est particulièrement cristallisée sur certains termes tels *feudum*, *a clero et populo*, *communitas regni*, *baronagium*, *libere tenentes*.... Par exemple, Brady conteste la confusion faite selon lui par Petyt entre les termes *libere tenentes*, *liberi homines*, *legale homines* et francs tenanciers qu'il tient pour identiques, ainsi que l'assimilation faite par ce dernier, après Lambarde et Dugdale, avec le terme *baronagium*.

de 1681⁷⁶ et de 1684⁷⁷ mais la seconde position semble s'imposer⁷⁸. Cela ne remet pas en cause sa thèse selon laquelle le conseil du roi est à l'origine une assemblée de tenants-en-chef, une cour féodale constituant la *communitas regni*⁷⁹. À l'instar de Spelman, il souligne le caractère progressif et inévitable des changements sociétaux, légitimés par le roi, conduisant à l'apparition de chevaliers de comté francs tenanciers, à la date de 49 H. 3⁸⁰ et surtout à partir du règne d'Édouard I^{er} – ce dont il livre une étude fine⁸¹, mettant en avant le caractère improvisé des évolutions – et à leur prééminence au Parlement.

« Il est très évident, que c'est sous l'autorité et à l'époque de ce roi que la Chambre des Communes fut fixée, et établie sous la forme actuelle et im-

⁷⁶ *A Full and Clear Answer to a Book written by William Petit Esq ; Printed in the year 1680 by which it appears That he hath Mistaken the Meaning of the Histories and Records he hath Cited, and Misapplied them : And that he hath Added to, or Taken from them, or left Unrecited such Words and Matters as he thought would either Advance, or destroy his Assertion. With a True Historical Account of the Famous Colloquium or Parliament, 49 Hen. III, And a Glossary, expounding some few words used frequently in our Antient Records, Laws and Histories? Together with Somme Animadversions upon a Book called Jani Anglorum Facies Nova*, London, Samuel Lowndes, 1681, p. 42.

⁷⁷ « Ceux-ci, avec les tenanciers militaires, dont ils tenaient leurs titres, étaient selon toute probabilité les hommes, qui avaient à l'origine élu deux chevaliers dans chaque comté, parmi les tenanciers *in capite*, et ils étaient, en tant que plaideurs à la cour de comté, les seuls électeurs ». Nous traduisons d'après : « *These with the Military Tenents, from whom they derived their Titles, in all probability were the Men, that at first Elected two Knights in every Countrey, out of the Tenents in Capite, and only, they as Suitors to the County Court were Electors* » (R. Brady, *An Introduction to the Old English History*, op. cit., *An Answer to a book written by William Petit*, p. 19).

⁷⁸ J. G. A. Pocock, *L'Ancienne Constitution et le droit féodal*, op. cit., pp. 258-264.

⁷⁹ La pensée de Brady a d'ailleurs évolué, reconnaissant au départ, à l'instar de Dugdale une représentation indirecte des Communes : « J'affirme qu'avant cette date, le corps des Communes d'Angleterre, ou hommes libres (ainsi qu'ils sont maintenant compris ou qu'ils sont fréquemment appelés), pris collectivement, n'avait aucune part ou vote lors de l'élaboration des lois pour le gouvernement du Royaume, et n'avaient pas plus communication des affaires de l'État, sauf si elles étaient représentées par les tenanciers *in Capite* ». Nous traduisons d'après : « *I affirm, That Before that time, the Body of the Commons of England, or Freeman (as now understood, or as now frequently call them), collectively taken, had not any share or votes in making Laws for the Government of the Kingdom, nor had any Communication in Affairs of State, unless they were represented by the Tenents in Capite* » (R. Brady, *A full and clear answer to a book written by William Petit Esq.*, op. cit., *The Introduction*, pp. 1-2).

⁸⁰ « Les Communes d'Angleterre représentée par les Chevaliers, les citoyens et les Bourgeois au Parlement, n'ont été introduits et ne forment pas l'un des Trois états avant la quarante-neuvième année d'Henri III ». Nous traduisons d'après : « *That the Commons of England Represented by Knights, Citizens, and Burgesses in Parliament, were not introduced, nor were one of the Three Estates in Parliament before the 49th of Henry III* », (Ibid., *The Introduction*, p. 1).

⁸¹ R. Brady *An Introduction to the Old English History*, op. cit., *An Answer to a book written by William Petit*, pp. 130-154.

muable qui est la sienne depuis le règne de nombreux rois ; que le roi à cette époque n'était pas rigoureusement limité à un certain nombre de chevaliers, citoyens ou bourgeois ; et que certaines formes et certains usages stricts aujourd'hui en vigueur ne furent jamais envisagés à l'époque »⁸².

La négation de la doctrine du droit immémorial en mettant en avant la particularité de l'époque médiévale conduit nécessairement à la destruction de ses corollaires, soit une monarchie élective et l'omnipotence du Parlement.

La question de la représentation parlementaire des Communes d'Angleterre à l'époque médiévale est d'autant plus importante qu'elle emporte celle de sa capacité législative et, *in fine*, de la revendication de la souveraineté.

2. L'ÉTENDUE CONTROVERSÉE DU RÔLE LÉGISLATIF DE LA CHAMBRE DES COMMUNES

Alors que le débat politique et constitutionnel sous les premiers Stuarts s'est concentré, en ce qui concerne le Parlement, sur la question de la liberté de parole en son sein et de ses assemblées régulières, il se déplace, après 1642, sur celle de l'étendue de ses pouvoirs, et au-delà les droits des sujets qu'il représente⁸³. Une réflexion qui s'intègre dans le cadre de la montée en puissance, depuis la fin du Moyen Âge et le xvi^e siècle, de la doctrine moderne de la souveraineté du législatif⁸⁴. Les promoteurs de la coordination législative (§ 1) se voient opposer les arguments des défenseurs de la souveraineté royale (§ 2).

2.1. La promotion de la coordination législative

La pensée *common lawyer*, impulsée par Coke, s'est longtemps interrogée sur les rapports entre les *common laws* et les *statute laws*, autrement dit les lois parlementaires, défendant la supériorité des premières sur les secondes, en rai-

⁸² Nous traduisons d'après : "It is most evident, that it was from the Kings Authority and time that the House of Commons came to be fixed, and established in the present constant form, it now is, and hath been in, for many Kings Reigns, and that the King in this Age was not altogether confined to any certain number of Knights, Citizens, or Burgesses, nor were several strict forms and usages now practiced" (*Ibid.*, An Answer to a book written by William Petit, p. 151).

⁸³ « L'un des buts fondamentaux et principaux des parlements résidait dans le redressement des griefs et l'assouplissement des oppressions des gens ». Nous traduisons d'après : "For one of the fundamental and principal ends of Parliaments, was for the redress of Grievances, and easing the Oppressions of the People" (W. Petyt, *The Antient right of the Commons of England Asserted*, *op. cit.*, The preface, p. 40).

⁸⁴ Cf. C. C. Weston et J. R. Greenberg, *Subjects and Sovereigns : The Grand Controversy over Legal Sovereignty in Stuart England*, Cambridge University Press, 1981.

son de leur préexistence non seulement historique mais également juridique⁸⁵. L'autorité de la *common law*, « seul dépôt du droit »⁸⁶, s'impose aussi bien au roi qu'au Parlement. La Restauration, comme « retour à la normalité constitutionnelle »⁸⁷, est l'exemple même que c'est le règne du droit qui assure la liberté et le bien du peuple. Cependant, si durant un temps l'idéologie royaliste apparaît compatible avec la doctrine *common lawyer*, ce n'est plus le cas à partir du moment où Jacques I^{er} revendique des pouvoirs trop étendus, imposant sa volonté comme source des droits et libertés. Aussi, la doctrine *common lawyer* se tourne vers le Parlement comme défenseur de l'ancienne constitution. Le lien est logique : l'autorité de la *common law* rejaillit nécessairement sur les institutions chargées d'en exprimer le contenu : les juridictions de *common law* et le Parlement sont alors aux premières loges⁸⁸. La souveraineté du Parlement⁸⁹ s'inscrit par conséquent comme la dernière étape d'un processus visant à en faire un instrument nécessaire pour établir la suprématie de la *common law*⁹⁰. Une étape nouvelle est franchie au début de la guerre civile avec la mise en avant de l'idée de « coordination » législative pour désigner la répartition des pouvoirs entre le roi et le Parlement, « la Cour la plus élevée de tout le royaume »⁹¹. Encouragé par la *Réponse aux Dix-neuf propositions* de Charles I^{er} de juin 1642⁹², ce principe, émis par le pasteur puritain Charles Herle (1598-1659) dans sa *Fuller Answer to a Treatise Written by Doctor Ferne* de 1642, consiste à énoncer que la monarchie est composée de trois états – le roi, les Lords et les Communes – lesquels sont coordonnés ensemble et participent conjointement à l'activité législative. Si Herle place le roi à la tête des trois états, la parité peut, à l'opposé, être mise en avant comme c'est le cas dans le Sove-

⁸⁵ Cf. notamment E. Coke, *The Eighth Part of the Reports*, op. cit., et ses *Institutes*, dont trois parties sur quatre parues à la veille de la guerre civile consacrent la suprématie du *common law* et du Parlement sur la loi et la Couronne.

⁸⁶ D. Baranger, *Écrire la constitution non-écrite*, op. cit., p. 38.

⁸⁷ J. W. Gough, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, op. cit., p. 153.

⁸⁸ D. Baranger, *Écrire la constitution non-écrite*, op. cit., p. 50.

⁸⁹ J. Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament, History and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

⁹⁰ D. Baranger, *Écrire la constitution non-écrite*, op. cit., p. 47.

⁹¹ Nous traduisons d'après : "The highest Court of the whole realm" (W. Petyt, *The Antient right of the Commons of England Asserted*, op. cit., The preface, p. 42).

⁹² C. C. Weston, *English Constitutional Theory and the House of Lords, 1556-1832*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1965 ; C. C. Weston et J. R. Greenberg, *Subjects and Sovereigns : The Grand Controversy over Legal Sovereignty in Stuart England*, op. cit. ; M. Mendle, *Dangerous Positions : Mixed Government, the Estates of the Realm and the Answer to the XIX Propositions*, University of Alabama Press, 1985.

raigne Power of Parliaments de Prynne de 1643, solution qui assure la primauté des chambres parlementaires – réunion de deux états – contre le seul roi ⁹³.

Après les débordements révolutionnaires qu'illustre le régicide de Charles I^{er}, William Petyt n'utilise plus le terme de « coordination » – trop subversif – mais fait référence, de manière plus nuancée, au caractère, non seulement ancestral ⁹⁴, mais surtout « partagé » du pouvoir législatif depuis des temps immémoriaux :

« Il est évident et hors de toute contradiction que les Communes de cette époque étaient une partie essentielle du pouvoir législatif, en faisant et en promulguant des lois en vertu desquelles elles-mêmes et leur postérité devaient être gouvernées, et que le droit était la mesure d'or et la règle qui me-

⁹³ C. C. Weston, « L'Angleterre : l'ancienne constitution et le droit commun », art. cit., pp. 360-368.

⁹⁴ Les Communes avaient droit de vote et participaient au pouvoir législatif dans les gouvernements des Bretons, des Saxons et des Normands. Ainsi, Petyt énonce-t-il que « Les Bretons appelés leur *Commune Concilium*, ou Parlement, *Kyfr-y-Then*, parce que leurs lois y étaient ordonnées ». Nous traduisons d'après : « *The Brittons called their Commune Concilium, or Parliament, Kyfr-y-then, because their Laws were therein ordained* » (W. Petyt, *The Antient right of the Commons of England Asserted*, op. cit., The preface, pp. 3-4). De même, les Saxons « ont poursuivi et maintenu leurs anciens Witenagemots, ou Parlements, comme aujourd'hui formulé, dans lesquels ils faisaient les lois et géraient les grandes affaires du roi et du royaume ». Nous traduisons d'après : « *still continued and kept their antient Wittena Gemots, or Parliaments, as now phrased, wherein they made Laws and managed the great affairs of the King and Kingdom* » (*Ibid.*, The Preface, p. 7). Il ajoute enfin : « J'ai passé sur le gouvernement danois, parce que je n'y trouve pas de grande mutation, concernant le Conseil ou les lois de la nation anglaise ». Nous traduisons d'après : « *I have past over the danish Government, because I do not find any great mutation, either of the Council or Laws of the English Nation* » (*Ibid.*, The Preface, p. 13). De même, sous les Normands, après la Conquête : « Alors que, après ce temps, [...] il portait la main lourde sur les Anglais, et a augmenté sa sévérité par des actes de grande injustice et de cruauté barbare, et a ainsi donné l'occasion aux historiens dans les âges futurs, de dire que quand il est venu, il a totalement maîtrisé et écrasé la nation, la noblesse et la bourgeoisie. Pourtant, malgré la grande puissance qu'il a, nous rencontrons certains conseils généraux ou des parlements, sous son règne, où il apparaît que les hommes libres ou des Communes d'Angleterre, étaient là, et prenaient partie à l'élaboration des lois ; en effet, que signifierait la restitution promise des Lois d'Édouard le Confesseur, si les Witenagemots ou Parlements, les *Augustissimum Anglicarum libertatum Asylum et sacra Anchora*, étaient détruits et brisés ? ». Nous traduisons d'après : « *So that after this time, [...] he bore a heavy hand upon the English, and increased his severity to acts of high injustice and barbarous cruelty, and so gave occasion to Historians in future Ages, to say, that when he came in, he totally subdued and crushed the Nation, Nobility, and Gentry. Yet notwithstanding the great power he took, we meet with some general Councils or Parliaments, in his reign, whereby it appears, that the Freeman or Commons of England, were there, and had a share in making of Laws; for what could the promised restitution of the Laws of Edward the Confessor signifie, if their Wittena Gemot, or parliaments, the Augustissimum Anglicarum libertatum Asylum et sacra Anchora, was destroyed and broken ?* » (*Ibid.*, The Preface, pp. 39-40).

surait et autorisait la prérogative du Prince et la liberté du Sujet (et quand on les obstrue ou les dénie, le Royaume est déformé et lépreux) »⁹⁵.

Le Parlement se voit reconnaître un pouvoir législatif illimité⁹⁶ – comme cela est d'ailleurs le cas dans l'Acte pour la Sauvegarde du roi de 1661 qui fixe les conditions d'établissement de la future monarchie constitutionnelle⁹⁷ – également réparti entre la Chambre des Communes et celle des Lords. Cette prérogative est étroitement liée à son rôle de gardien d'une loi fondamentale – entendue comme « le système historique traditionnel de gouvernement du roi et des deux Chambres du Parlement »⁹⁸ – dont le *xvii^e* siècle ne cesse d'affirmer l'existence – une ambiguïté majeure résidant dans son contenu positif ou naturel, la notion de loi naturelle ou divine, ensuite assimilée à la raison, étant bien présente dans les écrits. Le Parlement en est le défenseur face aux abus de la prérogative royale. Une liaison est établie entre les libertés du sujet et les droits de la Chambre des Communes, tous découlant de la constitution originelle, couverte par la prescription, ainsi que l'exprime clairement la *Petition of Right* de 1628⁹⁹ en rappel à la *Magna Carta*. Petyt voit en effet dans les membres du parlement les « grands responsables de l'intérêt et de la dignité du roi et du

⁹⁵ Nous traduisons d'après : "Hence it is apparent and past all contradiction, that the Commons in those Ages were an essential part of the Legislative power, in making and ordaining Laws, by which themselves and their posterity were to be governed, and that the Law was then the golden metwand and rule which measured out and allowed the Prerogative of the Prince and Liberty of the Subject, (and when obstructed or denied to either, made the Kingdom deformed and leprous" (W. Petyt, *The Antient right of the Commons of England Asserted*, op. cit., The preface, p. 12). Cf. encore : « Il est suffisamment démontré que, sous les gouvernements Bretons, Saxons, et Normands, les Communes (comme nous les appelons désormais) votaient et participaient à l'élaboration et à la promulgation des lois pour le gouvernement du Royaume, et qu'elles étaient une partie essentielle du *Commune Consilium Regni*, des Witenagemots, ou Parlements, avant et après la conquête supposée par le roi Guillaume I^{er} ». Nous traduisons d'après : "It is sufficiently evidenced, that in the Brittish, Saxon, and Norman Governments, the Commons (as we now phrase them) had votes, and a share in the making and enacting of Laws for the Government of the Kingdom, and that they were an essential part of the Commune Consilium Regni, Wittena Gemot, or Parliament, before and after the supposed Conquest by King William the First" (*Ibid.*, The Preface, pp. 73-74).

⁹⁶ Cf. *supra*, note de bas de page n°55.

⁹⁷ Une clause de cet Acte énonçait que le respect des lois fondamentales « n'irait pas jusqu'à priver l'une ou l'autre Chambre du Parlement [...] de ses libertés et privilèges justes et séculaires de débattre de tout [...] ce qui concerne l'abrogation ou la modification des lois anciennes, ou l'élaboration de lois nouvelles » (Cité par J. W. Gough, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, op. cit., d'après 13 Ch. II, St. I, c. 1 (1661)).

⁹⁸ J. W. Gough, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, op. cit., p. 155.

⁹⁹ V. E. R. Foster, « Petitions and the petition of right », *Journal of British Studies*, 14, n° 1, novembre 1974, pp. 21-45.

royaume »¹⁰⁰. En ce rôle de gardien de la loi fondamentale réside les germes de l'affirmation de la souveraineté du Parlement, selon un processus commencé sous Henri VIII même si la théorie sous-jacente ne sera comprise que plus tard, ce qui n'empêchent pas les royalistes de la contester auparavant. Nombre de royalistes *Tories* voient en la loi fondamentale, laquelle garantirait les prérogatives inaliénables de la Couronne, un rempart contre le Parlement¹⁰¹. En effet, du caractère ancien des droits et libertés et de leur constante affirmation à travers les siècles, dépend la question de la source humaine de ces droits et libertés, à savoir le roi ou la communauté.

Le débat prend d'ailleurs une ampleur particulière lors de la Crise d'Exclusion de 1678-1681 relative au problème de la succession royale. Charles II, quinquagénaire et malade, est sans descendance. La couronne doit échoir à son frère cadet, Jacques, le duc d'York, un catholique notoire. Sa confession constitue le nœud du problème. En effet, la question religieuse connaît un certain échec sous la Restauration après que la conférence réunie au Savoy Palace d'avril à juillet 1661 se soit trouvée dans l'impossibilité de parvenir à un compromis ecclésiastique entre les anglicans modérés et les puritains intransigeants¹⁰², en prise avec les papistes et les « arminiens »¹⁰³. La fracture est d'autant plus problématique que la royauté, dans un esprit de modération et de réconciliation, donne des signes de sympathie envers la foi catholique, il est vrai quelque peu contrainte et forcée par l'aide financière, nécessitée par l'insolvabilité chronique du roi, que lui fournit Louis XIV dans le cadre du traité secret de Douvres du 1^{er} juin 1670. La royauté ne parvient cependant pas à imposer sa politique d'indulgence, que cela soit en 1662, 1672 ou en 1687-1688. Toujours est-il que son parti pris déplait au Parlement, lequel est déjà excédé par l'échec de la politique étrangère de Charles II à l'occasion no-

¹⁰⁰ Petyt wants "to assert the just honour of our worthy and famous Ancestors Commoners of England (as now phrased), great maintainers of the interest and dignity of the King and Kingdom" (*The Antient right of the Commons of England Asserted*, op. cit., The General Conclusion, p. 123).

¹⁰¹ Cf. par exemple la charge menée par Fabian Philipps dans son *Tenenda non Tollenda* de 1660 pour la défense des tenures féodales après leur abolition en 1660 (J. W. Gough, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, op. cit., pp. 158-160).

¹⁰² Cf. sur le vocable "puritain" : C. Hill, *Society and Puritanism*, Londres, Panther, 1969, pp. 15 et suiv ; P. Collinson, « A Comment : Concerning the Name Puritain », *Journal of Ecclesiastical History*, 31, 1980, pp. 483-488. Cf. encore : R. Briggs, « The Catholic Puritans – Jansenists and Rigorist in France », in D. Pennington et F. Thomas (dir.), *Puritains and Revolutionaries*, Oxford, Clarendon, 1978, pp. 333-354 ; M. G. Finlayson, *Historians, Puritanism, and The English Revolution : The religious Factor in English Politics Before and After the Interregnum*, Toronto, University of Toronto Press, 1983.

¹⁰³ N. Tyacke, *Anti-Calvinist. The Rise of English Arminianism c. 1590-1640*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

tamment des guerres anglo-hollandaises. En 1673, le Parlement fait annuler la Déclaration d'Indulgence de 1672, mesure s'inscrivant dans la suite des lois répressives du Code Clarendon envers les non-gallicans, et prend un Acte du Test par lequel l'exercice d'un office public, civil ou militaire, exige la réception de la communion selon le rite anglican, la lecture d'une déclaration contre la consubstantiation et la prestation des serments de suprématie et d'allégeance ; le duc d'York lui-même est contraint de renoncer à sa charge de grand amiral. Les relations entre la Couronne, qui mène un double jeu avec la France, et le Parlement ne cessent de dégrader. C'est dans ce climat de tensions croissantes et de soupçons – ainsi que l'illustre le complot catholique fictif imaginé par Titus Oates et Israël Tonge ou *Popish Plot* qui déchaîne l'Angleterre de 1678 à 1680 – que naît la Crise de l'Exclusion.

Exilé en Flandres, le duc d'York rejoint Édimbourg en 1679, afin d'assurer ses droits au trône face à la concurrence exercée par un fils naturel de Charles II, également nommé Jacques et duc de Monmouth (1649-1685), de trente ans son aîné, lequel, étant protestant, est soutenu par les *Whigs*. Afin de mettre à bas ses prétentions illégales, Charles II fait exiler ce dernier en Hollande. En mai 1679, un projet de loi visant à exclure le duc d'York de la succession de son frère (*Exclusion Bill*) – le premier prince protestant sur la liste de succession étant alors appelé au trône – est adopté en première et deuxième lecture par les Communes avec une forte majorité, sous la pression des *Whigs* surexcités¹⁰⁴. En l'absence de loi de succession avant l'Acte d'Établissement de 1701, ce n'est pas la première fois que le Parlement tente de jouer sur la succession¹⁰⁵. Ainsi, partisans – on peut ici citer l'intervention du *whig* James Tyrrell (1642-1718)¹⁰⁶ dans son *Patriarcha non Monarcha* de 1681 – et adversaires – au premier rang desquels figure *sir* Leoline Jenkins (1625-1685) – de la puissance parlementaire s'affrontent sur la question de savoir si un acte du Parlement peut exclure le duc d'York de la succession de son frère¹⁰⁷. Pour l'empêcher, le roi prononce la

¹⁰⁴ F. S. Ronalds, *The Attempted Whig Revolution of 1678-1681*, Urbana, University of Illinois Press, 1937 ; B. M. A. Behrens, « The Whig Theory of the Constitution in the Reign of Charles II », *Cambridge Historical Journal*, vol. VIII, n°1 (1941), pp. 42-71 ; O. W. Furley, « The Whig Exclusionists : Pamphlet Literature in the Exclusion Campaign, 1679-1861 », *Cambridge Historical Journal*, vol. XIII, n°1 (1957), pp. 19-36 ; J. R. Jones, *The First Whigs : The Politics of the exclusion Crisis, 1679-1683*, Londres, Oxford University Press, 1970.

¹⁰⁵ Pour exemple, Henri de Bolingbroke étant devenu Henri IV en 1399 avec l'aide du Parlement, au détriment de Richard II (1377-1399). L'intervention était encore courante sous les Tudors, particulièrement sous Henri VIII en raison de ses démêlés matrimoniaux.

¹⁰⁶ J. W. Gough, « James Tyrrell, Whig Historian and friend of John Locke », *Historical Journal*, vol. XIX, n°3 (1976), pp. 581-610.

¹⁰⁷ J. W. Gough, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, op. cit., pp. 161-167.

prorogation puis la dissolution des trois et quatrième et derniers parlements du règne, à l'existence éphémère. Le chef des *Whigs*, Anthony Ashley Cooper, comte de Shaftesbury (1621-1683), est arrêté mais un jury populaire londonien le fait aussitôt relâcher, désavouant la mesure royale. La crise, devenue inévitable, est encore précipitée par « le complot de Rye House » de 1682, qui, à l'instigation de Monmouth, vise à assassiner le roi. Son échec entraîne la perte du parti *Whig*, marqué par la fuite de ses chefs, tels Shaftesbury et Monmouth, ou leur exécution, telle celle de Sidney, ainsi que la condamnation de ses principales opinions par l'Université d'Oxford. Charles II ne convoque plus de Parlement de mars 1681 à sa mort en février 1685, évitant ainsi l'exclusion parlementaire du duc d'York au trône. Malgré des débuts encourageants, l'attitude de Jacques II connaît un durcissement après les rébellions d'Archibald Campbell, comte d'Argyll (1629-1685) et Montmouth. L'affirmation de son absolutisme catholique est d'autant moins tolérée lorsque Louis XIV révoque l'Édit de Nantes et jette les protestants sur les routes du Refuge et que le roi d'Angleterre multiplie les mesures arbitraires : il annonce la création d'une armée permanente, renvoie les juges insoumis, remplit le parlement de ses partisans et s'attaque à l'Acte du Test en faveur des catholiques, multipliant les mesures législatives en leur faveur. La politique d'indulgence du roi s'avère un échec et le conduit à sa perte, malgré l'absence de Parlement ; il est contraint à la fuite lorsque le prince Guillaume III d'Orange-Nassau (1650-1702), l'époux de sa fille Marie II (1662-1694), envahit le pays à l'automne-hiver 1688, se faisant le héraut des causes parlementaire et protestante.

2.2. La défense de la souveraineté royale

L'argumentaire royaliste de la Restauration, s'appuyant sur la négation du caractère immémorial du droit ainsi que de la Chambre des Communes et la défense de la prérogative royale comme une nécessité logique faisant suite à sa suzeraineté féodale, vise à prôner la souveraineté du roi. En toute logique, leurs présupposés historiques auraient pu ou dû conduire à une réflexion différente, pouvant prendre trois aspects : une étude sur les institutions féodales en elles-mêmes ; un examen prenant en compte le devenir de ces institutions après la période féodale afin de relever des similitudes éventuelles avec les institutions modernes ou bien, dans un mouvement de rejet de l'étude féodale devenue inutile si ce n'est au nom de la connaissance érudite, une interrogation sur les caractéristiques actuelles des autorités royale et parlementaire. Cette démarche aurait alors permis le développement d'une véritable méthode historique au sein de la pensée constitutionnelle. Pourtant, il n'en est rien. Ils ne s'attachent pas vraiment à retracer le processus historique post-féodal et c'est en cela que leur doctrine achoppe : il y a un « chaînon manquant » entre leur

approche du déclin lent et progressif de la société féodale, selon un processus nécessairement impersonnel, et leur soutien de l'imputabilité au roi de toutes les institutions. Leur royalisme forcené ne leur a pas permis de déceler la dialectique médiévale à l'œuvre dans l'histoire. Les auteurs royalistes développent plutôt l'idée d'un roi souverain au sens bodinien du terme, les travaux de Jean Bodin (1529/30-1596) étant connus des érudits de l'époque des Tudors, étant étudiés à Cambridge et pouvant être procurés dans de nombreuses éditions françaises et latines, avant que la traduction anglaise ne paraisse en 1606. À partir de la Conquête normande, les rois sont la source humaine de la loi, étant également les auteurs des chartes de confirmations, le rôle du conseil se limitant à présenter en amont les requêtes et pétitions¹⁰⁸. Les libertés sont perçues dans une perspective absolutiste, ainsi que certains propos de Dugdale¹⁰⁹ ou Brady peuvent l'illustrer, comme étant le produit de concessions royales, afin de limiter les prétentions de la chambre basse : devant leur existence au roi, elles peuvent également être modifiées, voire supprimées par lui, en toute légitimité.

« Toutes les libertés et privilèges auxquels le peuple peut prétendre, sont des dons et concessions des rois de cette nation, et issus de la couronne »¹¹⁰.

Il n'y a plus de droit de prescription qui tienne. En adoptant ce parti pris, Brady, ainsi que ses successeurs – tel le Dr Nathaniel Johnston (1627-1705), médecin du Yorkshire qui publie *The Excellency of Monarchical government* en 1686 ou Fabien Philipps (1601-1690) et son *Investigatio Jurium Antiquorum* de la même année¹¹¹ – mettent leur approche de la féodalité au service de la controverse filmérienne.

L'ouvrage principal de sir Robert Filmer, intitulé *Patriarcha, or the natural power of Kings*, n'est publié qu'en 1680, bien qu'il soit un exemple de la pensée

¹⁰⁸ R. Brady, *A Complete History of England*, op. cit., The General Preface, pp. xli-xlii.

¹⁰⁹ « Il apparaît donc clairement que ces bonnes et saintes lois ont été faites par les anciens rois de ce royaume ». Nous traduisons d'après : *"It clearly therefore appearing, that these good and wholesome Laws were made by the antient Kings of this Realm"* (W. Dugdale, *Origines juridiciales*, op. cit., "Cap. V. Of parliaments", p. 14). Il souligne néanmoins « [qu'] il ne doit pas être mis en doute, qu'ils étaient tellement encadrés par une grande et mûre délibération prise auprès des hommes les plus éminents de puissance et de prudence dans leurs respectives domaines » (Nous traduisons d'après : *"it is not to be doubted, but they were so framed upon great and mature deliberation had any taken with the most eminent men for power and prudence in their respectives Dominions"*, Ibid., p. 14).

¹¹⁰ Nous traduisons d'après : *"There is a clear Demonstration, that all the Liberties and Privileges the People can pretend to, were the Grants and Concessions of the Kings of this Nation, and Derived from the Crown"* (R. Brady, *A Complete History of England*, op. cit., The preface to the Reader, non paginée).

¹¹¹ J. G. A. Pocock, *L'Ancienne Constitution et le droit féodal*, op. cit., pp. 264-272.

absolutiste anglaise des décennies précédant la guerre civile ; un autre ouvrage, *The Freeholders Grand Inquest*, paru en 1648 et réédité avec les autres œuvres de Filmer en 1679, est finalement attribué à Holbourne¹¹², illustrant la réponse royaliste au principe de coordination¹¹³. Après la publication des ouvrages de Hobbes – que l’avocat de l’Inner Temple John Whitehall¹¹⁴ accuse d’ailleurs d’avoir « donné une gifle à la *Common Law* »¹¹⁵ –, est développée dans ceux de Filmer ce qui est appelé à devenir dans le contexte de la Crise de l’Exclusion, la « doctrine officielle des royalistes »¹¹⁶ avec la défense d’un pouvoir législatif par essence arbitraire. Il prône la souveraineté de la Couronne, détruisant la doctrine du droit immémorial des parlementaires au profit d’une théorie patriarcale du droit divin. Elle repose sur trois idées majeures :

« 1/ Que les Communes, d’après leur *writ*, doivent seulement exécuter et approuver les ordonnances du Parlement. 2/ Que les Lords ou commun conseil d’après leur *writ* doivent seulement débattre, et prêter conseil au Parlement. 3/ Que seul le Roi lui-même ordonne et fait les lois, et est juge suprême au Parlement »¹¹⁷.

¹¹² C. C. Weston, « The Authorship of the Freeholder Grand Inquest », *The English Historical Review*, vol. 95, n° 374, Jan. 1980, pp. 74-98.

¹¹³ Selon Holbourne, « 1/ Aucune coordination n’a caractérisé le processus législatif ; 2/ Il n’a pas existé de droit prescriptible de représentation au Parlement pour les communes d’Angleterre. [...] Les idées se renforçaient l’une l’autre : s’il n’existait pas de droit prescriptible à la représentation, aucune coordination ne caractérisait le processus législatif [...] et la souveraineté, indivise et sans partage, résidait dans le roi seul » (C. C. Weston, « L’Angleterre : l’ancienne constitution et le droit commun », art. cit., p. 363).

¹¹⁴ En soutenant, « que les coutumes ne sont pas lois par prescription mais parce que les souverains actuels les ont déclarés tels [...], M. Hobbes visait d’abord à remplacer notre *Common Law*, et à livrer plus facilement la propriété de chacun à l’incertitude et à la confusion [...] Car c’est grâce à la *Common Law*, c’est-à-dire à la coutume de l’ensemble de la nation, que la plupart des gens jouissent de leurs bien [...] ; or, si longueur de temps ne peut justifier cette propriété, sans décision du souverain, et si de telles décisions ne se peuvent trouver, comme c’est très clairement le cas, alors c’en est fait de la *Common Law*, et de la propriété avec elle : que le plus fort prenne tout » (cité par J. W. Gough, *L’idée de loi fondamentale dans l’histoire constitutionnelle anglaise*, op. cit., p. 157., d’après J. Whitehall, *Leviathan Found Out*, 1679, p. 53).

¹¹⁵ Cité par J. W. Gough, *L’idée de loi fondamentale dans l’histoire constitutionnelle anglaise*, op. cit., p. 157., d’après J. Whitehall, *Leviathan Found Out*, 1679, p. 54.

¹¹⁶ J. G. A. Pocock, *L’Ancienne Constitution et le droit féodal*, op. cit., p. 201.

¹¹⁷ Nous traduisons d’après : “I. That the Commons, by their Writ, are only to perform and consent to the Ordinances of Parliament. II. That the Lords or Common Council by their Writ are only to treat, and give counsel in Parliament. III. That the King himself only ordains and makes laws, and is supreme judge in Parliament” (P. Laslett, *Patriarcha and other Political Works of Sir Robert Filmer*, Oxford, B. Blackwell, 1949, p. 129).

Filmer place donc les Communes à un rang inférieur par rapport aux Lords, estimant que le conseil ne leur appartient pas, d'autant plus que leur origine n'est pas immémoriale ¹¹⁸ ; les deux chambres sont soumises à la souveraineté du roi. Celui-ci est à l'origine de tout droit. Toute norme trouve en effet sa source dans quelque pouvoir supérieur – résidant dans la volonté d'un homme, le roi, qui tient ce pouvoir de Dieu comme descendant du souverain originel, le premier homme, soit Adam :

« Notons maintenant, à propos des coutumes, qu'il y eut, pour chacune d'elles, une époque où elles n'étaient nullement des coutumes, et que ce qui est pour nous le précédent initial n'avait pas lui-même de précédent. Au moment d'instaurer toute coutume, il y a eu quelque chose d'autre pour lui donner sa légitimité, sans quoi cette instauration aurait toujours été illégitime. A l'origine, les coutumes ne sont devenues légitimes que par quelque pouvoir supérieur qui a soit exigé, soit autorisé leur instauration » ¹¹⁹.

L'allégation de cette souveraineté originelle dispense Filmer de faire référence à la Conquête, et donc à la force armée, de la même manière que les considérations féodales sont absentes de son propos.

Pour autant, la doctrine de la souveraineté absolue du roi n'est pas vouée à faire long feu ; la Glorieuse Révolution en sonne le glas. Celle-ci ouvre les portes de l'âge d'or du parlementarisme avec la Déclaration des droits ou *Bill of Rights* du 13 février 1689 ¹²⁰. La souveraineté législative réside dans le roi – « le pouvoir royal ne [pouvant] exister que sur la base d'une reconnaissance de l'autorité du

¹¹⁸ « Pour éclairer la signification et le sens du *writ*, et satisfaire ceux qui croient impossible, que les Communes d'Angleterre n'aient pas toujours fait partie du commun conseil du royaume, j'insisterai sur les points suivants : 1/ Que jadis les barons d'Angleterre constituaient le commun conseil du royaume. 2/ Qu'avant l'époque d'Henri I^{er}, les Communes n'étaient pas convoquées au Parlement. 3/ Quoique les Communes aient été convoquées par Henri I^{er}, elles ne furent cependant pas convoquées de manière continue, ni élues régulièrement par *writ* avant l'époque d'Henri III ». Nous traduisons d'après : « *For clearing the meaning and sense of the writ, and satisfaction of such as think it impossible, but that the Commons of England have always been a part of the common council of the kingdom, I shall insist upon these points : 1/ That anciently the Barons of England were the common council of the Kingdom. 2/ That until the time of Henry I, the Commons were not called to Parliament. 3/ Though the Commons were called by Henry I, yet they were not constantly called, not yet regularly elected by writ until Henry III's time* » (*Ibid.*, p. 136).

¹¹⁹ Nous traduisons d'après : « *For every custom there was a time when it was no custom, and the first precedent we now have had no precedent when it began. When every custom began, there was something else than custom that made it lawful, or else the beginning of all custom were unlawful. Customs at first became lawful only by some superior power which did either command or consent unto their beginning* » (*Ibid.*, p. 106-107).

¹²⁰ L. G. Schwoerer, *The Declaration of Rights, 1689*, Baltimore and London, John Hopkins University Press, 1981.

Parlement » et les rois « apparaiss[ant] comme les garants de la liberté du Parlement et de la religion protestante » ¹²¹ –, les Lords et les Communes. Parallèlement, et par conséquent, les partisans de la monarchie absolue voient l'échec de leurs théories, la féodalité perdant son attrait jusqu'au XIX^e siècle, tandis que l'interprétation *Whig* de l'histoire anglaise emporte la partie ¹²² ; pas pour longtemps, son improductivité léthargique dans les derniers écrits lui faisant perdre de la vitesse. La réflexion se tourne vers d'autres horizons, vers des théories politiques anhistoriques, telle celle de John Locke (1632-1704), ou bien encore vers l'historicisme systématique du XVIII^e siècle ; néanmoins, le débat reste encore sensible chez certains auteurs tel Edmund Burke (1729-1797) ¹²³.

¹²¹ C. Journès, *L'état britannique*, op. cit., p. 66.

¹²² Une victoire qui se retrouve dans les fonctions mêmes des auteurs étudiés au sein du bureau des archives de la Tour, Brady cédant la place à Petyt au poste de conservateur des archives.

¹²³ J. G. A. Pocock, « Burke and the Ancient Constitution : A Problem in the History of Ideas », *The Historical Journal*, III, 2, (1960), pp. 125-143.

PRAVICA IZDAJATI PREDPISE IN PARLAMENTARNE SVOBOŠČINE V ČASU ANGLEŠKE RESTAVRACIJE (1660–1688)*

Marie-Laure Duclos-Grécourt,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti,
raziskovalka na inštitutu za pravno zgodovino Univerze v Poitiersu*

Od 16. stoletja je mogoče zaznati povečan obseg angleškega zgodovinopisja, ker so prek razlag zgodovine skušali vplivati na dogodke v sodobnosti. V Angliji 16. in 17. stoletja je mogoče zaznati dva miselna tokova. Na eni strani so zastopniki občega prava (angl. *common law*) in na drugi manj številni privrženci fevdalne zasnove angleške pravne ureditve, ki so podpirali prizadevanja kralja.

Zagovorniki sistema *common law* so trdili, da velja v Angliji poseben pravni sistem, ki temelji na običajnem pravu in ne tekmuje s kakim drugim sistemom. Šlo naj bi za modrost skupnosti, ki so jo naprej razvijali pravni praktiki. To skupino je vodil vrhovni sodnik sodišča Common Pleas in nato King's Bench ter voditelj skupine v parlamentu sir Edward Coke (1552–1634). Staro običajno pravo naj bi nikoli ne zastaralo in naj bi bilo neko temeljno pravo.

Tudi vladarjevi privrženci so utemeljevali vladarjeve pravice kot izvirno in temeljno oblast iz najstarejše dobe. Pri tem so navajali tudi dokaze o rimskem in germanskem izvoru fevdov. Trdili so, da angleško pravo v veliki meri temelji na načelih fevdalnih pravic do zemlje, ki so jih v Angliji uveljavili v času Viljema Osvajalca. Pri tem so trdili, da pravo iz 12. stoletja ni enako tistemu v 17. stoletju.

Vprašanje o starosti angleškega prava se je v času državljanske vojne in medvladja v štiridesetih letih 17. stoletja spremenilo v vprašanje o starosti spod-

* Povzetek je pripravil dr. Vladimir Simič, profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

njega doma (House of Commons). V razpravi so v podporo političnih zahtev uporabili tudi zgodovinske mite v skladu z dnevnimi potrebami.

V času Tudorjev so bili odnosi med vladarjem in parlamentom odvisni od skladnosti interesov vladarja in parlamenta. Kljub občasnim napetostim se je avtonomija spodnjega doma krepila, a je ta ostal podrejen vladarjevi oblasti. Napetosti pa so se povečale v času prvih Stuartov. Ti so krepili svojo kraljevsko oblast na račun pravic parlamenta. Do zaostrovanja je prihajalo predvsem v zvezi z obdavčenjem in porabo javnega denarja.

Prvič je parlament svoje zahteve sistematično oblikoval leta 1628 (Petition of Rights). Vladar ga je zato večkrat razpustil in na koncu je sprva prišlo do kratkega in potem še dolgega parlamenta, ki je zasedal več let. V času dolgega parlamenta sta potekali tudi obe državljanski vojni (1642 in 1648), od katerih se je zadnja končala z usmrčitvijo vladarja in razglasitvijo republike. Dolgi parlament je končno leta 1660 spet vzpostavil kraljevo oblast. V šestdeset letih v 17. stoletju nista uspela ne poskus uvedbe absolutizma, ki je temeljil na božjem pravu, ne republika in med vladarjem in parlamentom se je počasi vzpostavilo ravnotežje med ureditvijo pred revolucijo in zakonodajo iz časa revolucije. T. i. viteški parlament je razveljavil zakonodajo iz časa Cromwella med letoma 1661 in 1679. Čas do leta 1688 pa je bil v znamenju nasprotij med krono in parlamentom v zvezi z vprašanji o enotnosti občega prava in verske enotnosti kot bistvenimi potezami narodne istovetnosti Angležev. Ta so se končala s Slavno revolucijo leta 1688. V tem času sta se rodili stranki whigov in torijcev, razprave pa so se osredotočile na vprašanji o predstavniki naravi parlamenta in njegovi vlogi pri sprejemanju zakonov.

1. PARLAMENT KOT PREDSTAVNIŠKI ORGAN

1.1. Nedoločenost pojma predstavnštva

Zagovorniki občega prava so trdili, da gre pri ljudskih zborih od davnine za primer predstavniške vloge, medtem ko so kraljevi zavezniki v njih videli srednjeveški pojav.

Najuglednejši poznavalec srednjega veka med kraljevimi privrženci, William Dugdale, je napisal obsežni knjigi *Origines juridiciales* in *The Baronage of England* in v uvodu prve trdil, da je obče pravo odraz absolutne popolnosti uma, vendar je razvil tezo o fevdalnem izvoru doma komun (spodnjega doma).

Zgodovinsko je mogoče ločiti tri načine, na katere vabijo posameznike na dvor. Vabljenje na posvet z vladarjem naj bi bilo bistvena značilnost visokega plemiškega položaja. Vabljeni naj bi bili: 1. ker so dobili zemljo neposredno

od vladarja (*tenure in capite*); 2. ker so pridobili dedno pravico do posebnega pisnega (*writ*) vabila; 3. ker so ob podelitvi naslova barona prejeli še posebno listino o pravici do udeležbe na sejah sveta. Od Velike listine iz leta 1215 naj bi se osebne vezi rahljale. Namesto osebne vezi so se uveljavljali sestanki nižjega plemstva kot predstavnikov grofij (*communes*). To naj bi bil celo znak razkroja fevdalne ureditve, saj naj bi fevdalni položaj, ki je temeljil na razmerju zajma, zamenjala svobodna lastnina na nepremičninah.

1.2. Nedoločenost pojma *freeholder*

Zaradi povezanosti pravic do zemlje s pravico do udeležbe na plemiških zborih je potekala živahna razprava o tem, kdo je *freeholder*. Izraz je nastal v fevdalni dobi in je pomenil tistega, ki je osebno svoboden in kljub temu, da je prejel zemljo od vladarja, z njo razpolaga kot lastnik (*libere tenentes*). V fevdalni ureditvi, kjer je bil položaj prejemnika zemlje lahko pravno zelo različen in je lahko pomenil tudi nesvobodo prejemnika, je imel izraz poseben pomen in je praviloma pomenil svobodno plemstvo. Razmere pa so se še do konca 14. stoletja, ko je bila dejansko odpravljena odvisnost kmetov, tako spremenile, da je izraz svoboden in *freehold* dobil pomen lastniške pravice.

Pravica plemičev do udeležbe na zborovanjih se je razvila kot običajno pravo, povezano z dolžnostjo plačevanja davkov. Leta 1265 je kralj Henrik III. potrdil grofijam pravico, da jih na zboreh predstavljata dva viteza. Tako je nastal mejnik, ki je v angleški zgodovini znan kot 49 H 3 (v 49. letu vlade Henrika III.) Plemiči so zaradi številnih vojn predvsem v Franciji povečali svoj vpliv in s tem tudi vlogo spodnjega doma parlamenta.

2. NASPROTUJOČA SI POJMOVANJA O ZAKONODAJNI VLOGI SPODNJEGA DOMA

V 16. in 17. stoletju je zato prišlo do razprave o rednosti zborov plemstva in njihovi zakonodajni pristojnosti. Tu so si nasprotovali tisti, ki so zagovarjali pravico spodnjega doma, da ustvarja zakonodajo, in branilci suverenosti vladarja.

2.1. Prizadevanje za sodelovanje pri zakonodaji

Zagovorniki teze, da ima *common law* prednost pred postavljenim pravom, ki ga ustvarja parlament, so se strinjali z vladarjem do Jakoba I. Ko pa je ta zahteval, da njegova volja postane vir prava, so se privrženci *common law* obrnili k parlamentu kot varuhu stare ustavne ureditve. Tako je suverenost parlamenta

postala orodje za utrditev prevlade *common law*. Ker je bil *common law* pravo, ki so ga ustvarjala sodišča, parlament pa je bil najvišje sodišče kraljestva, so iz tega razvili pojmovanje, da je treba uskladiti zakonodajno dejavnost kralja in parlamenta. V državi naj bi bili trije stanovi: kralj, lordi in komune (zgornji in spodnji dom), katerih zakonodajna vloga je usklajena in so v njej vsi udeleženi.

Razprava se je zaostрила ob vprašanju nasledstva po kralju Karlu II. Njegov brat Jakob je bil namreč katoličan, od leta 1672 pa so lahko javne funkcije opravljali le člani angleške cerkve. Ker pred letom 1701 ni bilo zakona o nasledstvu, je parlament poskusil odločati o njem. V zaostrenih razmerah, ko je parlament preprečeval uvedbo verske tolerance v prid katoličanom, je Karel II. skušal vladati kot absolutni monarh in do svoje smrti leta 1685 ni več skliceval parlamenta. Glasnik zahtev protestantskega parlamenta je postal mož kraljeve hčere Marije, Viljem Oranski, ki se je pozimi leta 1688 polastil oblasti.

2.2. Obramba kraljeve suverenosti

Razprava o kraljevi suvereni pravici do zakonodaje je sprva sicer izhajala iz fevdalnih pojmovanj o vladarju kot viru prava, toda vse bolj so na kraljeve privržence vplivale ideje o kraljevi suverenosti, kot jih je oblikoval Jean Bodin. Zakone ustvarja vladar in vloga sveta (parlamenta) je omejena na pravico predlagati oziroma vlagati peticije. Tako so vse pravice in svoboščine darila in dovoljenja vladarja in izvirajo iz krone.

Nobenega prava ni, ki bi urejalo, katere pravice še veljajo in katere so zastarale. Rojalisti so vladarjevo suverenost izrazili v treh glavnih idejah: 1. spodnji dom sme na podlagi kraljevega vabila (*writ*) samo izvajati in potrjevati rede parlamenta; 2. lordi ali skupni svet morajo na podlagi vabila razpravljati in svetovati parlamentu; 3. samo kralj ustvarja zakone in je vrhovni sodnik v parlamentu.

Spodnji dom parlamenta je torej nižji od lordske zbornice in mu ne pripada pravica svetovanja, ker ni nekaj, kar bi nastalo kot pradačni običaj (*immemorial custom*). Sploh pa je bil čas, ko običaja še ni bilo in je naravo prava neko dejanje dobilo šele s potrditvijo od višje oblasti.

Toda nauk o suvereni oblasti vladarja ni veljal dolgo. Slavni revoluciji je leta 1689 sledila Listina pravic, po kateri je vladar še suvereni zakonodajalec, vendar njegova oblast temelji na priznavanju avtoritete parlamenta in so vladarji varuhi njegovih svoboščin in protestantske vere.

Whigovska razlaga angleške zgodovine je začasno prevladala. Ker ni bila več ustvarjalna, pa so pridobile pomen politične teorije, ki utemeljevanja niso več gradile na razlagi zgodovine. Tak je primer politične misli Johna Locka.

VARSTVO OTROKOVE KORISTI V POSTOPKU IZVRŠBE IN ZAVAROVANJA V ZADEVAH GLEDE VARSTVA IN VZGOJE OTROK TER OSEBNIH STIKOV Z OTROKI

Nadja Marolt,

*univerzitetna diplomirana pravnica, magistrica pravnih znanosti,
okrožna sodnica na družinskem oddelku Okrožnega sodišča v Ljubljani*

1. UVOD¹

Civilni izvršilni postopek je definiran kot tisto procesno delovanje, ki z uporabo državnih prisilnih sredstev med upnikom in dolžnikom vzpostavi takšno zunanje stanje, kakršnega ima upnik pravico zahtevati na podlagi izvršilnega naslova, oziroma omogoči bodočo izvršitev upnikove terjatve.² Namen postopka izvršbe in zavarovanja je v specialni (singularni) eksekuciji uveljavitve oziroma zavarovanja določene upnikove terjatve.³ Izvršilni postopek se kot sistem izvršitve pravnomočnih sodnih odločb vključuje v sistem varstva vseh civilnih pravic, o katerih odločajo sodišča v civilnem pravdnem postopku (če odmislimo druge izvršilne naslove). Pravno varstvo je učinkovito le, če se pravnomočna sodna odločba, s katero je sodišče odločilo o sporni pravici ali pravnem razmerju, tedaj, kadar je naslovljenec ne izvrši prostovoljno, izvrši prisilno. Izvršba je torej predpostavka učinkovitega sodnega varstva.⁴

¹ Prispevek je pripravljen na podlagi dispozicije doktorske disertacije z naslovom Postopek izvršbe in zavarovanja v zadevah glede varstva in vzgoje otrok ter osebnih stikov z otroki, ki jo je avtorica pod mentorstvom dr. Dragice Wedam Lukić predstavila na prvem doktorskem seminarju 15. januarja 2013 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Gre za prirejeno različico – z novejšo sodno prakso.

² D. Wedam Lukić, nav. delo, str. 19.

³ Namen zavarovanja je zavarovati še neizvršljiv zahtevek (N. Pogorelčnik, nav. delo, str. 135).

⁴ Poročevalec RS, št. 1/96, str. 65.

Z izvršilnim postopkom se praviloma udejanja neposredna izvršba, ki poteka neodvisno od dolžnikove volje. Kadar pa se z določenimi sankcijami (denarno kaznijo ali sodnimi penali) dolžnik prisili, da izpolni upnikovo terjatev, govorimo o posredni izvršbi.⁵ Posredna izvršba praviloma pride v poštev predvsem v zadevah glede varstva in vzgoje otrok ter glede osebnih stikov z otroki,⁶ če pa tak postopek ni uspešen, lahko sodišče v posebej utemeljenih primerih odloči, da se izvršba opravi neposredno, da se otrok odvzame osebi, pri kateri je v času opravljanja izvršbe, ter se izroči osebi, ki ji je zaupan v vzgojo in varstvo.⁷ Tudi pri primerih začasnih odredb zaradi izročitve otroka je z izrekanjem denarnih kazni (238.d člen ZIZ) primarna posredna izročitev, neposredna izročitev pa je sekundarna. Za neposredno izročitev se lahko sodišče odloči, če posredna izročitev ni bila uspešna, v posebej utemeljenih primerih pa takoj (prim. prvi odstavek 238.e člena ZIZ).⁸

Pri urejanju razmerij med starši in otroki se prepletata upravna in sodna pristojnost.⁹ Specialna pravila tega poglavja ZIZ se uporabljajo le za izvršitev sodnih odločb, ki se nanašajo na varstvo in vzgojo ter na osebne stike, to je sodbe in začasne odredbe. V teh mejah tudi obstaja sodna pristojnost. Sodišče odloča tudi o preživljanju otrok, za uveljavitev preživnine pa veljajo pravila za izterjavo denarne terjatve. Kadar je za odločanje pristojen upravni organ, pa je tudi za izvršbo njegovih odločb predvidena upravna pristojnost. Za zakonsko ureditev, po kateri je o varstvu in vzgoji otrok ob razvezi ali razveljavitvi zakonske zveze odločalo sodišče, v vseh drugih spornih primerih pa upravni organ, je Ustavno sodišče Republike Slovenije ugotovilo, da ni v skladu z ustavnim načelom enakosti pred zakonom.¹⁰ Zato je novela ZZZDR¹¹ določila, da vselej, ko se starši, ki ne živijo skupaj, ne morejo sporazumeti o varstvu in vzgoji otrok,

⁵ M. Dika, nav. delo, str. 9.

⁶ Prim. 238d. člen v zvezi s prvim, drugim, tretjim in petim odstavkom 226. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ), Ur. l. RS, št. 3/07 – UPB, 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.

⁷ To izhaja tudi iz sklepa Višjega sodišča v Mariboru I Ip 950/2011 z dne 7. oktobra 2011, v katerem je sodišče tudi sklenilo, »da v primeru, kadar je v izvršilnem postopku izdan sklep o izvršbi na podlagi pravnomočne sodne odločbe kot izvršilnega naslova, sklep o dovolitvi takšne izvršbe postane izvršljiv takoj, ko je izdan. Izvršba se praviloma začne opravljati pred pravnomočnostjo sklepa o izvršbi (prvi odstavek 46. člena ZIZ), kot rečeno po upnici predlagana izvršba, po kateri mora dolžnik izročiti upnici mladoletnega roka, ni nikakršna izjema.«

⁸ D. Orož, nav. delo, str. 217 in 218.

⁹ O razmejitvi sodne in upravne pristojnosti glede odvzema otroka glej B. Novak, nav. delo.

¹⁰ Odločba US RS, št. U-I-273/98 z dne 1. julija 1999.

¹¹ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR-C), Ur. l. RS, št. 16/04.

o tem odloči sodišče. Sodišče je pristojno tudi za odločanje o stikih z otrokom v vseh primerih, ko otrok ne živi z enim ali obema staršema. Pred novelo je o tem lahko odločilo sodišče le ob razvezi ali razveljavitvi zakonske zveze, v drugih primerih pa je bil za odločitev pristojen center za socialno delo.¹² V skladu s sedanjo ureditvijo so centri za socialno delo ohranili le še posvetovalno vlogo in ne izdajajo več odločb o vzgoji, izobraževanju in stikih. Tako centri za socialno delo pomagajo staršem pri oblikovanju sporazuma, sodišče v nepravdnem postopku pa nato izda sklep (105., 105.a, 106. in 106.a člen ZZZDR).¹³

Ne glede na to, ali v postopkih izvršbe in zavarovanja kot stranka nastopa otrok ali njegovi starši, tovrstni postopki neizogibno bistveno vplivajo na otrokove temeljne pravice. Temeljne pravice morajo biti v pravni državi zagotovljene vsem, še posebej otrokom, ki zaradi telesne in duševne nezrelosti potrebujejo posebno (pravno) varstvo in skrb,¹⁴ te pravice otrok pa so lahko varovane le v tistih postopkih, v katerih je kot glavno vodilo upoštevano varstvo otrokove koristi.¹⁵ Spoštovati in varovati je treba tudi družinsko življenje v okviru pravice do zasebnosti. Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP)¹⁶ v 8. členu vsakomur priznava pravico do spoštovanja njegovega zasebnega in družinskega življenja, njegovega doma in dopisovanja. Javna oblast se ne sme vmešavati v izvrševanje te pravice, razen če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države za to, da se prepreči nered ali zločin, da se zavaruje zdravje ali morala ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi. Evropska komisija in Evropsko sodišče za varstvo človekovih pravic (ESČP) sta od leta 1953, ko je EKČP začela veljati, obravnavala veliko število primerov v zvezi s posegi države v zasebno in družinsko življenje in zavzela stališče, da je treba pri pravnem urejanju pooblastil države za izvajanje konkretnih ukrepov, s katerimi lahko država poseže v družinsko življenje, izhajati iz treh načel:

- najpomembnejša je otrokova korist;
- starši so prvi, ki imajo dolžnost skrbeti za korist otroka, in so upravičeni do avtonomije in zasebnosti;

¹² V. Rijavec, nav. delo, str. 322.

¹³ I. Strnad, nav. delo, str. 2.

¹⁴ Prim. določbe Preambule Deklaracije o otrokovih pravicah, ki jo je sprejela generalna skupščina ZN dne 20. novembra 1959.

¹⁵ Prim. prvi odstavek 3. člena Konvencije ZN o otrokovih pravicah, ki jo je sprejela generalna skupščina ZN dne 20. novembra 1989. Nekdanja SFRJ jo je ratificirala 18. decembra 1990, Republika Slovenija pa se je z aktom o notifikaciji nasledstva glede konvencij OZN in konvencij, sprejetih v Mednarodni agenciji za atomsko energijo, razglasila za članico te konvencije kot pravna naslednica nekdanje SFRJ.

¹⁶ Ur. l. RS – MP, št. 41/94 (RS 33/94). EKČP je bila sprejeta novembra 1950 in je začela veljati septembra 1953. V Sloveniji velja od 28. junija 1994.

- država lahko pod določenimi pogoji poseže v to njihovo pravico, zlasti v primeru razpada družine ali če je ogrožena korist otroka.¹⁷

Čeprav Ustava Republike Slovenije (URS)¹⁸ v 35. členu zagotavlja nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic, 53. člen URS pa družini, materinstvu, očetovstvu, otrokom in mladini določa posebno varstvo države (t. i. doktrina *parens patriae*),¹⁹ veljavna pravna ureditev področja izvršbe in zavarovanja v zadevah glede varstva in vzgoje otrok ter glede osebnih stikov z otroki²⁰ omenjenih treh načel ne udejanja v zadostni meri in na tak način, da bi bila korist otrok ne le formalno, temveč tudi dejansko v teh postopkih izključno ali vsaj prvenstveno vodilo.²¹ Pomanjkljivosti v veljavni zakonodaji je več, vsem pa je skupno to, da ne prispevajo v zadostni meri k uresničitvi načela varstva koristi otroka, ki bi moralo biti kot primarno načelo prisotno v vseh postopkih, ki zadevajo otroke. Ker bi podrobnejša razprava o tem preseгла predstavitev problematike v tem prispevku, bom nekatere izmed teh pomanjkljivosti v nadaljevanju le na kratko predstavila.

2. ZAKONSKA UREDITEV POSTOPKOV IZVRŠBE IN ZAVAROVANJA V ZADEVAH GLEDE VARSTVA IN VZGOJE OTROK TER OSEBNIH STIKOV Z OTROKI

Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR),²² ki sicer ureja razmerja med starši, otroki in drugimi sorodniki ter varstvo mladoletnih otrok, ne vsebuje nobenih določb glede izvršbe in zavarovanja v zadevah glede otrok. Zakon o pravdnem postopku (ZPP),²³ ki določa pravila postopka, po katerih

¹⁷ D. Gomien: State Powers and the Best Interests of the Child under Article Eight of the European Convention on Human Rights, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 7 (1989) 4, str. 435–451. Povzeto po M. Končina Peternel, nav. delo (1997), str. 5.

¹⁸ Ur. l. RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a,47,68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148 in 47/13 – UZ90,97,99.

¹⁹ Iz ločenega pritrdilnega mnenja ustavnega sodnika Jana Zobca k odločbi US RS, št. U-I-212/2012 z dne 14. marca 2013, smiselno izhaja, da bi po doktrini *parens patriae* država morala nastopati kot varuh in skrbnik tistih, za katere oceni, da ne morejo sami skrbeti za svoje pravice in interese, to pa so predvsem (ali samo) otroci kot najšibkejši člani te skupnosti.

²⁰ V nadaljevanju prispevka uporabljam besedno zvezo »zadeve glede otrok«.

²¹ Družinski zakonik (Poročevalec RS, EPA 817-V z dne 16. junija 2011 – DZ) v 9. členu sicer definira načelo otrokove koristi, vendar določbe DZ za zdaj še ne veljajo.

²² Ur. l. RS, št. 69/04 – UPB, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US in 84/12 – odl. US.

²³ Ur. l. RS, št. 73/07 – UPB, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US in 10/14 – odl. US.

sodišče obravnava in odloča tudi v sporih iz družinskih razmerij, prav tako ne vsebuje nobenih določb glede izvršbe v zadevah glede otrok. Sodišču omogoča le, da na predlog stranke ali po uradni dolžnosti med postopkom v zakonskih sporih in sporih iz razmerij med starši in otroki izda začasno odredbo o varstvu in preživljanju skupnih otrok, o odvzemu ali omejitvi pravice do stikov oziroma o načinu izvrševanja stikov.²⁴ ZPP tudi ne opredeljuje pogojev za izdajo začasnih odredb in ne določa nobenega postopkovnega pravila, ki bi ga sodišče moralo upoštevati pri izdaji začasnih odredb, temveč napotuje na uporabo določb ZIZ, ki ima povsem drugačen namen kot ZZZDR in ZPP. Medtem ko ZZZDR določa medsebojne pravice in dolžnosti med starši, otroki in drugimi sorodniki, ZIZ omogoča, da se te pravice in dolžnosti prisilno udejanjijo. Tudi Orož ugotavlja, da je pri uporabi določbe tretjega odstavka 411. člena ZPP treba razumeti smiselno uporabo določb ZIZ, čeprav ZPP tega izrecno ne določa. ZIZ ne ureja samo materialnopravnih pogojev za zavarovanje (verjetnost terjatve, nevarnost nastanka nasilja ali težko nadomestljive škode; prim. 270. in 272. člen ZIZ),²⁵ temveč določa tudi, da ima sklep o začasni odredbi učinek sklepa o izvršbi (268. člen ZIZ).²⁶ V skladu z določbami ZIZ sodišče v postopkih izvršbe in zavarovanja uporablja državna prisilna sredstva in postopa hitro. Če je nujno za zagotovitev varstva koristi otroka, lahko sicer spremeni izvršilno sredstvo,²⁷ določeno v sklepu o izvršbi,²⁸ drugih posebnih pooblastil glede varstva koristi in dostojanstva otrok pa sodišče po določbah veljavnega ZIZ nima.²⁹ Pravilno je, da je tu uporaba načela dispozitivnosti,³⁰ ki sicer prevladuje v določbah ZIZ,³¹ zaradi koristi otrok lahko dopolnjena z upo-

²⁴ Prim. prvi odstavek 411. člena ZPP.

²⁵ A. Galič, nav. delo (2000), str. 78.

²⁶ D. Orož, nav. delo, str. 207.

²⁷ V zadevi II Cp 2458/2013 z dne 25. septembra 2013 je Višje sodišče v Ljubljani sklenilo, da navedba sredstva izvršbe ni nujna sestavina predloga za začasno dodelitev otrok in začasno ureditev stikov. Takšna razlaga (argument teleološke redukcije) pa ne velja glede predloga za začasno ureditev preživninskih razmerij.

²⁸ Prim. četrti odstavek 238.b člena ZIZ. V zvezi s tem glej tudi sklep Višjega sodišča v Mariboru I Ip 950/2011 z dne 7. oktobra 2011.

²⁹ ZPP v prvem odstavku 408. člena določa, da mora sodišče v sporih iz razmerij med starši in otroki po uradni dolžnosti ukreniti vse, kar je potrebno, da se zavarujejo pravice in interesi otrok in drugih oseb, ki niso sposobne skrbeti za svoje pravice in interese.

³⁰ Načelo dispozitivnosti med drugim pomeni, da sodišče lahko odloča le v mejah postavljenih zahtevkov in upniku ne more prisoditi niti kaj več niti kaj drugega, kot je upnik zahteval (*ne eat iudex ultra et extra petita partium*) – čeprav je morda upnik po materialnem pravu upravičen do česa več ali česa drugega (L. Ude, A. Galič, nav. delo, 1. knjiga, str. 30).

³¹ V zvezi s tem prim. tudi sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 73/2010 z dne 29. aprila 2010.

rabo načela oficialnosti,³² takšno dopolnitev uporabe načela dispozitivnosti pa bi v postopkih izvršbe in zavarovanja v zadevah glede otrok kazalo uveljaviti kot pravilo, in ne le kot izjemo.³³ ESČP je v zadevi *S. I. proti Sloveniji*³⁴ pozitivno ocenilo slovensko zakonsko ureditev, po kateri sodišča, če to zahteva otrokova korist, lahko sprejmejo odločitve po uradni dolžnosti. Vendar pa to ne bi smelo pomeniti, da bi bili stranki v postopku razbremenjeni dolžnosti zbiranja procesnega gradiva ali pa da ne bi imeli možnosti zatrjevati dejstev in podajati dokaznih predlogov v smislu 212. člena v zvezi s 7. členom ZPP,^{35, 36} V postopkih izvršbe in zavarovanja morata biti stranki aktivni pri zbiranju procesnega gradiva. Čeprav so ti postopki nujni in morajo teči hitro, sodišče na primer o predlogu za začasno odredbo ne more odločiti brez pravno relevantnih trditev obeh strank, ki jih presoja glede na njune dokazne predloge. Sodišče mora tudi skrbeti, da je postopek izvršbe in zavarovanja kontradiktoren.³⁷ Iz pravice do enakega varstva pravic v postopku iz 22. člena URS, ki je poseben izraz pravice do enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena URS, izhaja tudi zahteva po kontradiktornem postopku. Ta zahteva mora biti spoštovana v vseh postopkih in v vseh fazah postopka.³⁸ Ker so ti postopki nujni in hitri, pa ni treba, da bi sodišče pred odločitvijo o predlogu za izdajo začasne odredbe izvedlo narok. Kadar na primer predlog za izdajo začasne odredbe temelji na (pretežno) listinskih dokazih in bi se z ustreznim vročanjem predloga za izdajo začasne odredbe in vabilom na narok podaljšal čas odločanja o začasni odredbi, bi bilo to v nasprotju z namenom instituta začasnih odredb, ki so nujni ukrepi.

³² Na podlagi tega načela odloča sodišče po uradni dolžnosti ne glede na voljo strank (L. Ude, nav. delo, str. 60).

³³ Podrobneje o načelu oficialnosti v postopku izvršbe in zavarovanju v zadevah glede otrok glej I. Strnad, nav. delo, str. 2.

³⁴ Št. 45082/05 z dne 13. oktobra 2011.

³⁵ ZPP v 212. členu nalaga vsaki stranki, da mora navesti dejstva in predlagati dokaze, na katere opira svoj zahtevek, ali s katerimi izpodbija navedbe in dokaze nasprotnika. Glede na 7. člen ZPP morajo stranke navesti vsa dejstva, na katera opirajo svoje zahtevke, in predlagati dokaze, s katerimi se ta dejstva dokazujejo. Sodišče lahko ugotavlja dejstva, ki jih stranke niso navajale, in izvaja dokaze, ki jih stranke niso predlagale, če izhaja iz obravnave in dokazovanja, da imajo stranke namen razpolagati z zahtevki, s katerimi ne morejo razpolagati (tretji odstavek 3. člena), vendar sodišče tudi v tem primeru svoje odločbe ne sme opreti na dejstva, glede katerih strankam ni bila dana možnost, da se o njih izjavijo.

³⁶ Prim. odločbo Višjega sodišča v Celju IV Cp 371/2008 z dne 17. aprila 2008.

³⁷ Višje sodišče v Ljubljani je zadevi I Ip 1557/2009 z dne 29. julija 2009 ocenilo, da je pravilo obojestranskega zaslišanja strank v skladu s 15. členom ZIZ treba upoštevati tudi v izvršilnem postopku. To velja zaradi varovanja procesnega ravnotežja strank in enakosti orožij v postopku, pa tudi zaradi dvoma o zanesljivosti strank kot dokaznega sredstva, saj je vsaka stranka zainteresirana za svoj uspeh v postopku (ena pristranskost naj bi tako nevtralizirala drugo in sodniku pomagala, da si ustvari objektivno sliko o pomembnih dejstvih).

³⁸ Ustavno sodišče RS v odločbi, št. Up-410/01 z dne 14. februarja 2002.

Kontradiktornost v zvezi z izdano začasno odredbo se zato strankama zagotovi tudi v morebitnem ugovornem postopku (t. i. naknadna kontradiktornost).³⁹

3. REGULACIJSKE (UREDITVENE) ZAČASNE ODREDBE

Korak naprej v tej smeri pri postopkih zavarovanja v zadevah glede otrok bi bila posebna zakonska opredelitev regulacijskih (ureditvenih) začasnih odredb, ki začasno urejajo sporno razmerje. Kot navaja Galič, je pri začasnih odredbah v sporih iz družinskopravnih razmerij treba upoštevati, da ne velja pravilo *numerus clausus*, temveč sme sodišče »izdati vsako odredbo, s katero je mogoče doseči namen zavarovanja« (271. in 273. člen ZIZ).⁴⁰ Začasna odredba je prvenstveno sredstvo zavarovanja terjatve, katerega namen je zagotoviti upniku možnost bodoče izvršbe. Kadar pa se s predlogom začasne odredbe želi doseči enak učinek kot s tožbenim zahtevkom ali predlogom (ko je torej začasna odredba po vsebini enaka tožbenemu zahtevku oziroma predlogu), je takšen namen očitno presežen, saj ne gre več za zavarovanje terjatve, temveč že za vnaprejšnjo sodbo o zahtevku (predlogu). V preteklosti so zato sodišča predloge za izdajo regulacijskih začasnih odredb zavrnila,⁴¹ izjeme so bile dopuščene le, kadar sta bila podlaga odločanja posebni predpis⁴² ali posebni postopek in je bila takšna možnost torej zakonsko predvidena. Pri odločanju po splošnih pravilih so se tu in tam pojavljali posamezni odstopi,⁴³ stališče katerih

³⁹ Prim. odločbo US RS, št. Up-321/96 z dne 15. januarja 1997.

⁴⁰ Galič, nav. delo (2000), str. 75.

⁴¹ Prim. sklep Višjega sodišča v Ljubljani Cpg 1172/93 z dne 1. septembra 1993, sklep Višjega sodišča v Mariboru Cpg 425/96 z dne 23. decembra 1996: »Začasna odredba se ne sme pokrivati z nobenim verjetno izkazanem zahtevkom – terjatvijo, ne glede na to, ali se takšen zahtevek že uveljavlja s tožbo ali pa se šele bo. Zato ni mogoča začasna odredba, ki bi hkrati pomenila izvršilni naslov, oz. izpolnitev bodočega tožbenega zahtevka, tudi če bi bila časovno omejena (do pravnomočnosti spora). Predlagana začasna odredba je po učinku in pravnih posledicah enaka tudi morebitnemu tožbenemu zahtevku ... Taka začasna odredba pa ni dopustna, saj gre za zahtevek iz verjetno izkazane terjatve.« Povzeto po N. Pogorelčnik, nav. delo, str. 136.

⁴² Npr. ZZZDR je do 15. junija 1999 v 72. členu določal možnost izdaje začasne odredbe o preživljanju.

⁴³ Npr. sklep Višjega sodišča v Ljubljani Cpg 1463/96 z dne 5. novembra 1996, ki je skoraj dve leti pred odločitvijo Ustavnega sodišča začasne odredbe po drugem odstavku 267. člena ZIP interpretiralo kot ukrepe, ki niso primarno namenjeni zavarovanju terjatve, ampak preprečevanju uporabe sile ali nastajanja nenadomestljive škode, za preprečitev katerih se lahko, če je treba, odredi tudi tisto, kar sicer obsega sam zahtevek. Kot objekt varstva razume pravno stanje, ki je osnova sodnega spora, kadar takšnemu stanju grozi nepopravljivo spreminjanje ali ogrožanje, za napačno pa šteje stališče o apriorni nezdružljivosti identitete med tožbenim zahtevkom in predlagano odredbo. Povzeto po N. Pogorelčnik, nav. delo, str. 136.

je 16. 7. 1998 potrdilo in utrdilo Ustavno sodišče RS z odločbo Up-275/97. V tej je razširilo dotedanje dojetje namena začasnih odredb, ki je sicer res zavarovanje terjatev, vendar ne nujno z zavarovanjem bodoče izvršbe. Ustavno sodišče je tako tolmačenje začasnih odredb razširilo, zaradi obveznega učinka njegovih odločb⁴⁴ pa se je nova vrsta zavarovanja hitro uveljavila tudi v sodni praksi.⁴⁵ Slovenska sodna praksa zdaj izdajo regulacijskih začasnih odredb dopušča, je pa nesporno, da pogoje za izdajo takšne (ureditvene) začasne odredbe presoja strožje⁴⁶ in se tovrstne začasne odredbe lahko izdajo le v nujnih in ustavno upravičenih primerih.⁴⁷ Od tega načela ne odstopa niti v sporih iz razmerij med starši in otroki. Tudi v teh primerih je začasna odredba z vsebino, enako tožbenemu zahtevku (oziroma predlogu), lahko le izjemno sredstvo za primer, ko sodišče ugotovi, da bi brez začasne odredbe otroku lahko nastala nepopravljiva ali nesorazmerno težko popravljiva škoda.⁴⁸ Treba je tudi zagotoviti, da začasne odredbe ne bodo postale »nadomestek« za redno sodno varstvo in da bodo izdane le v primerih, ko je takšen vnaprejšen poseg

⁴⁴ Tretji odstavek 1. člena Zakona o ustavnem sodišču (ZUstS), Ur. l. RS, št. 64/07 – UPB in 109/12.

⁴⁵ N. Pogorelčnik, nav. delo, str. 137.

⁴⁶ Sodišče mora pri odločitvi o izdaji takšne začasne odredbe upoštevati tudi položaj toženca in opraviti tako imenovani *test reverzibilnosti* (A. Galič, nav. delo, 2004, str. 103). Ustavno sodišče RS je v odločbi št. Up 275/97 z dne 16. julija 1998 poudarilo, da mora sodišče presojati, ali bi bila začasna odredba lahko reverzibilna. V zvezi s tem je zapisalo: »Upoštevanje pravic toženca zahteva, da takšna začasna odredba ne sme povzročiti, da bi sodišče brez izvedenega kontradiktornega postopka in brez zagotovitve pravice toženca do obrambe dejansko ugodilo tožbenemu zahtevku tožnika oziroma dejansko prejudiciralo odločitev o zahtevku. To pa bi se zgodilo v primeru, če bi sodišče izdalo začasno odredbo z vsebino, enako vsebini tožbenega zahtevka, ob morebitni kasnejši zavrnitvi tožbenega zahtevka pa posledic izdane začasne odredbe ne bi bilo mogoče odpraviti. Upoštevanje pravic toženca torej narekuje sklep, da sme sodišče v izjemnih primerih izdati začasno odredbo, katere vsebina je enaka tožbenemu zahtevku le pod pogojem, če bi bilo kljub izdani začasni odredbi in njeni izvršitvi, kasneje ob sodbi, s katero bi sodišče zahtevke zavrnilo, mogoče za toženca vzpostaviti prejšnje stanje. Takšna začasna odredba torej ni mogoča, če bi tožencu nalagala storitev nečesa, kar z razveljavitvijo začasne odredbe kasneje ne bi več bilo mogoče odpraviti, ali opustitev nečesa, česar kasneje (po razveljavitvi začasne odredbe) več ne bi bilo mogoče storiti. Le takšna razlaga navedene določbe 267. člena ZIP vzpostavlja ustrezno ravnovesje, ki upošteva tako pravice in interese tožnika kot tudi toženca v postopku. Z ustreznim restriktivnim tolmačenjem pojma 'nenadomestljiva škoda' ter ob tehtanju interesov tudi nasprotni stranke – toženca je mogoče zagotoviti, da bodo ureditvene začasne odredbe, katerih vsebina je enaka tožbenemu zahtevku, ostale omejene le na nujne in ustavno upravičene primere.«

⁴⁷ Prim. odločbo US RS Up 275/97, odločbi Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 372/2009 z dne 13. maja 2009 in II Cp 830/2009 z dne 1. aprila 2009.

⁴⁸ Prim. odločbo Višjega sodišča v Celju IV Cp 371/2008 z dne 17. aprila 2008, odločbi Višjega sodišča v Ljubljani, IV Cp 1199/2010 z dne 22. aprila 2010, IV Cp 3507/2011 z dne 9. novembra 2011.

sodišča nujen.⁴⁹ V sodni praksi ESČP se po novem tudi predlogom (in nato postopkom) za izdajo začasne odredbe pod določenimi pogoji priznava status »odločanja o civilnih pravicah« (*Micallef proti Malti*).⁵⁰ Vendar to velja le za regulacijske začasne odredbe, ki se pokrivajo s tožbenim zahtevkom ali delom tožbenega zahtevka (*Pekarny a cukrarny Klatovy, A. S. proti Češki*)⁵¹ ali neposredno učinkujejo na civilno pravico (*Kübler proti Nemčiji*)⁵² ali imajo samostojno naravo (*Udorovic proti Italiji*).^{53, 54} Ustavno sodišče RS v svojih odločbah poudarja, da mora biti sodišče pri izdaji začasnih odredb, s katerimi se odloča o varstvu, vzgoji, stikih in preživetju otrok, posebej previdno in podrobneje preizkusiti, ali so podani pogoji za njihovo izdajo, saj imajo tovrstne odločitve velik neposredni vpliv na končno odločitev.⁵⁵ Ker regulacijske odredbe izvirajo iz ustavne odločbe, normativno pa jih nista uredila niti Zakon o izvršilnem postopku⁵⁶ niti ZIZ,⁵⁷ ki je bil sprejet dan po izdaji ustavne odločbe, veljajo zanje iste zakonske določbe kot za zavarovalne začasne odredbe, kar pa pri uporabi sproža mnogo nejasnosti.⁵⁸ Tudi avstrijski Exekutionsordnung,⁵⁹ po katerem je povzeta slovenska zakonodajna ureditev začasnih odredb, normativno ne ureja regulacijskih začasnih odredb,⁶⁰ izrecno pa jih urejata hrvaški Ovršni zakon⁶¹ in nemški Zivilprozessordnung.^{62, 63} Zato bi veljalo preučiti

⁴⁹ A. Galič, nav. delo (2000), str. 78.

⁵⁰ Št. 17056/06 z dne 15. oktobra 2009.

⁵¹ Št. 12266/07, 40059/07, 36038/09 in 47155/09 z dne 12. januarja 2012.

⁵² Št. 32715/06 z dne 13. januarja 2011.

⁵³ Št. 38532/02 z dne 18. maja 2010.

⁵⁴ A. Galič, nav. delo (2013), str. 84.

⁵⁵ Glej odločbo US RS št. Up-410/01 z dne 14. februarja 2002.

⁵⁶ Zakon o izvršilnem postopku (ZIP), Ur. l. SFRJ, št. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, Ur. l. RS, št. 51/98 – ZIZ in 32/00.

⁵⁷ ZIZ je bil v Uradnem listu RS objavljen 17. julija 1998, veljati in uporabljati pa se je začel po poteku 90-dnevnega vakacijskega roka, to je 15. oktobra 1998.

⁵⁸ N. Pogorelnik, nav. delo, str. 137.

⁵⁹ Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung – EO), RGBI 1896/79.

⁶⁰ V Avstriji je pravno praznino na tem področju zapolnilo Vrhovno sodišče (odločba št. 2 Ob 330/97m z dne 19. marca 1998), danes pa se po prevladujočem stališču pravne teorije in prakse kot podlaga zanj uporabljata drugi odstavek 381. člena EO. V Sloveniji temu odgovarja druga alineja drugega odstavka 272. člena ZIZ. Povzeto po N. Pogorelnik, nav. delo, str. 142.

⁶¹ Ovršni zakon, Narodne novine, št. 112/12, v katerem so regulacijske začasne odredbe urejene po zgledu nemškega Zivilprozessordnung, v členu o začasnih odredbah za zavarovanje nadenarnih terjatev.

⁶² Zivilprozessordnung (ZPO), RGBI. Ber. 1877 S 83.

⁶³ Povzeto po N. Pogorelnik, nav. delo, str. 143.

možnost spremembe oziroma dopolnitve slovenske zakonodaje v smeri, da bi se regulacijskečasne odredbe zakonsko opredelile,⁶⁴ v zakonu bi se lahko določili pogoji, pod katerimi bi lahko sodišče takšno začasno odredbo izdalo, opredeliti pa bi bilo treba tudi čas veljavnosti regulacijskih začasnih odredb.⁶⁵ Ker postopki izvršbe in zavarovanja v zadevah glede otrok pogosto trajajo več let, Pogorelčnik opozarja na problem dolgotrajnih sodnih postopkov,⁶⁶ v katerih »začasna« ureditev spornega pravnega razmerja lahko velja več let in s tem močno vpliva na okoliščine primera in na odnose med subjekti.⁶⁷ ESČP je tako v primeru *Eberhard in M. proti Sloveniji*⁶⁸ delno ugodilo tožbenemu zahtevku in med drugim odločilo, da mora Slovenija pritožniku plačati nepremoženjsko škodo, ker slovenske oblasti glede izvršbe odredbe o stikih, izdane v upravnem postopku, niso zadostile svojim pozitivnim obveznostim po 8. členu EKČP, zaradi česar pritožnik z M. ni imel skoraj nobenih stikov več kot štiri leta. Prav tako je ESČP v tej zadevi ugotovilo, da v obravnavani zadevi ne gre zgolj za vprašanje čezmernega trajanja pravnega postopka, temveč tudi za vprašanje, ali je država v zadevi kot celoti izpolnila svojo pozitivno obveznost po 8. členu Konvencije (*mutatis mutandis Šilih proti Sloveniji*⁶⁹ in *Byrzykowski proti Poljski*⁷⁰). Glede sodnega postopka, ki je tekel zaradi zaupanja v varstvo in vzgojo ter ureditve stikov,⁷¹ je sodišče zaključilo, da postopek ni bil voden hitro in učinkovito. Pomembna so zlasti naslednja opažanja ESČP: sodišča v skladu z domačo zakonodajo zaradi varovanja otrokove koristi lahko sprejemajo začasne odredbe po uradni dolžnosti; v povezavi s tem ESČP meni, da bi morale sodišče zaradi odsotnosti stikov in neupoštevanja že izdane začasne odredbe

⁶⁴ Začasne odredbe bi morale veljati pravilo *numerus clausus* (glej zgoraj), lahko pa bi bile vrste začasnih regulacijskih odredb primeroma našteje (glej 168. člen DZ).

⁶⁵ O izhodiščih, ki jih mora sodnik upoštevati pri odločanju o začasnih odredbah v sporih iz razmerij med starši in otroki, glej Mateja Končina Peternel: Nekatera vprašanja v zvezi z družinskopravnimi spori, v: *Pravosodni bilten*, 26 (2005) 1, str. 29–51.

⁶⁶ Ta problem je še posebej pereč v postopkih izvršbe in zavarovanja, v katere so vpeti otroci, in lahko otrokom dejansko povzroči nenadomestljivo škodo, ki je ne bo mogoče odpraviti.

⁶⁷ N. Pogorelčnik, nav. delo, str. 156.

⁶⁸ Št. 8673/05 in 9733/05 z dne 1. decembra 2009.

⁶⁹ Št. 71463/93 z dne 9. aprila 2009.

⁷⁰ Št. 11562/05 z dne 27. junija 2006.

⁷¹ Tožba za zaupanje v varstvo in vzgojo je bila vložena 6. junija 2003. Dne 4. maja 2005 je bil vložen (nov) predlog za ureditev stikov. Dne 7. decembra 2005 je bil vložen predlog za izdajo začasne odredbe o stikih. Začasna odredba o stikih je bila izdana 26. maja 2006, postopek glede zaupanja v varstvo in vzgojo ter ureditve stikov se je 10. januarja 2008 zaključil s sodno poravnavo.

primer obravnavati z najvišjo stopnjo nujnosti. ESČP še ugotavlja, da trajanja postopka ni mogoče pripisati zapletenosti zadeve ali pritožnikovim dejanjem.⁷²

4. VARSTVO OTROKOVE KORISTI V POSTOPKU IZVRŠBE IN ZAVAROVANJA

Če se ob opravi izvršbe (na primer na podlagi pravnomočnega sklepa o izdani začasni regulacijski odredbi) glede stikov z otrokom ugotovi, da otrok nasprotuje stikom z enim od staršev, ki je upravičen do stikov, in če se oceni, da izvršba z odvzemom in izročitvijo otroka ne bi bila v skladu z varstvom otrokovih interesov, lahko sicer izvršitelj odstopi od oprave izvršilnega dejanja in o razlogih za to obvesti sodišče, ki opravlja izvršbo.⁷³ V primeru pa, ko sodišče ugotovi, da otrok nasprotuje stikom z enim od staršev, ki je upravičen do stikov, in oceni, da izvršba ne bi bila v skladu z varstvom otrokovih interesov,⁷⁴ lahko na predlog osebe, ki jo je določilo sodišče po drugem odstavku 238.e člena ZIZ, centra za socialno delo ali osebe, proti kateri se opravlja izvršba, izvršbo odloži za največ tri mesece.⁷⁵ Glede na 238.č člen ZIZ mora sodišče pred odločitvijo, da se izvršba sodne odločbe o vzgoji in varstvu otroka opravi z izrekanjem denarnih kazni zoper osebo, na katero se nanaša sklep o izvršbi, ali z odvzemom otroka in njegovo izročitvijo osebi, kateri je otrok zaupan v vzgojo in varstvo, upoštevati vse okoliščine primera in zagotoviti varstvo otrokove koristi.⁷⁶ V

⁷² Za podrobnejšo obrazložitev razlogov ESČP v tej zadevi prim. T. Jelovšek, nav. delo, 2013, str. 79–84.

⁷³ Prim. četrti odstavek 238.f člena ZIZ.

⁷⁴ V zadevi II Ip 3242/13 z dne 19. julija 2013 je Višje sodišče v Ljubljani sklenilo, da ni vsako odklanjanje stikov s strani otroka okoliščina, ki terja odlog izvršbe. Ugotovilo je, da je otrok v zadnjih stikih res pokazal stisko, vendar pa se višje sodišče strinja z oceno, da tega zavračanja ni povzročil upnik, predvsem pa otrokova stiska ni bila pogojena z njegovim odnosom do očeta. Poudarilo je, da je namen očetovih stikov z otrokom tudi, da bi se oče in hči tako zblížala, da oče otroku ne bi ostal neznanec – tujec, s tem pa bi tudi prenehala otrokova stiska ob izvajanju stikov.

⁷⁵ Prim. peti odstavek 238.f člena ZIZ.

⁷⁶ V zadevi št. I Ip 432/2011 z dne 15. novembra 2011 se je dolžnica v predlogu za odlog sklicevala na določbo petega odstavka 238.f člena ZIZ, ki se nanaša na izvršbo z neposredno izročitvijo otroka, vendar je višje sodišče poudarilo, da sodišče na zatrjevano pravno podlago ni vezano, zato bi sodišče prve stopnje predlog za odlog moralo obravnavati po šestem odstavku 238.f člena ZIZ, ki se ne nanaša samo na izvršitev z neposredno izročitvijo, ampak tudi na izvršbo z izrekanjem denarnih kazni. Ni sporno, da poteka postopek za spremembo odločbe o stikih. Višje sodišče je opozorilo, da so postopki v zvezi z izvrševanjem odločb o otrokovih stikih specifični postopki, v katerih je prvo vodilo varovanje otrokovih koristi, zato ozko, formalno tolmačenje določbe 238.f člena ZIZ, kakršno je sprejelo sodišče prve stopnje, tudi ni v skladu z namenom zakona.

zadevi *Z. proti Sloveniji*⁷⁷ je ESČP poudarilo, da je začasna odredba o stikih vsebovala tudi denarno kazen, ki se naloži v primeru, da O. Č. odredbe ne bi izpolnjevala. Prvi pritožnik je vložil dve zahtevi za njeno izvršbo v obdobju domnevno onemogočenih stikov, domače sodišče pa se je takoj odzvalo. Sodišče in center za socialno delo zato po oceni ESČP nista bila neuspešna pri sprejetju potrebnih ukrepov za izvršitev pravice do stikov, ki jih je razumno zahtevati v zapletenem položaju, ki sta ga obravnavala.⁷⁸

Vendar pa ZIZ ne določa postopka oziroma načina, s katerim bi se varstvo otroka v postopkih izvršbe in zavarovanja lahko dejansko udeležilo. Stroka s področja socialnega varstva pretežno zavrača možnost oprave izvršb odločb glede osebnih stikov z neposredno prisilo, saj bi tedenski ali mesečni osebni stiki s prisilnimi posegi v sfero otroka temu lahko kvečjemu škodovali, gotovo pa ne koristili.⁷⁹ V izvršilnem postopku sicer ni mogoče oporekati pravilnosti in zakonitosti izvršilnega naslova niti slednjega ni mogoče spreminjati,⁸⁰ vendar je treba upoštevati možnost, da se razmere v času, ko se opravlja izvršba, lahko spremenijo in da izvršba zaradi poteka časa od izdaje izvršilnega naslova do njene oprave ne bila skladna z načelom varstva otrokove koristi, poleg tega pa bi bilo izrekanje denarnih kazni tistemu izmed staršev, pri katerem je otrok, v teh primerih neustrezno breme.⁸¹ Kadar pa sodišče izreče denarno kazen, ker dolжник ni izpolnil obveznosti iz izvršilnega postopka, mora upoštevati prvenstveni namen denarne kazni, ki ni kaznovanje dolžnika, temveč je denarna kazen izvršilno sredstvo (238.č člen ZIZ), s katerim naj bi sodišče od

⁷⁷ Št. 43155/05 z dne 30. novembra 2010.

⁷⁸ EKČP podobno tudi v zadevi *Trdan in Č. proti Sloveniji*, št. 28708/06, z dne 7. decembra 2010. Glej tudi T. Jelovšek, nav. delo (2013), str. 83–87.

⁷⁹ Sam način poteka izvršbe z neposredno izročitvijo (navzočnost izvršitelja, strokovne osebe, pomoč policije) po oceni Jelovškove govori za to, da naj se ta uporabi le v izjemnih in posebej utemeljenih primerih, če izvršba s posredno izvršbo ni uspešna. Otrok pred fazo izvršbe praviloma v postopku ni bil udeležen (razen kadar ima možnost izraziti mnenje v pravnem postopku oziroma če je starejši od petnajst let in prevzame postopek) in bi bil tovrsten prisilni odvzem zanj nedvomno travmatičen in zato v nasprotju z njegovo koristjo. Kljub temu je treba dopustiti tudi možnost neposredne izvršbe, zlasti v izjemnih primerih, na primer pred predvidenimi dalj časa trajajočimi počitnicami in podobno. V nasprotnem primeru ne moremo govoriti o učinkovitem sodnem varstvu, saj bi se upravičenec do stikov dejansko znašel v položaju, ko svoje s pravnomočno odločbo priznane pravice ne bi mogel uresničiti. V tem smislu je treba možnost, da sodišče odloži izvršbo, treba tolmačiti restriktivno, zlasti v primeru ponavljajočih se nasprotovanj izvršbi, oziroma tovrstna ponavljajoča se ravnanja presoati tudi s stališča morebitne zlorabe procesnih pravic (T. Jelovšek, nav. delo (2013), str. 278–280).

⁸⁰ V skladu z načelom formalne legalitete je izvršilno sodišče vezano na izvršilni naslov in ga le izvrši, ne sme pa ga presoati. V zvezi s tem prim. tudi sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Ip 383/08 z dne 26. marca 2008.

⁸¹ A. Galič, M. Jan, H. Jenull, nav. delo, str. 430.

dolžnika doseglo spoštovanje obveznosti iz izvršilnega naslova, ki je v dejanju, ki ga lahko izvrši le on sam.⁸² Jelovšek meni, da je glede na namen odločbe s področja ureditve stikov (to je zagotovitev stikov, da ne bi prišlo do odtujitve otroka, ali prepoved stikov) ureditev, ki ne limitira izrečene denarne kazni, povsem primerna. Preprečiti je treba, da bi se dolžniku bolj splačalo plačevati kazni kot izpolniti obveznost iz izvršilnega naslova. V zvezi z uveljavljenim stališčem, da naj bo drugo možno izvršilno sredstvo, to je neposredni odvzem otroka, le skrajna možnost v zadevah družinskega prava, je toliko pomembnejše, da obstaja učinkovit sistem, ki omogoča tudi izrekanje zelo visokih kazni. Hkrati je ta sistem dovolj fleksibilen, saj sodišče višino kazni določi ob upoštevanju okoliščin vsakega posameznega primera, tudi finančnega stanja strank v postopku, če ima ob izdaji sklepa o izvršbi na voljo potrebne podatke.⁸³ V zadevi št. I Ip 231/13⁸⁴ pa je višje sodišče znižalo prisojeni znesek denarne kazni dolžniku, ker je ocenilo, da je dalo sodišče prve stopnje premajhno težo predhodni ugotovitvi, da se je do tedaj dogovor iz sodne poravnave izvrševal brez zapletov, dolžnik pa ga je kršil v prepričanju, da tudi upnica obveznosti v celoti ne izpolnjuje. Zato je sklenilo, da je, ob upoštevanju zgoraj povzetega, primernejša nižja denarna kazen.

V postopkih zavarovanja v zadevah glede otrok⁸⁵ pa mora sodišče postopati še hitreje. V postopkih zavarovanja izvršilno sodišče velikokrat nima niti podatkov iz postopka, v katerem je bil izdan izvršilni naslov, niti izvršilnega naslova, temveč mora o predlogu za zavarovanje sklepati zgolj na podlagi upnikovih navedb in njegovih dokaznih predlogov. Hkrati mora tudi v teh postopkih varovati otrokovo korist, ki mora biti primarno vodilo v prav vseh postopkih, ki zadevajo otroke. Ravno zaradi uresničevanja načela varovanja koristi otrok Družinski zakonik na primer taksativno ne omejuje vrste začasnih odredb, ki jih je mogoče izdati v postopkih zavarovanja glede otrok, temveč daje sodišču možnost, da lahko za varstvo otrokove koristi izda začasno odredbo, s katero je mogoče doseči začasno varstvo otrokove koristi, in primeroma našteva začas-

⁸² Tako Vrhovno sodišče RS v sklepu II Ips 73/2010 z 29. aprila 2010. Enako tudi Višje sodišče v Ljubljani v sklepu I Cp 2074/09 z dne 17. junija 2009: »Denarna kazen je namenjena zagotovitvi spoštovanja sodne odločbe in učinkovite uresničitve upnikove pravice do sodnega varstva. Namen denarne kazni ni kaznovanje dolžnika, pač pa vplivanje na njegovo voljo, da bo upošteval obveznost, ki izhaja iz izvršilnega naslova. Preprečiti je treba, da bi se dolžniku bolj splačalo plačati kazen kot pa upoštevati odrejeno obveznost.«

⁸³ T. Jelovšek, nav. delo (2013), str. 274. Enako tudi Vrhovno sodišče RS v sklepu II Ips 73/2010 z dne 29. aprila 2010.

⁸⁴ Sklep Višjega sodišča v Kopru I Ip 231/13 z dne 21. maja 2013.

⁸⁵ Ko je na primer vložen predlog za izdajo začasnih odredb pred uvedbo pravnega ali katerega drugega sodnega postopka (primerjaj prvi odstavek 266. člena ZIZ).

ne odredbe, ki bi v takšnih primerih prišle v poštev.⁸⁶ Večjo pravno varnost bi po mojem mnenju dosegli s tem, da bi regulacijsko začasno odredbo v zadevah glede otrok zakonsko uredili, opredelili pogoje za njeno izdajo in čas njenega trajanja. Po preteku časa, za katerega bi veljala začasna odredba, bi morala sodišča znova presoјati, ali so še podani pogoji za začasno odredbo, ki je že bila izdana, ali je začasno odredbo, upoštevaјe koristi in potrebe otroka, treba mor-da spremeniti ali pa postopek z izdano začasno odredbo celo ustaviti.

5. PRISTOJNOST SODIŠČ

Slovenska sodna praksa glede stvarne pristojnosti sodišč, ki meritorno odločajo o predlogih za zavarovanje v zadevah glede otrok, ni enotna. V skladu z 10.a členom ZZZDR so za odločanje o zadevah, ki jih ureja ZZZDR in za katere so po tem zakonu pristojna sodišča, na prvi stopnji stvarno pristojna okrožna sodišča.⁸⁷ Glede na to zakonsko določbo se nekatera okrajna sodišča v praksi po prejemu predloga za zavarovanje glede otrok s sklepom izrekajo za stvarno nepristojna in predlog za zavarovanje odstopijo v presojo pristojnemu okrožnemu sodišču, druga okrajna sodišča pa sklepa o stvarni nepristojnosti glede na 10.a člen ZZZDR ne izdajo (ker naj bi veljal le za zadeve, ki jih ureja ZZZDR, ne pa tudi ZIZ), temveč na podlagi prvega odstavka 266. člena ZIZ v zvezi s prvim in tretjim odstavkom 411. člena ZPP vsebinsko odločijo o predlogu za zavarovanje.⁸⁸

⁸⁶ Prim. 168. člen DZ.

⁸⁷ O stvarni pristojnosti sodišč za odločanje o zadevah na podlagi ZZZDR prim. N. Betetto: Analiza novele Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih – postopkovni problemi, v: *Pravosodni bilten*, 26 (2005) 1, str. 51–60.

⁸⁸ Ustaljena sodna praksa v zvezi s tem vprašanjem je razvidna iz sklepa Višjega sodišča v Mariboru R 84/11 z dne 24. junija s stališčem, da čeprav je področje družinskega prava posebej varovano in ureditveno strnjeno tako s procesnega kot materialnopravnega vidika, pa v pristojnostnih določbah ZS ni posebej navedeno in obravnavano, prav tako pa po mnenju višjega sodišča na drugačno ureditev v zvezi z odločanjem o predlogih za izdajo začasne odredbe pred uvedbo postopka ni mogoče sklepati, izhajajoč iz določb prvega odstavka 10.a člena ZZZDR. Ta res določa stvarno pristojnost okrožnih sodišč na prvi stopnji za odločanje o zadevah iz tega zakona, za katere so pristojna sodišča, bodisi da ta odločajo v pravnem ali nepravdnem postopku. Vendar pa se to utemeljeno razume kot odločanje o glavni stvari, sicer pa je po mnenju višjega sodišča ta določba preveč splošna, da bi bilo mogoče iz nje sklepati tudi na neučinkovanje določbe 266. člena ZIZ kot splošne določbe. Predlagajoče sodišče sicer omenja, da okrožna sodišča odločajo po pravilih zavarovanja iz določb ZIZ tudi, kadar je o predlagani začasni odredbi sprožen pravdni ali kateri drug postopek, s čimer nekako nakazuje, da ni bilo potrebe, da bi v 10.a členu ZZZDR bilo posebej omenjeno tudi obravnavanje sodišča po pravilih izvršilnega postopka. Vendar pa ni mogoče prezreti, da pri odločanju o začasnih odredbah v odprtem postopku o glavni stvari na uporabo določb izvršilnega postopka napotuje 411. člen ZPP.

Za razmejitev pristojnosti med okrajnimi⁸⁹ in okrožnimi⁹⁰ sodišči sta sicer odločilni merili vrednost spornega predmeta (*competentia ratione valoris*) in pravni temelj spornega razmerja (*competentia ratione causae*). Izhodišče razmejitve naj bi bilo, da okrajna sodišča sodijo v manj pomembnih in v pravnem pogledu manj zahtevnih sporih, okrožna sodišča pa so pristojna v zadevah, ki zahtevajo kompleksno poznavanje pravnih vprašanj in imajo večjo težo za stranke. Stvarnost pa je glede na opisana merila lahko drugačna, saj okrajna sodišča pogosto obravnavajo zelo kompleksna pravna vprašanja, ki so usodnega pomena za stranke. To dokazuje, da so za razdelitev pristojnosti med prvostopenjskimi sodišči odločilna bolj pravnopolitična kot pa pravna merila.⁹¹ Za različno dejansko sodno prakso glede stvarne pristojnosti sodišč za odločanje o predlogih za zavarovanje v zadevah glede otrok ne vidim utemeljenega razloga, ker gre ne glede na to, ali je že uveden pravdni ali kateri drug postopek ali ne, za odločanje o predlogih za zavarovanje, ki so vsebinsko enako zahtevni, sodišče pa lahko z odločitvijo o teh predlogih bistveno vpliva na temeljne pravice otrok. Če bi v postopkih zavarovanja v zadevah glede otrok ne glede na to, ali je bil že uveden pravdni ali kateri drug sodni postopek ali ne, odločala le sodišča enake stvarne pristojnosti in bi se sodna praksa v zvezi s tem vprašanjem poenotila, bi se lahko zagotovilo enakopravno obravnavanje otrok v teh postopkih. Ustrezna sprememba zakonske ureditve, ki bi jasno določala, da so v postopkih zavarovanja v zadevah glede otrok ne glede na to, ali je že uveden pravdni ali kateri drug sodni postopek ali ne, stvarno pristojna le okrožna so-

⁸⁹ Okrajna sodišča so na podlagi 30. člena ZPP pristojna za sojenje v sporih o premožensko-pravnih zahtevkih, če vrednost spornega predmeta ne presega 20.000 evrov. Ne glede na vrednost spornega predmeta so okrajna sodišča pristojna, da sodijo: 1. v sporih zaradi motenja posesti; 2. v sporih o služnostih in realnih bremenih; 3. v sporih iz najemnih in zakupnih razmerij. V pristojnost okrajnih sodišč spadajo tudi spori, za katere po tem ali po katerem drugem zakonu niso pristojna okrožna sodišča. Okrajna sodišča opravljajo tudi zadeve pravne pomoči, za katere ni po zakonu pristojno drugo sodišče, ter druge zadeve, ki jih določa zakon.

⁹⁰ Okrožna sodišča so na podlagi 32. člena ZPP pristojna za sojenje v sporih o premožensko-pravnih zahtevkih, če vrednost spornega predmeta presega 20.000 evrov. Ne glede na vrednost spornega predmeta so okrožna sodišča pristojna, da sodijo: 1. v sporih o ugotovitvi ali izpodbijanju očetovstva ali materinstva; 2. v zakonskih sporih; 3. v sporih o zakonitem preživljanju; 4. v sporih o varstvu in vzgoji otrok; 5. v sporih o stikih otrok s starši in z drugimi osebami, kadar se rešujejo skupaj s spori iz 4. točke; 6. v sporih iz avtorske pravice in sporih, ki se nanašajo na varstvo ali uporabo izumov in znakov razlikovanja ali pravico do uporabe firme, ter spore v zvezi z varstvom konkurence; 7. v gospodarskih sporih; 8. v sporih, ki nastanejo v zvezi s stečajnim postopkom. Okrožna sodišča so pristojna tudi za opravljanje zadev pravne pomoči, za odločanje o priznanju tujih sodnih odločb v zadevah, ki spadajo v njihovo pristojnost, ter za opravljanje zadev mednarodne pravne pomoči. Opravljajo tudi druge zadeve, ki jih določa zakon.

⁹¹ L. Ude, A. Galič (ur.), nav. delo, str. 193.

dišča, bi pripomogla k enotnejši sodni praksi, tovrstni postopki pa bi bili zaradi jasnosti in preglednosti bolj prijazni do strank in udeležencev. Velik korak naprej v tej smeri je novela ZIZ,⁹² v skladu s katero je za odločitev o predlogu za zavarovanje z začasno odredbo, vloženem pred uvedbo sodnega postopka, v katerem bi sodišče odločalo po pravilih posebnega postopka v zakonskih sporih ter sporih iz razmerij med starši in otroki, in za samo zavarovanje pristojno okrožno sodišče, ki bi bilo pristojno za postopek.

Na vprašanje, katero sodišče je pristojno za razrešitev spora, je prav tako treba odgovoriti v družinskopravnih sporih z mednarodnim elementom. Zaradi globalizacije družbe si mnogi pogosto ustvarjajo družine onkraj meja države, v kateri so živeli poprej. Člani takih družin pogosto prihajajo iz različnih držav in imajo različna državljanstva. Spori v mednarodnih družinah lahko privedejo do tega, da starši in otroci ne živijo več skupaj v isti državi, temveč se razselijo v različne države in pridobijo druga državljanstva. Preden sodišče vsebinsko razsodi v sporu iz družinskopravnih razmerij z mednarodnim elementom, mora najprej ugotoviti, ali je pristojno za odločitev v tem sporu. Način določanja mednarodno pristojnega sodišča za odločanje o sporu v mednarodni družini ter postopek priznavanja in izvrševanja tujih sodnih odločb za države članice Evropske unije⁹³ ureja Uredba Sveta (ES) št. 2201/2003 (v nadaljevanju: Bruseljska uredba IIa).⁹⁴ Nacionalno pravo (Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku⁹⁵) za presojo mednarodne pristojnosti v teh vrstah sporov velja le še subsidiarno, in sicer v primeru, če se po Bruseljski uredbi IIa izkaže, da ni pristojno sodišče v nobeni državi članici (7. in 14. člen te uredbe).⁹⁶ Uredba je bila sprejeta, ker si je Evropska skupnost zastavila cilj oblikovati območje svobode, varnosti in pravice, v katerem je zagotovljen prost pretok oseb.⁹⁷

⁹² Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ-J), Ur. l. RS, št. 53/14.

⁹³ Razen za Dansko, prim. uvodno izjavo 31 v preambuli Uredbe Sveta (ES) št. 2201/2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi uredbe (ES) št. 1347/2000 (UL L 338 – Bruseljska uredba IIa), ki je bila sprejeta 27. novembra 2003 in je stopila v veljavo 1. marca 2005.

⁹⁴ Bruseljska uredba IIa je nasledila in razveljavila Bruseljsko uredbo II (št. 1347/2000). Temeljna prednost nove uredbe je razširitev področja uporabe na vse spore v zvezi s starševsko odgovornostjo, medtem ko je Bruseljska uredba II veljala le za odločitve o skupnih otrocih obeh zakoncev, sprejete v postopku reševanja zakonskih sporov. Bistvena razlika je tudi v neposredni izvršljivosti nekaterih odločb, ki je Bruseljska uredba II še ni poznala (Š. Mežnar, nav. delo, str. 1515).

⁹⁵ Ur. l. RS, št. 56/99.

⁹⁶ A. Galič, nav. delo (2014), str. 231.

⁹⁷ Uvodna izjava 1 v preambuli Bruseljske uredbe IIa.

Bruseljska uredba IIa⁹⁸ vsebuje pravila o postopanju v primeru protipravnega starševskega odvzema otroka v Evropski uniji in posebej ureja tudi postopek razglasitve odločbe za izvršljivo.⁹⁹ Njen cilj je odvrniti od protipravnega odvzema otroka v Evropski uniji, in kadar se odvzem zgodi, zagotoviti takojšnjo vrnitev otroka. Začasni ukrepi varstva (začasne odredbe), izdani med zakonskimi spori in spori v zvezi s starševsko odgovornostjo, so načeloma prav tako predmet priznavanja po tej uredbi.¹⁰⁰ Zaradi izrecne omejitve na »v tej državi nahajajoče se osebe ali premoženje« predmet priznanja niso odločbe, izdane v »nujnih primerih« na podlagi pristojnosti po 20. členu uredbe, temveč lečasni ukrepi, sprejeti pred sodišči, pristojnimi za odločanje v glavni stvari.¹⁰¹ Pri zadnjih se po praksi Sodišča EU za priznanje v drugi državi zahteva, da so izdani v kontradiktornem postopku, z zaslišanjem nasprotne stranke. Helms meni, da je ta zahteva v postopkih iz Bruseljske uredbe IIa odveč, saj je v teh zadevah mnogokrat potrebno, da se načelo otrokove največje koristi umakne načelu predhodnega (!) zaslišanja nasprotne stranke. Skladno s tem se zavzema za priznavanje tudi takšnih tujih začasnih odredb, pri katerih je bila pravica do izjave nasprotne stranke zagotovljena pozneje, v postopku o glavni stvari.¹⁰² Sodišče Evropske unije je v zadevi *Purrucker*, C-296/10, razsodilo, da se odločbe člena 19 (II)¹⁰³ Bruseljske uredbe IIa ne uporabljajo, če se pred sodiščem države članice, ki je prvo začelo postopek o ureditvi starševske odgovornosti, začne le postopek za sprejetje začasnih ukrepov v smislu 20. člena uredbe,¹⁰⁴ sodišče druge države članice, pristojno za odločanje o vsebini v smislu te uredbe, pa drugo začne postopek na podlagi zahtevka za sprejetje enakih ukrepov,

⁹⁸ O vsebini te uredbe glej J. Roblek, nav. delo, str. 25–34, ter podrobno Š. Mežnar, nav. delo, str. 1513.

⁹⁹ V 2. oddelku uredbe.

¹⁰⁰ V zadevi *Detiček*, C-403/09-PPU, je Sodišče Evropske unije razsodilo, da je 20. člen Uredbe Sveta (ES) št. 2201/2003 z dne 27. novembra 2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1347/2000 treba razlagati tako, da v okoliščinah, kakršne so v zadevi v glavni stvari, sodišču države članice ne omogoča sprejetja začasnega ukrepa v zvezi s starševsko odgovornostjo, na podlagi katerega bi se otrok, ki je na območju te države članice, v varstvo in vzgojo dodelil enemu od staršev, če je sodišče druge države članice, ki je na podlagi te uredbe pristojno za odločanje o glavni stvari glede varstva in vzgoje otroka, že izdalo odločbo, s katero je otroka v začasno varstvo in vzgojo zaupalo drugemu od staršev, in je bila ta odločba razglašena za izvršljivo na območju prve države članice.

¹⁰¹ Tobias Helms: Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen im Europäischen Eheverfahrerecht, v: FamRZ, 5/2001, str. 260. Povzeto po Š. Mežnar, nav. delo, str. 1519.

¹⁰² Prav tam, str. 1519 in 1520.

¹⁰³ Člen 19 Bruseljske uredbe IIa ureja vprašanje litispendence in sorodnih pravic.

¹⁰⁴ Člen 20 Bruseljske uredbe IIa ureja začasne ukrepe in ukrepe zavarovanja.

začasnih ali dokončnih.¹⁰⁵ Pravila Bruseljske uredbe IIa dopolnjujejo in krepijo Haaško konvencijo o civilnih vidikih mednarodnega protipravnega odvzema otrok,¹⁰⁶ ki velja v vseh državah članicah Evropske unije.¹⁰⁷ Temelji pristojnosti v zadevah starševske odgovornosti, določeni v tej uredbi, so oblikovani tako, da kar najbolj upoštevajo interese otroka, zlasti kriterij povezanosti. To pomeni, da je v prvi vrsti pristojna država članica, v kateri ima otrok običajno prebivališče, razen nekaterih primerov spremembe otrokovega prebivališča ali v skladu s sporazumom med nosilcema starševske odgovornosti.¹⁰⁸ Sodbe, izdane na podlagi Bruseljske uredbe IIa, so tudi neposredno izvršljive. V zadevi *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU, je Sodišče Evropske unije zavzelo stališče, da je sodba v zvezi s pravico do stikov z otrokom, ki je bila izrečena v eni državi članici, priznana in izvršljiva v drugi državi članici, ne da bi bila potrebna razglasitev izvršljivosti in brez možnosti nasprotovanja njenemu priznanju, če je bilo izdano potrdilo iz priloge IV k tej uredbi.¹⁰⁹ Treba je poudariti, da ima tudi pojem »sodišče« po uredbi širši pomen, saj zajema vse organe (tudi upravne), ki so posamezni v državi članici pristojni za odločanje v zakonskih sporih ali sporih glede starševske odgovornosti.¹¹⁰ Bruseljska uredba IIa ima sicer prednost pred nacionalno zakonodajo, ker pa ne vsebuje nobenih določb glede vprašanja, katero nacionalno pravo naj sodišče uporabi v posameznem sporu iz družinskopravnih razmerij z mednarodnim elementom, je treba odgovor na to poiskati v nacionalnem pravu držav članic Evropske unije.

6. OTROK V POSTOPKU IZVRŠBE IN ZAVAROVANJA

6.1. Splošno

Zakonske določbe, ki urejajo izvršbo in zavarovanje v zadevah glede otrok, ne predvidevajo posebnega postopka, po katerem bi sodišče lahko postopalo, kadar bi kot stranka ali udeleženec nastopal otrok.¹¹¹ V skladu s 6. členom EKČP naj bi imel vsakdo (torej tudi otrok) pravico, da o njegovih civilnih pravicah in obveznostih pravično in javno ter v razumnem roku odloča neodvisno in ne-

¹⁰⁵ J. Roblek, nav. delo, str. 29.

¹⁰⁶ Ur. l. RS – MP, št. 6/93, ki je bila sprejeta dne 25. oktobra 1980 in v Sloveniji velja od 23. maja 1993.

¹⁰⁷ Sodelovanje v civilnih zadevah na področju pravosodja v Evropski uniji, str. 7–8, <ec.europa.eu/.../guide_legal_practitioners_sl.pdf> (28. 1. 2013).

¹⁰⁸ Uvodna izjava 12 v preambuli Bruseljske uredbe IIa.

¹⁰⁹ J. Roblek, nav. delo, str. 32.

¹¹⁰ Točka 2 2. člena Bruseljske uredbe IIa, Š. Mežnar, nav. delo, str. 1516.

¹¹¹ Otrok bi lahko imel interes za realizacijo sodne odločbe glede svoje (pre)dodelitve ali glede stikov z enim od staršev, ki jih drugi od staršev ali tretja oseba onemogoča.

pristransko, z zakonom ustanovljeno sodišče. Glede na takšno dikcijo 6. člena EKČP bi torej moral imeti pravico do postopka pred sodiščem tudi otrok, pri tem pa bi moral biti – glede na to, da morajo biti v (sodnih) postopkih otrokove koristi še posebej varovane – posebej urejen tudi postopek, v katerem bi otrok imel položaj stranke. Končina Peternel poudarja, da je otrok nedvomno tudi sam stvarno in procesno legitimiran. To pride do izraza zlasti takrat, ko otrok sam zahteva varstvo svojih pravic proti enemu ali obema staršema (na primer otrok, ki je v rejništvu, zahteva prepoved stikov). Po 409. členu ZPP ima otrok, ki je dopolnil petnajst let in je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, procesno sposobnost in lahko sam uveljavlja svoje pravice v postopku. V tem primeru mu je treba tudi priznati poslovno sposobnost za sklenitev mandatne pogodbe z odvetnikom. Tak otrok je kot stranka tudi zaslišan v postopku pred sodiščem. Šteje se, da je dovolj zrel, da razume pomen postopka in posledice odločitve in se lahko samostojno odloči, ali se bo aktivno vključil v sam postopek ali pa bo zastopanje prepustil enemu od staršev. Težava je takrat, ko na podlagi odločbe, v kateri je odločeno o razvezi zakonske zveze, varstvu in vzgoji otrok, stikov in preživljanju otrok, polnoletni otrok vloži predlog za izvršbo (v uvodu v odločbi pa seveda ni naveden kot stranka postopka).¹¹²

6.2. Mnenje otroka

V pravnem postopku v sporu iz razmerja med starši in otroki ima otrok na podlagi 410. člena ZPP pravico izraziti svoje mnenje. V zvezi z uporabo 410. člena ZPP Končina Peternel navaja, da iz besedila te določbe izhaja, da je treba najprej opraviti razgovor z otrokom, da se sploh oceni, ali je sposoben razumeti pomen postopka in posledice odločitve, kajti le v tem primeru je njegovo mnenje mogoče upoštevati. Ko center za socialno delo ali sodnik z izvedenčev pomočjo oceni, da otrok ni sposoben razumeti pomena postopka in posledice odločitve, lahko strokovnjak centra za socialno delo ali izvedenec z drugimi strokovnimi metodami ugotovi, kaj je otroku v korist. V takem primeru seveda ne gre za mnenje otroka, ampak za mnenje strokovnjakov centra za socialno delo ali izvedenca. Če je otrok sposoben razumeti pomen postopka in posledice odločitve, ga je treba seznaniti s pomenom postopka in tem, da ima pravico zavzeti svoje mnenje, posebej pa ga je treba opozoriti, da to ni njegova dolžnost, kar pomeni, da se lahko odloči, da svojega mnenja ne želi zavzeti. Kadar otrok izrazi mnenje, pa je treba v primeru ugovorov tudi oceniti, ali je to mnenje pristno, kar lahko storijo strokovnjaki centra za socialno

¹¹² M. Končina Peternel, nav. delo (2013), str. 230 in 231.

delo ali izvedenec.¹¹³ Pravico izraziti mnenje dajeta otroku tudi druga točka 9. člena in 12. člen Konvencije o otrokovih pravicah (KOP),¹¹⁴ ZIZ pa te pravice otroku izrecno ne daje.¹¹⁵ V postopku, v katerem je izdan izvršilni naslov, se sodišče z otrokovim mnenjem največkrat seznani s pridobitvijo poročila in mnenja centra za socialno delo. Center za socialno delo načeloma pred izdelavo poročila in mnenja opravi razgovor z otrokom, ki je sposoben razumeti pomen postopka in posledice odločitve ter svoje mnenje želi povedati. Sodišče z otrokom lahko opravi neformalni razgovor, lahko pa ga tudi (če je že dopolnil petnajst let, je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj ter s tem soglaša) zasliši.¹¹⁶ Vendar pa lahko pride tudi do tega, da sodišče izda

¹¹³ Če sodnik otroku obljubi, da z njegovim mnenjem staršev ne bo seznanil, in zato v skladu z drugim odstavkom 410. člena ZPP odloči, da se staršem ne dovoli vpogled v zapisnik ali poslušanje posnetka, na to mnenje tudi ne sme opreti odločitve (načelo kontradiktornosti): to je lahko problematično, kadar otrok sodniku razkrije okoliščine, ki iz drugega dokaznega gradiva niso razvidne. Zato je bolje, da sodnik otroku pove, da bo s pomembnimi okoliščinami starše moral seznaniti, ni pa seveda treba, da se jim da na vpogled prav zapisnik in da so seznanjeni s samo izpovedbo otroka. Sodnik lahko pomembne dele otrokovega mnenja staršem posreduje na način, ki bo čim manj poslabšal njihove medsebojne odnose (prim. M. Končina Peternel, nav. delo (2013), str. 222).

¹¹⁴ KOP je sprejela Generalna skupščina Združenih narodov z resolucijo št. 44/25 z 20. novembra 1989. Veljati je začela 2. septembra 1990. Po določbi druge točke 9. člena KOP imajo v kateremkoli postopku v skladu s prvo točko tega člena vse prizadete stranke možnost sodelovati v postopku in izraziti svoja mnenja. V 12. členu KOP države podpisnice jamčijo otroku, ki je sposoben izoblikovati lastna mnenja, pravico prostega izražanja teh v vseh zadevah v zvezi z otrokom, o tehtnosti izraženih mnenj pa se presoja v skladu z otrokovo starostjo in zrelostjo. V ta namen ima otrok še posebej možnost zaslišanja v kateremkoli sodnem ali upravnem postopku v zvezi z njim, bodisi neposredno bodisi posredno prek zastopnika ali ustreznega organa, na način, ki je v skladu s procesnimi pravili notranje zakonodaje.

¹¹⁵ Priznanje sodne odločbe po Bruseljski uredbi IIa se zavrne, če otroku ni bila dana možnost zaslišanja in so bila zato kršena temeljna načela postopka v državi priznanja. Od načela obveznega zaslišanja otroka je dopustno odstopiti samo »v nujnih primerih«. Ta določba utegne povzročiti, da se bo zaslišanje otroka v postopkih z mednarodnim elementom opravljalo še pred starostjo, ki sicer velja po nacionalnih predpisih, saj se v nasprotnem primeru lahko zgodi, da sodba v drugi državi (kjer velja na primer nižja spodnja starostna meja obveznega zaslišanja) ne bo priznana (podobno navaja H. Schack, *Das neue Internationale Eheverfahrensrecht in Europa*, *RabelsZ* 65/2001, str. 628). Kdaj so zaradi nezaslišanja otroka v postopku kršena temeljna načela, bo moralo sodišče presoditi samo, pri tem pa mu bosta lahko v pomoč morebitna ustavnosodna praksa in praksa Evropskega sodišča za človekove pravice (T. Helms, *Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen im Europäischen Eheverfahrensrecht*, *FamRZ* 5/2001, stran 264). Povzeto po Š. Mežnar, nav. delo, str. 1523.

¹¹⁶ V zvezi z razgovorom z otrokom je Vrhovno sodišče RS zavzelo stališče, da razgovor lahko opravi center za socialno delo in ni obvezno, da ga opravi sodnik, zato to ni kršitev določb ZPP (sodba II Ips 133/2005 z dne 2. junija 2005). Zavzelo pa je tudi stališče, da z otrokom takšne starosti, da je očitno sposoben razumeti pomen svoje izjave, lahko razgovor opravi tudi sodnik in ni obvezno, da ga opravi center za socialno delo (sodba II Ips 424/2004 z dne 23. junija 2005). Povzeto po M. Končina Peternel, nav. delo (2013), str. 222.

izvršilni naslov, ne da bi se prej seznanilo z otrokovim mnenjem, bodisi zato, ker otrok v času postopka še ni sposoben razumeti pomena in posledic postopka, bodisi zato, ker takrat tega mnenja ni želel izraziti. Jelovšek utemeljeno opozarja na vprašanje izvršljivosti večine slovenskih odločb v drugih državah članicah po Bruseljski uredbi IIa, saj zakon avtomatičnega zaslišanja otrok ne predvideva. V praksi otroke, starejše od petnajst let, v skladu z ZPP obvestijo o možnosti sodelovanja v postopku, mlajši od petnajstih let pa v postopku redko sodelujejo.¹¹⁷ Morda bi bilo kot »zaslišanje« mogoče šteti razgovor na centru za socialno delo, kamor so otroci povabljeni, če svetovalni delavci ocenijo, da so sposobni podati mnenje. V skladu s 26. členom Bruseljske uredbe IIa tuje sodne odločbe glede vsebine ni dovoljeno preverjati pod nobenimi pogoji.¹¹⁸

Postopek izvršbe je sicer namenjen le realizaciji že izvršljivih sodnih odločb, postopek zavarovanja pa zavarovanju pravic predlagateljev. Vendar pa bi moral imeti otrok, ki je dopolnil petnajst let in je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, v primeru, da je med zaključenim pravnim postopkom in opravo izvršbe poteklo daljše obdobje, vsaj v fazi ugovora možnost izraziti svoje mnenje v postopku izvršbe in zavarovanja. Seveda pod pogojem, da bi mnenje v zvezi s tem želel izraziti. To možnost bi otrok, ki je že dopolnil petnajst let in je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, moral imeti predvsem zaradi dveh razlogov. Prvič, ker je postopek izvršbe oziroma zavarovanja (in ne pravnih postopkov) tisti, v katerem pride do dejanske realizacije izvršilnega naslova. Šele v postopku izvršbe oziroma zavarovanja se udeležujejo pravne posledice izvršilnega naslova, zato ima lahko postopek izvršbe in zavarovanja za otroka veliko hujše psihične in fizične posledice kot na primer izdaja izvršilnega naslova v pravnem postopku. Povedano drugače: »abstrakten« izvršilni naslov postane realen šele v izvršbi. Nema lokrat starši šele po zaključenem pravnem postopku uvidijo, da na primer zaupanje otroka v varstvo in vzgojo enemu od staršev ni v otrokovo korist ali da stikov, kot so bili prisojeni ali dogovorjeni s sodno poravnavo, v praksi ni mogoče (kakovostno) izvajati. Starši imajo takrat možnost od pravnega sodišča zahtevati, da odloči o predodelitvi otroka, ali pa predlagati, da se stiki uredijo drugače, lahko pa vztrajajo pri izvršbi izvršilnega naslova. Postavlja se vprašanje, kakšne pravne možnosti ima v tem primeru otrok. V zvezi s tem namreč ni mogoče mimo tega, da ima otrok, ki je že dopolnil petnajst let in je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, svojo voljo in da kljub pravnomočnemu in izvršljivemu izvršilnemu naslovu tega ne bo upošteval, če bo menil, da to ni v njegovo korist. Včasih tudi (še tako vztrajno) prizadevanje katerega od

¹¹⁷ Prim. 409. in 410. člen ZPP.

¹¹⁸ T. Jelovšek, nav. delo (2013), str. 104.

staršev¹¹⁹ ne pripomore k realizaciji izvršilnega naslova, ker si otrok tega pač ne želi. V takem primeru obveznost iz izvršilnega naslova ne bo izpolnjena, to pa narekuje izrek in izterjavo denarne kazni. Po mojem mnenju ni prav in tudi ni v skladu z namenom izvršbe in zavarovanja, da bi od tistega od staršev, ki je sicer naredil vse, kar je v njegovi moči, da bi do izpolnitve izvršilnega naslova dejansko prišlo, pa se to zaradi otrokove volje ni zgodilo, izterjali denarno kaznen, saj mu ni mogoče očitati, da izvršilnega naslova ni hotel izpolniti. Kakšen je potem sploh namen teh postopkov, če do realizacije izvršbe ne pride, sodišče pa tudi ne izreče oziroma ne izvrši denarne kazni? Če je posredna izvršba ali posredna izročitev otroka neuspešna, lahko pride celo do neposredne izvršbe oziroma izročitve, za katero je splošno znano, da pri otroku lahko pusti hude posledice, ki se odrazijo kot težko nadomestljiva ali celo nenadomestljiva škoda, ki je ni mogoče popraviti. Poleg tega je obdobje med zaključkom pravnega postopka in realizacijo izvršilnega postopka pogosto predolgo, da bi bilo lahko dejansko stanje, na podlagi katerega je bil izdan izvršilni naslov, v izvršbi še vedno enako. V tem obdobju se lahko okoliščine v razmerju med starši in otroki bistveno spremenijo, spremenijo se interesi otroka, njegova korist in mnenje, s katerimi se je sodišče seznanilo v pravnem postopku. V fazi realizacije izvršbe je otrok lahko precej starejši kot ob izdaji izvršilnega naslova, lahko je že dopolnil petnajst let in je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, torej ima pravico nastopati kot stranka v postopku. V praksi izvršilno sodišče že v fazi dovolitve izvršbe oziroma zavarovanja v zadevah glede otrok zasliši starša, ki sta stranki postopka, še večkrat pa do izvedbe dokaza z zaslišanjem strank pride v ugovornem postopku. Pri tem pa se lahko prezre, da se ne odloča le o pravicah staršev, temveč tudi in predvsem o pravicah otrok, z njihovim mnenjem in željami pa se sodišče premalokrat seznani. Za primer, ko oseba, ki jo določi sodišče po drugem odstavku 238.e člena ZIZ, ob opravi izvršbe po drugem odstavku 238.f člena ugotovi, da otrok nasprotuje stikom s tistim od staršev, ki je upravičen do stikov, in ob oceni, da izvršba z odvzemom in izročitvijo otroka ne bi bila v skladu z varstvom interesov otroka, ZIZ izvršitelju sicer že zdaj dopušča, da lahko odstopi od oprave izvršilnega dejanja in o razlogih za to obvesti sodišče, ki opravlja izvršbo.¹²⁰ Prav tako ima sodišče na podlagi petega odstavka 238.f člena ZIZ možnost, da v primeru ugotovitve, da otrok nasprotuje stikom s tistim od staršev, ki je upravičen do stikov, in ocene, da izvršba ne bi bila v skladu z varstvom otrokovih interesov, na predlog osebe, ki jo je določilo sodišče po drugem odstavku 238.e člena ZIZ, centra za socialno delo ali osebe, proti kateri se opravlja izvršba, izvršbo odloži za čas največ treh mesecev. Sodišče lahko na podlagi šestega odstavka

¹¹⁹ Ki ima v postopku izvršbe ali zavarovanja položaj dolžnika.

¹²⁰ Prim. četrti odstavek 238.f člena ZIZ.

238.f člena ZIZ na predlog centra za socialno delo ali osebe, proti kateri se opravlja izvršba, izvršbo odloži tudi v primeru, ko je pred pristojnim organom sprožen postopek za spremembo odločbe o osebnih stikih in ugotovi, da bi oprava izvršbe bila v nasprotju z varstvom koristi otroka. Zakonska ureditev v četrtem, petem in šestem odstavku 238.f. člena ZIZ je pravilna in smiselna, saj preprečuje realizacijo prisilne izvršbe, ki ne varuje otrokove koristi. Vendar pa po moji oceni ni razlogov, da ne bi sodišče na način, kot ga določa ZIZ v četrtem, petem in šestem odstavku 238.f člena, postopalo že prej, torej ne šele v fazi oprave izvršbe, temveč že v fazi dovolitve izvršbe oziroma zavarovanja. S tem bi sodišče že ob presoji utemeljenosti predloga za izvršbo oziroma zavarovanje (tudi ob upoštevanju sedanjega otrokovega mnenja¹²¹) lahko preprečilo opravo izvršbe, ki ne bi bila v otrokovo korist. V takem primeru torej do oprave izvršbe niti ne bi prišlo in otroku zaradi tega ne bi mogle nastati škodljive posledice. Če bi otrok, ki je že dopolnil petnajst let in je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, tudi v postopku izvršbe in zavarovanja imel možnost, da je slišan, in bi sodišče lahko upoštevalo njegovo mnenje, bi bile odločitve izvršilnega sodišča v večji meri odraz realnosti. Ni dvoma, da izvršilno sodišče zavezuje načelo formalne legalitete,¹²² vendar bi morda veljalo razmisliti o možnosti, da bi se pred dejansko realizacijo izvršbe izvršilno sodišče, vsaj v fazi ugovora zoper sklep o izvršbi oziroma zavarovanju, seznanilo z mnenjem otroka, ki je že dopolnil petnajst let (lahko pisno ali s pomočjo strokovnih služb, npr. centra za socialno delo),¹²³ in tako »slišalo« tudi otroka, ki je »predmet« izvršbe. Seveda pod pogojem, da bi od izdaje izvršilnega naslova do realizacije preteklo določeno daljše obdobje. To ne pomeni, da bi izvršilno sodišče posegalo v izvršilni naslov ali pa ga kakorkoli presojalo, bi pa bilo odklonilno mnenje otroka (starega petnajst let ali več) lahko razlog za odlog izvršbe za krajše obdobje.¹²⁴ V tem odloženem času bi se lahko začel nov pravdni postopek za spremembo izvršilnega naslova, do katerega sicer morda niti ne bi prišlo, prisilna izvršba pa bi bila realizirana v nasprotju z otrokovim mnenjem. Res je, da morajo postopki izvršbe in zavarovanja teči hitro in kontinuirano, vendar pridobitev takšnega mnenja po moji oceni ne bi bistveno podaljšala trajanja teh postopkov, zlasti glede na to, koliko časa sicer tečejo ti postopki. O tem bi veljalo razmisliti predvsem v postopku zavarovanja, ko mora izvršilno sodišče odločiti o predlogu za začasno odredbo, pa pravdni ali

¹²¹ Tudi tukaj je govor le o otroku, ki je že dopolnil petnajst let, je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj ter mnenje želi izraziti.

¹²² Prim. sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Ip 449/10 z dne 19. januarja 2011.

¹²³ To velja le za otroke, ki bi bili sposobni razumeti posledice in pomen postopka in bi želeli izraziti mnenje.

¹²⁴ Npr. za tri mesece.

kateri drug sodni postopek še ni niti uveden.¹²⁵ V tem primeru izvršilno sodišče ne razpolaga z izvršilnim naslovom, ker ta še ni bil izdan, ampak mora odločiti o utemeljenosti predloga za izdajo začasne odredbe zgolj na podlagi predloga in dokazov, ki jih predlaga upnik; če vroča predlog za izdajo začasne odredbe v odgovor dolžniku, pa lahko svojo odločitev opre tudi na njegove trditve in dokaze, ki jih je predlagal dolžnik.

Z ureditvijo posebnega postopka, po katerem bi sodišče postopalo, kadar bi kot stranka ali udeleženec nastopal otrok, bi bil prav tako storjen korak naprej za varstvo otrokove koristi,¹²⁶ to pa bi se zagotovilo še v toliko bolj, če bi otrok, ki je že dopolnil petnajst let in je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, v teh postopkih lahko izrazil svoje mnenje. Takšna sprememba pravne ureditve bi bila skladnejša s 6. in 9. členom EKČP ter z drugo točko 9. člena in 12. členom KOP. Galič navaja, da ima Bruseljska uredba IIa simbolno sporočilo – tudi glede opredelitve pristojnosti se izraža izhodišče, da je otrok subjekt, in ne le objekt postopka.¹²⁷ Postopek izvršbe je sicer namenjen le realizaciji že izvršljivih sodnih odločb, postopek zavarovanja pa zavarovanju pravic predlagateljev, kljub temu pa bi otrok, ki je že dopolnil petnajst let in je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, moral imeti pravico izraziti svoje mnenje, sodišče pa bi lahko imelo možnost to mnenje upoštevati in postopati v skladu z aktualnim otrokovim stališčem. Zaradi tega bi se odločitve sodišča lahko bolj približale dejanskemu stanju, ki je sicer ob realizaciji izvršbe lahko precej drugačno od tistega ob izdaji izvršilnega naslova.

6.3. Poseben zastopnik otroka

Za zagotavljanje varstva otrokovih koristi in dostojanstva v tovrstnih postopkih bi lahko, kadar bi starši pri tej nalogi odpovedali, poskrbel posebni zastopnik.¹²⁸ ZZZDR sicer v prvem odstavku 213. člena določa, v katerih primerih se otroku¹²⁹ postavi poseben skrbnik, vendar ta določba ne ureja vprašanja postavitve posebnega skrbnika otroku, ki je udeležen v postopkih izvršbe in zavarovanja.¹³⁰ Kolizijski skrbnik in posebni zastopnik otroka ne bi le zastopala otroka v postopku, ampak bi namesto staršev (kadar bi ti pri tej nalogi odpo-

¹²⁵ Prim. prvi odstavek 266. člena ZIZ.

¹²⁶ V zadevi št. IV Cp 4938/10 z dne 26. januarja 2011 je Višje sodišče v Ljubljani jasno zapisalo, da je na prvem mestu korist otroka.

¹²⁷ A. Galič, nav. delo (2014), str. 231.

¹²⁸ Npr. pristojni center za socialno delo.

¹²⁹ V 213. členu ZZZDR se ne uporablja termin »otrok«, temveč »mladoletnik«.

¹³⁰ O vprašanju postavitve kolizijskega skrbnika otroku po 213. členu ZZZDR glej tudi M. Končina Peternel, nav. delo (2013), str. 231.

vedali) odločala tudi, kako, upoštevajoč vse okoliščine primera, najbolj zavarovati otrokove koristi. Zato je izbira osebe zelo zahtevna. Ta oseba bi namreč morala imeti ustrezna pravna znanja in tudi znanje s področja psihologije, država pa za zdaj še ni storila ničesar, da bi zagotovila ustrezno usposabljanje in seznam strokovnjakov, ki bi imeli licenco za opravljanje te naloge. Kot posebnega zastopnika otroka sodnik lahko postavi tudi »zagovornika otroka«, torej posameznike, ki sodelujejo v pilotnem projektu varuha za človekove pravice. Ker ne gre za strokovnjake, ki so opravili preizkus strokovnosti, kakor na primer izvedenci, se mora sodnik zavedati, da s tem prevzame večjo odgovornost, da gre res za dovolj strokovno usposobljeno osebo. Sodišče pa lahko v primerih, ko petnajstletnik v družinskopravnem postopku želi samostojno opravljati procesna dejanja, odloči, da mu za pomoč postavi posebnega zastopnika, ki pa mora biti v tem primeru odvetnik, saj njegova vloga ni v tem, da bi nadomestil voljo otroka, ampak le, da v skladu z otrokovim mnenjem v njegovem imenu opravlja procesna dejanja.¹³¹ Otrok do petnajstega leta ni pravdno sposoben, zato ne more sam začeti postopka za varstvo svojih pravic in samostojno opravljati procesnih dejanj. Izjema od tega pravila je sicer nepravdni postopek, ker pa se v postopku izvršbe in zavarovanja pravila nepravnega postopka ne uporabljajo, tudi navedena izjema v postopku izvršbe in zavarovanja ne pride v poštev. Končina Peternel navaja, da iz dikcije 213. člena ZZZDR izhaja, da postavitve kolizijskega skrbnika pride v poštev predvsem, ko sta tako otrok kot njegov zakoniti zastopnik stranki postopka, njune koristi pa so v navzkrižju. V večini družinskopravnih postopkov pa, kot rečeno, otrok ni stranka postopka, ampak sta stranki postopka le starša otroka.¹³² Vendar to ne pomeni vedno, da so otrokove koristi enake interesom staršev. V pravnih postopkih eden od staršev velikokrat poskuša uveljaviti predvsem svoje osebne interese, ker je npr. prizadet zaradi konfliktnega ali porušenega odnosa z drugim od staršev, želi si prizadeti bivšega partnerja, pri tem pa ne gleda na interese in koristi otrok, temveč le na svoj uspeh v pravdi. Spor med starši glede dodelitve otrok in ureditve stikov se sicer formalno res zaključí z izdajo izvršilnega naslova, dejansko pa pogostokrat poteka še naprej v postopkih izvršbe in zavarovanja, zato ni nujno, da so interesi staršev, ki imajo položaj stranke v postopku, enaki interesu in koristi otrok, ki so posredno udeleženi v teh postopkih. Pogosto si interesi staršev in otrok celo nasprotujejo, ko na primer starši zaradi medsebojnega konfliktnega razmerja nočejo ali ne zmorejo prepoznati potreb in interesov otrok. Vrhovno sodišče RS je v zadevi II Ips 536/2009¹³³ navedlo, da je v sporih o varstvu in vzgoji med starši že v izhodišču spor glede izvrševanja

¹³¹ M. Končina Peternel, nav. delo (2013), str. 232.

¹³² Prav tam, str. 231.

¹³³ Sodba VS RS II Ips 536/2009 z dne 20. maja 2010.

roditeljske pravice, ki ga sodišče razreši šele s končno odločbo. Zato starši v teh sporih ne morejo zastopati otroka in v njegovem imenu vložiti tožbe in pravnih sredstev. Prav zato ZZZDR daje samim staršem procesno legitimacijo za uveljavljanje otrokovih pravic: starši lahko tožbo, s katero zahtevajo varstvo otrokovih pravic, vložijo v svojem imenu. Sodišče pa lahko, kadar oceni, da je to glede na okoliščine konkretnega primera potrebno, otroku v tem postopku postavi posebnega zastopnika (četrti odstavek 409. člena ZPP).¹³⁴ Ko torej sodišče varuje otrokove pravice in hkrati pomaga staršem pri uveljavljanju njihovih pravic, opravlja dvojno funkcijo, to pa nedvomno otežuje ali celo onemogoči objektivno in nepristransko odločanje o zadevi.¹³⁵

7. SKLEP

Izvršilni postopek mora biti za udejanjanje in varovanje pravic otrok nujno hiter, treba pa je raziskati možnost, da se tudi v tovrstnih postopkih prisluhne otrokom, zlasti tistim, ki so že dopolnili petnajst let in so sposobni razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj. Čeprav sodišče v postopku izvršbe in zavarovanja običajno odloča o predlogu, ki ga vloži eden od staršev, ni mogoče prezreti dejstva, da se s tem postopkom najbolj posega prav v pravice otrok. Zato bi bilo prav, da se jim v primeru, kadar bi med izdajo izvršilnega naslova in realizacijo izvršbe preteklo preveč časa in izvršilni naslov ne bi več odražal sedanjega dejanskega stanja, omogoči, da lahko izrazijo svoje mnenje pred izvršitvijo izvršilnega naslova oziroma zavarovanjem predlagateljevih pravic. S tem bi se povečal pomen kontradiktornosti¹³⁶ tudi v teh postopkih, kar pa teh postopkov ne bi smelo podaljšati. Cilj spremenjenega postopka bi bilo hitro postopanje sodišča, vendar tako, da bi se sodišče pred realizacijo izvršbe ali zavarovanja lahko seznanilo z mnenjem otroka, ki je že dopolnil petnajst let in je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, in ga upoštevalo pri svojih odločitvah. Treba je odpraviti pravne praznine¹³⁷ in povečati učinkovitost postopkov izvršbe in zavarovanja v zadevah glede otrok, kar bo lahko prispevalo k povečanju pravne varnosti na tem področju. To bi lahko dosegli s sintezo izvršilnega postopka s pravnim postopkom v sporih iz razmerij med starši in otroki, kar bo omogočilo učinkovitejšo realizacijo upnikovih pravic,

¹³⁴ M. Končina Peternel, nav. delo (2013), str. 230.

¹³⁵ Prim. M. Končina Peternel, nav. delo (1997), str. 85.

¹³⁶ O pomenu kontradiktornosti v postopkih za izdajo začasnih odredb glej odločbo Ustavnega sodišča št. Up-419/2010 z dne 2. decembra 2010.

¹³⁷ Pavčnik opozarja, da moramo pravne praznine obravnavati kar se da preudarno in v skladu z naravnim pravom. A ne samo to: na določenih področjih je treba obstoj pravnih praznin tudi izključiti, ker bi njihovo zapolnjevanje bilo ali utegnulo biti v nasprotju z načeli pravne varnosti (prim. M. Pavčnik, nav. delo, str. 34–35).

vendar na način, ki bo prijaznejši do otrok in bo zagotavljal višji standard varstva njihovih pravic in koristi.

Literatura

- Mihajlo Dika: Građansko ovršno pravo. Narodne novine, Zagreb 2007.
- Aleš Galič: Začasne odredbe v sporih iz družinskopravnih razmerij, v: *Pravosodni bilten*, 21 (2000) 4.
- Aleš Galič, Matjaž Jan, Hinko Jenull: Zakon o izvršbi in zavarovanju (vključno z novelo ZIZ-A), s komentarjem novele in uvodnimi pojasnili. GV Založba, Ljubljana 2002.
- Aleš Galič: Ustavno civilno procesno pravo. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Aleš Galič: Pravica do sodnega varstva v novejši praksi Evropskega sodišča za človekove pravice, v: *Pravosodni bilten*, 34 (2013) 4, str. 83–113.
- Aleš Galič: Pristojnost za odločanje v postopkih glede mednarodne ugrabitve otrok – med Uredbo Bruselj II in Haaško konvencijo, v: *Zbornik znanstvenih razprav v čast 80. rojstnega dne zaslužnega profesorja dr. Karla Zupančiča. Družinsko in dedno pravo pred izzivi prihodnosti. Procesni vidiki družinskega prava*, Ljubljana 2014, str. 229–245.
- Donna Gomien: State Powers and the Best Interests of the Child under Article Eight of the European Convention on Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 7 (1989) 4.
- Tadeja Jelovšek: Uveljavljanje načela otrokovih koristi ne sme voditi v arbitrarност, v: *Pravna praksa*, št. 43/2011, str. 26.
- Tadeja Jelovšek: Pravno varstvo in uveljavljanje pravic do stikov. Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 2013.
- Mateja Končina Peternel: Varstvo pravice do družinskega življenja pri posegih države v družinska razmerja zaradi varovanja koristi otrok. Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 1997.
- Mateja Končina Peternel: Aktualna vprašanja s področja družinskega prava, v: *Pravosodni bilten*, 34 (2013) 4, str. 221–233.
- Špelca Mežnar: Priznavanje in izvršitev odločb družinskega prava v EU, v: *Podjetje in delo*, št. 6-7/2005, str. 1513–1529.
- Damjan Orož: Izvršilni del začasnih odredb, izdanih v sporih iz razmerij med starši in otroki, v: *Pravosodni bilten*, 34 (2013) 4, str. 207–219.
- Marijan Pavčnik: Teorija prava (VI): Pravna praznina, v: *Pravna praksa*, št. 22/1997, str. 34–35.

- Neža Pogorelčnik: Regulacijskečasne odredbe, v: Zbornik znanstvenih razprav, LXXIII (2013), str. 135–157.
- Vesna Rijavec: Civilno izvršilno pravo. GV Založba, Ljubljana 2003.
- Janja Roblek: Uporaba Uredbe Sveta (ES) št. 2201/2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo (Uredba Bruselj II bis) s praktičnimi primeri in morebitnimi težavami, povezanimi z e-izvršbo, v povezavi z uporabo Konvencije o civilnopравnih vidikih mednarodne ugrabitve otrok, v: Pravosodni bilten, 34 (2013) 3, str. 25–34.
- Igor Strnad: Posebne določbe Zakona o izvršbi in zavarovanju o izvršbi v zadevah glede varstva in vzgoje otrok ter glede osebnih stikov z otroki, v: Rajko Knez in drugi: Izvršilno pravo z osnovami evropskega civilnega procesnega prava. Nebra, Ljubljana 2004.
- Lojze Ude: Civilno procesno pravo. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2002.
- Lojze Ude, Aleš Galič (ur.): Pravdni postopek – zakon s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2005–2006.
- Nana Weber: Pri stikih z otrokom mora država upoštevati razpoložljivi čas starša, v: Pravna praksa, št. 17/2011, str. 27.
- Dragica Wedam Lukić: Civilno izvršilno pravo. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1992.

VARSTVO PRIDOBITELJA LASTNINSKE PRAVICE NA NEPREMIČNINI V RAZMERJU DO UPNIKA V IZVRŠILNEM POSTOPKU

Maruša Varl,

univerzitetna diplomirana pravnica, doktorska študentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in študentka magistrskega študija prava na New York University School of Law

1. UVOD

V članku obravnavam situacijo, do katere prihaja v izvršilnih postopkih. Upnik vloži predlog za izvršbo na nepremičnino, katere zemljiškoknjižni lastnik je njegov dolжник. V izvršilnem postopku se nato pojavi tretji, ki vloži ugovor tretjega in se pri tem sklicuje na prvi odstavek 64. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ).¹ Ta določa, da kdor verjetno izkaže, da ima na predmetu izvršbe pravico, ki preprečuje izvršbo, lahko vloži ugovor zoper sklep o izvršbi in v njem zahteva, naj sodišče izvršbo na ta predmet izreče za nedopustno. Sodišče mora pri odločanju o utemeljenosti ugovora tretjega presojudati, katera pravica je takšna, ki preprečuje izvršbo, in pri tem seveda tehtati med pravico tretjega do zasebne lastnine, ki jo zagotavlja 33. člen Ustave Republike Slovenije (Ustava),² na eni strani in pravico upnika do učinkovite izvršbe in poplačila njegove terjatve na drugi strani.

Za imetnika lastninske pravice oziroma imetnika pričakovane pravice³ na nepremičnini je bistveno, kako močno je v izvršilnem postopku varovan v razmerju do upnika. Pridobitev lastninske pravice s prodajo v izvršilnem postop-

¹ Ur. l. RS, št. 51/98 in nasl.

² Ur. l. RS, št. 33/91 in nasl.

³ Lastninska pravica na nepremičnini se pridobi originarno na podlagi samega zakona, ko so za to izpolnjeni zakonski pogoji, vpis v zemljiško knjigo pa je le deklaratoren. Pri pravnoposlovni pridobitvi pa je vpis konstitutiven, zato je kupec, ki razpolaga z zavezovalnim in razpolagalnim pravnim poslom, zgolj imetnik pričakovane lastninske pravice, ni pa

ku je namreč originarni način pridobitve lastninske pravice in lahko se zgodi, da bo predmet izvršbe prodan, preden bo lastnik v izločitveni pravdi lahko dokazal obstoj svoje (pričakovalne) pravice. Tehtanje med pravicami lastnika in pravicami upnika zahteva pretanjen pravni občutek in skrbno uporabo načela sorazmernosti. Novejša sodna praksa Ustavnega in Vrhovnega sodišča je imetnika lastninske pravice oziroma imetnika pričakovane lastninske pravice na nepremičnini v razmerju do upnika v izvršilnem postopku postavila v izrazito privilegiran položaj. V članku kritično analiziram novejšo sodno prakso s tega področja, zlasti možne posledice omajanja načela zaupanja v zemljiško knjigo in povečanja tolerance do strank, ki v pravnem prometu ne ravnaajo z ustrezno skrbnostjo.⁴

2. PROCESNO RAVNOTEŽJE V IZVRŠILNEM POSTOPKU IN UGOVOR TRETJEGA

Med udeleženci obligacijskih razmerij velja načelo enakopravnosti.⁵ V pravnem postopku se avtonomija strank kaže predvsem v načelu dispozitivnosti.⁶ Stranki sta v pravnem postopku izenačeni, medtem ko se v izvršilnem postopku to procesno ravnotežje poruši. Izvršilni postopek se vodi na podlagi izvršilnega naslova,⁷ zato je razumljivo, da je upnik v izvršilnem postopku tisti, ki mu je treba dati prednost.

Po 64. členu ZIZ tisti, ki verjetno izkaže, da ima na predmetu izvršbe pravico, ki preprečuje izvršbo, lahko do konca izvršilnega postopka vloži ugovor zoper sklep o izvršbi in v njem zahteva, naj sodišče izvršbo na ta predmet izreče za nedopustno (t. i. ugovor tretjega).⁸ V primeru zavrnitve ugovora pa lahko vložnik ugovora vloži tožbo na nedopustnost izvršbe ali izločitveno tožbo, ki ima pravno podlago v tretjem odstavku 65. člena v zvezi s prvim odstavkom 64. člena ZIZ. Tretji mora v izvršilnem postopku verjetno izkazati, da ima na predmetu izvršbe pravico, ki izvršbo preprečuje. Pravice, ki jih uveljavlja tretji, so po svoji naravi lahko stvarnopravne (predvsem lastninska pravica), druge

še lastnik (40. člen Stvarnopravnega zakonika (SPZ), Ur. l. RS, št. 87/02). V nadaljevanju zaradi večje jasnosti kljub temu za oba primera uporabljam enotni pojem »lastnik«.

⁴ Prvi odstavek 6. člena Obligacijskega zakonika (OZ), Ur. l. RS, št. 83/01 in nasl., namreč določa, da morajo udeleženci v obligacijskem razmerju pri izpolnjevanju svoje obveznosti ravnati s skrbnostjo, ki se v pravnem prometu zahteva pri ustreznih vrsti obligacijskih razmerij (skrbnost dobrega gospodarstvenika oziroma skrbnost dobrega gospodarja).

⁵ Člen 4 OZ in 2. člen ZPP.

⁶ Člen 3 ZPP, Ur. l. RS, št. 26/99 in nasl. A. Galič, nav. delo (2010), str. 42.

⁷ Člen 17 ZIZ.

⁸ Prvi in drugi odstavek 64. člena ZIZ.

absolutne pravice in tudi obligacijske pravice (na primer, če ima dolžnik posest stvari na podlagi komisijske, zaupne, prevozne ali podobne pogodbe, ki predpostavlja izročitev stvari sopogodbenu partnerju).⁹ Pri presoji vprašanja, katera pravica lahko utemelji ugovor tretjega in tako v skladu s 64. členom ZIZ prepreči izvršbo, je bistveno stališče Ustavnega sodišča,¹⁰ da ugovora tretjega ne utemelji le lastninska pravica, ampak tudi t. i. pričakovane pravice. To pomeni, da se lahko uspešno sklicuje na pravico do zasebne lastnine tudi tisti, ki izkaže, da obstaja njegov konkretni, na veljavnem pravu utemeljeni zahtevek za pridobitev določene lastnine.¹¹

Poleg vprašanja, katera pravica je takšna, da preprečuje izvršbo, je treba presojati še relevantnost (ne)skrbnosti tretjega oziroma razloge, zaradi katerih ta svoje pravice ni vpisal v zemljiško knjigo in tako zagotovil njene publicitete (6. člen Zakona o zemljiški knjigi – ZZK-1).¹² Upnik se seveda sklicuje na načelo zaupanja v zemljiško knjigo in trdi, da se je v dobri veri zanesel na stanje v zemljiški knjigi, zato ne more trpeti škodljivih posledic (8. člen ZZK-1).¹³

3. TRENUTEK ZAČETKA UČINKOVANJA PRENOSA LASTNINSKE PRAVICE

Ustavno sodišče je v odločbi Up-591/2010 z dne 2. 12. 2010 odločilo, da začne v razmerju med prenositeljem in pridobiteljem prenos lastninske pravice na nepremičnini učinkovati že s tem, ko prenositelj izstavi pridobitelju veljavno¹⁴ zemljiškoknjžno dovolilo. Pred tem je v stvarnopravni doktrini veljalo, da so za veljavni pravnoposlovni prenos lastninske pravice potrebni veljavni zavezovalni in razpolagalni pravni posel, razpolagalna sposobnost odsvojitelja in konstitutivni¹⁵ vpis v zemljiško knjigo (kot dodatni pogoj iz 40. člena SPZ).¹⁶ Novejša

⁹ Tako tudi Ustavno sodišče v odločbi U-I-110/03 in Up-631/03 z dne 14. aprila 2005.

¹⁰ Up 591/2010 z dne 2. decembra 2010.

¹¹ M. Tratnik, nav. delo (2013), str. 22. Obširno o tem, katere pravice lahko utemeljijo ugovor tretjega v izvršilnem postopku, piše tudi A. Galič, nav. delo (2006), str. 155–185.

¹² Ur. l. RS, št. 58/03.

¹³ Pomemben je tudi 10. člen SPZ, ki vzpostavlja domnevo lastninske pravice v korist vknjiženega lastnika.

¹⁴ Z vsebino, kot jo določa 23. člen ZZK-1.

¹⁵ Stvarne pravice na nepremičninah se pridobijo s trenutkom začetka učinkovanja vpisa v zemljiško knjigo (7. člen ZZK-1).

¹⁶ Podrobno o pogojih za prenos lastninske pravice na nepremičnini M. Juhart, nav. delo (2004), str. 241–251, 284–288.

stališča teorije¹⁷ in sodna praksa gredo v smeri razlikovanja med začetkom učinkovanja prenosa lastninske pravice v relativnem notranjem razmerju med odsvojiteljem in pridobiteljem ter v zunanjem razmerju, torej v razmerju do dobrovernih tretjih oseb. V zunanjem razmerju začne prenos lastninske pravice zaradi konstitutivnega vpisa učinkovati šele z vpisom v zemljiško knjigo.¹⁸ S tem sta varovana pravni promet in zaupanje v zemljiško knjigo. V razmerju med strankama (največkrat sta to prodajalec in kupec nepremičnine) ter tudi v razmerju do nedobrovernih tretjih (torej tretjih oseb, ki vedo, da sta bila zavezovalni in razpolagalni posel že veljavno sklenjena) pa vpis v zemljiško knjigo ni pomemben oziroma je zgolj deklaratorne narave. Z vpisom se namreč doseže publiciteta, navedene osebe pa so s pravnim poslom seznanjene že pred njegovim vpisom, ker so v poslu bodisi udeležene bodisi so zanj izvedele na drugačen način.¹⁹ Bistven je torej trenutek veljavno sklenjenega razpolagalnega posla oziroma trenutek, ko tretja oseba izve za veljavno sklenjen razpolagalni pravni posel. V tem trenutku začne prenos lastninske pravice polno učinkovati v relativnem razmerju, medtem ko učinek *erga omnes* do dobrovernih tretjih pridobi šele s konstitutivnim vpisom v zemljiško knjigo. To stališče je zavzelo tudi Ustavno sodišče, ki je v odločbi zapisalo, da začne v razmerju med prenositeljem in pridobiteljem prenos lastninske pravice na nepremičnini učinkovati že s tem, ko prenositelj izstavi (in izroči) pridobitelju zemljiškoknjžno dovolilo z vsebino, določeno v 23. členu SPZ, na katerem je prenositeljev podpis notarsko overjen.²⁰ Ker je v konkretni zadevi pritožnik razpolagal z veljavnim zavezovalnim in razpolagalnim pravnim poslom za sporno stanovanje, bi po presoji Ustavnega sodišča sodišči morali upoštevati, da so nanj *kljub odsotnosti zemljiškoknjžnega vpisa v spornem (relativnem) razmerju do nasprotne stranke že prešla lastninskopravna upravičenja* (poudarila M. V.). Ker tega sodišči nista storili, sta po presoji Ustavnega sodišča kršili pritožnikovo pravico do zasebne lastnine.²¹ Bistveno torej ni več razlikovanje med pravnoposlovnim in originarnim načinom pridobitve lastninske pravice, ampak razlikovanje med različnimi vrstami razmerij, v katerih ta prenos učinkuje.²²

¹⁷ Na primer N. Plavšak, nav. delo, str. 44, I. Ščernjavič in J. Hudej, nav. delo, pril., in M. Juhart, nav. delo (2013), str. 6.

¹⁸ Člen 5 ZZZK-1.

¹⁹ Ustavno sodišče v odločbi Up-591/2010 ugotavlja, da ima pridobitelj, ki razpolaga z zemljiškoknjžnim dovolilom z overjenim podpisom odsvojitelja, lastninsko pravico v pričakovanju, pridobitev pravice v polnem obsegu pa je odvisna izključno od njegovega ravnanja, to je vložitve predloga za vpis lastninske pravice v zemljiško knjigo.

²⁰ Člen 41 ZZZK-1.

²¹ Up-591/2010 z dne 2. decembra 2010.

²² Tako tudi I. Ščernjavič in J. Hudej, nav. delo, pril.

Ustavno sodišče je v odločbi Up-591/2010 z dne 2. decembra 2010 zavzelo tudi stališče, pomembno za uveljavljanje ugovora tretjega v skladu s 64. členom ZIZ. Odločilo je namreč, da ugovora tretjega ne utemelji zgolj že obstoječa pravica, ampak tudi pričakovana pravica. Kot je že bilo navedeno, to pomeni, da se lahko uspešno sklicuje na pravico do zasebne lastnine tudi tisti, ki izkaže, da obstaja njegov konkretni, na veljavnem pravu utemeljeni zahtevek za pridobitev določene lastnine. Gre torej za situacijo, ko je sklenjen veljaven zavezovalni pravni posel, prav tako tudi veljaven razpolagalni pravni posel (notarsko overjeno zemljiškoknjižno dovolilo), vendar pa pridobitelj pravice ni vpisan v zemljiško knjigo. V izvršilnem postopku lahko zato pride do situacije, ko je prodajalec kupcu prodal in prepustil v posest nepremičnino ter mu tudi izročil veljavno zemljiškoknjižno dovolilo, ki je sposobno za vknjižbo lastninske pravice v zemljiško knjigo. Pred vknjižbo kupčeve listinske pravice v zemljiško knjigo pa nato prodajalčev upnik z zaznambo sklepa o izvršbi v zemljiški knjigi pridobi prisilno hipoteko na tej nepremičnini. Načelo zaupanja v zemljiško knjigo pomeni, da ne sme trpeti škodljivih posledic tisti, ki se v pravnem prometu zanese na podatke v zemljiški knjigi.²³ V primeru pravnoposlovne pridobitve lastninske pravice na nepremičnini ni sporno, da ima vpis v zemljiško knjigo v tem primeru konstitutivni učinek – šele z vpisom se pridobi lastninska pravica. Pri tem je treba upoštevati tudi navedeno stališče, da v relativnem razmerju prenos lastninske pravice začne učinkovati že pred vpisom v zemljiško knjigo. Problem (lahko) nastane tudi v primeru originarne pridobitve lastninske pravice, ko torej priposestvovalec ali skupni lastnik (eden od zakoncev) pridobi lastninsko pravico originarno v trenutku, ko so za to izpolnjeni zakonski pogoji, vendar pa ne poskrbi za (sicer res deklaratorni) vpis v zemljiško knjigo.²⁴

Vrhovno sodišče je pri reševanju tega vprašanja sledilo stališču Ustavnega sodišča²⁵ in teoretičnim izhodiščem o učinkih prenosa lastninske pravice v notranjem in zunanjem razmerju. V konkretnem primeru je odločilo, da bi »glede na dejanske ugotovitve konkretnega primera, po katerih je tožničin pravni prednik izkazal, da je že pred toženčevo pridobitvijo hipoteke v izvršilnem postopku z zaznambo sklepa o izvršbi v zemljiški knjigi razpolagal z veljavnim zavezovalnim in razpolagalnim pravnim poslom za sporno nepremičnino, nižji sodišči, kot pravilno poudarja revizija, morali upoštevati, da so nanj, kljub odsotnosti zemljiškoknjižnega vpisa, že prešla stvarnopravna upraviče-

²³ Prvi odstavek 8. člena ZZZK-1

²⁴ Takšno dejansko stanje je obravnavalo tudi Vrhovno sodišče v odločbah II Ips 475/2008 z dne 5. aprila 2012, II Ips 385/2008 z dne 17. maja 2012, II Ips 132/2009 z dne 12. julija 2012, II Ips 441/2010 z dne 26. septembra 2013.

²⁵ Up-519/2010 z dne 2. decembra 2010.

nja v takšnem obsegu, da mu zagotavljajo pravno varstvo v izločitveni pravdi. Tožnica je izkazala obstoj lastninske pravice v pričakovanju in s tem pravice, ki preprečuje izvršbo.²⁶ Kljub odsotnosti zemljiškoknjižnega vpisa je torej Vrhovno sodišče menilo, da so stvarnopravna upravičenja na kupca že prešla v tolikšni meri, da je treba dati njegovi pričakovani pravici prednost pred varstvom upnika v izvršbi. Lahko bi torej rekli, da je v izvršilnem postopku v tem pogledu upnik v boljšem položaju samo v primerjavi z dolžnikom, ne pa s tretjimi osebami.

4. ORIGINARNA IN PRAVNOPOSLOVNA OBREMENITEV NEPREMIČINE

Ustavno sodišče je v primeru skupne lastnine zakoncev zavzelo stališče, da ni v nasprotju s pravico do zasebne lastnine iz 33. člena Ustave stališče, da pridobitev pogodbene zastavne pravice učinkuje tudi zoper v zemljiško knjigo nevpisanega skupnega lastnika.²⁷ Drugače pa je, če upnik šele v izvršilnem postopku pridobi zastavno pravico na nepremičnini. Ustavno sodišče je tako situacijo prvič obravnavalo v zadevi Up-35/01 z dne 19. aprila 2001,²⁸ nato pa tudi v zadevi Up-128/03 z dne 27. januarja 2005, in v slednji odločilo, da je nevpisanemu lastniku treba dati prednost pred upnikom v izvršilnem postopku. Po mnenju Ustavnega sodišča je z načelom zaupanja v zemljiško knjigo varovan le tisti, ki se je v pravnem prometu v dobri veri zanesel na podatke v zemljiški knjigi. Pridobitelj pogodbene hipoteke bi se torej lahko skliceval na zemljiškoknjižno stanje in na dobro vero, to pa ne velja v primeru pridobitve zastavne pravice z zaznambo sklepa o izvršbi v izvršilnem postopku.²⁹

²⁶ Odločba Vrhovnega sodišča II Ips 475/2008 z dne 5. aprila 2012.

²⁷ Odločba Ustavnega sodišča Up-453/02 z dne 30. septembra 2003.

²⁸ Ustavno pritožbo je vložila pritožnica, ki je bila skupna lastnica nepremičnine, a njena lastninska pravica v zemljiški knjigi ni bila vpisana. Upnik je v dobri veri posegel na sporno nepremičnino, pritožnica pa je temu ugovarjala. Prvostopenjsko sodišče je menilo, da upnik ni mogel vedeti, da je pritožnica skupna lastnica, saj to v zemljiški knjigi ni bilo zabeleženo. Zato je upravičeno predlagal izvršbo na sporno nepremičnino. Višje sodišče je pritožbo pritožnice zavrnilo iz razloga, ker pritožnica v izvršilnem postopku ni oporekala obstoju terjatve, pač pa dopustnosti predmeta izvršbe, zaradi česar je bil njen zahtevek ob predpostavki, da je trdila, da je le 9-desetinska lastnica sporne nepremičnine, nesklepčen. Vrhovno sodišče je revizijo zavrnilo, v obrazložitvi pa zapisalo, da bi pritožnica lahko z zahtevkom uspela le, če bi bil upnik v slabi veri, česar pa ni zatrjevala. Ustavno sodišče je ustavni pritožbi ugodilo zaradi kršitve 22. člena Ustave, ker iz izpodbijanih sodb niso bili razvidni razlogi, ni pa opravilo presoje z vidika kršitve pravice do zasebne lastnine iz 33. člena Ustave.

²⁹ Odločba Ustavnega sodišča Up-128/03 z dne 27. januarja 2005.

4.1. Originarna pridobitev lastninske pravice in prisilna hipoteka

V primeru pravnoposlovne obremenitve nepremičnine ni sporno, da je dobroverni hipotekarni upnik varovan nasproti pravemu lastniku, ki je originarno pridobil lastninsko pravico, a je ni vpisal v zemljiško knjigo. Sporno pa je (bilo), ali je nasproti originarnemu pridobitelju lastninske pravice varovan tudi hipotekarni upnik, ki je hipoteko pridobil v izvršilnem postopku. Tu gre torej za tehtanje med originarno pridobljeno lastninsko pravico lastnika, ki ni poskrbel za vpis v zemljiško knjigo, in lastninsko pravico dobrovernega hipotekarnega upnika, ki se je v dobri veri zanesel na stanje v zemljiški knjigi in predlagal izvršbo na nepremičnino dolžnika, ki je bil kot lastnik vknjižen na sporni nepremičnini. Starejša sodna praksa je dajala prednost hipotekarnemu upniku, saj bi originarni lastnik lahko in moral pravočasno poskrbeti za vpis svoje lastninske pravice v zemljiško knjigo.³⁰ Ustavno sodišče je nato zavzelo stališče, da ima lastninska pravica pravega lastnika prednost pred dobrovernim upnikom in njegovo pravico do učinkovite izvršbe.³¹ Načelo zaupanja v zemljiško knjigo bo torej hipotekarnega upnika varovalo samo v primeru, da je hipoteko pridobil pravnoposlovno, v primeru prisilne hipoteke pa ne. Enako stališče je zavzelo tudi Vrhovno sodišče.³² V primeru originarne pridobitve lastninske pravice je vpis v zemljiško knjigo zgolj deklaratorne narave, lastninska pravica pa preide v trenutku, ko so za to izpolnjeni zakonski pogoji. V odločbi je poudarilo, da je za odločitev v izločitvenih pravdah, v katerih pridobi upnik hipoteko šele na podlagi zaznambe sklepa o izvršbi in se torej ne more sklicevati na načelo zaupanja v zemljiško knjigo, treba odgovoriti le na vprašanje, ali je posameznik (tretji) na nepremičnini, ki jo izloča, pred začetkom učinkovanja zaznambe sklepa o izvršbi (oziroma trenutkom pridobitve prisilne hipoteke) pridobil pravico, ki preprečuje izvršbo. Za odločitev v konkretni zadevi je bilo ključno, ali so bili pred trenutkom, od katerega učinkuje zaznamba sklepa o izvršbi, izpolnjeni pogoji, ki jih zakon določa za priposestevanje.³³ Enako mora veljati tudi za lastninsko pravico zakonca (skupnega lastnika), ki ni vpisan v zemljiško knjigo.³⁴

³⁰ Odločba Vrhovnega sodišča II Ips 253/2000 z dne 13. decembra 2000, tako tudi A. Galič: nav. delo (2008), str. 47.

³¹ Odločba Ustavnega sodišča Up-35/01 z dne 19. aprila 2001 in Up 128/2003 z dne 27. januarja 2005.

³² Glej na primer odločbo Vrhovnega sodišča II Ips 324/2011 z dne 26. aprila 2012.

³³ Odločba Vrhovnega sodišča II Ips 324/2011 z dne 26. aprila 2012.

³⁴ Splošno sprejeto je namreč stališče, da gre pri nastanku skupne lastnine zakoncev za originarno pridobitev lastninske pravice s trenutkom sklenitve zakonske zveze oziroma s trenutkom nastanka zunajzakonske skupnosti, ki je skladno z 12. členom Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR), Ur. l. RS, št. 69/04 in nasl., glede razmerij med zakoncema izenačena z zakonsko zvezo.

4.2. Pravnoposlovna pridobitev lastninske pravice in prisilna hipoteka

Korak naprej pa je storilo Vrhovno sodišče, ki je enako stališče zavzelo tudi v primeru pravnoposlovnega prenosa lastninske pravice na kupca. V tem primeru gre torej za položaj, ko je kupec nepremičnine razpolagal z veljavnim zavezovalnim in razpolagalnim pravnim poslom in bi se lahko vpisal v zemljiško knjigo, pa tega kljub temu ni storil. Že Ustavno sodišče je v odločbi Up-591/2010 poudarilo, da se s pogojevanjem pravnoposlovne pridobitve lastninske pravice na nepremičnini z vpisom v zemljiško knjigo zagotavlja varstvo zaupanja v pravni promet in s tem varstvo tretjih dobrovernih oseb. V tej zadevi nasprotna stranka ni takšna oseba, zato je ne varuje načelo zaščite dobrovernega pridobitelja, katerega izraz je glede nepremičnin načelo zaupanja v zemljiško knjigo. V tej zadevi gre namreč za spor med prenositeljem in pridobiteljem lastninske pravice na sporni nepremičnini. V razmerju med njima pa začne prenos lastninske pravice (in upravičenj, ki jih ta vključuje) učinkovati že s tem, ko prenositelj izstavi (in izroči) pridobitelju zemljiškoknjižno dovolilo z vsebino, določeno v 23. členu SPZ, na katerem je prenositeljev podpis notarsko overjen.³⁵ Glede na takšno presojo sodišč o obstoju veljavnega zavezovalnega in razpolagalnega pravnega posla v konkretnem primeru pa se je pritožnik v izvršilnem postopku utemeljeno skliceval na svojo lastninsko pravico v pričakovanju. Pridobitev njegove lastninske pravice v polnem obsegu je namreč, kot je že bilo pojasnjeno, v razmerju do prenositeljice odvisna izključno od njegovega ravnanja – to je vložitve predloga za vpis lastninske pravice v zemljiško knjigo. V konkretni zadevi je šlo za spor med prenositeljem in pridobiteljem, med njima pa prenos lastninske pravice začne učinkovati že pred vpisom v zemljiško knjigo. Zato takšna odločitev ne preseneča. Vrhovno sodišče pa je v svojih odločbah³⁶ vprašanje skrbnosti kupca opredelilo kot ne-relevantno v vseh primerih pravnoposlovnih prenosov lastninske pravice, torej ne glede na to, ali v izvršilnem postopku nato nastopa prodajalec kot upnik in kupec kot dolžnik.³⁷ Kupec bo v vseh primerih, ko razpolaga z veljavnim zemljiškoknjižnim dovolilom, uspešno uveljavil svoj ugovor tretjega, pri tem pa dejstvo, da se kljub temu, da bi to lahko storil, ni vpisal v zemljiško knjigo, ne bo igralo nobene vloge.³⁸

³⁵ Člen 41 ZZZK-1.

³⁶ Odločbe Vrhovnega sodišča II Ips 475/2008 z dne 5. aprila 2012, II Ips 385/2008 z dne 17. maja 2012, II Ips 132/2009 z dne 12. julija 2012 in II Ips 441/2010 z dne 26. septembra 2013.

³⁷ Torej tudi v primerih, ko v izvršilnem postopku ne bo šlo na primer za izterjavo kupnine za nepremičnino in torej v tem smislu za relativno razmerje med kupcem in prodajalcem.

³⁸ Glej tudi odločbo Vrhovnega sodišča II Ips 475/2008 z dne 5. aprila 2012.

Sodna praksa je torej razmejila pogodbeno pridobitev zastavne pravice na nepremičnini (hipoteke) od pridobitve prisilne hipoteke v izvršilnem postopku.³⁹ V primeru pogodbene obremenitve nepremičnine je dobroverni upnik varovan z načelom zaupanja v zemljiško knjigo. Ko pa gre za prisilno hipoteko, upnik ni varovan nasproti originarnemu lastniku oziroma nasproti imetniku pričakovane pravice, in to ne glede na svojo dobro vero in ne glede na (ne) skrbnost lastnika oziroma imetnika pričakovane pravice.

5. VPRAŠANJE (NE)SKRBNOSTI LASTNIKA NEPREMIČNINE IN VPRAŠANJE DOBRE VERE UPNIKA

Če sprejmemo stališče, da za utemeljitev ugovora tretjega zadoščata že veljavna zavezovalni in razpolagalni pravni posel, se logično postavi vprašanje, zakaj se kupec nepremičnine kljub temu, da je razpolagal z veljavnim zavezovalnim in razpolagalnim pravnim poslom, ni pravočasno vpisal v zemljiško knjigo. S tem bi si namreč zagotovil publiciteto⁴⁰ svoje pravice, upniku pa bi bila v izvršbi preprečena pridobitev prisilne hipoteke na kupčevi nepremičnini z vrstnim redom pred vpisom kupčeve lastninske pravice. Ker tega ni storil in se je v zemljiško knjigo vpisal kasneje, torej po trenutku zaznambe sklepa o izvršbi v zemljiški knjigi, je zdaj postal lastnik obremenjene nepremičnine.⁴¹ Na podlagi upnikovega predloga izda sodišče sklep o izvršbi, ki ga posreduje zemljiško-knjižnemu sodišču. Na podlagi tega sklepa zemljiškoknjižno sodišče zaznamuje sklep o izvršbi v zemljiško knjigo, s čimer upnik pridobi zastavno pravico na nepremičnini (hipoteko).⁴² To pravilo je izpeljava določbe 143. člena SPZ, ki določa, da (zaradi načela javnosti) hipoteka na podlagi sodne odločbe nastane z vpisom v zemljiško knjigo.

V pravnem prometu se zahteva ravnanje s potrebno skrbnostjo.⁴³ Kupec (priposestvovalec, skupni lastnik) naj bi torej poskrbel, da se zemljiškoknjižno stanje uskladi z dejanskim. Tukaj je (bilo) relevantno razlikovanje med

³⁹ Ustavno sodišče je v odločbi Up-128-2001 z dne 27. januarja 2005 tudi izrecno poudarilo, da položaja dolžnikovega zakonca v izločitvenem sporu ni mogoče enačiti z njegovim položajem v premoženjskem sporu, ki nastane zaradi enostranskega razpolaganja drugega zakonca z domnevno skupnim premoženjem.

⁴⁰ Prvi odstavek 11. člena SPZ določa domnevo lastninske pravice v korist tistega, ki je kot lastnik vpisan v zemljiško knjigo.

⁴¹ Katere pravice, ki so v trenutku prodaje vpisane v zemljiški knjigi, je kupec dolžan prevzeti in katere ugasnejo, oziroma t. i. prevzemno in izbrisno načelo urejajo 173., 174. in 199. člen ZIZ v zvezi z 209. členom ZIZ.

⁴² Prvi in drugi odstavek 170. člena ZIZ.

⁴³ Člen 6 OZ.

originarnim in pravnoposlovnim prenosom lastninske pravice. Pri originarnem prenosu lastninske pravice (na primer priposestvovanje) je vpis v zemljiško knjigo zgolj deklaratorne narave, medtem ko se lastninska pravica pridobi že v trenutku, ko so za to izpolnjeni zakonski pogoji (v primeru priposestvovanja bosta to dobra vera in potek predpisane priposestvovalne dobe).⁴⁴

Sodna praksa je skrbnost kupca oziroma originarnega pridobitelja lastninske pravice in tudi dobro vero hipotekarnega upnika sprva štela za relevantno okoliščino.⁴⁵ Vrhovno sodišče je na primer v odločbi II Ips 159/2002 z dne 5. decembra 2002 odločilo, da zakonec, ki sam ni poskrbel, da se njegova pravica iz naslova skupnega premoženja na nepremičnini, ki je vpisana v zemljiški knjigi le na njegovega zakonca, vpiše vanjo, ne more uspešno izločiti svojega deleža na tem premoženju, ki je predmet izvršbe, če je upnik ravnal pošteno. Vrhovno sodišče je torej okoliščini dobre vere upnika in skrbnosti lastnika štelo za relevantni.⁴⁶ Podobno stališče je predstavljeno v odločbi Vrhovnega sodišča II Ips 220/2006 z dne 10. julija 2008,⁴⁷ v kateri sta bili tako skrbnost lastnika kot tudi dobra vera hipotekarnega upnika opredeljeni kot odločilni. V konkretnem primeru je tožnica uveljavljala ugovor tretjega v izvršilnem postopku, ki ga je utemeljevala s pričakovano lastninsko pravico. Predložila je veljavni zavezovalni pravni posel (pogodbo), zemljiškoknjižno dovolilo, imela je posest na sporni nepremičnini, svojo pravico pa je tudi poskušala vpisati v zemljiško knjigo. Sodišče je ugotovilo, da je toženko tudi seznanila z dejanskim izvenknjižnim stanjem pravic na sporni nepremičnini in s tem pokazala zadostno mero skrbnosti. Zato je Vrhovno sodišče razsodilo, da je »toženka ravnala nepošteno, ko je kljub temu, da je bila seznanjena, da dejansko stanje lastništva nepremičnine ne ustreza zemljiškoknjižnemu stanju ter da se tožnica poskuša vknjižiti v zemljiško knjigo, ali povedano drugače, ko je kljub temu, da je vedela za obstoj izvenknjižnih pravic tretjih, zahtevala sodno pridobitev zastavne pravice«.⁴⁸ V navedenih primerih je Vrhovno sodišče torej zavzelo drugačno

⁴⁴ Člen 43 SPZ.

⁴⁵ Višje sodišče v Ljubljani je v odločbi II Cp 1525/2009 z dne 9. septembra 2009 odločilo, da v času sklepanja prodajne pogodbe etažna lastnina na objektu, katerega del so sporna stanovanja, še ni bila vknjižena, zato tožeča stranka ni mogla doseči vknjižbe lastninske pravice na stanovanjih. Ovira za vknjižbo je prenehala, ko je bila na objektu vzpostavljena etažna lastnina. S tem so bile odpravljene vse ovire za vknjižbo lastninske pravice v korist tožeče stranke.

⁴⁶ Ustavno sodišče je kasneje ugodilo ustavni pritožbi, vloženi v tej zadevi, in z odločbo Up-128/03 z dne 27. januarja 2005 razveljavilo izpodbijane sodne odločbe in zadevo vrnilo sodišču prve stopnje v novo odločitev. Na načelo zaupanja v zemljiško knjigo se namreč upnik lahko sklicuje le v primeru pravnoposlovne obremenitve nepremičnine, v konkretnem primeru pa je šlo za pridobitev prisilne hipoteke v izvršilnem postopku.

⁴⁷ Odločba Vrhovnega sodišča II Ips 220/2006 z dne 10. julija 2008.

⁴⁸ Prav tam.

stališče, kot se je kasneje uveljavilo v sodni praksi, namreč da sta skrbnost kupca in dobra vera hipotekarnega upnika pomembni okoliščini pri presoji, ali je treba v konkretnem primeru dati prednost nevpisanemu kupcu nepremičnine ali pa hipotekarnemu upniku, ki je hipoteko pridobil v izvršilnem postopku.⁴⁹

Ustavno sodišče je v odločbi Up 591/2010 z dne 2. decembra 2010 sprejelo drugačno stališče in dalo prednost originarnemu pridobitelju lastninske pravice pred upnikom v izvršilnem postopku, ne glede na skrbnost pridobitelja in dobro vero upnika: »Kdor ima na nepremičnini pravico, ki je ne vpiše, lahko nosi negativne posledice le v primeru učinkovanja načela zaupanja v zemljiško knjigo, torej, ko upnik na tej nepremičnini pridobi pravico na pravnoposlovni podlagi. Ker toženke, ki je pridobila hipoteko šele na podlagi zaznambe sklepa o izvršbi, ne varuje dobra vera oziroma načelo zaupanja v zemljiško knjigo, je za odločitev nepomembno, da tožnica s priposestvovanjem pridobljene pravice ni vpisala v zemljiško knjigo. Ni pa potrebno oziroma je celo zmotno presojati, ali je upnik tudi vedel oziroma moral vedeti za to pravico,⁵⁰ saj upnika s prisilno hipoteko načelo zaupanja v zemljiško knjigo ne varuje. Za odločitev v konkretni zadevi je ključno, ali so bili pred trenutkom, od katerega učinkuje zaznamba sklepa o izvršbi, izpolnjeni pogoji, ki jih zakon določa za priposestvovanje.«⁵¹ Glede na dejstvo, da je pri originarni pridobitvi lastninske pravice vpis v zemljiško knjigo zgolj deklaratorne narave, je takšno stališče sprejemljivo. Ustavno sodišče je tudi poudarilo, da je ugotavljanje upnikove dobre vere v trenutku vložitve predloga za izvršbo nerelevantno in napačno.

V sodni praksi je trenutno uveljavljeno stališče, da je pomembna samo okoliščina, da gre v konkretnem primeru za prisilno, in ne za pravnoposlovno pridobitev hipoteke, ni pa pomembno, ali je bila (pričakovana) pravica pridobljena originarno ali pravnoposlovno. Če bi upnik torej z dolžnikom sklenil zastavno pogodbo, pri čemer bi se zanesel na stanje v zemljiški knjigi, kjer bi

⁴⁹ Takšno stališče izhaja tudi na primer iz odločbe Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1525/2009 z dne 9. septembra 2009. V konkretnem primeru je šlo za vpis etažne lastnine. Kot relevantno je sodišče štelo okoliščino, da se kupec do vzpostavitve etažne lastnine ni mogel vpisati v zemljiško knjigo, čeprav bi to kot skrbna stranka želel storiti. Po vzpostavitvi etažne lastnine pa je nevpis treba pripisati njegovi neskrbnosti, za kar mora tudi nositi posledice. Višje sodišče je torej nakazalo, da bi neskrbnost lastnika pri vpisu v zemljiško knjigo lahko utemeljila sklep, da bi bilo v konkretnem primeru upniku treba dati prednost pred originarnim lastnikom.

⁵⁰ Napačna je torej praksa, ki v izločitvenih pravih zoper upnika (ki pridobi hipoteko z zaznambo sklepa o izvršbi) kot argument za utemeljenost izločitvenega zahtevka navaja slabovernost tega upnika – iz take obrazložitve namreč implicitno izhaja, da tretji z izločitvenim zahtevkom zoper upnika, ki bi bil v dobri veri, ne bi uspel. To pa glede na citirano odločbo Ustavnega sodišča in prakso Vrhovnega sodišča ne drži.

⁵¹ Odločba Ustavnega sodišča Up 591/2010 z dne 2. decembra 2010.

bil kot lastnik nepremičnine vknjižen njegov dolžnik, tretji z ugovorom ne bi mogel uspeti. V primeru pridobitve hipoteke na podlagi zaznambe sklepa v izvršbi v izvršilnem postopku pa je (pričakovani) lastnik nepremičnine varovan nasproti hipotekarnemu upniku, ne glede na svojo skrbnost in ne glede na načelo dobre vere, ki sicer varuje upnika v primeru pravnoposlovne pridobitve hipoteke.

6. PROBLEMATIKA NAČELA ZAUPANJA V ZEMLJIŠKO KNJIGO

Načelo zaupanja v zemljiško knjigo učinkuje torej samo v primeru pravnoposlovne pridobitve hipoteke. Iz 8. člena ZZK-1 izhaja, da je načelo zaupanja v zemljiško knjigo namenjeno varstvu pravnega prometa.⁵² Z argumentom *a contrario* lahko pridemo do sklepa, da pri prisilnih hipotekah ne gre za pravní promet, torej hipotekarnega upnika ne varuje načelo zaupanja v zemljiško knjigo.⁵³

Ob upoštevanju navedenih stališč sodne prakse se utemeljeno postavi vprašanje, kako močno se posamezniki sploh še lahko zanesejo na načelo zaupanja v zemljiško knjigo. Dejstvo namreč je, da se bo po stališču sodne prakse na načelo zaupanja v zemljiško knjigo in s tem na svojo dobro vero lahko uspešno skliceval zgolj hipotekarni upnik, ki je hipoteko na sporni nepremičnini pridobil na pravnoposlovni podlagi.

Nasprotno pa ima v primeru, ko bo hipotekarni upnik hipoteko pridobil z zaznambo sklepa v izvršbi v izvršilnem postopku (prisilna hipoteka), prednost resnični lastnik nepremičnine. To bo veljalo ne samo, kadar je lastninsko pravico pridobil originarno, pa ni poskrbel za deklaratorni vpis, ampak celo v primeru, ko je pričakovano lastninsko pravico pridobil pravnoposlovno, pa ni poskrbel za konstitutivni vpis v zemljiško knjigo.

Pri tem se utemeljeno postavlja vprašanje, ali takšno stališče ne spodbuja lastnikov, da ne poskrbijo za uskladitev zemljiškoknjižnega stanja z dejanskim, saj se zavedajo, da jih dejansko (v razmerju do hipotekarnega upnika v izvršilnem postopku) ne morejo zadeti negativne posledice. Smisel načela zaupanja v zemljiško knjigo ni samo varstvo dobrovernih tretjih, ampak tudi publiciteta glede vpisov.⁵⁴ Vsakdo se lahko seznani s pravnim stanjem nepremičnine. Načelo zaupanja v zemljiško knjigo in s tem varstvo tistih, ki so se v dobri veri zanesli

⁵² Načelo zaupanja v zemljiško knjigo podrobno obravnava M. Tratnik, nav. delo (2006), str. 58.

⁵³ Tehtne argumente proti takšnemu sklepanju navaja A. Galič, nav. delo (2008), str. 49.

⁵⁴ Tako tudi M. Tratnik, nav. delo (2013), str. 22.

na stanje v zemljiški knjigi, po naravi stvari prideta v poštrev samo v primeru, ko se dejansko in zemljiškoknjžno stanje glede določene nepremičnine razlikujeta. Sicer varstvo dobrovernih tretjih sploh ne bi bilo potrebno. Z navedenimi stališči sodne prakse se zato v bistvu izniči ali pa vsaj bistveno omeji pomen načela zaupanja v zemljiško knjigo.

7. SKLEP

Sodna praksa je v zadnjem času v konfliktu med resničnim lastnikom in hipotekarnim upnikom, ki je pridobil hipoteko v izvršilnem postopku, dala prednost resničnemu lastniku nepremičnine, ne glede na to, ali je lastninsko pravico pridobil pravnoposlovno ali originarno, ne glede na njegovo (ne)skrbnost in ne glede na dobro vero upnika. Najbolj sporno se mi zdi varovanje kupca nepremičnine, ki razpolaga z veljavnim zavezovalnim in razpolagalnim poslom, pa se zaradi lastne neskrbnosti ni vpisal v zemljiško knjigo. Ker je pri pravnoposlovnem prenosu lastninske pravice na nepremičninah vpis v zemljiško knjigo konstitutivne narave, to v bistvu pomeni, da varujemo nekoga, ki sploh še ni lastnik.

V obdobju, ko se pojavlja tendenca, da naj bo izvršilni postopek čim bolj učinkovit in naj se upniku v čim večji meri omogoči poplačilo njegove terjatve, je takšno stališče nekoliko presenetljivo. Bistveno se namreč omejuje manevrski prostor upnikov, ki po naravi stvari glede na relativno stabilno vrednost največkrat predlagajo izvršbo prav na nepremičnine. Če niso hipoteke že prej pridobili pravnoposlovno, se lahko zgodi, da bodo v izvršilnem postopku zaradi ugovora pravega lastnika neuspešni. Na prvi pogled se sicer zdi, da to v pravni položaj upnika ne bo močno poseglo, saj ima možnost predlagati izvršbo na drugo (nepremično) premoženje dolžnika. Vendar pa je v praksi situacija drugačna, saj se lahko zgodi, da bodo v vmesnem času na drugo premoženje že posegli drugi dolžnikovi upniki. V najslabšem primeru to v konkretnem primeru lahko pomeni tudi dokončno nemožnost poplačila upnikove terjatve. Ne nazadnje pa je negativna posledica nevpisa v zemljiško knjigo lahko tudi povečana možnost zlorab vknjiženega lastnika.

Literatura

Aleš Galič, v: Lojze Ude in Aleš Galič (ur.): Pravdni postopek – zakon s komentarjem, 1. knjiga. GV Založba, Uradni list RS, Ljubljana 2010.

Aleš Galič: Hipoteka, pridobljena v izvršilnem postopku, v: Pravni letopis, (2008), str. 41–58.

- Aleš Galič: Pravice kot podlaga za ugovor tretjega v izvršilnem postopku v: Izbrane teme civilnega prava, (2006), str. 155–185.
- Miha Juhart, v: Miha Juhart, Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur (ur.): Stvarno-pravni zakonik s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Miha Juhart: Nekaj dodatnih premislekov k stvarnopravnim izhodiščem pri prenosu lastninske pravice na nepremičninah v: Pravna praksa, 32 (2013) 2, str. 6–9.
- Nina Plavšak: Izbrisna tožba, v: 2. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava. GV Založba, Ljubljana 2010.
- Iztok Ščernjavič in Jasna Hudej: Ponovni razmislek o nekaterih temeljnih izhodiščih stvarnega prava pri prenosu lastninske pravice na nepremičninah, v: Pravna praksa, 31 (2012) 3, priloga, str. I–VII.
- Matjaž Tratnik: Zastavna pravica. GV Založba, Ljubljana 2006.
- Matjaž Tratnik: Lastninska pravica na nepremičnini v pričakovanju, v: Pravna praksa, 32 (2013) 2, priloga, str. I–VIII.
- Dragica Wedam Lukić: Varstvo pravic tretjih v izvršilnem postopku (izločitveni zahtevki), v: Izbrane teme civilnega prava, (2006), str. 137–153.
- Dragica Wedam Lukić: Prodaja nepremičnine v izvršilnem postopku, v: Pravni letopis, (2008), str. 61–69.

PRIMERJAVA USTAVNE VARSTVENE DOLŽNOSTI DRŽAVE V NEMČIJI IN V ZDRUŽENIH DRŽAVAH AMERIKE

Mara Gerbig: Grundrecht auf staatlichen Schutz, Ein Vergleich von Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika. Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2014, 285 strani.

Knjiga, ki jo je konec leta 2014 izdala založba Duncker & Humblot, je za tisk prirejena doktorska disertacija Mare Gerbig (roj. v Eberbachu v deželi Baden-Württemberg) s Pravne fakultete Univerze v Hamburgu in obravnava v ustavnopravni teoriji aktualno razpravo o vlogi države pri uresničevanju človekovih pravic. Delo je zasnovano kot primerjalnopravna analiza pojmovanja ustavnih pravic v Nemčiji ter razumevanja pravic po ameriški ustavi in iz tega izpeljane dolžnosti države, da se aktivno (ne zgolj z opustitvami posegov) vključuje v zagotavljanje človekovih pravic.

Delo je razdeljeno na uvod (*Einleitung*; str. 13–25), prvi del, v katerem avtorica obravnava ureditev v Nemčiji (str. 33–108), drugi del, namenjen ureditvi v Združenih državah Amerike (str. 109–200), tretji del, v katerem avtorica primerja oba sistema (str. 203–246), in zaključek (str. 248–255).

V uvodu avtorica postavi nekatere temeljne trditve in izhodišča, ki so rdeča nit celotnega dela. Zagotavljanje varnosti (*Sicherheit*) je v vseh državah zahodne ustavne tradicije temeljni namen države (njena vitalna naloga), iz česar izhajajo tudi obligatorne naloge države (str. 18). Kljub temu naj ne bi obstajala neka nujna zveza med varstvenimi nalogami države in ustavnimi pravicami državljanov. Vendar avtorica v tej zvezi spomni na odločitev nemškega Zveznega ustavnega sodišča (BVerfGE 92, 26 (46) – *Zweitregister*) iz leta 1995 (str. 18), v kateri je nedvoumno zapisano, da »svoboščine [...] ne varujejo zgolj pred posegi državnih oblasti v posameznikovo prostostno sfero, temveč veliko bolj državo tudi zavezujejo, da to prostostno sfero zavaruje in ohrani. V tej dolžnosti

varstva se kaže objektivna vsebina ustavnih pravic.«¹ Po avtoričinem mnenju je zagotavljanje varstva državljanov najpomembnejša naloga moderne ustavne države. Utemeljevanju državnega oblastnega monopola sledi podreditev državljanov državni oblasti. Državljeni pri tem prenesajo svojo naravno pravico do samoobrambe na državo (teorija družbene pogodbe). Dolžnost zagotavljanja miru – sožitja ter uveljavljanje pravnih zahtevkov sta prenesena na državo. Gre za različne ideje o družbeni pogodbi kot temelju nastanka države (str. 16).

Koncept varstvenih dolžnosti (*grundrechtliche Schutzpflichten des Staates*) se je po navedbi avtorice po tem, ko je bilo z odločbo *Lüth* nemškega Zveznega ustavnega sodišča iz leta 1958 (BVerfGE 7, 198) potrjeno objektivnopravno pojmovanje ustavnih pravic, pojavil prvič izrecno v odločitvi tega sodišča iz leta 1975 (BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I*), v kateri je zapisalo (str. 15):

»Varstvena dolžnost države je obsežna. Ne prepoveduje samo – samoumevno – neposrednih državnih posegov v razvijajoče se življenje, temveč državi tudi zapoveduje, da se do tega življenja postavi varstveno in podporno, tj. da življenje zavaruje tudi pred protipravnimi posegi tretjih. Po tej zahtevi se morajo posamezna področja pravnega reda ravnati glede na posebne naloge.«²

Avtorica že v uvodu navede razlike v konceptiji ustavnih pravic v evropskem kontinentalnem sistemu (str. 22–25) ter v sistemu *common law* (str. 25–32). Za evropsko pravno področje je večinoma značilno večdimenzionalno pojmovanje ustavnih pravic – to pomeni, da se morajo ustavne pravice uveljaviti v celotnem pravnem redu, tako v vertikalnih kot v horizontalnih pravnih razmerjih. Avtorica spomni na švicarski pravni sistem, kjer se v judikaturi priznava konstitutivni pomen ustavnih pravic, ki je našel izraz celo v prvem odstavku 35. člena švicarske ustave (BV). Objektivni pomen sta ustavnim pravicam priznali tudi avstrijska (str. 24) in španska ustavnosodna judikatura (str. 25). Nasprotno pa na anglo-ameriškem pravnem območju, ki temelji na *common law*, objektivnopravna dimenzija ustavnim pravicam ni priznana. Zlasti v Združenih državah Amerike se zavrača izpeljevanje pozitivnih obveznosti

¹ »Die Freiheitsrechte ... schützen nicht nur vor Eingriffen der Staatsgewalt in eine dem Individuum verbürgte Freiheitsphäre. Vielmehr verpflichten sie den Staat auch, diese Freiheitsphäre zu schützen und zu sichern. In dieser Schutzpflicht entfaltet sich der objektive Gehalt des Grundrechts.«

² »Die Schutzpflicht des Staates ist umfassend. Sie verbietet nicht nur – selbstverständlich – unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, das heisst vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren. An diesem Gebot haben sich die einzelnen Bereiche der Rechtsordnung, je nach ihrer besonderen Aufgabenstellung, auszurichten.«

države iz ustavnih pravic (str. 31). To se utemeljuje s posebnostmi v državni organizaciji in institucionalni ureditvi. V nadaljevanju se avtorica sprašuje, ali pa vendarle anglo-ameriški sistem nima določenih nadomestkov za v Evropi veljavne varstvene dolžnosti (str. 32).

V prvem delu (str. 33–108) je predstavljen koncept ustavne varstvene dolžnosti v nemški pravni literaturi in sodni praksi. V delu A) *Positiv-rechtlicher Befund*, ki se ukvarja s pozitivno pravno ureditvijo, avtorica za besedilo nemške ustave (GG) ugotovi, da ne določa izrecne dolžnosti države, da bi varovala kršitve ustavnih pravic tudi v primeru, ko prihajajo iz nedržavnih virov. Vendarle pa pokaže na nekatera mesta v GG (str. 34–37), iz katerih bi se v parcialnih primerih lahko izvajala varstvena dolžnost države (drugi stavek prvega odstavka 1. člena GG, 6. člen GG, prvi odstavek 16.a člena GG). Večji pomen pri oblikovanju ustavnih varstvenih dolžnosti je odigrala ustavnosodna praksa nemškega Zveznega ustavnega sodišča, ki je obširno predstavljena (str. 38–54). V delu B) *Dogmatische Konstruktion* so obravnavane varstvene dolžnosti kot dogmatična konstrukcija. V tem smislu se avtorica ukvarja z vsebino varstvenih dolžnosti (str. 55–59), z usmeritvijo in intenzivnostjo varstva (str. 60–66), z naslovniki varstvenih dolžnosti (str. 67–68), sredstvi varstva (str. 69–70), s strukturo (str. 71–72). V delu C) *Verhältnis zum Abwehrrecht* varstvene dolžnosti države razmeji od siceršnje obrambne funkcije ustavnih pravic (str. 73–82). V delu D) *Theoretische Begründung* sledi teoretično utemeljevanje varstvenih dolžnosti države. Predstavljene so izvirne ideje Jeana Bodina, Thomasa Hobbesa, Johna Locka (str. 84) ter nato ideje poznejših avtorjev – Ernsta-Wolganga Böckenfördeja (str. 88), Rudolfa Smendsa (str. 90), Roberta Alexyja (str. 90–92), Niklasa Luhmanna (str. 93), Helmuta Willkeja (str. 93), Helmuta Ridderja (str. 94), Karla-Heinza Ladeurja (str. 94), Thomasa Vestinga (str. 95). Predstavljene teorije o ustavnih pravicah po avtoričinih besedah podajajo argumente na različnih ravneh, in čeprav se prekrivajo, med seboj niso združljive. Vse teorije pa naj bi varstvene dolžnosti obravnavale kot eno od (razširjenih) dimenzij ustavnih pravic. Glede na navedeno je koncept varstvenih dolžnosti države zasidran na močnem teoretičnem temelju (str. 95).

Ne glede na to, da iz nemškega ustavnega besedila neposredno ne izhaja koncept varstvenih dolžnosti države, pa ga v delu E) *Interpretatorische Herleitung* avtorica s pomočjo razlagalnih metod utemeljuje iz posameznih določb o ustavnih pravicah. Uporabi zgodovinsko (str. 96–97), gramatikalno in sistematično (str. 97–98) ter teleološko razlago (str. 98–100). V delu F) *Normative Kritik* so kljub široko sprejetemu konceptu ustavnih varstvenih dolžnosti države prikazani nekateri normativni pomisleki, ki se opirajo deloma na ustavno teorijo, deloma na ustavno pravo. To so pomisleki o posegu v delitev oblasti, zlasti o razmerju med zakonodajno vejo oblasti in vlogo sodne prakse (str.

101–102), prav tako pomisleki, ali ustavne varstvene dolžnosti ne nalagajo preveč nalog izvršilni (upravni) veji oblasti, kar naj bi zadevalo načelo pravne države (str. 102–104), ustavne varstvene dolžnosti naj bi predstavljale nevarnost (individualni) svobodi državljanov, ki naj bi jo zaradi uresničevanja varstva vse bolj omejevali (str. 104–106), ne nazadnje tudi pomislek v zvezi s čezmerno konstitucionalizacijo, saj naj bi zakonodaja izgubljala svoj (samostojni) pomen (str. 106–108).

Drugi del je namenjen pristopu k obravnavani problematiki v Združenih državah Amerike. V delu A) *Positiv-rechtlicher Befund* avtorica izhaja iz ustavnih ameriških besedil. Ugotavlja, da so v vseh ameriških ustavnih besedilih (izvirna ameriška ustava, *Bill of Rights*, dodatni členi k ustavi) ustavne pravice (*individual rights and liberties*) opredeljene kot obrambne pravice (tj. pravice negativnega statusa). Samo besedilo dodatnega 6. člena ponuja drugačne razlage. V pravni teoriji sicer nekateri iz posameznih določb izpeljujejo t. i. pozitivne dolžnosti ravnanja države (zlasti iz 9. dodatnega člena – *Equal Protection Clause*, *Privileges or Immunities Clause*), vendar pa ameriško Vrhovno sodišče po teh idejah v svoji sodni praksi še ni poseglo (str. 109–137). Za celovito obravnavo problematike je v nadaljevanju prikazana sodna praksa ameriškega sodišča (str. 138–184). Pogled deloma pokaže, da je ameriško Vrhovno sodišče vendarle nekaterim ustavnim pravicam priznalo t. i. objektivnopravno dimenzijo – npr. komunikacijski svobodi iz 1. dodatnega člena (str. 139–144). Vendar taka odločitev sodišča vseeno ne pomeni enakih posledic kot v primeru nemškega Zveznega ustavnega sodišča. V delu B) *Dogmatisches Umfeld: State action-Doktrin* poskuša avtorica dogmatično utemeljiti doktrino *state action*, katere izvor so t. i. *civil rights cases* (str. 185). Govori o doktrini, in ne o teoriji, saj doktrina ne pomeni koherentne teorije. Gre bolj za neko pojmovno »streho«, pod katero se umeščajo različne skupine primerov. Glede na to, da so ustavne pravice v ZDA obdržale pretežno obrambno naravo, skuša ameriška ustavnosodna praksa širiti področje učinkovanja ustavnih pravic v horizontalna pravna razmerja z ekstenzivno razlago pojma države. Vendar pa je vpeljava doktrine *state action* v ameriškem pravnem redu vseskozi sporna. Avtorica navaja mnenje Charlesa L. Blacka (str. 200), po katerem naj bi šlo pri tem za »območje konceptualne katastrofe« (prevedel B. T. – ang. *conceptual disaster area*). Avtorica posebej navaja nekatere funkcije, ki naj bi jih imela doktrina *state action*: zagotavljanje individualne svobode, saj se ohranja zgodovinsko razmerje med ustavnim pravom in pravom *common law* (str. 196–197), zakonsko pravo naj bi ostalo »zavarovano« pred konstitucionalizacijo (str. 197), ohranila naj bi se federalna ureditev države (str. 197–200).

V tretjem delu (str. 203–247) avtorica primerja predstavljena sistema. Spet ugotovi, da so ustavne varstvene dolžnosti v nemškem pravnem redu že dolgo

priznane in tako rekoč nesporne, medtem ko ameriško Vrhovno sodišče takšne varstvene funkcije ustavnim pravicam ne priznava. Različnost pojasni z zgodovinskimi in sociološkimi, deloma pa z normativno-dogmatičnimi vzroki. Tudi v nemškem pravnem redu so varstvene dolžnosti zavzele določeno latentno pozicijo, vendar avtorica vedno znova poudarja, navajajoč *Grimma* (*Grimm: Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der Bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt na Majni* 1994, str. 100), da so ustavne varstvene dolžnosti »v pravni red vgrajen opozorilni signal za prostostni deficit veljavnega prava« (in *die Rechtsordnung eingebautes Warnsignal für Freiheitsdefizite des geltenden Rechts*). Avtorica delo sklene z ugotovitvijo (str. 255), da imata primerjana pravna reda enake probleme, vendar sta jih rešila vsak na svoj način.

Boštjan Tratar,
univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
generalni državni pravobranilec

AVTORSKI SINOPSIS*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 347.232.1(497.4)

VODOPIVEC, Katarina: Razmerje med izbrisnim in kondikcijskim zahtevkom**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 1-2**

Avtorica v prispevku obravnava instituta izbrisne tožbe in kondikcije ter predpostavke za uveljavljanje izbrisnega ali kondikcijskega zahtevka. Izhaja iz veljavne normativne ureditve, ki instituta kondikcij ne ureja. Hkrati obravnava institut neupravičene pridobitve, prek katerega izpelje presojo utemeljenosti uveljavljanja kondikcijskega zahtevka v novejši sodni praksi. Pri tem je izpostavljeno vprašanje obveznosti vrnitve premoženja, za katerega je bila pogodbeni stranka (neupravičeno) okoriščena.

Original Scientific Article

UDC: 347.232.1(497.4)

VODOPIVEC, Katarina: Relation Between Erased Application and Application of Condictio**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 1-2**

The author deals with institutes of action for striking out and condictio, assert claims for assumptions of erased application and application of condictio. The author derives its assumptions from the authoritative normative regulatory that is not regulated by law. At the same time, the author deals with the institute of unjust enrichment. Review of suitability to assert application of condictio by a recent case-law is also presented. In the article the author also considers the problem of special issues about the obligation of returning the assets, for which the contracting part was unjustly enriched.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 342.7:341.645(4)

STRNAD, Nataša, PAVLICA, Vid: Vloga pilotnih sodb Evropskega sodišča za človekove pravice pri obravnavanju pravice do sojenja v razumnem roku**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 1-2**

Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) se sooča z naraščajočim številom zadev, ki se nanašajo na kršitev pravice do sojenja v razumnem roku, kar pomeni, da ima večina držav članic Sveta Evrope sistemski problem glede trajanja sodnih postopkov.

ESČP je ta problem sprva reševalo tako, da se je potem, ko je po obravnavi podobnih primerov zaznalo, da je problem v državi sistemski, pri naložitvi splošnih ukrepov državi sklicevalo na 46. člen Evropske konvencije o človekovih pravicah, ki države zavezuje k spoštovanju sodb, v katerih so stranke (kvazipilotne sodbe). Dne 21. februarja 2011 je sprejelo pravilo 61, ki določa postopek sprejemanja pilotnih sodb. Pilotno sodbo naj bi sodišče izdalo v primeru, ko v državi članici obstaja strukturni ali sistemski problem, zaradi katerega bi se lahko pojavilo več sorodnih zahtevkov. Avtorja raziskujeta, koliko so (kvazi) pilotne sodbe primeren način za obravnavanje primerov, v katerih je prišlo do kršitve pravice do sojenja v razumnem roku, in predlagata nekaj možnih rešitev. Smiselno bi bilo sprejeti ustrezne ukrepe in merila tako na strani ESČP kot tudi na strani držav podpisnic EKČP ter razmisliti o povečanju pomena alternativnega reševanja sporov in omilitvi (opustitvi) državnega monopola za vodenje sodnih postopkov.

Original Scientific Article

UDC: 342.7:341.645(4)

STRNAD, Nataša, PAVLICA, Vid: The Role of Pilot Judgments of the European Court of Human Rights in Addressing the Issue of the Right to a Trial within a Reasonable Time*Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 1-2*

The European Court of Human Rights (ECHR) is faced with a rising number of cases concerning the right to a trial within a reasonable time. This shows that the majority of member states of Council of Europe is faced with a systemic problem concerning the length of court proceedings. In an attempt to deal with this situation, the ECHR, when it started noting similar cases, identified systemic problems and then, when solving a particular case, invoked Article 46 of the European Convention on Human Rights, which obligates the states to abide by the judgments, to which they are parties, as ground for imposing general binding obligations to the state (quasi-pilot judgments). On 21 February 2011 it adopted a new rule (Rule 61) concerning the Pilot-judgment procedure. The pilot judgment procedure is applicable in cases where there exists in a Contracting Party a structural or systemic problem that could arise several related claims. In this article the authors examine whether the (quasi) pilot judgment procedure is always an appropriate way to deal with situations where there has been a violation of the right to trial within a reasonable time. Suggestions are made on other possible ways to confront the problem both on part of ECHR and on part of the Contracting Parties. Possibilities include increasing alternative dispute resolution as well as curbing (abandoning) the state monopoly in conducting judicial proceedings.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 342.515:342.531.41(410)"1660/1688"

Duclos-Grécourt, Marie-Laure: Pravica izdajati predpise in parlamentarne svoboščine v času angleške restavracije (1660–1688)

Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 1-2

Članek obravnava utemeljevanje zakonodajne vloge spodnjega doma angleškega parlamenta z njegovim zgodovinskim razvojem. Zagovorniki sistema *common law* so se sklicevali na vlogo ljudskih zborov še v času pred uvedbo fevdalnega reda, vladarjevi privrženci pa so ugovarjali z utemeljitvijo, da gre za pravice, ki so najtesneje povezane s podelitvijo zemlje plemičem in njihovo službo z nasvetom. Lordi so bili člani sveta, ker so dobili gospodstva neposredno od vladarja. Vitezi, člani zbora komun, pa so to pravico dobili na podlagi običaja. Glede zakonodajne pravice spodnjega doma so zagovorniki spodnjega doma zaradi nasprotovanja kraljevi absolutni oblasti spet poudarjali vlogo običaja. Tako je spodnji dom odločal o davkih in zato vladar vlada usklajeno z obema domoma parlamenta. Nasprotno so kraljevi zavezniki poudarjali, da spodnji dom lahko zgolj prosi in predlaga, medtem ko lordi kralju lahko tudi svetujejo. V vsakem primeru pa je edini upravičeni ustvarjalec prava vladar in vse pravice in svoboščine parlamenta so stvar njegove dobre volje oziroma njegovo darilo.

Original Scientific Article

UDC: 342.515:342.531.41(410)"1660/1688"

Duclos-Grécourt, Marie-Laure: The Right to Make Law and the Liberties of the English Parliament in the Time of the English Restoration (1660-1688)*Pravnik*, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 1-2

The article assesses the argumentation in debates on the right of the House of Commons to make law based on the historical development of the House. The common lawyers were in favour of this right arguing that this was their right prior to introduction of the feudal system. The royalists claimed that the rights of the nobles were strictly depending on the nature of their tenancy of the land and their service with council. The rights of the Commons, knights representing the counties, were based on custom. So the partisans of the rights of the House of Commons opposing the absolute power of the king argued that a custom developed as the commons were approving the taxes and that the king was making law in coordination with both houses. The royalists stressed that the Commons were entitled only to suggest, while the lords served with advice. In any case, the only legal maker of law was the king and all the liberties of the Parliament were merely a concession depending of his good will.

*Pregledni znanstveni članek*UDK: 347.952:342.726-053.2(497.4),
347.637(497.4)**MAROLT, Nadja: Varstvo otrokove koristi v postopku izvršbe in zavarovanja v zadevah glede varstva in vzgoje otrok ter osebnih stikov z otroki****Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 1-2**

Prispevek obravnava zakonsko ureditev postopka izvršbe in zavarovanja v zadevah glede varstva in vzgoje otrok ter osebnih stikov z otroki, sodno prakso slovenskih sodišč, ESČP in SEU s tega področja. Izpostavljena so nekatera vprašanja, s katerimi se srečujejo sodišča pri odločanju v teh zadevah. To pravno področje ni urejeno na enem mestu, temveč ga fragmentarno urejata Zakon o izvršbi in zavarovanju ter Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, pri čemer se narava in namen teh dveh zakonov med seboj močno razlikujeta. V sporih z mednarodnim elementom morajo sodišča presoјati tudi na podlagi določb mednarodnih konvencij in uredb EU. Tovrstni postopki narekujejo hitro postopanje, kar se še posebej odraža pri odločanju o izdaji regulacijskih začasnih odredb. O teh začasnih odredbah lahko odločajo sodišča z različno stvarno pristojnostjo, kar ni vedno v korist otroka. K učinkovitejšemu varstvu njegove koristi bi z ustrezno spremembo zakonodaje lahko pripomoglo to, da bi imel otrok, ki je že dopolnil petnajst let in je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, tudi v postopku izvršbe in zavarovanja možnost izraziti svoje mnenje in tako »biti slišan« pred dejansko realizacijo izvršbe ali zavarovanja.

Review Article

UDC: 347.952:342.726-053.2(497.4), 347.637(497.4)

MAROLT, Nadja: Protection of the Child's Interests in Enforcement Procedures in the Matters Concerning the Protection, Upbringing and Contacts with the Child*Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 1-2*

The article discusses the statutory regulations governing enforcement procedures in matters concerning the protection, upbringing and contacts with the child, jurisprudence of the Slovenian courts, of the ECHR and the ECJ in this field. Certain issues were raised, which the courts face when adjudicating in such matters. This area of law is not regulated in a single piece of legislation, but is rather fragmentarily regulated by the Enforcement and Securing of Civil Claims Act and the Marriage and Family Relations Act, whereby it should be noted that the nature and purpose of these two acts strongly oppose each other. In disputes with an international element, the courts must also decide in accordance with provisions of international conventions and the EU regulations. Such procedures require quick proceedings, which is particularly demonstrated when making decisions on the issuance of interlocutory injunctions. Courts with different material jurisdiction may decide on these interlocutory injunctions, which may not always be to the benefit of the child. In order to achieve a more efficient protection of the child's benefits, legislation could be amended so that the child who has already reached the age of 15 and who is capable of understanding the meaning and the legal consequences of its actions, as well as in enforcement proceedings, would be able to voice its opinion and thus "be heard" before the actual enforcement takes place.

Strokovni članek

UDK: 347.952.2(497.4)

**VARL, Maruša: Varstvo pridobitelja lastninske pravice
na nepremičnini v razmerju do upnika v izvršilnem postopku****Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 1-2**

Avtorica v članku obravnava situacijo, do katere pogosto prihaja v izvršilnih postopkih. Upnik vloži predlog za izvršbo na nepremičnino, katere zemljiško-knjižni lastnik je njegov dolžnik. V izvršilnem postopku se nato pojavi tretji, ki v ugovoru tretjega trdi, da ima na predmetu izvršbe pravico, ki preprečuje izvršbo. Tretji zahteva, naj sodišče izvršbo na ta predmet izreče za nedopustno. Skozi pregled sodne prakse avtorica opozori na problem tehtanja med pravico tretjega do zasebne lastnine in upnikovo pravico do učinkovite izvršbe. Članek razlikuje primere, ko upnik pridobi hipoteko prisilno v izvršilnem postopku oziroma pravnoposlovno, ter primere, ko je pravica tretjega pridobljena originarno oziroma pravnoposlovno. Predstavljena sta razvoj sodne prakse glede vprašanja dobre vere in skrbnosti tretjega ter pomen načela zaupanja v zemljiško knjigo pri vprašanju varstva lastnika v razmerju do upnika v izvršilnem postopku. Avtorica sklene, da je naše pravo z namenom varstva lastnika v nekaterih primerih pregloboko poseglo v pravico upnika do učinkovite izvršbe.

Professional Article

UDC: 347.952.2(497.4)

VARL, Maruša: Real Estate Owner Protection as opposed to the Creditor's Right to Effective Enforcement**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 1-2**

In the article, the author discusses a common situation in civil enforcement proceedings. When the creditor files a motion for execution on the property, which he believes is his debtor's, the third party arises during the procedure and claims the property is its own, requiring the court to prevent the sale of the property in question. Through the examination of the case-law, the author exposes the problem of balancing between the third party's right to private property and the creditor's right to effective enforcement. The article distinguishes between the cases where the creditor obtains compulsory hypothecation during the enforcement procedure and where it obtains it contractual. The article discusses the importance of the third party's good faith as well as the importance of trust in the land register. The author concludes the Slovene law system offers substantial advantage to the owner as opposed to the creditor, which in some cases compromises the creditor's right to effective enforcement.

Prikaz knjige

UDK: 342.7(430:73)(049.3)

TRATAR, Boštjan: Primerjava ustavne varstvene dolžnosti države v Nemčiji in v Združenih državah Amerike

Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 1-2

Avtor predstavi knjigo Mare Gerbig, v kateri ta primerja vlogo države pri uresničevanju ustavnih pravic v Nemčiji in v Združenih državah Amerike (*Grundrecht auf staatlichen Schutz, Ein Vergleich von Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, Duncker & Humblot, Berlin, 285 strani*). Temeljna razlika med sistemoma je, da velja v Nemčiji koncept večdimenzionalnosti ustavnih pravic, katerega posledica je razvoj varstvenih dolžnosti države (*grundrechtliche Schutzpflichten*). V Združenih državah Amerike se je ohranilo defenzivno pojmovanje ustavnih pravic, zato judikatura širi pojem države prek doktrine *state action*.

Book Review

UDC: 342.7(430:73)(049.3)

TRATAR, Boštjan: Comparison of Constitutional Duty of the State to Protect Constitutional Rights in Germany and in the United States of America**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 1-2**

The author reviews the book of Mara Gerbig, in which she compares the role of the state in realisation of constitutional rights in Germany and in the United States of America (*Grundrecht auf staatlichen Schutz, Ein Vergleich von Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika*, Duncker & Humblot, Berlin, 285 pages). The key difference between both systems is the fact that in Germany exists the concept of several dimensions of constitutional rights, the consequence of which is the development of protective duties of the state (*grundrechtliche Schutzpflichten*). On the other side in the United States of America the defensive comprehension of the constitutional rights was preserved, therefore, the judicature spreads the notion of the state by doctrine *state action*.

NAVODILA ZA AVTORJE

1.

Pravnik praviloma objavlja le dela, ki še **niso bila objavljena in tudi ne poslana v objavo** drugemu časopisu. Če pisec že objavljenega prispevka meni, da so posebni razlogi tudi za objavo v Pravniku, mora sporočiti, kje je bil sestavek objavljen oziroma komu je bil poslan v objavo. Če pisec v svojem prispevku navaja ugotovitve, ki jih je argumentiral in/ali izvajal že v kakšnem svojem drugem delu, je korektno do izdajatelja oziroma založnika tistega besedila, da v sprotni opombi navede, da je o tem že pisal in kje. Če pa dele besedila iz svojega v Pravniku objavljenega članka v identični obliki objavi v drugi publikaciji, mora navesti, da je o tem (širše) že pisal v članku, ki je bil objavljen v reviji Pravnik. Če je bil prispevek pripravljen na podlagi kakšnega drugega prispevka, tj. besedila, ki je bilo pripravljeno z drugim namenom (seminarska naloga, diplomska, magistrska ali doktorska naloga, poglavje v kakem drugem, morda še ne objavljenem knjižnem delu ipd.), je treba to v prvi sprotni opombi izrecno navesti.

Primer: Prispevek je bil pripravljen na podlagi magistrske naloge z naslovom *Hi-tri postopek in pravna sredstva v ZP-1*, ki sem jo avtor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspešno zagovarjal 5. maja 2008 na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru.

Avtor za uredništvo navede tudi razlike med obema besediloma (npr. v obsegu, upoštevanih novejših podatkih in dodatnih virih), uredništvo pa presodi, ali je objava prispevka primerna.

2.

Prispevki naj bodo poslani po e-pošti (bostjan.koritnik@revija-pravnik.si).

Prispevki morajo biti jezikovno neoporečni, sicer bo besedilo avtorju vrnjeno v popravo oziroma bo objava prispevka zavrnjena. Naslov prispevka in naslovi prve ravni morajo biti zapisani z verzalkami (tj. velikimi tiskanimi črkami), naslovi nižjih ravni pa z malimi črkami. Ime in priimek pisca z izobrazbo, znanstvenim naslovom in/ali akademsko stopnjo ter funkcijo in institucijo, v kateri je zaposlen, naj bosta navedena pod naslovom.

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

— 4.

Obseg prispevka je odvisen od teme, ki jo avtor obravnava, pri tem pa je treba upoštevati temeljno vsebinsko zasnovano revije, ki naj bi pokrivala čim več pravnih področij. V rubriki Članki naj prispevki obsegajo največ dve avtorski poli (60.000 znakov s presledki oziroma približno 30 strani s presledkom med vrsticami 1,5) in drugi prispevki v obsegu do ene avtorske pole (30.000 znakov s presledki oziroma do približno 15 strani s presledkom med vrsticami 1,5). Vse pa je šteto skupaj s sprotnimi opombami in seznamom literature. Za objavo prispevkov z večjim obsegom se je treba dogovoriti z uredništvom.

— 5.

Na koncu članka naj bo po možnosti **seznam uporabljenih virov** s popolnimi bibliografskimi podatki (glej 7. točko) po abecednem redu priimkov, spletne strani pa naj bodo navedene posebej. V tem primeru se v sprotih opombah (pod črto) navedejo samo prva črka imena in priimek s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

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

V neposredno sledečih 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: Darja Kovač, Luka Kocmut, in Mitja Golob: 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 Pravnik (npr. službeni naslov), številko transakcijskega računa (TRR) in točen naziv banke, svojo telefonsko številko in številko mobilnega telefona ter e-poštni naslov.

Morebitne spremembe mora avtor sporočiti uredništvu.

Avtor se s posredovanjem prispevka v objavo strinja z določili založniške pogodbe, ki je na voljo na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Po objavi prispevka bo avtor prejel izpolnjeno pogodbo v dveh izvodih, enega teh pa naj podpisanega čim prej vrne uredništvu.

Sodelavce revije prosimo, da ta navodila upoštevajo, sicer bo uredništvo objavo prispevka zavrnilo.

Za uredniški odbor
odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić

MANUSCRIPTS PREPARATION AND SUBMISSION GUIDELINES FOR PUBLICATION IN THE JOURNAL THE JURIST (PRAVNIK)*

1.

As a rule, *The Jurist* only publishes manuscripts which **had neither been published nor sent for publication to any other publisher**. If the author of an already published manuscript considers that special reasons for publishing the same manuscript in *The Jurist* exist, he/she must notify the editor and provide information on where the manuscript has already been published or to which publisher has it been sent for publication. The author has to point out the distinctions between the both manuscripts, e.g. in the scope of the manuscript, new information or new data, new sources. It is for the editorial board to decide whether the manuscript is suitable for publication. If the author repeats some of the findings already publicised in some other manuscript, it is only fair to the other publisher to state in the footnote that he/she has already discussed the issue and where the arguments could be found. The same goes *vice versa*, i.e. if the same arguments, already published in *The Jurist*, are used in another manuscript, it has to be stated that the matter has already been discussed in *The Jurist* and in which issue. If the manuscript has been prepared on the basis of another text, i.e. a text prepared for another purpose (doctoral thesis, master's thesis, research etc.), this fact has to be pointed out in footnote 1 of the manuscript.

2.

Manuscript should be sent in **electronic format** to the following e-mail address: bostjan.koritnik@revija-pravnik.si.

Manuscripts have to be grammatically correct, otherwise the manuscript could be returned to the author or its publication rejected. The title of the manuscript should be written in bold capital letters. The titles in the body of the manuscript should be numbered and written in capital letters; subtitles should be numbered and written in bold lower case letters.

The first and last name of the author, with the scientific and/or academic title, function, and institution of his/her employment should be mentioned below the main title of the manuscript.

Example: **John Smith**, doctor of laws, professor at the Faculty of Law, University of Ljubljana

* Prepared with the kind assistance of Grega Strban, Ph.D., Faculty of Law, University of Ljubljana.

3.

Manuscripts are subject to **blind peer review and classified by the editorial board**. The author might suggest the classification for his/her manuscript.

Manuscripts should be accompanied by an abstract and up to five key words, both in Slovenian and English language. The cost of preparing the Slovenian abstract (EUR 30.00) may be deducted from the author's fee if provided by the editorial board upon request of the author. Abstract should not be longer than 15 lines. The abstracts should be equipped with the last name (in capital letters) and first name of the author and the title of the manuscript in the corresponding language. The editor will add the information on the volume and issue of *The Jurist*, and the numbers of pages of the published manuscript.

Example: SMITH, John: Pravna sredstva v civilnem procesnem pravu, Pravnik, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3

... (15 lines of abstract and 5 key words in Slovenian language)

SMITH, John: Legal Remedies in the civil procedural law, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

... (15 lines of abstract and 5 key words in English language)

The Jurist publishes manuscripts also in foreign languages (English, German, Italian, Croatian, Serbian – Latin script), when there is a special reason to do so. The later has to be communicated to the editorial board, which decides on the publication of the manuscript in a foreign language. Manuscript in a foreign language has to be grammatically correct. The editorial board does not perform corrections. Next to the short (15 lines) abstract with five key words in Slovenian and English language, the manuscript should be accompanied with a longer abstract (1.000 words) in Slovenian language.

4.

The **scope of the manuscript** depends on its subject. One of the basic aims of the journal is to cover all fields of law. Under headings "Articles" and "Discussions" the manuscript should not be longer than 10.000 words, i.e. approximately 30 pages with 1.5 spacing between the lines. Other manuscripts should not be longer than 5.000 words, i.e. approximately 15 pages with 1.5 spacing between the lines. Footnotes and the sources (literature) should be included in the scope of the manuscript. An advance agreement with the editor is required for longer manuscripts.

5.

A **list of used sources and literature** should be presented at the end of the manuscript, with full bibliographical information, in the alphabetical order of last names of the authors/editors. Consulted internet sites should be enumerated separately.

In the **footnotes** only the first letter of the first name and the last name with the “*op. cit.*”, and exact page should be mentioned.

Example: J. Smith, *op. cit.*, p. 55.

In case the same author is represented with more than one publication, the year is added in parentheses.

Example: J. Smith, *op. cit.* (2009), p. 55.

If in the footnotes immediately following the previous one the same source is cited again, “*Ibidem*” should be used. It should be indicated, if the page number is distinct.

Example: *Ibidem*.

Example: *Ibidem*, p. 56.

Footnotes are inserted after the separator, e.g. after a full-stop. Footnotes end with a separator, e.g. with a full-stop. It is not necessary to cite the date of accessing the internet site (this information is in the list of sources at the end of the manuscript).

In short presentations where there is no list of sources and literature at the end of the manuscript, in the footnote first mentioning the author and the publication full bibliographical information should be cited. The same rule should be applied in the longer abstract.

6.

Full bibliographical information should comprise:

- **Books:** First and last name of the author, book title (also the number of the edition, if applicable), translator (if applicable), publisher, place and year of publication.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law. 2nd Edition, translation Janez Novak, Legal publishing, Ljubljana 2010.

- **Collection of articles or parts of books:** next to the author, title and exact pages of the article or the book part, also the title of the collection/book, first and last names of authors or editor(s) (marked Ed. or Eds.) should be mentioned.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Janez Novak, Maja Medved (Eds.), Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana, 2010, p. 52–79.

If there are more than three authors or editors, it suffices to cite the first one mentioned, followed by the abbreviation “*et. al.*”.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Janez Novak et.al., Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana 2010, p. 52–79.

- **Journal articles:** First and last name of the author, title of the article, name of the journal with citing the volume number, year of publishing, issue number, and pages of the article.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: 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 navede da je o tome već pisao i gdje. Ako dijelove teksta iz svog članka objavljenog u Pravniku u identičnom obliku objavi u drugoj publikaciji, mora navesti da je o tome (šire) već pisao u članku koji je bio objavljen u reviji Pravnik. Ako je djelo bilo pripremljeno na osnovi kojeg drugog djela, tj. teksta koje je bilo pripremljeno s drugačijom namjenom (seminarski rad, diplomski, magistarski ili doktorski rad, poglavlje u kojem drugom, možda još neobjavljenom književnom radu i sl.), to je potrebno izričito navesti u prvoj bilješci.

Primjer: Djelo je bilo pripremljeno na osnovi magistarskog rada naslova Brzi postupak i pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, kojeg je sam autor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspješno obranio 5. svibnja 2008. godine na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Mariboru.

Autor za uredništvo treba navesti i razlike između oba teksta (npr. u opsegu, u novijim podacima i dodatnim izvorima koji su uzeti u obzir), a uredništvo će odlučiti je li objava djela prikladna.

2.

Radovi moraju biti poslani putem 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, znanstvenim nazivom i/ili akademskim stupnjem te funkcijom i institucijom u kojoj je zaposlen, navode se ispod naslova.

* Prijevod je rad Nikoline Krtinić, odvjetničke vježbenice u Odvjetničkom društvu Rojs, Peljhan, Prelesnik & partneri o.p., d.o.o., Ljubljana.

Primjer: **Janez Novak**, sveučilišni diplomirani pravnik, doktor upravnih zna-
nosti, 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 autor-ske 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 prezimena, a web stranice neka budu navedene odvojeno. U tom slučaju u bi-

lješkama (ispod crte) navodi se samo prvo slovo imena i prezime s napomenom „nav. rad“ i stranom upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

U bilješkama koje neposredno slijede jedna drugu, navodi se samo „Baš tamo.“ odnosno – ako je samo strana iste literature druga – „Baš tamo, str. 56.“

Ako je isti pisac naveden s više radova, dopiše se godina u kojoj je rad bio objavljen.

Primjer: J. Novak, nav. rad (2005), str. 55.

Ako je na kraju rada naveden popis upotrijebljene literature, kod web stranica ne treba pisati datum zadnje posjete (jer je taj podatak u popisu literature).

Brojevi bilješki pišu se nakon interpunkcijskih znakova. Bilješke završavaju konačnim interpunkcijskim znakom.

—— 6.

Ako djelu nije priložen popis upotrijebljenih izvora, potpuni se bibliografski podaci navode (vidi točku 7.) samo u onoj bilješci u kojoj se rad prvi put pojavi, a kasnije se navode samo ime i prezime autora s dodatkom „nav. rad“ i strana upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

—— 7.

Potpuni bibliografski podaci obuhvaćaju:

- **kod knjiga:** ime i prezime pisca, naslov knjige (kod knjiga s više izdanja i oznaku broja izdanja), potencijalnog prevoditelja i u pravilu izdavatelja te mjesto i godinu izdanja.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu. Drugo izdanje, prijevod Mitje Anglista, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **kod zbirke članaka i poglavlja u knjigama:** osim pisca članka i naslova te strana opsega citiranog članka odnosno poglavlja i naslov zbirke odnosno knjige te imena i prezimena autora odnosno potencijalnih redaktora, s oznakom, ako su redaktori ili urednici (ur.).

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Darja Kovač, Luka Kocmut, i Mitja Golob: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Ako postoji više od tri autora odnosno redaktora, uz zbirku, zbornik ili knjigu, dovoljno je navesti prezime i ime prvog navedenog, i zatim navesti „i drugi“.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Kovač, Darja, i drugi: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **kod članka iz revija:** ime i prezime pisca, naslov članka i naslov revije s navodom godišta, godine izdanja i broja te strane navedenog članka.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Pravnik, 125 (2008) 5–8, str. 202–233; brojevi znače: godište 125 (godina izdanja 2008), broj revije 5–8.

- **kod web stranica:** simbol < prije i simbol > nakon naziva web stranice, bez poveznice i s datumom – mjesec se tu piše s brojem – u zagradama.

Primjer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2008).

8.

Ako članak upućuje na **zakonski ili drugi pravni propis**, on se prvi put navodi s punim nazivom već u tekstu, sa službenom skraćenicom u zagradama.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Prekršajnom zakonu.

Ako službena skraćenica naziva ne postoji, skraćenicu odabire pisac.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Pravilniku o organizacijskoj strukturi prekršajnih organa (nastavno: Pravilnik).

Istovremeno se u **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