



COMPENDIUM OF CONTEMPORARY LEGAL ISSUES

SUZANA KRALJIĆ
YENER ÜNVER

EDITORS



University of Maribor Press



University of Maribor

Faculty of Law

Compendium of Contemporary Legal Issues

Editors

Suzana Kraljić

Yener Ünver

March 2019

Title	Compendium of Contemporary Legal Issues
Editors	assoc. prof. Suzana Kraljić, PhD (University of Maribor, Faculty of Law) prof. Yener Ünver, Dr. Dr. h. c. (University Özyeğin, Faculty of Law)
Review	assoc. prof. Tjaša Ivanc, PhD (University of Maribor, Faculty of Law) assoc. prof. Borut Holcman, PhD (University of Maribor, Faculty of Law)
Technical editor	Jan Perša, MEng (University of Maribor Press)
References check	Natalija Orešek, MA (University of Maribor, Faculty of Law)
Cover designer	Jan Perša, MEng (University of Maribor Press)
Graphic material	Authors

Published by / Založnik
University of Maribor Press
Sloškovo trg 15, 2000 Maribor, Slovenia
<http://press.um.si>, zalozba@um.si

Co-published by / Izdajatelj
University of Maribor, Faculty of Law
Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenia
<http://pf.um.si>, info.fp@um.si

Edition 1st

Publication type E-book

Available at <http://press.um.si/index.php/ump/catalog/book/396>

Published Maribor, March 2019

CIP - Kataložni zapis o publikaciji
Univerzitetna knjižnica Maribor

347.1/.7(497.4+560):342.7(082)

COMPENDIUM of contemporary legal issues
[Elektronski vir] / editors Suzana Kraljić, Yener
Ünver. - 1st ed. - Maribor : Univerzitetna
založba Univerze, 2019

Način dostopa (URL):
<http://press.um.si/index.php/ump/catalog/book/396>

ISBN 978-961-286-248-0

doi: 10.18690/978-961-286-248-0
1. Kraljić, Suzana
COBISS.SI-ID [96301825](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:si:coibis-96301825)

© **University of Maribor, Press**

All rights reserved. No part of this book may be reprinted or reproduced or utilized in any form or by any electronic, mechanical, or other means, now known or hereafter invented, including photocopying and recording, or in any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher.

ISBN 978-961-286-248-0 (PDF) 978-961-286-249-7 (Sofback)

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-248-0>

Price Free copy

For publisher prof. Zdravko Kačič, PhD, Rector (University of Maribor)

Compendium of Contemporary Legal Issues

SUZANA KRALJIĆ & YENER ÜNVER

Abstract The scientific monograph "Compendium of Contemporary Legal Issues" deals with the selected and contemporary (current) issues of human rights protection. The themes of the twelve articles thus concern the protection of the child's interests, freedom of speech, right to be forgotten, protection of air passengers and possible violations in corporate law, protection of privacy and personal data, and on selected criminal offences (eg. pedophilia, murder ...). The themes are carefully selected and present contemporary open or particularly problematic areas that are exposed to violations and thus interference with fundamental human rights and freedoms. Additional attention is given to the victims of these violations in most of the contributions, when the most vulnerable persons of our society appear as victims (eg children). The topics of articles are related to the national legal systems (Slovene and Turkish) and international regulations.

Keywords: • human rights • vulnerable groups • slovene, turkish and international law • civil and criminal law • violation •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Suzana Kraljić, PhD, Associate Professor, University of Maribor, Faculty of Law, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenia, e-mail: suzana.kraljic@um.si. Yener Ünver, Dr. Dr. h. c., Professor, Dean, University Özyeğin, Faculty of Law, Nişantepe Mahallesi, Orman Sokak, 34794 Çekmeköy-Istanbul, Turkey, e-mail: yener.unver@ozyegin.edu.tr.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-248-0>
Available at: <http://press.um.si>

ISBN 978-961-286-248-0

Table of Contents

Die Reflexion des Kindesinteresse in der neuen slowenischen Rechtsprechung Suzana Kraljić	1
The Right to Be Forgotten as a Part of Personal Data Privacy Özlem Yenerer Çakmut & Zehra Başer Doğan	17
Passengers' Rights Pursuant to Turkish Regulation Regarding Air Passenger Rights Gülfer Kuyucu Meriç	39
Air Passengers Rights Pursuant to the Regulation (EC) No 261/2004 Vid Jakulin	49
Tourism System and Air Passenger Rights in Practice Tadeja Jere Jakulin	61
Cruelty and Perfidy in Substantive Criminal Law of Slovenia Damjan Korošec	71
Scheidungsrecht nach dem neuen Familiengesetzbuch Barbara Novak	79
Joint Stock Corporations' Legal Obligations to Respect Human Rights in Turkish Law Işık Özer	95
Street Photography in Light of Information Privacy Jan Stajnkó	111
Children's Rights in Hospital: a Literature Review Leona Cilar, Jadranka Stričević & David Haložan	123
Revenge Pornography as a new Criminal Offence in the Slovenian Criminal Code Miha Šepec	137
Pressefreiheit in der Türkei Yener Ünver	149

Die Reflexion des Kindesinteresse in der neuen slowenischen Rechtsprechung

SUZANA KRALJIĆ

Zusammenfassung Kinder stellen eine verletzbare Bevölkerungsgruppe dar. Ihre Verletzbarkeit geht aus ihrer Minderjährigkeit, die bedingt ist, dass jede Person bis zum achtzehnten Lebensjahr als Kind und folglich als unfähig, seine Handlungen und die daraus hervorgehenden Folgen zu verstehen, erachtet wird, hervor. Deswegen genießen Kinder einen besonderen Rechtsschutz in allen Handlungen, die sich auf sie beziehen, da die Kindesinteressen bei allen diesen Aktivitäten das Hauptleitmotiv sein müssen. Die Definition der Kindesinteressen ist besonders wichtig in Verfahren, wenn über die Zuteilung des Kindes in Obhut und Erziehung sowie die Regelung des Umgangs entschieden wird. Der Zweck des Beitrags ist die Darstellung der slowenischen Rechtsprechung und der Umstände, auf welche die Gerichte die Definition der Kindesinteressen im Einzelfall gestützt haben.

Schlüsselwörter: • Kinderrechte • elterliche Sorge • Rechtsstandard • Berücksichtigung der Meinung des Kindes • Eignung des Elternteils •

ÜBER DEN AUTORIN: dr. Suzana Kraljić, außerordentlicher Professorin, Universität Maribor, Juristische Fakultät, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slowenien, e-mail: suzana.kraljic@um.si.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-248-0.1>
Available at: <http://press.um.si>

ISBN 978-961-286-248-0

1 Einleitung

Kinder bilden wegen ihres Alters und der Verständnisfähigkeit eine verletzbare Bevölkerungsgruppe dar, die in der Geschichte (und häufig und vielerorts noch heute) wegen ihrer Abhängigkeit dem Willen und der Macht der Erwachsenen ausgesetzt war. Die Erwachsenen haben über das Kind nach ihren eigenen Wünschen, Erwartungen und Bedürfnissen entschieden. Deswegen wurden den Kindern zahlreiche Missbräuche, Vernachlässigungen, Gewalt und Ausnutzungen zuteil, wodurch, ausgehend von den modernen Definitionen der Kindesinteressen, zahlreiche ihre Rechte, die heute von der Kinderrechtskonvention, die 1989 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen (in der Fortsetzung KRK) (Uradni list (Gesetzblatt) SFRJ-MP, Nr. 15/1990) definiert werden, verletzt wurden. Die Kindesinteressen haben nach der Verabschiedung der KRK neue Dimensionen erreicht und sind zu einem unverzichtbaren Fundament bei allen Sachen, die sich auf Kinder beziehen, geworden.

2 Ausgangspunkte

Heute stellt das Prinzip der Kindesinteressen ein Grundprinzip des Kindesrechts dar. Es wird in Artikel 3 KRK von 1989 erfasst:

»1. Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

2. Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen.

3. Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass die für die Fürsorge für das Kind oder dessen Schutz verantwortlichen Institutionen, Dienste und Einrichtungen den von den zuständigen Behörden festgelegten Normen entsprechen, insbesondere im Bereich der Sicherheit und der Gesundheit sowie hinsichtlich der Zahl und der fachlichen Eignung des Personals und des Bestehens einer ausreichenden Aufsicht.«

Allerdings wird das Konzept des Kindesinteresses bereits in der Genfer Erklärung der Rechte des Kindes vom 20. November 1959, wo das 2. Prinzip festgelegt hat, dass in den für den Schutz des Kindes verabschiedeten Gesetzen die die Interessen des Kindes ausschlaggebend sind. Auch das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (Uradni list RS – MP, Nr. 9/1992; 9/1993; 5/1999; 9/2008; 13/2011; 9/2013; 5/2017) verpflichtet die Vertragsstaaten, dass sie in allen Fällen vor allem das Kindesinteresse berücksichtigen sollen (vgl. Artikel 5(b) und 16(1)(d)). KRK folgte auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (*in der Fortsetzung: CGREU*) (OJ C 326, 26.10.2012, S. 391–407), die in Artikel 24 die Kindesinteressen anspricht. Sie legt fest, dass Kinder das Recht auf die nötige Obhut und Fürsorge zur Gewährleistung ihres Wohls besitzen und dass bei allen Maßnahmen öffentlicher Behörden oder privater Institutionen, die sich auf Kinder beziehen, vor allem die Kindesinteressen zu berücksichtigen sind (Artikel 24 Abs 1 und 2 CGREU).

Der Ansatz der Staaten zur Entwicklung und zum Verständnis des Konzepts des der Kinderinteressen soll nach den Erwartungen des Kinderrechtsausschusses holistisch beziehungsweise ganzheitlich sein, der er die physische, geistige, seelische, moralische, psychologische und soziale Entwicklung des Kindes erfassen soll. Das Prinzip der Kindesinteressen soll zur systematischen Berücksichtigung der Rechte der Kinder und ihrer Interessen führen. Letzteres soll sich vor allem bei allen Handlungen hinsichtlich der Kinder ausdrücken, bei der Fassung von Gerichtsentscheidungen und bei der Gesetzgebung (United Nations - Committee on the Rights of the Children, 2003: 4). Das Konzept der Kindesinteressen ist somit der Gewährleistung sowohl des vollständigen, ganzheitlichen und effektiven Genusses aller in der KRK anerkannten Rechte, als auch der ganzheitlichen Entwicklung des Kindes gewidmet. Die Beurteilung der Erwachsenen über die Kindersinteressen darf ihre Verpflichtung zur Berücksichtigung aller Kindesrechte, die von der KRK gewährleistet werden, nicht übersteigen. KRK legt ebenso keine Hierarchie der Rechte fest, da alle darin festgelegten Rechte für das höchste Kindesinteresse festgelegt werden und sie niemals so ausgelegt werden dürfen, dass eine negative Auslegung die höchsten Kindesinteressen gefährden würde (United Nations - Committee on the Rights of the Children, 2013: 13).

3 Dreifaltigkeit des Konzepts der Kindesinteressen

Die Kindesinteresse stellen ein dreifaches Konzept dar:

- a) *materiell-rechtliches Recht*: das Recht des Kindes, dass seine höchsten Interessen als primärer Grund zur Behandlung verschiedener Interessen beurteilt und berücksichtigt werden, damit die Entscheidung über eine betreffende Frage erreicht und gewährleistet wird, dass dieses Recht immer ausgeübt wird, wenn eine Entscheidung hinsichtlich eines einzelnen Kindes, einer Gruppe identifizierter oder unbekannter Kinder oder Kinder allgemein gefasst wird. Dabei schafft Artikel 3 Abs. 1 KRK die intrinsische (untrennbar verbundene) Verpflichtung der Staaten, die unmittelbar anzuwenden ist (eng. *self-executing*) und worauf man sich vor Gericht berufen kann;
- b) *grundlegendes, interpretatives (auszulegendes) Rechtsprinzip*: kann eine Rechtsbestimmung mit mehr als einer Auslegung ausgelegt werden, ist diejenige Auslegung auszuwählen, die den besten Kindesinteressen am effektivsten dient. Die in der KRK und ihren Auswahlprotokollen geschriebenen Rechte gewährleisten dabei den Auslegungsrahmen;
- c) *Verfahrensregel*: immer, wenn eine Entscheidung, die ein bestimmtes Kind, eine definierte Gruppe von Kindern oder Kinder allgemein betreffen wird, muss das Entscheidungsverfahren die Beurteilung des möglichen (positiven oder negativen) Einflusses dieser Entscheidung beinhalten. Zur Beurteilung und Festlegung der Kindesinteressen sind Verfahrensgewährleistungen notwendig. Aus der Begründung der Entscheidung muss auch klar hervorgehen, dass das Kindesrecht ausdrücklich berücksichtigt wurde. In Verbindung damit müssen die Vertragsstaaten erläutern, wie das Kindesrecht in der Entscheidung berücksichtigt wurde – also, was war dasjenige, wofür gilt, dass es in den besten Kindesinteressen ist; auf welchen Grundkriterien basiert sie; und wie wurden die Kindesinteressen hinsichtlich der anderen Bedenken abgewogen, falls es sich um breite Fragen der Politik oder einzelner Fälle handelt (Committee on the Rights of the Child, 2013: 4).

4 Anwendung des Prinzips der Kindesinteressen im neuen Familiengesetzbuch

Der Zweck des Artikels 3 KRK ist die Gewährleistung der Anwendung und Berücksichtigung der Kindesrechte gemäß der Kindesinteressen. Das erstreckt sich insbesondere auch Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen in Verbindung mit dem Kind als Einzelperson, auf alle Phasen der Verabschiedung von Gesetzen, Politiken, Strategien, Programmen, Plänen, Haushalten, Gesetzgebungs- und Haushaltsinitiativen und Richtlinien. Diese allgemeine Bestimmung bezieht sich also auf alle, die sich mit Kindern beschäftigen, einschließlich der Eltern und Vormunde (Committee on the Rights of the Child, 2013: 4-5). Dem folgte auch das Familiengesetzbuch (in der Fortsetzung: FamG) (Uradni list RS, Nr. 15/2017; 21/2018-ZN Org), das in Artikel 7 ebenso das Prinzip der Kindesinteressen definiert:

»(1) Die Eltern sorgen bei allen Aktivitäten in Verbindung mit dem Kind für die Kindesinteressen. Sie erziehen die Kinder mit Respekt für deren Person, Individualität und Würde.

(2) Die Eltern haben bei der Sorge und Verantwortung für die Kindesinteressen Vorrang vor anderen.

(3) Die Eltern handeln im Kindesinteresse, wenn sie, insbesondere unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Kindes, seines Alters und seiner Entwicklungsstufe sowie seiner Wünsche, durch ein Verhalten, das ihre Fürsorge und Verantwortung gegenüber dem Kind zeigt, seine materiellen, emotionalen und psychosozialen Bedürfnisse befriedigen und ihm eine angemessene erzieherische Führung bieten und es zur eigenen Entwicklung anregen.

(4) Staatliche Behörden, Auftragnehmer öffentlicher Dienste, Träger öffentlicher Befugnisse, Behörden der lokalen Gemeinschaften sowie andere natürliche und juristische Personen müssen bei allen Aktivitäten und Verfahren in Verbindung mit dem Kind für die Kindesinteressen sorgen.

(5) Der Staat gewährleistet die Bedingungen für die Funktion der Nichtregierungsorganisationen zur Entwicklung der positiven Elternschaft.«

Das Prinzip der Kindesinteressen stellt somit den grundaussgangspunkt in allen vertikalen Verhältnissen beziehungsweise Aktivitäten in Verbindung mit dem Kind, die von staatlichen Behörden durchgeführt werden (z. B. Gerichten, Zentren für Sozialarbeit, Polizei, ...), dar. Die Kindesinteressen müssen auch in den

horizontalen Verhältnissen das Grundleitmotiv sein, also in den Verhältnissen zwischen Eltern und Kindern. Sowohl in den erstgenannten, als auch den zweitgenannten Verhältnissen müssen die Kindesinteressen ins Zentrum gestellt werden und das Hauptleitmotiv sein. Deswegen haben sich seit der Verabschiedung der KRK auch die Verpflichtungen, sowohl des Staats, als auch der Eltern, vergrößert. Dem Kind die die Obhut, die sowohl eine materielle, als auch eine emotionale Komponente beinhaltet, zu gewährleisten, es ist vor allen Formen der Diskriminierung, insbesondere vor Vernachlässigung, Folter und Ausnutzung, zu schützen. Dabei kann es zur Kollision zwischen der Autonomie bei der Ausübung der elterlichen Fürsorge und dem Staat, der für die Kindesinteressen sorgen muss, kommen (Artikel 7 Abs. 4 FamG).

Obleich die Maßnahmen, die vom Staat ergriffen werden, sich so oder so auf Kinder beziehen, bedeutet das noch nicht, dass jede Maßnahme, die vom Staat ergriffen wird, das gesamte und formelle Verfahren der Beurteilung und Festlegung der besten Kindesinteressen beinhalten muss. Wenn die Entscheidung einen großen Einfluss auf das Kind haben wird, ist das Niveau des Schutzes und der Gewährleistung detaillierter Verfahren zur Berücksichtigung seiner Interessen entsprechend höher (Committee on the Rights of the Child, 2013: 7).

Ein weiterer Unterschied zwischen der KRK und dem FamG ist, dass die KRK nur festlegt, dass die Kindesinteressen das Hauptleitmotiv bei allen Aktivitäten in Verbindung mit Kindern sein müssen. Das FamG spricht in Artikel 7 ausdrücklich vom *Prinzip der Kindesinteressen*. Dabei wird dem Ausdruck »Prinzip« Kritik zuteil, da er nach Meinung einiger Autoren schwächer ist als der Ausdruck »gesetzliche Verpflichtung«. »Prinzip« bedeutet nämlich nur eine Verhaltensanleitung, die auch Ausnahmen zulässt. »Gesetzliche Verpflichtung« ist dabei ein strikterer Begriff (Krappmann, 2013: 3). Jedoch heben andere Autoren den Unterschied zwischen dem »Prinzip« und dem »Standard« hervor, die sonst recht ähnlich sind. Dennoch sind Prinzipien von höherer Natur und sind somit stabiler als die menschliche Natur. Standards sind von einer anderen Natur, da sie nur Verallgemeinerungen darstellen, während Prinzipien den Ausgangspunkt der Menschheit darstellen. Standards können Arten ausdrücken, wie ein Prinzip im Einzelfall anzuwenden wäre (Basset, 2011: 433).

5 Anwendung des Prinzips der Kindesinteressen in der modernen Rechtsprechung

Der Inhalt des Artikels 7 FamG legt also auf abstrakter Ebene fest, was die Kindesinteressen sind. Der Begriff »Kindesinteressen«, der das Grundleitmotiv in allen Sachen hinsichtlich des Kindes sein muss, wird in unserer positiven Gesetzgebung nämlich nicht definiert. Es handelt sich um einen *Rechtsstandard*, dessen Inhalt in jedem Einzelfall gesondert zu suchen ist (z. B. der Rechtsprechung, im Schulwesen, Gesundheitswesen, ...). Es wird nur der Ausgangspunkt gegeben, dass gilt, dass die Eltern in den Kindesinteressen handeln, wenn sie, insbesondere unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Kindes, seines Alters und seiner Entwicklungsstufe sowie seiner Wünsche, durch ein Verhalten, das auf ihre Sorge und Verantwortung gegenüber dem Kind hinweist, seine materiellen, emotionalen und psychosozialen Bedürfnisse angemessen befriedigen und ihm eine angemessene erzieherische Führung bieten und es zur eigenen Entwicklung anregen (Artikel 7 Abs. 3 FamG).

Der Rechtsstandard ist individuell anpassbar und folgt den Bedürfnissen des einzelnen Kindes. Um diesem Standard in jedem Fall den optimalen Inhalt geben zu können, sind alle Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen, da es sich um einen Wertbegriff, der von subjektiver Natur, die sich dem jeweiligen Anwender anpasst, ist, handelt (Šelih, 2014: 16) (*VSL Urteil IV Cp 3405/2005*). Zur Definierung des Inhalts dieses Rechtsstandards hat das Gericht einen großen Spielraum, da sich das Gericht in der Praxis mit zahlreichen *subjektiven und objektiven Gründen*, die sich die Jahre hindurch in der Rechtsprechung gebildet haben, helfen kann. Jedoch ist nicht zu übersehen, dass das Gericht auch dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit folgen muss, da die Ausübung der elterlichen Fürsorge und der daraus hervorgehenden Verpflichtungen und Rechte vorrangig den Eltern, die diese gemäß dem *Autonomieprinzip* ausüben, zusteht. Eingriffe in die elterliche Fürsorge (z. B. Begrenzungen oder Entzug) müssen im Verhältnis stehen und gemäß dem *Prinzip der mildesten Maßnahme* sein. Bei der Auswahl der Maßnahme zum Schutz der Kindesinteressen sind zwei Einschränkungen zu berücksichtigen:

- a) es soll eine Maßnahme, mit welcher die Eltern möglichst wenig bei der Ausübung der elterlichen Fürsorge eingeschränkt werden, ausgesprochen werden, wenn damit die Kindesinteressen ausreichend geschützt werden können;
- b) es soll vor allem eine Maßnahme, mit welcher das Kind den Eltern nicht entzogen wird, ausgesprochen werden, wenn damit die Kindesinteressen ausreichend geschützt werden können (Artikel 156 FamG).

Die Gerichte haben sich bei den Gerichtsentscheidungen bei der Definierung des Inhalts des Rechtsstandards der Kindesinteressen auf verschiedene Gründe gestützt. Gewöhnlich berücksichtigen und verbinden sie bei den Entscheidungen mehrere Gründe.

Das Aufenthaltsumfeld hat eine Schlüsselbedeutung für die Weiterentwicklung des Kindes. Bereits in der Präambel der KRK steht geschrieben, dass die Familie die grundlegende Gesellschaftsgruppe und die natürliche Umwelt für die Entwicklung und den Wohlstand des Kindes darstellt und dass das Kind für die volle und stimmige Entwicklung seiner Persönlichkeit im familiären Umfeld, in einer Atmosphäre des Glücks, der Liebe und des Verständnisses aufwachsen muss. Der Aufenthalt des Kindes in einer unregelmäßigen heimischen Umwelt führt zur Verletzung der Kinder auf allen Funktionsebenen (Beziehungen, Emotionen, Tatkräftigkeit und Verhalten) (*UPRS Urteil I U 1619/2016*). *Das soziale und familiäre Umfeld*, das von den Verwandten, Mitschülern und Freunden des Kindes gebildet wird, hat eine Bedeutung für das Kind, da es die Entwicklung seiner sozialen Kompetenzen beeinflusst. Bei der Definierung des sozialen Umfelds des Kindes hat das Kindesalter eine Schlüsselbedeutung. Bei einem jüngeren Kind (z. B. 2 Jahre) ist sein soziales Umfeld vor allem das familiäre Umfeld (*VSL Beschluss IV Cp 793/2017*). Der Umzug eines Kindes von Slowenien nach England wurde vom Gericht als wichtiger Schritt für das Kind definiert, da es nicht nur zur Änderung der Schule käme, sondern sich durch den Umzug des Kindes sein gesamtes soziales Umfeld verändert würde (*VSL Beschluss IV Cp 2075/2017*). Die Änderung der Schulausbildung kann bei einem Kind emotionale Schwierigkeiten beziehungsweise Stress auslösen und sein Geborgenheitsgefühl erschüttern (*VSL Beschluss IV Cp 622/2017*).

Den Eltern wird die Möglichkeit gegeben, sich selbst zu verständigen. Können sich die Eltern nicht selbst verständigen, trotz der Hilfe des Zentrums für Sozialarbeit oder eines Mediators, entscheidet das Gericht, das diejenige Möglichkeit auswählen muss, für welche mehr Gründe sprechen. Diese können objektiv oder subjektiv sein, schließlich, wie bereits erwähnt, werden sie vom Kindesinteresse legitimiert. Das Gericht muss feststellen, bei welchem Elternteil das Kind die größte Unterstützung bei der Errichtung der Persönlichkeit haben wird (*Prinzip der Förderung der Kindesentwicklung*) sowie bei welchem der Eltern das Kind die größte Möglichkeit der Bewahrung des bestehenden Verhältnisses zur Außenwelt haben wird (*Prinzip der Kontinuität der Erziehung und Obhut*). Das Gericht muss also alle Umstände der Familiensituation, der Entwicklungsmöglichkeiten der Kinder bei jedem Elternteil, ihre Bedürfnisse und Wünsche berücksichtigen und gleichzeitig auch die Persönlichkeitseigenschaften der Eltern und ihre erzieherischen Fähigkeiten (*VSL Urteil IV Cp 321/2017*). Die Gerichtsgutachterin erstellte das Gutachten, dass die Mutter persönlichkeitsmäßig besser geeignet ist, als der Vater, dass sie besser ist in der Kommunikation, offen, gesellig, dynamisch, respektvoll, sie habe Mitgefühl, eine entsprechende emotionale Kontrolle und emotionale Stabilität. Im Unterschied zum beklagten sei die Klägerin von den Partnerschaftskonflikten distanzierter und belaste die Tochter nicht damit. Gleichzeitig sei sie kooperativer in den Vereinbarungen, was für die Zusammenarbeit der Eltern positiv sei (*VSL Urteil und Beschluss IV Cp 2000/2017*). Die Tatsache, dass die Mutter nicht zwischen den Interessen des Kindes und den eigenen Interessen unterscheidet und Eigenschaften besitzt, die zur Entfremdung des Kindes vom Vater führen, ist in einem anderen Fall der Grund für die Erteilung einer einstweiligen Verfügung über die Erziehung und die Obhut während des Verfahrens und die Zuteilung des Kindes dem Vater (*VSL Beschluss IV Cp 1103/2018*).

Die Persönlichkeitsbeurteilung der Mutter war nach Meinung des Gerichtsgutachters, der auch das Gericht folgte, günstiger, da die Mutter emotional stabiler, realer war und zweifellos mit größerer Leichtigkeit die Bedürfnisse des Kindes erkennen und realisieren konnte. Sie war in ihrem Handeln verantwortungsvoller, stellte die Bedürfnisse des Kindes vor die eigenen und verstand die Kindesinteressen auch so, dass sie auch den Vater in die Erziehung des Kindes einschloss (*VSL Urteil und Beschluss IV Cp 2000/2017*).

Das Gericht hat festgestellt, dass die Mutter im Unterschied zum Vater anspruchsvoller gegenüber der Tochter war und ihr Grenzen setzte, wobei sie die entsprechenden erzieherischen Handlungen angewandt hat und bei der Erziehung konsequent war (*VSL Urteil und Beschluss IV Cp 2000/2017*). Im anderen Fall aber hat das Gericht die *persönlichen Fähigkeiten* der Kindesmutter für die Ausübung der effektiven Fürsorge und Obhut des Kindes sowie das Erkennen seiner Bedürfnisse als ungeeignet beurteilt, da sie so waren, dass die Mutter die Bedürfnisse des Kindes nicht in einem solchen Maß erkannt hat, dass ihm das entsprechende Aufwachsen und die Entwicklung in der Ursprungsfamilie ermöglicht würde. Deshalb hat das Gericht bewertet, dass die Unterbringung des Kindes in einer Pflegefamilie im Kindesinteresse war (*UPRS Urteil II U 416/2015*).

Allein die *religiöse Zugehörigkeit* eines oder beider Eltern einer bestimmten religiösen Gemeinschaft kann nicht der nackte Grund für verschiedene Maßnahmen, mit denen die elterliche Fürsorge begrenzt oder entzogen wird, sein. Die religiöse Zugehörigkeit beziehungsweise die Zugehörigkeit einer spirituellen Bewegung kann einen unter verschiedenen Gründen darstellen. Erst, wenn festgestellt wird, dass das Genannte in Verbindung mit anderen rechtsrelevanten Umständen die Fähigkeit eines Elternteils zur Obhut und Erziehung bedingt und dem Kind auch schadet, kann das Gericht Maßnahmen aussprechen, mit denen die elterliche Fürsorge begrenzt oder gar entzogen wird. Eine Mutter wohnte nämlich in einer Wohnung zusammen mit anderen Mitgliedern einer spirituellen Gemeinschaft. In der Zeit des Umgangs wohnten dort auch zwei minderjährige Kinder und sie gingen auch zu den Treffen der Mitglieder der spirituellen Gemeinschaft. Die Gutachterin der klinischen Psychologie führte an, dass das Kind bei der psychologischen Untersuchung in einer schlimmen Not war, da es sich die ganze Zeit am Rande des Weinens befand und es sehr besorgt war. Es teilte der Gutachterin mit, dass es ihm nicht gefalle, da bei diesen Treffen viel Körperkontakt und Umarmungen stattfänden. Es wurde auch vom Leben im Paradies gesprochen. Bei den Treffen der spirituellen Gemeinschaft wurden auch Filme mit Gewaltinhalten, wie z. B. *Bless the Child*, angeschaut. Die Gutachterin führte auch an, dass die Paranoia-Ideen der Mutter dem Kind ein schweres Misstrauen in die Umwelt, das später zu *ernsthaften Schwierigkeiten in der geistigen Gesundheit des Kindes* führen, eingepflanzt werden (*VSL Urteil IV Cp 321/2017*).

Eines der Grundrechte des Kindes stellt auch das *Recht des Kindes auf Meinungsäußerung*, das in Artikel 12 KRK erfasst wird, dar. Die Vertragsstaaten müssen dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht auf die freie Meinungsäußerung in allen Sachen in Verbindung mit ihm gewährleisten. Die Gewichtung der geäußerten Meinungen ist gemäß dem Alter und der Reife des Kindes zu beurteilen. Das Kind muss insbesondere die Möglichkeit der Anhörung in jeglichem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren in Verbindung mit ihm haben, entweder unmittelbar, oder über einen Vertreter oder eine entsprechende Behörde, auf eine Art, die den prozessregeln der inneren Gesetzgebung entspricht. Das Prinzip der Kindesinteressen gebietet somit die aktive Einbindung des Kindes in die Planung seiner Aktivitäten und die Entscheidungen, die sich auf es beziehen (z. B. Zuteilung zur Obhut und Erziehung, Umgang ...). Das Recht auf Meinungsäußerung bedeutet noch nicht unbedingt das Entscheidungsrecht, was die höchste mögliche Stufe der Autonomie darstellt. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass das Entscheidungsrecht auch eine bestimmte Gefahr darstellt, das es auch das recht bedeutet, eigene Fehler zu machen (Basset, 2011: 412; mehr siehe Kraljić, 2016; Kraljić, 2018).

Bei der Beurteilung, was das Kindesinteresse ist, sind die momentanen, kurzfristigen, aber auch die langfristigen Interessen zu berücksichtigen. Als langfristiges Kindesinteresse definierte das Gericht die Fähigkeit des Elternteils, das minderjährige Kind zum selbständigen Leben zu befähigen und ihm eine solche Entwicklung zu gewährleisten, dass es sich in eine erfolgreiche und verantwortungsvolle Person entwickelt (*VSL Urteil IV Cp 1905/2017*).

Ausgehend von Artikel 4 Abs. 1 und 2 des Gesetzes gegen Gewalt in der Familie (in der Fortsetzung: GGF) (Uradni list RS, Nr. 16/2008; 68/2016; 54/2017–ZSV-H) genießt das Kind besonderen Schutz vor Gewalt. Das Kind ist auch Opfer von Gewalt, wenn es bei der Ausübung von Gewalt über andere Familienmitglieder anwesend ist oder in einem Umfeld lebt, wo Gewalt ausgeübt wird. Wegen des Alkoholgenußes der Mutter, weshalb es zur Gewalt in der Familie kam, stellte das Gericht die Vernachlässigung des Kindes und andere Handlungen, die nach dem GGF auch Elemente des Gewalt enthielten, fest. Deswegen war die Grundlage für die Maßnahme des Kindesentzugs gegeben (*UPRS Urteil I U 1619/2016*).

Die Lösung, dass ein Kind beim Großvater lebt, während der Vater – der Beklagte – in Zusammenarbeit mit dem Großvater die Bedürfnisse des Kindes befriedigt, ist nicht ideal, war aber nach Meinung des Gerichts in der gegebenen Situation im höchsten Kindesinteresse. Die Mutter des Kindes – die Klägerin – zog weg und überlies dem Kindesvater und dem Großvater, die von dann an täglich für die Befriedigung der Bedürfnisse des Kindes sorgen, die elterliche Verantwortung. Das Gericht kam zum Schluss, dass das Kind zu verletzlich sei, um in ein anderes Umfeld, z. B: die Pflegschaft, eine Anstalt verlegt oder einer dritten Person zugeteilt zu werden (*VSL Urteil IV Cp 2127/2017*). Im Fall des Getrenntlebens der Eltern hat auch die Verbundenheit und die Fortsetzung der Beziehungen zwischen Geschwistern eine Schlüsselbedeutung. Die Trennung von Geschwistern ist keine ideale Lösung, aber dabei ist nicht nur zu beurteilen, was im höchsten Interesse beider Kinder ist, sondern was die höchsten Interessen jedes der Kinder gesondert sind. Obwohl zwei Schwestern jeweils einem Elternteil zugeteilt wurden, sind sie immer noch miteinander verbunden. Das Gericht hat dabei den Umgang so festgelegt, dass die Mädchen jedes Wochenende zusammenwaren und auch zusammen einen Reit-Kurs besuchten (*VSL Urteil IV Cp 1905/2017*).

Der Genuss von Alkohol, Drogen oder anderen Substanzen, welche die Fähigkeit der Eltern, für das Kind und seine Interessen zu sorgen, beeinträchtigen, wird von den Gerichten häufig als wichtiger Umstand in Streitigkeiten um die Zuteilung des Kindes zur Obhut und Erziehung, der Regelung des Umgangs des Kindes mit dem Elternteil, bei dem es nicht lebt, wie auch in Verfahren hinsichtlich des Entzugs der elterlichen Fürsorge und anderen Maßnahmen zum Schutz des Kindes berücksichtigt. Dass die Familie mit dem übermäßigen Alkoholenuss der Mutter, weswegen diese zeitweilig auch aggressiv ist, konfrontiert ist und der Vater dabei passiv war, wurde als Grund für die Entnahme der Kinder aus der Familie definiert. Das Zentrum für Sozialarbeit bot der Familie verschiedene Formen der Hilfe an. Die Mutter war sogar in ambulanter und Krankenhaus-Behandlung wegen der Alkoholsucht, jedoch kam es dann zum Rückfall und sie konnte den Alkoholenuss immer noch nicht stoppen. Deswegen wurden die Kinder in Pflegschaft gegeben (*UPRS Urteil I U 1619/2016*).

Die geistige Instabilität der Eltern beeinflusst nämlich den Persönlichkeitszustand und die Charaktereigenschaften der Eltern, was bei der Konkretisierung des Inhalts des Begriffs des Kindesinteresses zum Ausdruck kommt. Als solche Zustände haben die Gerichte zum Beispiel die geistige Störung des

Schizophrenie-Zyklus, der dauerhaft und chronisch war und es folglich der Mutter unmöglich machte, für das minderjährige Kind zu sorgen, definiert. Das Gericht fuhr fort, dass die Gerichtsgutachterin das Gutachten erstellte, die Mutter sei tatsächlich nicht fähig, für sich selbst zu sorgen, und sie benötige die »Nähe« des Kindes mehr wegen sich selbst, die Mutter habe keine »gesunde Symbiose«, weshalb sie dem Kind schwer zu empfehlen sei (UPRS *Urteil IV U 263/2014*).

6 Schlussgedanken

Die Vielfalt der Umstände, die von den Gerichten in der Rechtsprechung berücksichtigt werden, um den Rechtsstandard der Kindesinteressen in jedem Einzelfall auszufüllen, kann positiv beurteilt werden. Das Gericht muss sich zuerst bemühen, alle relevanten Umstände jedes Einzelfalls zu suchen, sowohl auf Seiten des Kindes (z. B. Kindesalter, Kindeswünsche, Anbindung ...), als auch auf Seiten der Eltern (z. B. Eignung, bisherige Sorge für das Kind, Präsenz familiärer Gewalt, ...). Dann muss es diese Umstände untersuchen, wobei ihm auch das Zentrum für Sozialarbeit und auch Gerichtsgutachter helfen können. Schließlich muss das Gericht die Entscheidung, die sowohl im Moment der Fällung, als auch langfristig im Kindesinteresse sein muss, treffen. Ist das Kind alt genug und fähig, zu verstehen, muss ihm gewährleistet werden, auch seine Meinung zu äußern. Das Gericht muss bei der Beurteilung der Kindesinteressen besonders sorgfältig sein, da falsche Entscheidungen beim Kind zu Schäden führen können.

Rechtsquellen

Deklaracija o otrokovih pravicah – Generalna skupščina Združenih narodov (Erklärung der Rechte des Kindes – Generalversammlung der Vereinten Nationen – auch UN-Kinderrechtskonvention) vom 20. November 1959. Resolution Nr. 1386 (XIV).

Družinski zakonik (Familiengesetzbuch): Uradni list RS, Nr. 15/2017; 21/2018-ZN Org. Konvencija o odpravi vseh oblik diskriminacije žensk (Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (auch Frauenrechtskonvention): Uradni list RS – MP, Nr. 9/1992; 9/1993; 5/1999; 9/2008; 13/2011; 9/2013; 5/2017.

Konvencija o otrokovih pravicah (Konvention über die Rechte des Kindes): Uradni list SFRJ-MP, Nr. 15/1990.

Listina Evropske unije o temeljnih pravicah (Charta der Grundrechte der Europäischen Union): *OJ C 326, 26.10.2012, S. 391–407.*

Zakon o preprečevanju nasilja v družini (Gesetz gegen familiäre Gewalt): Uradni list RS, Nr. 16/2008; 68/2016; 54/2017– ZSV-H.

Rechtsprechung

- UPRS Urteil I U 1619/2016 (ECLI:SI:UPRS:2017:I.U.1619.2016), 10. Januar 2017.
 UPRS Urteil II U 416/2015 (ECLI:SI:UPRS:2016:II.U.416.2015), 23. November 2015.
 UPRS Urteil IV U 263/2014 (ECLI:SI:UPRS:2015:IV.U.263.2014), 3. Februar 2015.
 VSL Beschluss IV Cp 1103/2018 (ECLI:SI:VSLJ:2018:IV.CP.1103.2018), 14. Juni 2018.
 VSL Beschluss IV Cp 2075/2017 (ECLI:SI:VSLJ:2017:IV.CP.2075.2017), 12. Oktober 2017
 VSL Beschluss IV Cp 622/2017 (ECLI:SI:VSLJ:2017:IV.CP.622.2017), 22. März 2017.
 VSL Beschluss IV Cp 793/2017 (ECLI:SI:VSLJ:2017:IV.CP.793.2017), 6. April 2017.
 VSL Urteil und Beschluss IV Cp 2000/2017 (ECLI:SI:VSLJ:2017:IV.CP.2000.2017), 16. November 2017.
 VSL Urteil IV Cp 1905/2017 (ECLI:SI:VSLJ:2017:IV.CP.1905.2017), 22. November 2017.
 VSL Urteil IV Cp 2127/2017 (ECLI:SI:VSLJ:2017:IV.CP.2127.2017), 4. Oktober 2010.
 VSL Urteil IV Cp 321/2017 (ECLI:SI:VSLJ:2017:IV.CP.321.2017), 6. April 2017.
 VSL Urteil IV Cp 3405/2005 (ECLI:SI:VSLJ:2005:IV.CP.3405.2005), 13. Juli 2005.

Referenzen

- Basset, U. (2011) The Changing Standard of the »Best Interests of the Child« and its Impact on the Exercise of Parenting and on Children, *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, 2, pp. 407-436.
- Keller, H. (2016) Article 8 in the system of the convention, In: Böhler, A. & Keller, H. *Family Forms and Parenthood – Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe* (Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia).
- Kraljić, S. (2016) 12. člen KOP - pravica otroka do svobodnega izražanja v sodnih in upravnih postopkih, *Pravosodni bilten*, 37(1), pp. 11-30.
- Kraljić, S. (2018) Berücksichtigung der Meinung des Kindes : ein Einblick in das neue Familiengesetzbuch und in die aktuelle slowenische Rechtsprechung, In: Ünver, Y. (ur.), Kraljić, S. (eds.) *Çocuk hakları = Kinderrechte in der Rechtsvergleichung = Children's rights in comparative law*, VI. Türkiye-Slovenya karşılaştırmalı hukuk sempozyumu, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ljubljana Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Maribor Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1 Ekim 2017 = VI. Türkisch-Slowenisches Rechtsvergleichendes Symposium, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Özyeğin, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Ljubljana, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Maribor, 1. Oktober 2017 = VI. Turkish-Slovenia Comparative Law Symposium, Özyeğin University Faculty of Law, Ljubljana University Faculty of Law, Maribor University Faculty of Law, 1. October 2017 (Ankara: Seçkin, Hukuk), pp. 13-40.
- Krappmann, L. (2013) Das Kindeswohl im Spiegel der UN-Kinderrechtskonvention, *EthikJournal*, 1(2), pp. 1-17, available at: https://www.ethikjournal.de/fileadmin/user_upload/ethikjournal/Texte_Ausgabe_2_10-2013/Krappmann_Kindeswohl_UN-Kinderrechtskonvention_EthikJournal_1_2013_2.pdf (December 14, 2018).

United Nations - Committee on the Rights of the Children (2003) *General Comment No. 5 - General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child* (arts. 4, 42 and 44, para. 6).

United Nations - Committee on the Rights of the Children (2013) *General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), available at: https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_EN_G.pdf (December 30, 2018).

The Right to Be Forgotten as a Part of Personal Data Privacy

ÖZLEM YENERER ÇAKMUT & ZEHRA BAŞER DOĞAN

Abstract With developing technologies and the widespread use of the internet, the internet and social media have entered into every aspect of our lives. This causes a lot of data to be stored and leaves people's traces on the internet. Particularly in discussion portals, blogs and other circles, a number of information and documents are accessible to an indefinite number of internet users by commenting or by recording photographs, texts, sounds or images. The removal of these traces left on the social media is very difficult to erase. Because the sharing of a link or directly related data can be also published on other websites, this information can be made available from different web sites in a very short time. With a simple copy and paste operation, the person sharing the data may not be able to track where this data is shared very quickly and easily. In this way, as the data become available globally, transboundary problems can occur. The uncertainty of the law to be applied in this case makes it difficult for people to claim rights.

Keywords: • right to be forgotten • personal data • right of privacy
• freedom of opinion and press • human dignity •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Özlem Yenerer Çakmut, Phd, Professor, Lecturer, Chair of Criminal Law and Criminal Procedure Law, Özyeğin University, Faculty of Law, Çekmeköy Campus, Nişantepe District, Orman Street, 34794 Çekmeköy – İstanbul, Turkey, e-mail: ozlem.cakmut@ozyegin.edu.tr. Zehra Başer Doğan, Research Assistant, Chair of Criminal Law and Criminal Procedure Law, Özyeğin University, Faculty of Law, Çekmeköy Campus, Nişantepe District, Orman Street, 34794 Çekmeköy – İstanbul, Turkey, e-mail: zehra.dogan@ozyegin.edu.tr.

1 Introduction

With developing technologies and the widespread use of the internet, the internet and social media have entered into every aspect of our lives. This causes a lot of data to be stored and leaves people's traces on the internet. The removal of these traces left on the social media is very difficult to erase. Nevertheless, people may want “to be forgotten” and that these data will be destroyed after a certain time has passed.

The right to be forgotten is the right to demand the remove of access or not to be brought to the agenda of information about a person that has been disseminated in accordance with the law in the past. This right protects human dignity and privacy as well as the right to self-determination and protection of personal data. According to Article 3 of the Protection of Personal Data Code, personal data refers to any kind of information relating to the identity or the identifiable real person.

The concept of right to be forgotten was first used by Viktor Mayer-Schönberger (Haas, n.d: 3; Schönberger 2012: 9-11), an Austrian lawyer who claimed that there should be an expiration date for the automatic deletion of personal data. In 2011 this recommendation was discussed and drafted by the European Commission in the context of the reform of personal data regulations. The ruling of the Court of Justice of the European Union of 2014, which accepted an obligation to control of the search engine company Google due to the right to be forgotten, the right to be forgotten has come to the fore. However, the right to be forgotten, which has been extensively regulated in the draft, was taken out from the draft in 2013 and only the deletion of the data was arranged. This right, which entered into force on 24 May 2016 and can be applied directly to the EU member states on 25 May 2018, is regulated in Article 17 of the Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation, OJ L 119, 4.5.2016; cor. OJ L 127, 23.5.2018).

The right to be forgotten in Turkey is not explicitly regulated. In addition, Article 17 of the EU General Data Protection Regulation will not be directly binding to the Republic of Turkey as a non-member state. However, indirectly, it will have

an impact in the context of rights and obligations. On the other hand, the Law on the Protection of Personal Data (no. 6698), has general regulations that make it possible to use the right to be forgotten. The right to be forgotten in many European countries and the United States is also covered by data protection legislation. It has been arranged that the personal data shall be deleted, destroyed or anonymized by the Data Officer upon request of the personal data in the event that the reasons which are required to be processed are left in spite of being processed in accordance with the provisions of the Law on the Protection of Personal data and other related laws. In addition to the Law on the Protection of Personal Data, the Law on the Arrangement of Publications Made on the Internet and the Combating Against Crimes Committed Through These Publications also includes regulations on the deletion of personal data. However, in comparison to the Law on the Protection of Personal Data the scope of application is narrower because in the context of these regulations, violations of the personal rights or the private life of the individuals is assumed.

The right to be forgotten can conflict with some interests, such as freedom of the press and freedom of opinion, and has a great importance in terms of the right to determine one's own future. Therefore, this right should not be absolutely guaranteed. Benefits must be balanced according to the characteristics of the concrete case.

2 The Concept of Personal Data

According to Art. 2 of the Convention No. 108 for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data of which Turkey is a party, “*personal data means any information relating to an identified or identifiable individual*”.

As per to the Art. 3 of the Law on the Protection of Personal Data (hereinafter: PDPL) (from 7.4.2016, with the law number 6698 and the official journal number 29677) in the sense of Turkish Law, personal data refers to *any kind of information relating to the identity of the individual or of the identifiable real person*.

According to another definition made in the doctrine, personal data is any kind of information that shows the individual's personal, professional and family characteristics and is suitable for distinguishing the individual from the other individuals and revealing their qualities.

The data should carry a concrete content that reveals the physical, economic, cultural, social or psychological identity of the person or it should be associated with any record such as ID, tax, insurance number.

In this context, information such as race, political opinion, philosophical beliefs, religion, sect or other beliefs, membership in a trade union, foundation or association, medical records, social club memberships, convictions, school records, pedigree information, registers of persons, supported teams, legal or illegal organizations or institutions and establishments that they support or dislike, read newspapers, credit card information, expenditure records made come into consideration.

Data of individuals with respect to race, ethnicity, political thought, philosophical belief, religion, sect or other beliefs, costume and clothing, association, foundation or trade union membership, health, sexual life, criminal conviction and security measures and biometric and genetic data are special personal data (Art. 6(1) PDPL).

3 The Concept of Privacy of Personal Data

The "*right to be forgotten*" as a human right is not specifically regulated in the Turkish Constitution (with the law number 2709 and the official journal number 17863). However in Art 20/1 s. 1 of the Constitution the secrecy of private life is guaranteed. As per this regulation *everyone has the right to ask for respect for her/his private and family life*.

With an amendment made in 2010, a new regulation on the protection of personal data in the third paragraph of the same article has been introduced (Gürel, 2018: 55). According to this arrangement, everyone has the right to ask for the protection of personal data about him- or herself. This right includes the right of the individual to demand of being informed about his or her own personal data, of accessing these data, requesting correction or deletion of them, and finding out if it has been used for its purposes. Personal data may only be processed in the cases mentioned in the law or with the consent of the person concerned. The principles and procedures for the protection of personal data are regulated by law.

Violation of private secrecy is a criminal offence under Art 134 of the Turkish Criminal Code (from 12.10.2004 with the law number 5237 and the official journal number 25611). Accordingly, those who violate the privacy of persons are punished with imprisonment from one year up to three years.

4 The Concept of Right to be Forgotten

The right to be forgotten is a request for people to remove information about themselves from access.

The information requested to be removed from access is the information that has been obtained and publicized in an appropriate and lawful manner about the person. In this context the consent of the person concerned is given or no consent is required. However, the thing that one wants and expects to be realized based on the right to be forgotten, is that the past is not brought to the agenda. Therefore, we can define the right to be forgotten as a right to demand the remove of access or not to be brought to the agenda of information about a person that has been disseminated in accordance with the law in the past (Sözüer, 2017: 7-8).

The legal values protected by the right to be forgotten are in particular human dignity, the right to freely develop personality, the right to privacy / secrecy of private life, the autonomy of the individual, the liberation from stigmatization, the right of shaping of the future by erasing the past, with other words, the right to be able to determine his/her own future and of his/her own information; this values are closely related to the right to demand protection of personal data (Sözüer, 2017: 9-14, 50 f.).

There are two elements of the right to be forgotten (Sözüer, 2017: 42-48):

- 1) information element,
- 2) time element.

Information element: It should be right and spread in accordance with the law at the beginning.

Time element: The more time passes over the sharing of information, the more personal interests come to the fore and overcome social benefits. As time passes, the social prejudice of knowledge is reduced, and the personal interest in private life begins to outweigh the benefits. In other words, information spreading in line with the right and law loses its social significance and its update over time.

The right to be forgotten is not an absolute right. Therefore, if the right to be forgotten conflicts with other rights, the right can be limited after to a consideration of interests. Freedom of expression and, in a more specific sense, freedom of the press is at the head of the most important right colliding with the right to be forgotten.

When we talk about the right to be forgotten, we have to explain the concept of the right to forget. Both are different concepts. The right to forget can be described as forgetting historic injustices (Weber & Heinrich, 2014: 2). The right to be forgotten, as described here, defines the right of the individual (individual right) to erase the personal data on the internet in such a way that third parties can not follow it, while the revitalization historic incidents requires actively "forgetting" (Weber & Heinrich, 2014: 2). There is a conflict of interests between the right to privacy and the seeking of transparency, and that's why this is controversial (Weber & Heinrich, 2014: 3).

5 Colliding Interests with the Right to Erase Data in the Context of the Right to be Forgotten

There are different conflicting interests in the recording and deletion of personal data. The interest of the concerned person in the protection of the right of personality must be in particular compatible with the commercial interests of the search engine operators or the interests of other internet companies, the freedom of opinion/expression of the authors and the press (Culik & Döpke, 2016: 3).

In particular, it is not possible to establish a hierarchical link between freedom of expression and private secrecy, but they both have the risk of limiting each other. In this sense, the ECHR is trying to establish a balance between these rights by making a systematic assessment in its decisions (Ocak, 2018: 509).

6 National and International Regulations

6.1 Situation in Turkish Law

6.1.1 Law on the Protection of Personal Data

With the Law on the Protection of Personal Data (No. 6698), published in the Official Gazette No. 29677 dated 7.4.2016, it was aimed to obtain a reliable country status in terms of data protection in the EU countries and it was envisaged to establish an independent and autonomous Data Protection Authority (Akıncı, 2017: 24).

In Article 7 of the Law on the Protection of Personal Data, the deletion, destruction or anonymization of personal data is regulated. According to Article 7/1, personal data shall be deleted, destroyed or anonymized by the Data Officer on the request of the person concerned or ex officio, provided that the reason for the processing is no more fulfilled despite the fact that it has been processed in accordance with the provisions of this Law and other relevant laws. In accordance with Art. 2, the provisions of other laws relating to the deletion, destruction or the anonymization of personal data are reserved. As per Art. 7/3, the procedures and principles regarding the deletion, destruction or anonymization of personal data shall be regulated by regulation.

According to Art 11/1-e) everyone has the right to ask for the deletion or destruction of personal data by applying for data responsibility within the framework of the conditions provided for in Article 7.

As per Art. 17/2 of the PDPL, those who do not delete or anonymize personal data contrary to the provisions of Article 7, will be punished according to Article 138 of the Turkish Penal Code numbered 5237. Art. 138/1 of the TCC regulates that, up to three years' imprisonment is imposed on a person who is obligated to destroy the data within the system despite the expiration of the period of time specified by the law.

6.1.2 Law on the Arrangement of Publications Made on the Internet and the Combating Against Crimes Committed Through These Publications

The Law on the Arrangement of Publications Made on the Internet and the Combating Against Crimes Committed Through These Publications numbered 5651 have regulations on the removal and blocking of the content in terms of the data on the internet. In accordance with Article 9/1 with the title of "*Remove of content and prohibition of access*", real and legal persons, institutions and establishments claiming that their personal rights are infringed due to the content published on the internet can both ask the content provider - in case they cannot reach him/her – the hosting provider to remove the content by warning method, and appeal directly to the criminal court to prohibit the access to the content.

In Article 9/A of the same Law, the blocking of access to content because of the secrecy of private life is regulated. Pursuant to paragraph 1, persons claiming violation of the privacy/secrecy of private life due to the contents of the publication made in the internet environment may request application of the measure to prevent access to the contents by applying directly to the Authority.

6.1.3 Judicial Records Code

The procedures and principles for the collection, classification, evaluation, preservation and notification of the information concerning the conclusive conviction and security measures in the most rapid and healthy manner by using an automatic system are determined by the Judicial Records Law (from 1.6.2005 no. 5352, official journal number: 25832) Art. 1.

In Article 12 entitled "*Deletion of judicial register and archive information*" the deletion of the archive information under certain conditions is foreseen.

The fact that this information is registered in the record can have an adverse effect on the person concerned especially in business life. Although the records in question here are different from the data that everyone can easily access on the internet, similar interests are concerned. Then the right to be forgotten is based on the 1970s French and Italian law. According to this, the records of those who had served the sentence for a committed crime were forgotten and they were allowed to open a new page in their lives (Laçin, 2014: 395-396).

6.2 Situation in Comparative Law

As regards the concept of "personal data" in international documents, there is a consensus that only real persons may have personal data.

6.2.1 Germany

The Constitutional Court's partial cancellation of the law after the debate over the need to answer 160 questions in Germany (in the 1970s when the law was enacted) that was considered a violation of the Constitution, has been instrumental in the accurement and development of the concept of personal data (Decision of the Federal Constitutional Court, date: 15.12.1983, no. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>, (Last accessed: 26.6.2018)). The right to determine the future of data allows the individual to freely develop his/her personality and freely participate in the social order without fear. According to the German Constitutional Court, a social order in which individuals can not personally determine who can know about them is not compatible with the right to determine the future of the data. If an individual considers that some behavior that is not appropriate for the general population is to be recorded as a personal data, the individual may choose to abandon those freely carried out behaviors in order not to attract attention to the society. This negatively affects the right of individuals to develop themselves freely and the public interest. Then the right to determine the future of the data is a precondition in a democratic and free government where citizens live in harmony.

The German Federal Data Protection Act which refers to the General Data Protection Regulation regulates in Art. 35/1 entitled "Right to erasure", the right to delete data. Accordingly, "*if in the case of non-automated data processing erasure would be impossible or would involve a disproportionate effort due to the specific mode of storage and if the data subject's interest in erasure can be regarded as minimal, the data subject shall not have the right to erasure and the controller shall not be obligated to erase personal data in accordance with Article 17 (1) of Regulation (EU) 2016/679 in addition to the exceptions given in Article 17 (3) of Regulation (EU) 2016/679. In this case, restriction of processing in accordance with Article 18 of Regulation (EU) 2016/679 shall apply in place of erasure. The first and second sentences shall not apply if the personal data were processed unlawfully.*"

6.2.2 Swiss

There is no "right to be forgotten" which is clearly regulated in Switzerland (Weber & Heinrich, 2014: 13). However, in the 28th Paragraph of the Swiss Civil Code, there is a right of personality regulation. Accordingly, if anyone's right to personality is violated, he or she may apply to the court to protect himself against anyone who is influential in the violation. According to this regulation, a violation is unlawful if there is no consent as justification, no overriding individual interest or public interest or no other legal reason.

In the Swiss Press Council Directives (Pflichten der Journalistinnen und Journalisten,

https://presserat.ch/wpcontent/uploads/2017/08/Meilensteine_d-1.pdf, (Last accessed: 14.5.2018)) a "right to be forgotten" is regulated in Art. 7.5. Here, it is explained that those who have been convicted for a crime have a right to be forgotten, which is foreseen as non-absolute right. In other words, the press has the right to not take this right into account if there is a greater public interest and the principle of proportionality is ensured. This may be the case, for example, if there is a link between an old event and the current social or professional activities of the person.

Furthermore, under the title "*known offender*" it is regulated that the press may report on the private life of the most famous pedophile offender in Switzerland, even after 15 years after his conviction, because he is to be regarded as a person of public law because of his actions.

6.2.3 United States of America

In the United States, there is serious doubt about the recognition of a new human right, such as the right to be forgotten, because freedom of opinion/expression is protected in a wide manner

(Aaron Mink). In the American legal tradition, freedom of expression and press is protected in a comprehensive manner, and there are few limitations on the sharing of data in this context (Küveli, 2016: 232). In the United States, a hierarchical relationship between freedom of expression and privacy is assumed, and consequently freedom of expression is regarded as a superior right (Bennet, 2012: 160-195).

There is no specific regulation on the right to be forgotten. In addition, there is no single, comprehensive (federal) national law governing the collection and use of personal data in the United States. But instead, there is a system of federal and state laws and regulations that partially overlap and partly contradict each other (Bennet, 2012: 168-169). In addition, there are self-regulatory guidelines and guidelines that are recognized as "best practices" by government agencies and industry groups (which do not have the force of law) (Jolly, 2018).

7 Status in Contracts

7.1 European Convention on Human Rights and Universal Declaration of Human Rights

As per the Art. 8/1 of the European Convention on Human Rights (from 4.11.1950 (hereinafter: ECHR) (which Turkey confirmed on 10.3.1954, law no. 6366, official journal number 8662): "*Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.*" The ECHR seeks to determine the concept of private life by evaluating it according to every concrete case, due to the difficulties of making a generally valid definition (Çelik, 2017: 390). The ECHR ruled that personal data were included in the person's private life and that the alleged violation of the right to protect personal data was considered under Article 8 of the ECHR (Elmalica, 2016: 1609). Art. 12 of the Universal Declaration of Human Rights guarantees also the private life of the individual.

7.2 General Data Protection Regulation - EU 2016/679

The right to be forgotten is in the General Data Protection Regulations, which went into effect on May 25, 2018 and replaces the Data Protection Directive of 1995, clearly stated. The scope of the Regulation is broader than previous regulations (Laçin, 2014: 400). Although the notion of "right to be forgotten" has been introduced for the first time in the Regulation, it is a right of deletion that already existed before (Körner, 2017: 14).

Art. 17/1 of the GDPR with the title “*Right to erasure (‘right to be forgotten’)*” is as following:

“1. The data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay and the controller shall have the obligation to erase personal data without undue delay where one of the following grounds applies:

(a) the personal data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed;

(b) the data subject withdraws consent on which the processing is based according to point (a) of Article 6(1), or point (a) of Article 9(2), and where there is no other legal ground for the processing;

(c) the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(1) and there are no overriding legitimate grounds for the processing, or the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(2);

(d) the personal data have been unlawfully processed;

(e) the personal data have to be erased for compliance with a legal obligation in Union or Member State law to which the controller is subject;

(f) the personal data have been collected in relation to the offer of information society services referred to in Article 8(1).

2. Where the controller has made the personal data public and is obliged pursuant to paragraph 1 to erase the personal data, the controller, taking account of available technology and the cost of implementation, shall take reasonable steps, including technical measures, to inform controllers which are processing the personal data that the data subject has requested the erasure by such controllers of any links to, or copy or replication of, those personal data.”

The right to be forgotten is not regulated as an absolute right. There are also exceptions to the right to be forgotten in the rest of the regulation.

“3. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to the extent that processing is necessary:

(a) for exercising the right of freedom of expression and information;

(b) for compliance with a legal obligation which requires processing by Union or Member State law to which the controller is subject or for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller;

(c) for reasons of public interest in the area of public health in accordance with points (b) and (i) of Article 9(2) as well as Article 9(3);
(d) for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes in accordance with Article 89(1) in so far as the right referred to in paragraph 1 is likely to render impossible or seriously impair the achievement of the objectives of that processing; or
(e) for the establishment, exercise or defence of legal claims.”

As can be understood from the wording of the regulation, the right to be forgotten is not a right specific to the internet domain and basically it is a right that must be applied in all data processing (Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, 2016: 1-2).

8 Judicial Decisions

8.1 National Judicial Decisions

Following judicial decisions of Turkish courts relate to the right to be forgotten:

The dispute; it is related to determining whether the offense of giving or capturing of personal data in an unlawfully way is fixed in the concrete case. The defendant, who is a civil servant took the birth certificate from the workplace of the participant – who is a midwife working on the same workplace as the defendant’s wife - and presented it to the health director as appendix to their complaint. The fact that the birth certificate belonging to the participant is personal data and that the defendant was able to know that the removal of the document was unlawful and also the circumstance that he made the information on the document accessible to others without the consent of the midwife show that the crime of acquiring and disseminating personal data unlawfully is fulfilled in accordance with Art. 136 TCC. Even assuming that there was a mistake about transmitting a birth certificate as evidence was not an injustice, the defendant - who has been a civil servant for some time and whose wife, as a mother and health care worker, who knows how to get birth certificates – should know that he may not forward information about another person without their consent. For that reason, there cannot be talk of an inevitable mistake (Supreme Court Assembly of Criminal Chambers, ref. no 2012/12-1514, decision no. 2014/312, notification no. 10.6.2014, <http://www.kazanci.com>, (last accessed: 26.6.2018).

The Supreme Court first dealt with the concept of "the right to be forgotten" in a decision dated 17.6.2015 (Supreme Court Assembly of Civil Chambers, ref. no. 2014/4-56, decision no. 2015/1679, notification no. 17.6.2015, <http://www.kazanci.com>, (Last accessed: 26.6.2018)). In the case based on the verdict, the name of the complainant, who had been a victim of sexual crime, and the name of the convicted defendant of this sexual crime, appeared in a book published in April 2010 without a nickname. The Supreme Court recognized that the name mentioned in a book without the consent of the complainant is personal data. Even though the definition of the right to be forgotten, the nature of this right, and the relation of it to human rights comprises only digital data, it embraces also personal data held in the place where it can easily be reached. In other words the right to be forgotten does not only apply to personal data in the digital environment. The complainant wants the bad memory of the past to be erased from the memory of society. In other words, she wants to open a new page in her life... The complainant wishes that the personal data concerning her private life are not known by third persons because of the right to be forgotten, and that it is deleted from the memory of the society due to the time spent there. When evaluated in this context; if an incident that occurred 4 years ago is clearly written in the name of the victim, this can be regarded as a violation of the privacy of the complainant's private life. It is therefore necessary to accept that the circumstances of compensation for the complainant have been fulfilled in consideration of the fact that the right to be forgotten and consequently the secrecy of her private life has been violated in the book without (Supreme Court Assembly of Civil Chambers, ref. no. 2014/4-56, decision no. 2015/1679, notification no. 17.6.2015, <http://www.kazanci.com>, (Last accessed: 26.6.2018)).

The accused opened a Facebook account on the internet with the name of the participant and communicated the photos and the telephone number of the participant. Then he forwarded his own calls to the participant. As a result, people who called the defendant came into contact with the participant. This represents a disruption of peace and calm of people and the unlawful disclosure of personal information (Supreme Court 12. Criminal Department, ref. No. 2014/5129, decision no. 2014/18850, notification no. 29.9.2014, <http://www.kazanci.com>, (Last accessed: 26.6.2018)).

In another case, the accused copied the photos of the participants from his Facebook account, which is accessible to all, and published it on the own Facebook account without the consent of the participant. The photo could not

be found. No photo could be found, which led to a violation of his private law due to constant persecution of the participant by the defendant. For this reason the conditions of Art. 136 PDPL are not fulfilled. In addition, there is no unlawful acquisition and disclosure of personal data, because the photos on the account of the participant are accessible to everyone. Therefore, the defendant is to be acquitted (Supreme Court 12. Criminal Department, ref. No. 2014/4081, decision no. 2014/19490, notification no. 13.10.2014, <http://www.kazanci.com>, (Last accessed: 17.1.2017)).

The Constitutional Court, in its decision dated 1.3.2017 numbered 2014/17143 (Official Gazette 22.3.2017 – 30015, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/03/20170322-36.pdf>, (Last accessed: 6.5.2018)), was related to announcements from 1999 on a national internet magazine archive about the criminal case regarding the applicant's allegation of drug use and the punitive fine he received as a result of his prosecution. Due to the continuation of the publication, in accordance with Article 9/A of the Law on the Arrangement of Publications Made on the Internet and the Combating Against Crimes Committed Through These Publications (no. 5651 dated 4.5.2007), the applicant appealed to the court on 11.7.2014 but the request of the applicant was rejected. The applicant, who did not assert that the relevant article was contrary to the truth, alleged that the continuation of the publication of the news and the rejection of the request for denial of access to the publication was contrary to the Articles 12, 17, 20, 25, 26, 27 and 32 of the Constitution, for this reason he applied to the Constitutional Court. At the same time, he argued that honor and reputation were also damaged by this news. The Constitutional Court referred to the decision of the Supreme Court Assembly of Civil Chambers dated 17.6.2015 and numbered 2014 / 4-56, K. 2015/1679. According to this, the right to be forgotten, and the storage and retention of personal data for the shortest amount of time required by it, are in fact the roots of the right to the protection of personal data. It is on the basis of both rights that the individual can freely save on his / her personal data, make plans for the future without any obstacles of the past, and prevent personal data from being used against the individual. With the right to be forgotten, it is prevented that events in the past, which have been deliberately caused by himself/herself or by a third party, from having a negative impact on the future. The right to be forgotten requires that as long as there is no superior public good, the past negative events in digital memory may be forgotten after a while (Official Gazette

22/3/2017 – 30015,
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/03/20170322-36.pdf>, (Last
accessed: 6.5.2018)). The applicant has applied to the Constitutional Court
(application no. 2013/5653, notification no. 3.3.2016). It has been decided that
the right to protect the honor and reputation guaranteed by 17/1 is violated.

8.2 International Judicial Decisions

The famous *Hannover vs. Germany* decision of the European Court of Human Rights from 24.6.2004 (app. Nr. 59320/00) is about photographs of the applicant. In the concrete case which is subject of the decision, journalist/paparazzi constantly follows the Monaco Princess Caroline, takes a photograph of every moment, such as traveling with her children, shopping, and uses these photographs in magazine news. After the applicant's complaint the German courts had investigated the case. The court has decided that Caroline of Monaco as a member of the royal family was a public figure. The Court has reached the conclusion that the photographing of a public person in public domain does not constitute a violation of secrecy of private life. The case was decided by the Constitutional Court after a constitutional complaint of the applicant. According to the Court, the applicant must have a legitimate expectation of respect for his private life, even if he is known to the public. Hence, in the upcoming case the applicant's activity has the aim of meeting the curiosity of magazines without carrying a public interest in the use of photographs and magazine news of every moment in this way. As a result, the Court reasoned that there had been a violation of Article 8 of the ECHR.

The *Amann v. Swiss* decision from 16.2.2000 (application number: 27798/95) deals with the storage of the information that the complainant has *relations with the Russian Embassy*. In this case, the complainant seeks the deletion of the files, which at first by the person responsible on the grounds of storage for *security reasons* was rejected. This was considered by the ECHR as a violation of Art. 8 of the Convention.

In the *Perry vs. United Kingdom* decision (Application no. 63737/00), it was stated that routine camera recordings at the police headquarters are a common practice, but that changes in the settings and photomontage of these records constituted an unlawful intervention in law because of a lack of an adequate legal basis for such interference (<http://www.legal-tools.org/doc/15821e/pdf/>, (Last accessed: 6.7.2018)).

Another decision is related to the fact that the records of the applicant carrying the HIV virus are kept open to the access of other hospital staff, except for health personnel, who are in charge of the relevant unit. Following this application, the hospital administration has restricted access to these records only to the relevant department. However, the Court finds that the related measure constitutes a delayed measure and that the statutory regulations in the Finnish legislation do not provide adequate assurance (in the context of Article 8 of the ECHR) to compensate for possible damages due to the disclosure of personal data of persons and that the state fails to provide a positive obligation for the protection of personal data. The Court therefore held that there had been a violation of Article 8 of the ECHR.

The famous Google decision of the ECJ (*C-131/12, C-131/12* dated 13.5.2014) is based on the following fact: Mr. Costeja González, a Spanish national resident in Spain, lodged with the Agencia Española de Protección de Datos a complaint against the magazine *La Vanguardia Ediciones SL*, which publishes a daily newspaper with a large circulation and also against Google Spain and Google Inc. *“The complaint was based on the fact that, when an internet user entered Mr Costeja González’s name in the search engine of the Google group (‘Google Search’), he would obtain links to two pages of La Vanguardia’s newspaper, of 19 January and 9 March 1998 respectively, on which an announcement mentioning Mr. Costeja González’s name appeared for a real-estate auction connected with attachment proceedings for the recovery of social security debts. By that complaint, Mr. Costeja González requested, first, that La Vanguardia be required either to remove or alter those pages so that the personal data relating to him no longer appeared or to use certain tools made available by search engines in order to protect the data. Second, he requested that Google Spain or Google Inc. be required to remove or conceal the personal data relating to him so that they ceased to be included in the search results and no longer appeared in the links to La Vanguardia. Mr Costeja González stated in this context that the attachment proceedings concerning him had been fully resolved for a number of years and that reference to them was now entirely irrelevant. By decision of 30 July 2010, the AEPD*

rejected the complaint in so far as it related to La Vanguardia, taking the view that the publication by it of the information in question was legally justified as it took place upon order of the Ministry of Labour and Social Affairs and was intended to give maximum publicity to the auction in order to secure as many bidders as possible. On the other hand, the complaint was upheld in so far as it was directed against Google Spain and Google Inc. The AEPD considered in this regard that operators of search engines are subject to data protection legislation given that they carry out data processing for which they are responsible and act as intermediaries in the information society. The AEPD took the view that it has the power to require the withdrawal of data and the prohibition of access to certain data by the operators of search engines when it considers that the locating and dissemination of the data are liable to compromise the fundamental right to data protection and the dignity of persons in the broad sense, and this would also encompass the mere wish of the person concerned that such data not be known to third parties. The AEPD considered that that obligation may be owed directly by operators of search engines, without it being necessary to erase the data or information from the website where they appear, including when retention of the information on that site is justified by a statutory provision. Google Spain and Google Inc. brought separate actions against that decision before the Audiencia Nacional (National High Court). The Audiencia Nacional joined the actions. That court states in the order for reference that the actions raise the question of what obligations are owed by operators of search engines to protect personal data of persons concerned who do not wish that certain information, which is published on third parties' websites and contains personal data relating to them that enable that information to be linked to them, be located, indexed and made available to internet users indefinitely. The answer to that question depends on the way in which Directive 95/46 must be interpreted in the context of these technologies, which appeared after the directive's publication."

(<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=252617>, (Last accessed: 14.5.2018)). The ECJ, in its decision, emphasized the importance of private secrecy and the right to be forgotten, and decided that the search engine operator was obliged to erase such data.

There was criticism about the implementation of this decision. If the decision is applied, the search results will not be shown only in Europe. With the system called Geoblocking, users are prevented from accessing search results deleted on google.com address. Google IP addresses should be examined for this. With this system, however, users outside Europe will be able to see all search results. In this case, it is not possible to talk about a non-returnable reversal (Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, 2016: 2).

9 Conclusion

The right to secrecy, which is a reflection of the right to privacy and the right to protection of personal data, has been in place for many years in national and international regulations. The concept of "*the right to be forgotten*" has been explicitly included in international legislation, especially when the ECJ comes to power with the decision of Google Spain. According to Article 17 of the General Data Protection Regulation, which entered into force on 25.5.2018 and entitled "*Right to erasure (right to be forgotten)*", the data owners has the right to request the deletion of the data or the not-processing of the data if there is no more reason to keep the data longer for the purpose of collection, or if there is no consent of the data owner or if the data are processed in a manner inconsistent to the Regulation. The Regulation can be applied directly to the EU member states, but it will not be directly binding to the Republic of Turkey as a non-member state. However, indirectly, it will have an impact in the context of rights and obligations. Even though the "right to be forgotten" in Turkish law is not regulated as a constitutional right, it is considered in the Constitution as "secrecy of private life". Moreover, when we look at the present regulations, it is seen that this right is included in the Law on the Protection of Personal Data No. 6698, although it is not clearly named as "the right to be forgotten".

The right to be forgotten requires the deletion, destruction or hiding of personal data. This situation can pose a threat to the protection of other legal values. In particular, the concern that the freedom of the press and freedom of expression can be limited by the right to be forgotten and the doubt that the deletion of data can be a serious human rights interference. In addition, there is a risk that data controllers to avoid liability will opt for censorship much faster. Besides, the fact that the data can be spread very quickly and easily, can cause problems in terms of the applicability of the right to be forgotten. For this reason, it is appropriate that the right to be forgotten is not regulated as a right that is absolutely protected in the nation and in the European level. For this reason it is applicable that the right to be forgotten, both in national law and in international law, is not regulated as an absolute right and, that exceptions of it are foreseen, and that this right is handled together with regulations protecting personal data.

References

- Akıncı, A. N. (2017) *Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Çalışma Raporu 6* (T. C. Kalkınma Bakanlığı), available at: http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB_Veri_Koruma_Tuzugu.pdf (June 26, 2018).
- Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht (2016) *EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), Das BayLDA auf dem Weg zur Umsetzung der Verordnung*, available at: https://www.lida.bayern.de/media/baylda_ds-gvo_4_right_to_be_forgotten.pdf (June 26, 2018).
- Bennet, S. C. (2012) The "Right to Be Forgotten": Reconciling EU and US Perspectives, *Berkeley Journal of International Law*, 30(1), pp. 160-195, available at: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1429&context=bjil> (June 26, 2018).
- Çelik, Y. (2017) Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması Ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı (Protection of Personal Data As Reflection to the Privacy of Private Life and the Right To Forget her for This Context), *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 38(32), pp. 387-406, available at: <http://www.taa.gov.tr/yayin/yazar/ars-gor-yesim-celik/> (June 26, 2018).
- Culik, N. & Döpke, C. F. (2016) Vom Vergessen und Vergessenwerden, *ABIDA-Dossier*, available at: http://www.abida.de/sites/default/files/08_Recht_auf_Vergessenwerden.pdf (May 13, 2018).
- Elmalıca, H. (2016) Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4), pp. 1603-1636, available at: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22268.pdf> (June 26, 2018).
- Gürel, B. (2018) Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında “Unutulma Hakkı”, *İstanbul Anadolu Adliyesi Dergisi*, (14), pp. 54-59.
- Haas, M. (n.d) *Das Recht auf Vergessenwerden – Europas Weg zu einem wirksamen Datenschutz im Internet*, available at: https://ssc-rechtswissenschaften.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_rechtswissenschaft/Doktoratsstudium_PhD/Expose1/Rechtsinformatik/Das_Recht_auf_Vergessenwerden_-_Europas_Weg_zu_einem_wirksamen_Datenschutz_im_Internet.pdf (June 26, 2018).
- Jolly, I. (2018) Data protection in the United States: overview, *Thomson Reuters Practical Law*, available at: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-502-0467?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-502-0467?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1), (May 20, 2018).
- Körner, M. (2017) *Die Datenschutzgrundverordnung der Europäischen Union: Struktur und Ordnungsprinzipien*, Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie, Issue 12, available at: <https://www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sozoe/professuren/koerner/fiwa/archiv/publikationsreihe/heft-12-koerner-eu-dsgvo.pdf> (June 26, 2018).
- Küpel, C. (2016) Şiddet Mağduru Kadınların Unutulma Hakkı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(1), pp. 229-238, available at: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/274335>, (June 26, 2018).
- Laçın, İ. (2014) Unutulma Hakkı, In: *Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), pp. 391-419, available at:

- http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/GUHFD-2014_1.pdf (June 26, 2018).
- Mink, A (2017) *The “Right to be Forgotten Law” Ever Coming to America?*, 24 November 2017, available at: <https://www.minclaw.com/right-to-be-forgotten/> (May 20, 2018).
- Ocak, A. (2018) Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı – Balancing Rights: The Right To Be Forgotten v. Freedom of Expression, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 9(33), pp. 507-535.
- Schönberger, V.-M. (2012) Was uns Mensch sein lässt – Anmerkungen zum Recht auf Vergessen, *Datenschutz Nachrichten*, 35(1), pp. 9-11, available at: https://www.datenschutzverein.de/wp-content/uploads/2014/04/DANA_12_1.pdf (June 26, 2018).
- Sözüer, E. (2017) *Unutulma Hakkı, İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme* (Istanbul).
- Weber, R. & Heinrich, U. I. (2014) *Braucht die Schweiz ein Recht auf Vergessen im Internet?* (University of Zurich), available at: <https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/108647/1/WeberHeinrich%20Recht%20auf%20Vergessen%20II.pdf>, (Last accessed: 06.5.2018).

Passengers' Rights Pursuant to Turkish Regulation Regarding Air Passenger Rights

GÜLFER KUYUCU MERİÇ

Abstract Regulation on Air Passenger Rights have been issued by Turkish Directorate General of Civil Aviation and entered into force in 2012. The Regulation is very similar to EU Regulation 11/02/2004 – 261/2004 (EC). Regulation shall be applied to all scheduled and non-scheduled flights and Turkish air operators and foreign operators from Turkish airports. The Regulation provides that the air carrier will be held liable in case of denied boarding, cancelled or delayed flights. Air passengers are entitled to claim for the right of compensation, the right of reimbursement, the right of re-routing and they have the right to get service in case of voluntary surrender of reservation, denied boarding, cancelled and delayed flights. The Regulation reserves the right to further compensation of passengers arising from other laws and regulations but provides that the compensation granted under this regulation may be deducted from such compensation.

Keywords: • air passenger rights • denied boarding • cancelled flights • delayed flights • liability of air operator •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Gülfer Kuyucu Meriç, PhD, Assistant Professor, Özyeğin University, Faculty of Law, Nişantepe Mah. Orman Sok. 34794 Çekmeköy İstanbul, Turkey, e-mail: gulfer.meric@ozyegin.edu.tr.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-248-0.3>
Available at: <http://press.um.si>

ISBN 978-961-286-248-0

1 Introduction

Turkish Directorate General of Civil Aviation issued the Regulation on Air Passenger Rights, which entered into force on January 1, 2012 (OJ 3.12.2011, Nr. 28131). The regulation is drafted in a very similar manner with the EU Regulation 261/2004 (EC) (OJ 11.2.2004).¹ This regulation aims to define and regulate the rights of air passengers and the situations where these rights are applicable and the minimum level of the rights in case of denied boarding, cancelled and delayed flights.

2 Scope of Application of the Regulation

First of all, the Regulation will be applied to all flights of Turkish air operators from and to the Turkish airports. For instance, this Regulation is going to be applied to both flights of Turkish Airlines from İstanbul to Paris and from Paris to İstanbul. However, for foreign air operators the situation is different. This Regulation is going to be applied to the flight of KLM from İstanbul to Paris. Yet it will not be applied to the KLM flight from Paris to İstanbul. This flight falls within the scope of concerned EU Regulation. Likewise, the EU Regulation does not apply to the flights of air operators to EU member states. The scope of application of the Regulation is limited with the European Community air operators (Lee & Wheeler, 2012: 62).

Secondly, the Regulation does not differentiate between scheduled flights and non-scheduled flights. It stipulates that it is going to be applied to all types of flights.

Another important question to consider is going to be to whom this Regulation is going to be applied to. In other words, we have to set the limits of scope of application of the Regulation regarding passengers. Article 2 of the Regulation sets forth that it shall apply to passengers who:

- a) have a confirmed reservation on the flight concerned; and
- b) present themselves for check-in (except in the case of cancellation) as stipulated and at the time indicated in advance and in writing (including by electronic means) by air carrier or intermediary travel agency; or not later than 45 minutes before the published departure time if no time is indicated. The Regulation also applies to passengers

who have been transferred by the air carrier or intermediary tour operator from the flight for which they held a reservation to another flight, irrespective of the reason. If these conditions have been fulfilled, there are no other limitations regarding the scope of application considering passengers. The Regulation is going to be applied to all such passengers, including passengers travelling for free or with a low rate ticket or travelling with his or her miles. The scope of application of Turkish Regulation regarding passengers is wider than the scope of application of EU Regulation; since the EU Regulation is not applied to passengers travelling for free of charge or at a reduced fare not available directly or indirectly to the public (Serdar, 2013: 2338). However, pursuant to article 3.3 of the EU Regulation, it shall apply to passengers having tickets issued under a frequent flyer programme or other commercial programme by an air carrier or tour operator.

3 Liability of the Air Carrier

The Regulation provides that the air carrier will be held liable in case of denied boarding, cancelled or delayed flights and thus shall compensate the damages of the passenger in these three circumstances.

3.1 Denied Boarding

When we elaborate on denied boarding, first of all we have to determine what denied boarding is and with what types of reasons air carrier is entitled to deny boarding. The first reason that will come to our mind will probably be “overbooking”. However, overbooking is not the only reason for denied boarding. Sometimes boarding may be denied by the air operators on other grounds, such as operational reasons.

According to Article 4(n) of the Regulation, ‘denied boarding’ does not cover a situation where there are reasonable grounds for refusing to carry passengers on a flight even though they presented themselves on time for the flight. These reasonable grounds may be reasons of health, safety or security, or inadequate travel documentation.

3.1.1 Voluntary Surrender of the Reservation

When an operating air carrier reasonably expects to deny boarding on a flight, it shall first call for volunteers to surrender their reservations in exchange for benefits pursuant to Article 5 of the Regulation. If there is such a volunteer, in this case the volunteered passenger is entitled to rights given in case of voluntary surrender of the reservation. When an air passenger voluntarily surrenders his or her reservation, he or she is entitled to compensation according to Article 9 of the Regulation. This compensation shall include the possibility of choice between:

- a) reimbursement of the full cost of the ticket at the price at which it was bought within 7 days, i.e. for the part or parts already made, and for the part or parts already made if the flight is no longer serving any purpose in relation to the passenger's original travel plan, together with, when relevant, a return flight to the first point of departure, at the earliest opportunity; or
- b) re-routing, under comparable conditions, to their final destination at the earliest opportunity; or
- c) re-routing, under comparable transport conditions, to their final destination at a later date at the passenger's convenience; and
- d) providing assistance (which means that – they have to cover your transfer expenses if an alternative airport is offered).

3.1.2 Involuntary Denied Boarding

If an insufficient number of volunteers come forward to allow the remaining passengers with reservations to board the flight, the operating air carrier may then deny boarding to passengers against their will. In this case, passengers denied boarding have the right to compensation according to Article 8 and the right for reimbursement or route change according to Article 9 and they have the right to get service according to Article 10.

The right to compensation is stipulated under Article 8 of the Regulation. For domestic flights, 100 € shall be given to the passenger in Turkish Liras. As explained above, this Turkish Regulation is drafted almost identically with the relevant EU Regulation; however no additional compensation is provided for domestic flights under EU Regulation. Therefore, this is one of the differences

between the relevant Turkish and EU Regulation. For international flights 250 € in Turkish Liras shall be given to the passenger, for the flight of 1500 km or less. In case the flight is more than 1500 km and less than 3500 km, compensation of 400 € in Turkish Liras shall be provided to the passenger. If the flight is more than 3500 km, a compensation of 600 € in Turkish Liras shall be provided.

Nevertheless, when a passenger is offered re-routing to their final destination on an alternative flight, if their arrival time does not exceed the scheduled arrival time of the flight originally booked

- a) by 2 hours in respect of the flight of 1500 km or less; or
- b) by 3 hours in respect of the flight of more than 1500 km, and less than 3500 km; or
- c) by 4 hours in respect of the flight of 3500 km and more; the air carrier is entitled to reduced the compensation by fifty percent.

The passenger also has the possibility of the choice between reimbursement of the full cost of the ticket at the price at which it was bought and re-routing. The right to re-route shall be provided explained above under the voluntary surrender of the reservation. The passenger also has the right to care according to Article 10, provided by the air carrier as follows:

- 1) In 2 to 3 hours of delay; cold and hot drinks in a reasonable relation to the waiting time;
 - a) in 3 to 5 hours of delay; cold and hot drinks and breakfast or meal;
 - b) if the delay is more than 5 hours, cold and hot drinks and breakfast or meal and extra snacks and refreshments in a reasonable relation to the waiting time.
- 2) hotel accommodation in case a stay of one or more nights becomes necessary;
- 3) transport between the airport and place of accommodation (hotel or order);
- 4) two telephone calls, telex or fax messages, or e-mails.

3.2 Cancellation of a Flight

When passengers are informed of the cancellation, an explanation shall be given concerning possible alternative transport. In case of cancellation of a flight, the air carrier shall offer assistance to the passengers in terms of reimbursement of full cost of the ticket and re-routing. These rights shall be provided as we have seen in voluntary surrender of reservation. The passengers of the cancelled flight shall be also offered assistance pursuant to Article 10, as have been explained above under denied boarding, regarding meals, refreshments, accommodation, communication, transportation etc.

The passengers of the cancelled flight are also entitled to claim compensation according to Article 8, in case the passenger has not been informed at least:

- a) two weeks before the scheduled time of departure; or
- b) between two weeks and 7 days before the scheduled time of departure and is offered re-routing, allowing him or her to depart no more than two hours before the scheduled time of departure and to reach his or her final destination less than four hours after the scheduled time of arrival; or
- c) less than 7 days before the scheduled time of departure and is offered re-routing, allowing him or her to depart no more than one hour before the scheduled time of departure and to reach his or her final destination less than two hours after the scheduled time of arrival.

However, there is an exception regarding this rule. The passenger does not have the right to claim compensation if it is proven that the cancellation is caused by *extraordinary circumstances* which could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken. Extraordinary circumstances are set forth under Article 4(g) as follows; political instability, meteorological conditions incompatible with the operation of the flight concerned, security risks, unexpected flight safety shortcomings, strikes etc.²

3.3 Delay

If the air carrier reasonably expects a flight to be delayed beyond the scheduled time of departure:

- a) for 2 hours or more in the case of the flight of 1500 km or less and domestic flights; or
- b) for 3 hours or more in the case of the flight of more than 1500 km, and for the flight between 1500 and 3500 km; or
- c) for 4 hours or more in the case of the flight of 3500 km and more, the passenger has the right to care provided by the air carrier, as explained above under denied boarding, regarding meals, refreshments, communication etc. If the expected time for travel is the next day or days, the air carrier is obliged to provide accommodation and transportation.

When the delay is 5 hours and more, the passenger also has the right to assistance consisting of reimbursement of the full cost of the ticket at the price at which it was bought within 7 days, i.e. for the part or parts of the journey not made, and for the part or parts already made if the flight is no longer serving any purpose in relation to his or her original travel plan, together with, when relevant, a return flight to the first point of departure, at the earliest opportunity.

At this point it is important to note that the passenger is not entitled to claim any compensation in case of delay.

4 Passengers' Right to Claim Further Compensation

Pursuant to Article 13 of the Regulation, the right to further compensation of passengers arising from other laws and regulations shall be reserved and the compensation granted under this regulation may be deducted from such compensation.

5 Liability to Inform Passengers of Their Rights

The operating air carrier shall ensure that at check-in a clearly legible notice containing the following text is displayed in a manner clearly visible to passengers: "If you are denied boarding or if your flight is cancelled or delayed for at least two hours, ask at the check-in counter or boarding gate for the text stating your rights, particularly with regard to compensation and assistance". The regulation provides that the air carriers falling within the scope of this regulation shall be audited by the Directorate General of Civil Aviation.

6 The Relation of This Regulation with Montreal Convention

Montreal Convention –Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air- regulates damages arising from death, personal injury and delay of passengers and damage of the baggage besides other matters. Article 19 of the Montreal Convention holds the air carrier liable for damage occasioned by delay in the carriage of passengers, baggage and cargo by air. However, the Convention further provides that the carrier (air operator) shall be relieved of liability for damage occasioned by delay, if it is proved that the carrier and its servants and agents took all measures that could reasonably be required to avoid the damage or that it was impossible for it or them to take such measures. Turkey is a party to Montreal Convention. Both the Regulation on Air Passenger Rights and Montreal Convention regulates delay in the carriage of passengers; therefore, it is crucial to determine which set of rules prevail over the other. Article 29 of the Montreal Convention stipulates that it shall be applied exclusively for matters falling within its scope of application. Therefore, the Regulation on Air Passenger Rights shall be applied for matters falling beyond the scope of Montreal Convention and Montreal Convention provisions shall prevail over the relevant EU and Turkish Regulation.

Secondly it is very important to note that Article 19 of the Montreal Convention holds the air operator liable for damages resulting from delay and provides compensation for such damage. Whereas under the relevant EU Regulation and Turkish Regulation, compensation is provided as a remedy for air passengers; yet compensation is not provided in case of delay. In other words, air operator shall provide compensation only to the air passengers which have been denied boarding or whose flight have been cancelled but not delayed (Lee & Wheeler, 2012: 62). In view of these facts, we consequently believe that there is not an

actual conflict of laws between Montreal Convention and relevant EU and Turkish Regulation.

On the other hand, the air operator shall not pay compensation for cancelled flights if it is proven that cancellation has been caused by extraordinary circumstances which could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken.³ We find it worth note that this wording is very similar to Article 19 of the Montreal Convention (Lee & Wheeler, 2012: 63).

7 Additional Criticisms

The EU Regulation has been strongly criticized by air operators, trade associations and particularly by International Air Transport Association (IATA); asserting that the Regulation is incompatible with the Montreal Convention and is contradicting with the Convention's exclusivity (Lee & Wheeler, 2012: 63.) Eventually this case has been referred to European Court of Justice (ECJ) by the UK High Court in 2004 (*International Air Transport Association v. Department of Transportation*) and ECJ upheld the validity of the Regulation, ruling that the Regulation is not conflicting with the Regulation (Lee & Wheeler, 2012: 64).⁴

Secondly, we believe that this legislation regulates matters of liability of the carrier and compensation; therefore these matters shall be regulated with a law, rather than a regulation. It is also worth to mention that Turkey is not a member of EU, however this regulation is drafted very similarly with the EU Regulation 11/02/2004 – 261/2004 (EC).

Notes

¹ Many more countries have adopted EC Regulation 261/2004 as a basis for their own national legislation regulating air passenger rights; such as Israel and Venezuela. However, the relevant national legislation in Israel has a wider scope of application (De Serres, 2017: 331.)

² In *Brannströms v. Ryanair* (Svea Court of Appeal (26.5.2010), case T 3320-09) flight was cancelled due to bad weather. The Court ruled that it was not reasonable and held that; "Ryanair, for example, should have had an extra crew available for service in the situation which arose. In light of this, Ryanair must also be deemed to have proven that the cancelled flight was a consequence of extraordinary circumstances within the meaning set forth in Article 5.3 of the Regulation, i.e. circumstances which could not have been avoided, even if Ryanair had taken all reasonable measures, taking into consideration the company's personnel and financial resources." (Clarke, 2010: 12-13).

In 2005, the European Commission clarified that weather conditions can only rarely constitute an extraordinary circumstance. The Commission defends that modern technology enables aircraft to take off and to land even in the most difficult weather conditions (Rossi Dal Pozzo, 2015: 148).

³ This defence originates from earlier liability regimes of the air carrier. However, the former phrase used was “all necessary measures” (Clarke & Yates, 2008: 448-449).

⁴ For more information on conclusions of the ECJ and criticism directed against the judgment please check Lee & Wheeler, 2012: 64-68.

References

- Clarke, M. A. & Yates, D. (2008) *Contracts of Carriage By Land and Air*, 2nd ed. (New York: Informa Law).
- Clarke, M. A. (2010) *Contracts of Carriage By Air*, 2nd ed. (London: Lloyd's List).
- De Serres, M. (2017) “Chapter 14: Consumer Protection”, In: Dempsey, P. S. & Jakhu, R. S. (eds.) *Routledge Handbook of Public Aviation Law*, (London and New York: Taylor and Francis Group Routledge), pp. 330-351.
- Lee, W. J. & Wheeler, J. C. (2012) Air Carrier Liability for Delay: A Plea to Return to International Uniformity, *Journal of Air Law and Commerce*, 77(1), pp. 43-103.
- Rossi Dal Pozzo, F. (2015) *EU Legal Framework for Safeguarding Air Passenger Rights* (Springer International Publishing), doi: 10.1007/978-3-319-08090-1.
- Serdar, İ. (2013) Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Hakların Dair Yönetmelik Kapsamında Yolcuların Hakları, *E- Journal of Yaşar University*, 8, pp. 2327-2421.

Air Passengers Rights Pursuant to the Regulation (EC) No 261/2004

VID JAKULIN

Abstract The author deals with the rights of air passengers pursuant to the Regulation (EC) No 261/2004. In order to reduce troubles and inconveniences of passengers in air traffic The European Parliament and The Council of the European Union have adopted Regulation establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights. In spite of the rights of air passengers determined in the Regulation (EC) 261/2004, the author believes that protection of air passengers is not sufficient. He is convinced that denial of boarding should be prohibited except in the cases of reasonable grounds for denial, such as reasons of health, safety or security or inadequate travel documentation. The author believes that the protection of air passengers should be improved because they are weaker contracting party.

Keywords: • (EC) Regulation • Air Passengers Rights • Denied Boarding • Cancellation of a Flight • Delay •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Vid Jakulin, PhD, Full Professor University of Ljubljana, Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia, email: vid.jakulin@pf.uni-lj.si

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-248-0.4>
Available at: <http://press.um.si>

ISBN 978-961-286-248-0

1 Introduction

More and more people travel for business or for leisure. The same statement values also for travelling by airplanes. Different circumstances and events may cause big troubles and inconveniences to passengers, especially to passengers in air traffic. In order to reduce troubles and inconveniences of passengers in air traffic The European Parliament and The Council of The European Union have adopted Regulation establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) No 295/91 (Official Journal of the European Union L 046, 17.2.2004).

2 **Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) No 295/91**

The Regulation (EC) No 261/2004 that is currently in force consists of a relatively extensive preamble and 19 articles. The preamble contains some statements which deserve our attention. The European Parliament and the Council state that action by the Community in the field of air transport should aim, among other things, at ensuring a high level of protection for passengers. Moreover, full account should be taken of the requirements of consumer protection in general.

While Council Regulation (EEC) No 295/91 of 4 February 1991 establishing common rules for a denied boarding compensation system in scheduled air transport created basic protection for passengers, the number of passengers denied boarding against their will remains too high, as does that affected by cancellations without prior warning and that affected by long delays.

The Community should therefore raise the standards of protection set by that Regulation both to strengthen the rights of passengers and to ensure that air carriers operate under harmonised conditions in a liberalised market.

Since the distinction between scheduled and non-scheduled air services is weakening, such protection should apply to passengers not only on scheduled but also on non-scheduled flights, including those forming part of package tours.

The protection accorded to passengers departing from an airport located in a Member State should be extended to those leaving an airport located in a third country for one situated in a Member State, when a Community carrier operates the flight.

Passengers denied boarding against their will should be able either to cancel their flights, with reimbursement of their tickets, or to continue them under satisfactory conditions, and should be adequately cared for while awaiting a later flight.

The trouble and inconvenience to passengers caused by cancellation of flights should also be reduced. This should be achieved by inducing carriers to inform passengers of cancellations before the scheduled time of departure and in addition to offer them reasonable re-routing, so that the passengers can make other arrangements. Air carriers should compensate passengers if they fail to do this, except when the cancellation occurs in extraordinary circumstances which could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken.

Passengers whose flights are cancelled should be able either to obtain reimbursement of their tickets or to obtain re-routing under satisfactory conditions, and should be adequately cared for while awaiting a later flight.

As under the Montreal Convention, obligations on operating air carriers should be limited or excluded in cases where an event has been caused by extraordinary circumstances which could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken. Such circumstances may, in particular, occur in cases of political instability, meteorological conditions incompatible with the operation of the flight concerned, security risks, unexpected flight safety shortcomings and strikes that affect the operation of an operating air carrier.

Passengers whose flights are delayed for a specified time should be adequately cared for and should be able to cancel their flights with reimbursement of their tickets or to continue them under satisfactory conditions.

Passengers should be fully informed of their rights in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, so that they can effectively exercise their rights.

Regulation contains 19 articles.

On the basis of Article 1 of the Regulation this Regulation establishes, under the conditions specified herein, minimum rights for passengers when:

- (a) they are denied boarding against their will;
- (b) their flight is cancelled;
- (c) their flight is delayed.

Article 2 provides definitions of the following notions: “air carrier”, “operating air carrier”, “Community carrier”, “tour operator”, “package”, “ticket”, “reservation”, “final destination”, “person with reduced mobility”, “denied boarding”, “volunteer” and “cancellation”. “Denied boarding” means a refusal to carry passengers on a flight, although they have presented themselves for boarding under the conditions laid down in Article 3(2), except where there are reasonable grounds to deny them boarding, such as reasons of health, safety or security, or inadequate travel documentation. “Volunteer” means a person who has presented himself for boarding under the conditions laid down in Article 3(2) and responds positively to the air carrier's call for passengers prepared to surrender their reservation in exchange for benefits. “Cancellation” means the non-operation of a flight which was previously planned and on which at least one place was reserved.

Pursuant to Article 3 this Regulation shall apply:

- (a) to passengers departing from an airport located in the territory of a Member State to which the Treaty applies;
- (b) to passengers departing from an airport located in a third country to an airport situated in the territory of a Member State to which the Treaty applies, unless they received benefits or compensation and were given assistance in that third country, if the operating air carrier of the flight concerned is a Community carrier.

2.1 Denied Boarding

When an operating air carrier reasonably expects to deny boarding on a flight, it shall first call for volunteers to surrender their reservations in exchange for benefits under conditions to be agreed between the passenger concerned and the operating air carrier. Volunteers shall be assisted in accordance with Article 8, such assistance being additional to the benefits mentioned in this paragraph.

If an insufficient number of volunteers come forward to allow the remaining passengers with reservations to board the flight, the operating air carrier may then deny boarding to passengers against their will.

If boarding is denied to passengers against their will, the operating air carrier shall immediately compensate them in accordance with Article 7 and assist them in accordance with Articles 8 and 9 (Article 4 of the Regulation).

2.2 Cancellation

In case of cancellation of a flight, the passengers concerned shall:

- (a) be offered assistance by the operating air carrier in accordance with Article 8; and
- (b) be offered assistance by the operating air carrier in accordance with Article 9(1)(a) and 9(2), as well as, in event of re-routing when the reasonably expected time of departure of the new flight is at least the day after the departure as it was planned for the cancelled flight, the assistance specified in Article 9(1)(b) and 9(1)(c); and
- (c) have the right to compensation by the operating air carrier in accordance with Article 7, unless they are informed of the cancellation on time (Paragraph 1 of Article 5 of the Regulation).

When passengers are informed of the cancellation, an explanation shall be given concerning possible alternative transport. An operating air carrier shall not be obliged to pay compensation in accordance with Article 7, if it can prove that the cancellation is caused by extraordinary circumstances which could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken. The burden of proof concerning the questions as to whether and when the passenger has been

informed of the cancellation of the flight shall rest with the operating air carrier (Paragraphs 2, 3 and 4 of Article 5 of the Regulation)

2.3 Delay

When an operating air carrier reasonably expects a flight to be delayed beyond its scheduled time of departure:

- (a) for two hours or more in the case of flights of 1500 kilometres or less; or
- (b) for three hours or more in the case of all intra-Community flights of more than 1500 kilometres and of all other flights between 1500 and 3500 kilometres; or
- (c) for four hours or more in the case of all flights not falling under (a) or (b),

passengers shall be offered by the operating air carrier:

- (i) the assistance specified in Article 9(1)(a) and 9(2); and
- (ii) when the reasonably expected time of departure is at least the day after the time of departure previously announced, the assistance specified in Article 9(1)(b) and 9(1)(c); and
- (iii) when the delay is at least five hours, the assistance specified in Article 8(1)(a).

In any event, the assistance shall be offered within the time limits set out above with respect to each distance bracket (Article 6 of the Regulation).

The right to compensation is regulated in the Article 7 of the Regulation. Where reference is made to this Article, passengers shall receive compensation amounting to:

- (a) EUR 250 for all flights of 1500 kilometres or less;
- (b) EUR 400 for all intra-Community flights of more than 1500 kilometres, and for all other flights between 1500 and 3500 kilometres;
- (c) EUR 600 for all flights not falling under (a) or (b).

In determining the distance, the basis shall be the last destination at which the denial of boarding or cancellation will delay the passenger's arrival after the scheduled time.

When passengers are offered re-routing to their final destination on an alternative flight pursuant to Article 8, the arrival time of which does not exceed the scheduled arrival time of the flight originally booked

- (a) by two hours, in respect of all flights of 1500 kilometres or less; or
- (b) by three hours, in respect of all intra-Community flights of more than 1500 kilometres and for all other flights between 1500 and 3500 kilometres; or
- (c) by four hours, in respect of all flights not falling under (a) or (b), the operating air carrier may reduce the compensation provided for in paragraph 1 by 50 %.

The compensation referred to in paragraph 1 shall be paid in cash, by electronic bank transfer, bank orders or bank cheques or, with the signed agreement of the passenger, in travel vouchers and/or other services.

The distances given in paragraphs 1 and 2 shall be measured by the great circle route method.

The right to reimbursement or re-routing is determined in the Article 8 of the Regulation. Where reference is made to this Article, passengers shall be offered the choice between:

- (a) reimbursement within seven days, by the means provided for in Article 7(3), of the full cost of the ticket at the price at which it was bought, for the part or parts of the journey not made, and for the part or parts already made if the flight is no longer serving any purpose in relation to the passenger's original travel plan, together with, when relevant, a return flight to the first point of departure, at the earliest opportunity;
- (b) re-routing, under comparable transport conditions, to their final destination at the earliest opportunity; or
- (c) re-routing, under comparable transport conditions, to their final destination at a later date at the passenger's convenience, subject to availability of seats.

Paragraph 1(a) shall also apply to passengers whose flights form part of a package, except for the right to reimbursement where such right arises under Directive 90/314/EEC.

When, in the case where a town, city or region is served by several airports, an operating air carrier offers a passenger a flight to an airport alternative to that for which the booking was made, the operating air carrier shall bear the cost of transferring the passenger from that alternative airport either to that for which the booking was made, or to another close-by destination agreed with the passenger.

The right to care is determined in the Article 9 of the Regulation. Where reference is made to this Article, passengers shall be offered free of charge:

- (a) meals and refreshments in a reasonable relation to the waiting time;
- (b) hotel accommodation in cases
 - where a stay of one or more nights becomes necessary, or
 - where a stay additional to that intended by the passenger becomes necessary;
- (c) transport between the airport and place of accommodation (hotel or other).

In addition, passengers shall be offered free of charge two telephone calls, telex or fax messages, or e-mails.

In applying this Article, the operating air carrier shall pay particular attention to the needs of persons with reduced mobility and any persons accompanying them, as well as to the needs of unaccompanied children.

Rights of air passengers and air carriers in cases of *upgrading and downgrading* are determined in the Article 10 of the Regulation.

Article 11 of the Regulation is dedicated to persons with reduced mobility or special needs. Operating air carriers shall give priority to carrying persons with reduced mobility and any persons or certified service dogs accompanying them, as well as unaccompanied children.

In cases of denied boarding, cancellation and delays of any length, persons with reduced mobility and any persons accompanying them, as well as unaccompanied children, shall have the right to care in accordance with Article 9 as soon as possible.

Further compensation is provided in accordance with the Article 12 of the Regulation. This Regulation shall apply without prejudice to a passenger's rights to further compensation. The compensation granted under this Regulation may be deducted from such compensation.

Without prejudice to relevant principles and rules of national law, including case-law, paragraph 1 shall not apply to passengers who have voluntarily surrendered a reservation under Article 4(1).

The right of redress is provided in the Article 13 of the regulation. In cases where an operating air carrier pays compensation or meets the other obligations incumbent on it under this Regulation, no provision of this Regulation may be interpreted as restricting its right to seek compensation from any person, including third parties, in accordance with the law applicable. In particular, this Regulation shall in no way restrict the operating air carrier's right to seek reimbursement from a tour operator or another person with whom the operating air carrier has a contract. Similarly, no provision of this Regulation may be interpreted as restricting the right of a tour operator or a third party, other than a passenger, with whom an operating air carrier has a contract, to seek reimbursement or compensation from the operating air carrier in accordance with applicable relevant laws.

Obligation to inform passengers of their rights is determined in the Article 14 of the Regulation. The operating air carrier shall ensure that at check-in a clearly legible notice containing the following text is displayed in a manner clearly visible to passengers: "If you are denied boarding or if your flight is cancelled or delayed for at least two hours, ask at the check-in counter or boarding gate for the text stating your rights, particularly with regard to compensation and assistance".

An operating air carrier denying boarding or cancelling a flight shall provide each passenger affected with a written notice setting out the rules for compensation and assistance in line with this Regulation. It shall also provide each passenger affected by a delay of at least two hours with an equivalent notice. The contact

details of the national designated body referred to in Article 16 shall also be given to the passenger in written form.

In respect of blind and visually impaired persons, the provisions of this Article shall be applied using appropriate alternative means.

Obligations vis-à-vis passengers pursuant to this Regulation may not be limited or waived, notably by a derogation or restrictive clause in the contract of carriage (Paragraph 1 of Article 15 of the Regulation).

Each Member State shall designate a body responsible for the enforcement of this Regulation as regards flights from airports situated on its territory and flights from a third country to such airports. Where appropriate, this body shall take the measures necessary to ensure that the rights of passengers are respected. The Member States shall inform the Commission of the body that has been designated in accordance with this paragraph (Paragraph 1 of Article 16 of the Regulation).

Regulation (EC) 261/2004 entered into force on 17 February 2005. This Regulation is binding in its entirety and directly applicable in all Member States (Article 19 of the Regulation).

3 Conclusion

In spite of the rights of air passengers determined in the Regulation (EC) 261/2004, I believe that protection of air passengers is not sufficient. It is well known that air carriers very often (or even always) sell more air tickets than there are seats in the airplane. They count on the fact that relatively seldom all the passengers who have bought air tickets appear at the check - in. If all passengers who have bought air ticket do not appear at the check - in air company earns extra profit because they have sold more tickets than there are seats in the airplane. But in the case that more passengers than there are seats on the airplane appear at the check - in, operating air carrier simply deny boarding of determined number of passengers. Operating air carrier immediately compensate such passengers in accordance with Article 7 and assist them in accordance with Articles 8 and 9 of the Regulation. No other sanction for such air carrier is provided. I am convinced that denial of boarding should be prohibited except in

the cases of reasonable grounds for denial, such as reasons of health, safety or security or inadequate travel documentation.

I believe that the protection of air passengers should be improved because they are weaker contracting party.

References

Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) No 295/91, Official Journal of the European Union L 046, 17/02/2004.

Tourism System and Air Passenger Rights in Practice

TADEJA JERE JAKULIN

Abstract Tourism as the fastest growing world economy must be treated as a complex system, where problems are soft and require fast and effective decisions. The decision-makers are forced to search for the solutions and not concentrate solely upon problems. The appropriate approach is needed to find optimal solutions as the answers to the problems, which occur in tourism system practice. In the paper, we will present systems approach as the appropriate methodology for managing complex tourism system composed by many different interconnected subsystems (elements), which influence and complement each other. These subsystems present the tourism market and its dynamic behavior within the environment: tourism demand and supply, intermediaries, support institutions, flow of tourists, transiting regions, and legislation. We will build a CLD model of the tourism system as a bridge between the theory and practice, and conclude the paper with the air-passenger rights as the primer of the tourism system dynamics in practice.

Keywords: • systems approach • complexity • tourism system model • air transport system • air-passenger rights •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Tadeja Jere Jakulin, PhD, Associate Professor, University of Primorska, Faculty of Tourism Studies – TURISTICA, Obala 11a, 6320 Portorož, Slovenia, e-mail: tadeja.jerejakulin@upr.si.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-248-0.5>
Available at: <http://press.um.si>

ISBN 978-961-286-248-0

1 Introduction

Turbulence in the world market is demanding on the entire service industry's flexibility and fast reaction time. It requires decisions, frequently reflecting opposite interests. The rapid development of information technology, especially the Internet, has caused change in organisational systems. The way of work as well as borders and organisations of system has been changed. The main properties and driving forces of contemporary organization are information processing, decision-making and learning. The success or failure of a particular organisational initiative or strategic plan is largely dependent on whether the decision maker truly understands the interaction and complexity of the system he or she is trying to influence. Considering the size and complexity of organizations that public and private sector decision makers must manage, it is not surprising that the "intuitive" or "common sense" approach to policy design often falls short, or is counter-productive, to desired outcomes.

2 Tourism System and its Complexity

Complexity is systemic characteristic that stands for a large number of densely connected parts and multiple levels of embeddedness and entanglement. It must not be confused with complicatedness, which denotes a situation or event that is not easy to understand, regardless of its degree of complexity. Complex systems tend to be hard to model (Jere Jakulin, 2006). The general complexity characteristics of a tourism system have been explored by using non-linear time series analysis techniques, agent based numerical simulations and by applying complex network analysis methods (Baggio, 2011a; Baggio & Baggio, 2013; Baggio & Sainaghi, 2011; Baggio et al., 2010b; Cole, 2009; Johnson & Sieber, 2010; Scott et al., 2008, 2011). Complexity in a system can be expressed by large number of elements, which form the system, their nonlinear looped interactions, openness, turbulent, elements are unaware of the behaviour of the system (Cilliers, 1999) as a whole and they react only to information that is available to it locally. The tourism destination can be recognised as a tourism system, which consists from large number of different subsystems or elements: stakeholders, tourism suppliers, tourism demand, intermediaries, tourists, tourists flow and the environment. It has a property of a system since it is an organized assembly of elements connected to each other with some defined relationship, and having the general objective of accomplishing a set of specific functions, or achieving particular goals (Ashby, 1956; Carlsen, 1999). It's planning and success is

dependent on whether the tourism planners truly understand the complexity of tourism system they are trying to influence. The size and complexity of systems that public and private sector strategic planners must manage, it is not surprising that the “intuitive” or “common sense” approach to policy design often falls short, or is counter-productive, to desired outcomes. Tourism system has a huge quantity of data to manipulate, low quality of information (e.g., uncertainty, measurement, errors, missing data), different spatial and temporal scales (e.g., from seconds to years, from local to global), dynamic a stochastic behaviour and it is at the crossroad among many disciplines. These are the characteristics of a complex system with softly defined problems and uncertain phenomena. Its structural properties are local interactions, non-linearity, feedbacks and openness such as difficulty to find boundaries). Its’ behaviour properties include emergency, self-organisation and adaptiveness (Jere Lazanski, 2006).

On one hand, tourism is a system concerning tourism domain but it can also be described by various components where different processes take place e.g. legislative, economical, psychological, sociological, physical, etc. Thus, we get a link between a system and its dynamics. A system dynamics¹ therefore can be introduced to combine both ‘hard’ quantitative dimensions and the ‘soft’ qualitative dimensions. Forrester (1961) defined system dynamics as the investigation of the information-feedback characteristics of systems and the use of models for the design of improved organizational form and guiding policy. A critical step in examining a system or issue is to identify its key *patterns of behaviour* – what we often refer to as “time paths.” System dynamics provides the basic building blocks necessary to construct models that teach us how and why complex real-world systems behave the way they do over time. System dynamics is a powerful methodology and computer simulation modelling technique for framing, understanding, and discussing complex issues and problems (Jere Jakulin (Lazanski), Kljajić, 2006).

¹ System dynamics is a method for studying the world around us. It deals with understanding how complex systems change over time. Internal feedback loops within the structure of the system influence the entire system behaviour.

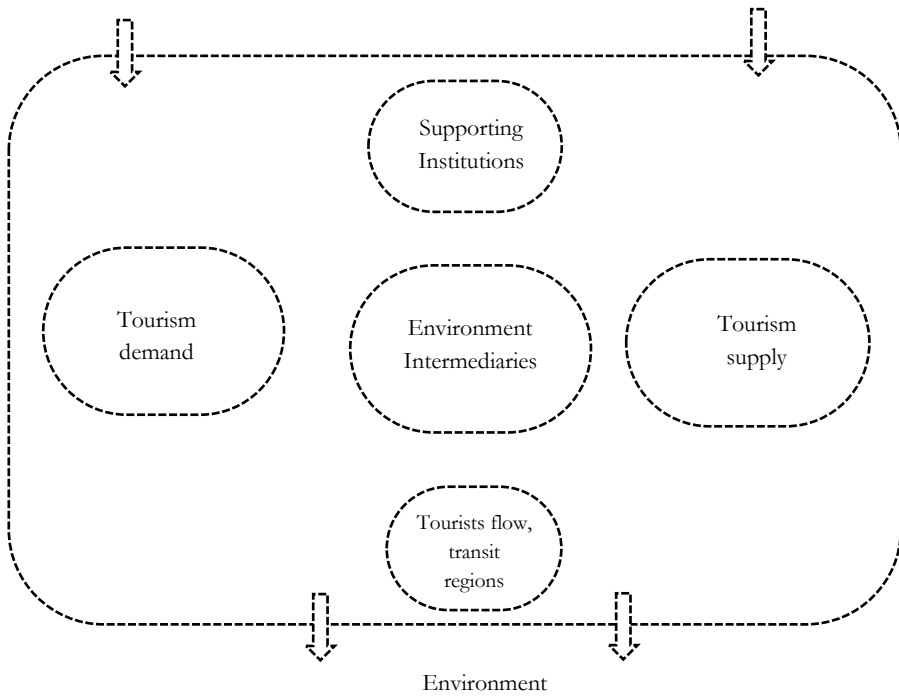


Figure 1: Complex Tourism System within the Environment

Figure 1 presents tourism system where tourism demand (tourists, guests, passengers, travellers), tourism supply (agencies, accommodations, transport systems, tour operators, museums, galleries, etc.), intermediaries, support institutions, the flow of tourists and transit regions influences the environment at the same time as the environment influences the tourism system. Lined borders indicate borders' permeability and openness with free flow of all other subsystems including intangible such as information, communication.

2.1 Air Transport Tourism System

One of the most complex systems in tourism is air transport system or airline system, which provides typically scheduled flights for passengers or cargo among specified points (Doganis, 2012). As an air transport system, it is a subsystem of tourism supply and a bigger system, which includes its equipment, routes, operating personnel, and management systems. Globally, it consists of over 2,000 airlines which transport over three billion passengers (Belobaba et al., 2009). It

may operate by scheduled airlines – carriers that operate on a fixed timetable and non-scheduled airlines – charters, which operate flights outside normal schedules through a hiring arrangement (Cento, 2009). Charters unite flights and accommodation packages together, whereas scheduled airlines do not (Truxal, 2013). In 1919 Aircraft Transport and Travel Company offered 2½-h flights daily from Hounslow Heath Aerodrome in London to Le Bourget in Paris. It was the first regular international service in the world (Larsen et al., 2012). Nowadays air transport trade and regulation is conducted by IATA (International Air Transport Association is the trade association for the world's airlines, which represents some 240 airlines or more than 80% total air traffic). Some of regulations functions are (IATA, 2018):

- Regulates airlines 'rights' on operations in a foreign country (with host govt; consent);
- Regulates air tariffs;
- Settles disputes between any two airlines;
- Regulates complete accounting through their medium of BSP (Billing and Settlement Plan)
- Frames laws and by-laws on air transportation
- Keeping in view geographical conditions and location; Provides professional training to manpower -both distance learning as well as classroom studies
- Supports CRS providers;
- Designates each airline with a two alpha code, each location with a three alpha code and each airline with a three numeric code;
- Updates the travel industry with latest developments and changes on regular basis through their web sites/email/newsletters etc;
- Maintains high financial credibility;
- Maintains high standards of quality in service;
- Controls ticket stocks and distributes them to accredited travel industry;
- Conducts meetings at regular intervals at all levels international/regional/local and invite participation from all members;

In the continuation we will present a causal loop diagram in frame of y system dynamics, which will show the interdependency and influences among all elements within a large air transportation system, its quality, legislation, air passenger rights.

3 CLD Model of Tourism Legislation, Air Passenger Rights and Quality of Service

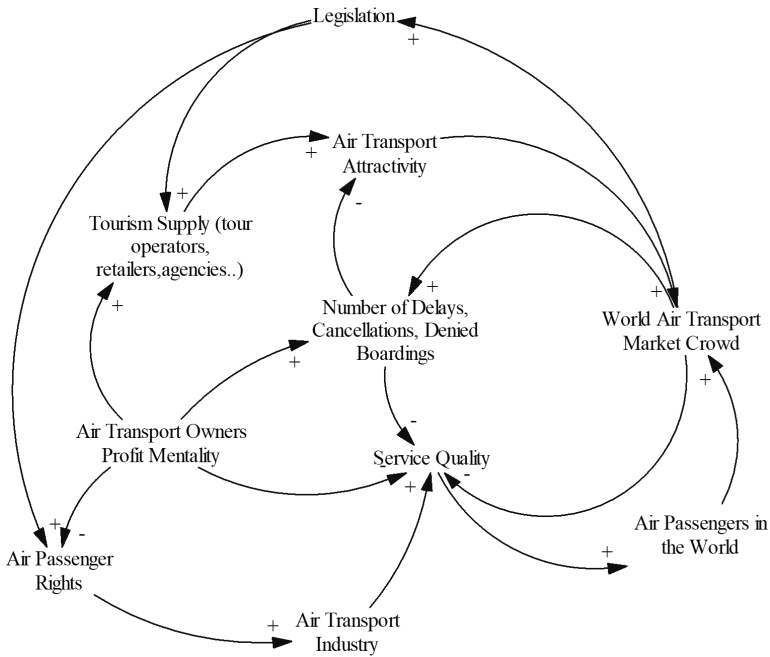


Figure 2: CLD Dependency of Legislation Service Quality, And Air Passenger Rights

Figure 2 represents interactions among elements within a tourism system's elements: aviation industry, service quality, air passengers, and legislation and air passenger rights. Pluses (+) between the two elements indicate the positive influence or growth of the elements and minuses (-) represent the decline (balance, regulation) of one element and thus of the system. Legislation influences (+) the air passengers rights, which positively influences (+) the aviation industry, this influences (+) service quality, which increases the number of air travellers (+) and they increases the world air transport market crowd (+) and this positively increases (+) the legislation. We can define this circle a circle

of reinforcement or a circle of growth. All interactions among elements are denoted by a (+) positive loop. The circle, which balance the entire system is called a circle of a regulation, where (-) shows the balance of the system. If we observe the crowd of the world air transport market, we can say that this negatively (-) influences) the service quality and increases (+) the number of delays, denied boarding and flight cancellations, which decrease (-) the service quality. Another circle of balance represents the air transport owners profit mentality, which diminishes (-) air passenger rights) and service quality. We can see another circle of growth, the legislation which influences positively (+) the tourism supply, this causes the increase of air transport attractivity (+) and the air transport attractivity increases world air transport market crowd.

Following this causal loop diagram one can state that legislation should be created to keep in balance the whole air transportation system regardless of the people state of emotions and state mind.

3.1 Air Passengers and their Rights in Practice: A Primer – Denied Boarding

Young Slovenian three-member family with a pregnant mother took a two weeks vacation in Maghreb. On their return back home mother was in 26th week of pregnancy. The flight captain saw her and despite of the regulation, which allows women to enter and fly the plane up to 36 weeks of gestation, he denied her boarding. The lady had proper documents, which proved that she should be allowed to fly the plane. Consequently the husband and the daughter didn't enter the plane. Thanks to the representative of the tour operator, where the family booked its vacation, another charter flight flew to Slovenia in fourteen hours later in 600km distant airport. The family arrived on time and the captain didn't say a word to the pregnant woman. The family happily arrived home with a day of delay, tired and convinced of taking legal actions for costs reimbursement.

This case shows that even legislation has no power, when a human being, who treats himself as a "higher" authority, decides up to his/her state of mind. One decision was a reason that the whole system fell into a state of turbulence, all the elements had to suffer to achieve the balance again. The solution, which would bring optimal decision, is in systems thinking. The air captain should know that each element in the tourism system has its own task and when they trust each other the system will be in balance. The pregnant woman's doctor

influences the tourism system, when he signed a document, which proved that the lady could fly the plane. The first airplane captain did not trust the document, whereas the second captain accepted it.

We can state that legislation should be formed in a matter, which would prevent air passenger from egotistical decisions of individuals on the side of a tourism supply, in our case, air transportation.

4 Conclusions

Using the theory of complexity in the analysis of the air transportation as tourism system aims at giving better insights into the nature and the evolutionary behaviour of the tourism as a system. In the paper we discussed complex tourism system with its subsystems: air transport system influenced by many elements especially by legislation. The systems methodology as an approach defines optimal legislation and decision-making in air transport industry. We showed that tourism and legislation are complex systems and that the legislation is not adapted to the complexity of that system. The legislators create rules according to the requests of their owners (analytically) not according to the complexity of the system and people (systemically). Complex systems problems, which occur always when people are involved, can only be solved by systems thinking, which is an upgrade of linear thinking. To be able to create systemically oriented legislation, one must think of a feed-back that always comes back to the action of an individual and the environment, which is affected with that feed-back. This way one can create a legislation, which balances the complex systems problems.

References

- Ashby, W. R. (1956) *An Introduction to Cybernetics* (London: Chapman and Hall).
- Baggio, J. A. (2011a) Agent-based modeling and simulation, In: Baggio, R. & Klobas, J. (eds.) *Quantitative Methods in Tourism: A Handbook* (Bristol, UK: Channel View), pp. 199-219.
- Baggio, R. & Baggio, J. A. (2013) Modeling Information Asymmetries in Tourism, In: Kozak, M., Lebe, S. S., Andreu, L., Gnoth, J. & Fyall, A. (eds.) *Tourism Marketing: On Both Sides of the Counter* (Newcastle upon Tyne, UK: Cambridge Scholars Publishing), pp.156-174.
- Baggio, R. & Sainaghi, R. (2011) Complex and chaotic tourism systems: towards a quantitative approach, *International Journal of Contemporary Hospitality Management*, 23(6), pp. 840-861, doi: 10.1108/09596111111153501.

- Baggio, R., Scott, N. & Cooper, C. (2010b) Network science - a review focused on tourism, *Annals of Tourism Research*, 37(3), pp. 802–827.
- Belobaba, P., Odoni, A. & Barnhart, C. (2009) *The Global Airline Industry* (Chichester: Wiley).
- Carlsen, J. (1999) A systems approach to island tourism destination management, *Systems Research and Behavioral Science*, 16(4), pp. 321-327, doi: 10.1002/(SICI)1099-1743(199907/08)16:4<321::AID-SRES255>3.0.CO;2-5.
- Cento, A. (2009) *The Airline Industry* (Heidelberg: PhysicaVerlag).
- Cilliers, P. (1998) *Complexity and Postmodernism: Understanding Complex Systems*. (London: Routledge).
- Cole, S. (2009) A Logistic Tourism Model: Resort Cycles, Globalization, and Chaos, *Annals of Tourism Research*, 36(4), pp. 689-714, doi: 10.1016/j.annals.2009.07.004.
- Doganis, R. (2012) *Flying Off Course: The Economics of International Airlines* (Hoboken: Taylor and Francis).
- IATA (2018) *About us*, available at: <http://www.iata.org/about/Pages/index.aspx> (June, 21 2018).
- Jere Lazanski, T. & Kljajić, M. (2006) Systems approach to complex systems modelling with special regards to tourism, *Kybernetes : the international journal of systems & cybernetics*, 35(7/8), pp. 1048-1058, doi: 10.1108/03684920610684779.
- Johnson, P. A. & Sieber, R. E. (2010) An individual-based model of tourism dynamics, *Tourism Analysis*, 15(5), pp. 517-530.
- Larsen, P., Sweeney, J. & Gillick, J. (2012) *Aviation Law: Cases, Laws and Related Sources* (Leiden: Brill).
- Lenzenweger, M. F. & Hooley, J. M. (eds.) (2002) *Principles of experimental psychopathology: Essays in honor of Brendan A. Maher* (Washington, DC: American Psychological Association).
- Reed, J. G. & Baxter, P. M. (1992) *Library use: a handbook for psychology* (Washington, DC: American Psychological Association), doi: 10.1037/10533-000.
- Scott, N., Baggio, R., & Cooper, C. (2008) *Network Analysis and Tourism: From Theory to Practice* (Clevedon, UK: Channel View).
- Scott, N., Baggio, R., & Cooper, C. (2011) Network analysis methods for modeling tourism interorganizational systems, In: Megehee, C., Ogle, A. & Woodside, A. G. (eds.) *Advances in Culture Tourism, & Hospitality Research* (Bingley, UK: Emerald - JAI Press), Vol. 5, pp. 177-222.

Cruelty and Perfidity in Substantive Criminal Law of Slovenia

DAMJAN KOROŠEC

Abstract The Slovenian criminal legislator acted from the standpoint of comparative criminal law very late, when he decided in 2008 to abolish the traditional broad incrimination of intentional killing, called manslaughter and formed two new incriminations out of it: the less severe manslaughter and the most severe murder. In the new system the term murder is bound to (1) special psychological premeditative impulses, regarded as heavy guilt or (2) special forms of objective techniques of killing another person on the level of objective elements of the general notion of crime. Several dogmatical and practical problems emerged with this change of Slovenian criminal law, shown in this article.

Keywords: • slovenia • substantive criminal law • manslaughter • murder • discrimination •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Damjan Korošec, PhD, Full Professor, University of Ljubljana, Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: damjan.korosec@pf.uni-lj.si.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-248-0.6>
Available at: <http://press.um.si>

ISBN 978-961-286-248-0

1 Introduction

Slovenian Criminal Code, the so-called CC1, adopted in the parliament in 2008 (entered into force on November 1st 2008 (OJ RS Nr.: 50/12 from 29th of June 2012) including amendments, adopted until present), in Art. 116 under the title “Murder” offers the following incrimination:

“Whoever takes the life of a human being

1) in a cruel or perfidious manner;

2) due to taking action in official acts to protect public security, or in a pre-trial criminal procedure, or due to decisions of state prosecutors, or due to the proceeding and decisions of judges, or due to criminal complaint, or testimony in a court proceeding;

3) because of violation of equality;

4) out of desire to murder, out of greed, in order to commit or to conceal another criminal offence, out of unscrupulous vengeance, or from other base motives;

5) with the act committed within a criminal organisation to commit such offences, shall be sentenced to imprisonment for not less than fifteen years.”

In that way, all alternative forms of the most severe form of intentional killing of another human being, in Slovenian criminal law known as murder, are commissive (derive from forbidding norms). They are widely understood as qualified forms of the crime of manslaughter (as defined in Art. 115 CC1), although at least some of them show signs of mixed criminal legal goods, including public peace, functioning of courts, equality and nondiscrimination, public security. Historically in general the distinction between manslaughter and murder derives from the roman legal figure of intentional killing of another person “with premeditation” as an extra grave form of killing. This premeditative element of guilt was later casuistically broadened into a wide array of special intentions of the perpetrator. Alternative forms of subjective and objective circumstances, which make the act especially severe, a technique, seen in the cited Art. 116 CC1 is a rather new stage in the evolution of the crime of murder.

The Slovenian criminal legislator acted from the standpoint of comparative criminal law very late, when he decided in 2008 to abolish the traditional broad incrimination of intentional killing, called manslaughter and formed two new incriminations out of it: the less severe manslaughter and the most severe murder. In the new system the term murder is bound to

- (1) special psychological premeditative impulses, regarded as heavy guilt (in German legal theory known as: *niedrige Beweggründe*) or
- (2) special forms of objective techniques of killing another person on the level of objective elements of the general notion of crime (in German: *unmenschliche Tatausführungsart*).

In Slovenian special part of substantive criminal law, the legislator is typically not aware of the systematic importance and is not willing or able to systematically incorporate interpersonality of acts into definitions of crimes. The definition of murder is a good example. The legislator could have easily stated: “who takes the life of another person”, but sticks to “who takes the life of a person”. In that way, suicide is without the slightest doubt included in the definition of intentional killing of manslaughter (Ar. 115 CC1) as well as Murder (Art. 116 CC1) and theoreticians and even more the public prosecutors and judges in criminal legal cases have to improvise with argumentation regarding the exclusion of unlawfulness of self-inflicted deaths. This takes unnecessary time and energy and is uniformly regarded a result of bad legislation.

A victim of all intentional killings according to Slovenian CC1, including of murder in Art. 116 can be a human being, which birth has at least started. Inflicting death to an unborn child is of course also killing and the victim is biologically without any doubt human, but the Slovenian law is politically not willing to offer him full criminal legal protection. This however seems to be a very common approach in modern criminal laws.

As the majority of all crimes, murder can also be committed by omission. Commissions by omission are in Slovenian criminal legal theory rather neglected and very seldom dealt with in practical criminal jurisprudence. Nevertheless, in the last years in Slovenia there were some theoretically very interesting cases, where physicians were brought to criminal court because of alleged intentional omissions to prolong life of patients in the final stages of their lives, in the process of patients' natural dying because of different illnesses (cancer, heart failures etc.) or injuries of the patients. Those omissions by medical experts seemed to be causal with the death of those patients. Therefore, the courts had to deal with the possibility of murder through commission by omission (Korošec, Filipič & Zdolšek, 2018).

2 Cruelty

In Point 1 of the only Paragraph (I.) of Article 116 CC1 the first alternative is a cruel form of killing. Of all alternatives in Art. 116 CC1 this is the most theoretically and practically researched one and seems to be the most common in jurisprudence of murders in Slovenia too. It is obvious, that we are dealing with a strongly culturally defined phenomenon, in European states typically under this terminological umbrella we can find cases of prolonging the pain and agony in the process of dying, where this prolonging is an important goal of the perpetrator while taking life. We can find forms of killing by hypothermia here, as well as dehydration, successive suffocation or poisoning by exhaled gasses in a very small physical space, where the victim is held to die there, inflicting of a mass of small injuries to the body, where the effect of the sum of them is lethal. Annihilative forms of killing are also found here: the technique of killing itself is capable of destructing any traces of the victim, like dissolving a human in acid, throwing him from a boat into open ocean (to be eaten by fish), but also burning him alive, disintegrating him by explosion or any disintegrative or squeezing machine or other technique (cases of so called *disintegrative politrauma*). Burying a human being alive can also fall under this qualification, partly because of the successive suffocation in a small physical space, talked about before, partly because of the dark annihilative symbolism of returning a living being to the soil, to the Earth, to die during that act. It seems, that qualification of cruelty according Art. 116 CC1, Par. 1, Point 1 in cases of abandoning a living or already dying human being to forces of nature (like leaving him in a vast jungle, alone on a small raft or boat in the open ocean, exposing him to the almost inevitable hazardous contact with big cats, bears, sharks, dangerous snakes etc.) also follow this somehow mixed logic. Even aggravating cases of burying a human being alive to death are known in newer history in the form of cases of burying in kitchen waste (garbage) or animal or human excrements (Korošec, Filipčič & Zdolšek, 2018).

As recent cases of the qualification of cruelty because of special forms of objective techniques of killing another person on the level of objective elements of the general notion of crime (in German: *unmenschliche Tatausführungsart*) here (1) a killing of an elderly woman with a knitting needle, pushed through her eyeball into her brains and turning it around for so long (an excessive amount of minutes), that the brains were deadly damaged, as well as (2) letting fall a child of several months of age into the deep after holding him headover by a foot for two

hours from a balcony at the seventh floor of a building. These gruesome cases show very clearly, that there are objective cultural limits, where a given jurisprudence demand stricter qualifications because of the level of objective gruesomeness itself. One can't stress enough, that the age of the victim alone (very old or very young, like in the cases above) can and must not be an argument for the qualification of cruelty in the sense of Art. 116 CC1. Victims are humans and the life of all humans should be considered of the same principal value, regardless of sex, sexual orientation, fertility, beauty, health or age, high or low! The qualification of perfidity (Art. 116 CC1) plays in this regard an importantly different role, see below!

There can be no doubt that an intentional killing of another person, following or otherwise combined with the crime of torture of the same person (according to the incrimination in Art. 134.a CC1, called Torture and following closely the definition of torture in the well-known UNO Convention on torture) is typically to be qualified as cruel killing in the sense of Art. 116, Par. 1, Point 1 CC1. Modern criminal legal theory points out, that a so called colored intent of the perpetrator of the intentional killing (*dolus coloratus*) towards a very dramatic or prolonged clinical path of symptoms in cases of deadly infections, like some tropical hemorrhagic fevers, but also the well-known HIV or lepra can constitute a murder because of cruelty. A special wish of the perpetrator that the infected person should die in a strict carantenization, alone, without his loved-ones around him could also contribute to the decision of qualifying the killing as cruel murder according to Art. 116, Par. 1, Point 1 CC1.

Newest court decisions declare as cruel in the sense of Art. 116/I(1) CC1 (to persons to be killed, waiting in row) successive killings of hostages. In any case, it has to be stressed, that the concept of cruelty is used by the legislator in Slovenia in the special part of the CC1 extremely arbitrary. Several incriminations, like robbery or kidnaping do not foresee such a possibility, although the courts are frequently confronted with severity of cruelty in individual cases. On the other hand, we experienced some court argumentation recently in Slovenia affirming cruelty as a special aggravating circumstance in the crime of rape (Art. 170/II CC1), where the perpetrator during the sexual intercourse "spoke a language, not understood by the victim" (no, it was not Arabic, in the concrete case it was Austrian German), which was criticized by theoreticians heavily as politically perverted use of the criminal legal normative qualification of cruelty in

Slovenian legal jurisprudence and even as racist and in this sense unconstitutional use of (criminal) law.

A very interesting theoretical question arose from a tragic case of *in vivo* cannibalism: killing another person by the act of eating him up.¹ Since in the concrete case there were obvious signs of sexual acts between the perpetrator and the victim, including sexually motivated consent to killing, the question was asked in legal theory whether the qualification of cruelty (of killing) and the victims consent to killing are generally compatible. Since Slovenia (contrary to Germany) doesn't provide for a special incrimination of killing with consent of the killed (in German: "*Tötung auf Verlangen*"), we would have to deal with such a crime as manslaughter (Art. 115 CC1) or (cruel) murder (Art. 116, Par. 1, Point 1 CC1). It seems, that the rather conservative Slovenian legal culture would not see a consent in *in vivo* cannibalism cases as a hermetic obstacle for the qualification of cruelty, as defined in Art. 116 CC1.

3 Perfidity

Contrary to cruelty (see above), the aggravating circumstance of perfidity as the second alternative of Point 1 of the only (I.) Paragraph of Art. 116 CC1 tries to cover cases, where the victim is killed by that special person, whom the victim trusts his or her life most: medical practitioners, professional mountain rescuers, but also parents, teachers, spouses, taxi- or bus- drivers, pilots. In this category one can find by the victim unexpected killings during sexual acts. Newer theory slowly abandons to define all killings of sleeping people or all killings of children as perfidious *per se* in the sense of Art. 116/I(1) CC1.

One can't stress enough, that according to the new Slovenian CC1 all cases of euthanasia, where the perpetrator is a medical practitioner, physician and his patient didn't give a free consent for euthanasive killing, are dealt with as perfidious murders under the definition of Art. 116/I(1) CC1. Slovenia decided in 2008 politically not to provide a privileged, less severe form of manslaughter in cases of euthanasia and prefers the definition of murder in such cases with a physician as perpetrator and patient as victim. It is interesting to know that both the Medical Chamber of Slovenia as well as the National Bioethical Committee are fond of this regulation and oppose strongly any liberalization in this regard.

In general, perfidity is even more than cruelty a very theoretically unclear concept in Slovenian criminal legal theory and even more in criminal jurisprudence. Its ethical systemic use in the special part of the Slovenian CC1 is questionable or even nonexistent. It seems, that there is a general idea of the Slovenian legislator, that weak members of the human society, very young, very old, sick, tired and similar need a special criminal protection of their lives(!) and offered the idea of perfidity in killing as an aggravating qualification of murder (Art. 116 CC1). At the same time the idea of systematic strengthening of criminal legal goods of so called weak members of the society is very far from being concretized in Slovenian criminal law on all levels of dealing with it, as well in theory, as in law and jurisprudence. Only some more or less politically hysterical unsystematic aggravating incriminations with children as victims can be found in the Slovenian CC1 (regarding family violence), far from systematic in itself, but there is no obvious specialized approach to aggravating incrimination of generally weak victims. That is why one can speak of ethically unbalanced Slovenian criminal law.

4 Conclusion

In Point 1 of the only Paragraph (I.) of Article 116 CC1 the first alternative is a cruel form of killing. Of all alternatives in Art. 116 CC1 this is the most theoretically and practically researched one and seems to be the most common in jurisprudence of murders in Slovenia too. It is obvious, that we are dealing with a strongly culturally defined phenomenon, in European states typically under this terminological umbrella we can find cases of prolonging the pain and agony in the process of dying, where this prolonging is an important goal of the perpetrator while taking life. Contrary to cruelty, the aggravating circumstance of perfidity as the second alternative of Point 1 of the only (I.) Paragraph of Art. 116 CC1 tries to cover cases, where the victim is killed by that special person, whom the victim trusts his or her life most. In general, perfidity is even more than cruelty a very theoretically unclear concept in Slovenian criminal legal theory and even more in criminal jurisprudence. Its ethical systemic use in the special part of the Slovenian CC1 is questionable or even nonexistent. It seems, that there is a general idea of the Slovenian legislator, that weak members of the human society, very young, very old, sick, tired and similar need a special criminal protection of their lives(!) and offered the idea of perfidity in killing as an aggravating qualification of murder (Art. 116 CC1). At the same time the idea of systematic strengthening of criminal legal goods of so called weak members of

the society is very far from being concretized in Slovenian criminal law on all levels of dealing with it, as well in theory, as in law and jurisprudence.

Notes

¹ A real case from the newer German criminal jurisprudence, internationally known as »The Cannibal from Rotenburg« (in German: »*der Kannibale aus Rotenburg*«). The horrible case happened in a small town by the name of Rotenburg, near Bremen (northern Germany).

References

Korošec D., Filipčič, K. & Zdolšek, S. (Ed.). (2018) *Veliki znanstveni komentar posebnega dela KZ-1* [Great Scientific Commentary of the Special Part of CC-1]. 1. Knjiga [Book 1]. (Ljubljana: Založba Uradni list RS in Pravna Fakulteta Univerze v Ljubljani).

Scheidungsrecht nach dem neuen Familiengesetzbuch

BARBARA NOVAK

Zusammenfassung Eheleute, die gemeinsame Kinder haben, müssen, bevor sie den Scheidungsantrag oder Antrag auf einvernehmliche Ehescheidung stellen, an einer vorherigen Beratung teilnehmen, in deren Rahmen sie auch an einer fachlichen Beratung für den Erhalt der Ehe teilnehmen können. Die Regelung schützt die Familie und somit auch das Kindeswohl. Das Kindeswohl wird ebenso durch den Grundsatz geschützt, dass beide Eltern nach der Ehescheidung auch weiterhin primär für das Kind verantwortlich sind. Dies ermöglicht im Verfahren der Ehescheidung auf Antrag, dass das Gericht das Kind der gemeinsamen Obhut und Erziehung beider Eltern anvertraut. Bei der Entscheidung über Obhut und Erziehung bei der Ehescheidung auf Antrag kann das Gericht von Amts wegen auch alle Maßnahmen zur Wahrung des Kindeswohls verfügen. Eine Ehe ohne gemeinsame Kinder wird einvernehmlich vor dem Notar geschieden. Diese Art der Scheidung entlastet die Gerichte und ermöglicht ein schnelles Ehescheidungsverfahren, wo die wesentlichen Fragen zwischen den Eheleuten geklärt sind und wo das Verfahren das Kindeswohl nicht gefährden kann.

Schlüsselwörter: • Ehescheidung auf Antrag • einvernehmliche Ehescheidung • Ehescheidung vor dem Notar • vorherige Beratung • fachliche Beratung •

ÜBER DEN AUTORIN: Dr. Barbara Novak, ordinarius Professorin, Universität Ljubljana, Juristische Fakultät, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slowenien, e-Mail: barbara.novak@pf.uni-lj.si.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-248-0.7>
Available at: <http://press.um.si>

ISBN 978-961-286-248-0

1 Einleitung

Die Nationalversammlung der RS verabschiedete am 21.3.2017 das Familiengesetzbuch (Uradni list RS - Amtsblatt der Republik Slowenien, Nr. 15/2017 – in der Folge FG) (Novak, 2017: 1-324. Das Gesetzbuch ist am 15.4.2017 in Kraft getreten, es wird zwei Jahre nach dem Inkraftsetzen (15.4.2019) zur Anwendung kommen. Zwischen dem Tag der Inkraftsetzung und dem Beginn der Anwendung des FG ist ein längerer Zeitraum vorgesehen, damit sich die Gerichte und Sozialämter entsprechend organisatorisch und inhaltlich auf die neue Gesetzgebung vorbereiten können und damit die nötigen Rechtsverordnungen verabschiedet werden. Eine Ausnahme gilt für Bestimmungen, die für die Familienpolitik wichtig sind (Art. 17, 18, 19, 280, 281 FG) und die Bestimmung über den im Voraus geäußerten Wunsch der Eltern (Art. 144 FG), die ab dem Tag der Inkraftsetzung des Gesetzes (ab dem 15. 4. 2017) angewendet werden, sowie die Bestimmungen über die Eheschließung, die ab dem 1.1.2018 zur Anwendung kommen (Art. 305 FG).

Slowenien bekam mit der Inkraftsetzung des FG nach über 25 Jahren Bemühungen um eine ganzheitliche Reform des Familienrechts endlich eine neue Gesetzgebung.¹ Dies geschah nur einige Monate nachdem das Gesetz über Ehe

¹ Anfang 2005 übergab das Institut für vergleichendes Recht bei der Juristischen Fakultät der Universität Ljubljana dem Auftraggeber, dem Ministerium für Arbeit, Familie, Soziales und gleiche Möglichkeiten der Republik Slowenien (damals noch Ministerium für Arbeit, Familie und Soziales) seinen Vorschlag der Vorschriften zur Familienrechtsreform. Die Autorin dieser einleitenden Erläuterungen war Mitglied der Arbeitsgruppe beim Institut für vergleichendes Recht. Der Vorschlag der Vorschriften enthielt keine rechtliche Regelung der gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, da das Ministerium als Auftraggeber des Vorschlags die Entscheidung traf, diese Thematik des Familienrechts mit einem besonderen Gesetz zu regeln. Nach der Übergabe des Vorschlags der neuen Vorschriften an das Ministerium wurde 2005 das Gesetz über die Registrierung von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften (Uradni list RS - Amtsblatt der Republik Slowenien, Nr. 55/2006, 91/2011, 18/2016, 33/2016, 68/2016, 33/2016 - in der Folge GÜRGP) verabschiedet. Der Vorschlag zur Familienrechtsreform wurde nicht in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht.

Aufgrund des Reformvorschlags wurden dann vom Ministerium mehrere Vorschläge erarbeitet, doch wurden diese meist schon vor der Vorlage an das Parlament fallengelassen (Zupančič, 2009: 11-12). Eine Ausnahme war die Vorlage des Familiengesetzbuchs (in der Folge DZak), die von der Nationalversammlung am 16. 6. 2011 angenommen wurde. Das DZak war zugänglich unter: <http://www.mdds.gov.si/fileadmin/mdds.gov.si/pageuploads/dokumenti_pfd/word/DZak-sprejet-16-6-11.doc> Zugang 7. Mai 2012. Das DZak von 2011 ist nicht in Kraft getreten, weil sich beim Referendum am 25. 3. 2012 55% der Wahlberechtigten (30% Beteiligung), gegen das DZak ausgesprochen haben. Den Stein des Referendums-Anstoßes stellten vor allem die der Ehe und der nichtehelichen Gemeinschaft der heterosexuellen Paare ähnlichen Institute für gleichgeschlechtliche Partner dar. Die Frage der Zulässigkeit des Referendums über die Inkraftsetzung des DZak landete auf Aufforderung der Nationalversammlung der RS, die der Meinung war, dass mit der Aufschiebung der Inkraftsetzung des DZak oder mit der Ablehnung

und die familiären Beziehungen (Uradni list SRS - Amtsblatt der Sozialistischen Republik Slowenien, Nr. 15/1976, 30/1986, 1/1989, 14/1989, Uradni list RS - Amtsblatt der Republik Slowenien, Nr. 13/1994, 82/1994, 29/1995, 26/1999, 60/1999, 70/2000, 64/2001, 110/2002, 42/2003, 16/2004, 101/2007, 90/2011, 84/2012, 82/2015, 15/2017 - in der Folge EheFamG) volle 40 Jahre alt geworden wäre.²

Das FG enthält anders als vorangehende Gesetzgebungsfassungen, die nicht in Kraft getreten sind, keine Bestimmungen mehr über Lebensgemeinschaften gleichgeschlechtlicher Partner. Diese wurden schon vor der Einreichung des FG ins Gesetzgebungsverfahren in das Gesetz über die Partnergemeinschaft (Uradni list RS - Amtsblatt der Republik Slowenien, Nr. 33/2016 – in der Folge GParG) ausgegliedert. Das GParG wurde am 21. 4. 2016 verabschiedet und kam am 24. 2. 2017 zur Anwendung.

2 Ehescheidung

Das FG regelt drei Arten der Ehescheidung. Zu den bereits etablierten Instituten der Ehescheidung auf Antrag und der einvernehmlichen Scheidung vor Gericht kommt noch die einvernehmliche Scheidung vor dem Notar hinzu.

2.1 Ehescheidung auf Antrag

2.1.1 Voraussetzungen für die Ehescheidung auf Antrag

Die Ehescheidung auf Antrag kann ein Ehepartner fordern, der das Vorhandensein eines Scheidungsgrundes behauptet: die Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe. Er hat zu beweisen, dass die Ehe für ihn unzumutbar

des DZak beim Referendum verfassungswidrige Folgen entstehen würden, bald vor dem Verfassungsgericht. Dieses wies den Antrag mit dem Argument zurück, das Ergebnis des Referendums könne keinen Einfluss auf die Entstehung verfassungswidriger Folgen haben, da das DZak nicht sofort zur Anwendung käme, sondern erst ein Jahr nach seinem Inkrafttreten. Dieser Zeitraum sei mit geringfügigen Abweichungen mit dem Zeitraum identisch, über den die Nationalversammlung an das Ergebnis des Referendums gebunden wäre. Die Rechtslage bliebe deshalb sowohl bei einer Ablehnung des DZak als auch bei seiner Bestätigung gleich, d.h. dass noch ein Jahr nach der Verlautbarung der Referendumsentscheidung das EheFamG und das Gesetz über die Registrierung von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften in Kraft blieben (Entscheidung des VerfG, Nr. U-II-3/11 vom 8. 12. 2011, Uradni list RS - Amtsblatt der RS, Nr. 109/2011). Zu den Problemen bei der Verabschiedung der Familiengesetzgebung siehe Novak In Korać Graovac & Majstorović, 2013: 293, 295.

² Das EheFamG ist seit dem 1. 1. 1977 in Kraft.

geworden ist. Dabei ist es unerheblich, ob sie auch für den anderen Ehepartner unzumutbar sei, denn das Gericht scheidet die Ehe auch, wenn sich der andere Ehepartner der Scheidung widersetzt. Für die Scheidung ist es auch unerheblich, wer von den Eheleuten die Unzumutbarkeit verursachte. Die Ehescheidung kann auch derjenige Ehepartner beantragen, der an der Unzumutbarkeit schuld ist, denn die Schuld hindert die Scheidung nicht. Zum Scheidungsgrund, der Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe, kann jede Ursache oder Gruppe von Ursachen führen. Eheleute geben in der Praxis als Ursachen der Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe üblicherweise die charakterliche Unvereinbarkeit, ein Verhältnis mit einem anderen Partner, Entfremdung oder Auseinanderleben der Eheleute an. Antragssteller haben in der Praxis normalerweise keine Schwierigkeiten, die Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe zu beweisen.³ Eine Ehe, die sich als unzumutbar herausstellt, wird geschieden, ohne dass ein vorheriges Trennungsverfahren erforderlich wäre. Ein solches Verfahren (Trennung von Tisch und Bett) oder eine solche Anforderung, dass die Ehegatten belegen, vor der Antragsstellung längere Zeit getrennt gelebt zu haben, kennt das slowenische Recht nicht.

2.1.2 Entscheidungen im Verfahren der Ehescheidung auf Antrag

Das Gericht scheidet die Ehe aufgrund eines Antrags auf Ehescheidung. Es entscheidet mit seinem Urteil:

- über die Scheidung der Ehe;
- über die Obhut und Erziehung der Kinder
- über den Unterhalt für minderjährige Kinder⁴ und
- über die Kontakte der Kinder mit den Eltern.

Wenn der unversorgte Ehegatte zusammen mit dem Antrag auf Ehescheidung auch die Unterhaltsklage einreicht, können die Anträge gemeinsam verhandelt werden und der Scheidungsurteilsspruch enthält in dem Fall auch die

³ Während der Geltungsdauer des EheFamG seit 1977 gab es nur einige wenige Fälle, wo Einzelne die Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe nicht beweisen konnten. Diese Personen konnten meist nicht erklären, warum sie überhaupt eine Ehescheidung wollten.

⁴ Volljährige Kinder müssen selber Klage erheben. Ihre Klage wird im Streitverfahren, doch von der Scheidung getrennt verhandelt und dabei finden die Verfahrensbestimmungen zu Ehestreitigkeiten und Streitigkeiten aus Verhältnissen zwischen Eltern und Kindern aus Kapitel 27 ZPO keine Anwendung.

Entscheidung über den Unterhalt an den unversorgten Ehegatten (Art. 421 Abs. 3 der Zivilprozessordnung, Uradni list RS - Amtsblatt der Republik Slowenien, Nr. 26/1999, 96/2002, 110/2002, 58/2003, 2/2004, 69/2005, 90/2005, 43/2006, 52/2007, 45/2008, 111/2008, 121/2008, 57/2009, 12/2010, 50/2010, 107/2010, 75/2012, 76/2012, 40/2013, 92/2013, 6/2014, 10/2014, 48/2015, 6/2017, 10/2017 – in der Folge ZPO). Obwohl die Schuld für die Ehescheidung selbst keine Rolle spielt, wird die Schuld an der Scheidung beim Unterhalt des Ehegatten berücksichtigt. Das Gericht kann die Unterhaltsforderung zurückweisen, wenn die Unterhaltsleistung an den Ehegatten angesichts der Ursachen, die zur Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe geführt haben, ungerecht gegenüber dem Verpflichteten wäre⁵ oder wenn der Berechtigte irgendwann vor oder nach der Ehescheidung eine Straftat gegen den Verpflichteten oder einen seiner Nächsten begangen hat. Zu den Nächsten des Verpflichteten zählt das Gesetz seine Kinder und Eltern (Art. 100 Abs. 3 FG).

Im Verfahren, in dem das Gericht über die Ehescheidung entscheidet, erlässt es auf Antrag eines Ehegatten auch eine einstweilige Verfügung über seinen Unterhalt und über den Auszug des anderen Ehegatten aus der gemeinsamen Wohnung, wenn dies nötig ist, um Gewalt zu vermeiden. Einstweilige Verfügungen ergehen nach den Bestimmungen des Gesetzes über Vollstreckung und Sicherung (Art. 411 Abs. 2, 3 ZPO) (Uradni list RS - Amtsblatt der Republik Slowenien, Nr. 51/1998, 72/1998, 11/1999, 89/1999, 11/2001, 75/2002, 87/2002, 70/2003, 16/2004, 132/2004, 46/2005, 96/2005, 17/2006, 30/2006, 69/2006, 115/2006, 93/2007, 121/2007, 45/2008, 37/2008, 28/2009, 51/2010, 26/2011, 14/2012, 17/2013 – in der Folge VollG).

Das Gericht verhandelt im Ehescheidungsverfahren auf Antrag weder die Fragen zum Umfang und Anteil der Ehegatten am gemeinsamen Vermögen noch die Frage der Auseinandersetzung des gemeinsamen Vermögens. Die Ehegatten haben für die Vermögensauseinandersetzung selber zu sorgen, entweder indem sie das in Form einer Notarniederschrift vereinbaren, die nicht vollstreckbar sein muss, oder indem einer der beiden die Auseinandersetzung des gemeinsamen Vermögens im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit beantragt. Stellt es sich

⁵ Bei der Feststellung, ob ein Unterhaltsanspruch in einer dauernden Lebensgemeinschaft der Eheleute gerechtfertigt ist, darf das Gericht auch schuldhafte Gründe laut Art. 81 Abs. 3 EheFamG feststellen. Das bedeutet, dass ein Ehegatte während der Dauer einer Lebensgemeinschaft vom anderen Ehegatten nur dann Unterhalt fordern kann, wenn auch er selber ihm gegenüber die ihm durch Gesetz auferlegten Pflichten erfüllt (Beschluss des Obergerichts Ljubljana, Nr. IV Cp 6289/2005 vom 25. 1. 2006 – Datenbank Ius-info).

im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit heraus, dass es zwischen den Eheleuten doch einen Streit über den Umfang des gemeinsamen Vermögens oder über die Höhe des Anteils an diesem Vermögen gibt, unterbricht das Gericht das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und verweist die Eheleute auf den Klageweg.⁶ Nach Beendigung des Streitverfahrens wird das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit für die Aufteilung der Sachen fortgesetzt (Art. 73 FG) (Novak, 2017: 92).

Eheleute, die gemeinsame Kinder haben, über die sie elterliche Sorge ausüben, nehmen laut FG, bevor sie den Ehescheidungsantrag stellen, an der vorherigen Beratung beim Sozialamt teil. Die vorherige Beratung wird, ähnlich wie einst das Beratungsgespräch, nicht durchgeführt, wenn einer der Ehegatten urteilsunfähig, unbekanntes Wohnorts oder vermisst ist oder wenn ein Ehegatte oder beide im Ausland leben. An der vorherigen Beratung müssen die Eheleute persönlich und ohne ihre Prozessbevollmächtigten teilnehmen. Das Sozialamt lädt die Parteien zur vorherigen Beratung binnen 14 Tagen nach Erhalt des Antrags auf vorherige Beratung. Es fertigt über die durchgeführte vorherige Beratung ein Protokoll an, aus dem ersichtlich ist, dass am Gespräch die Eheleute teilgenommen haben, die einen Antrag auf Ehescheidung stellen wollen (Art. 204 Abs. 1, 2 FG).

Der Zweck der vorherigen Beratung besteht darin, den Eheleuten zu helfen festzustellen, ob ihre Beziehung dermaßen angeschlagen ist, dass die Ehe für mindestens einen von ihnen unzumutbar geworden ist, beziehungsweise ob eine Möglichkeit besteht, die Ehe zu erhalten (Art. 200 FG). Eheleute, die bei der vorherigen Beratung feststellen, dass eine Möglichkeit zur Erhaltung der Ehe besteht, werden vom fachlichen Berater des Sozialamts über die Möglichkeit der freiwilligen Teilnahme an einer fachlichen Beratung zwecks Erhaltung der Ehe unterrichtet. Diese fachliche Beratung wird von den Sozialämtern durchgeführt (Art. 201 FG).⁷ Eheleute, die bei der vorherigen Beratung feststellen, dass die Ehe für mindestens einen von ihnen unzumutbar geworden ist, werden vom fachlichen Berater des Sozialamts über die Folgen informiert, die die Ehescheidung für sie und ihre familiäre Gemeinschaft hätte.

⁶ Das Gericht verweist denjenigen Ehegatten auf den Klageweg, dessen Recht es für weniger wahrscheinlich erachtet. Der Beschluss des nichtstreitigen Gerichts über die Verweisung auf den Klageweg bindet die Beteiligten nur hinsichtlich der Frage, wer derjenige ist, der klagen soll, nicht jedoch auch hinsichtlich der Höhe des Anteils, den er im Rechtsstreit geltend machen kann – Beschluss des Obergerichts Ljubljana, Nr. II Cp 2167/94 vom 4. 5. 1995 – Datenbank SOVS.

⁷ An der fachlichen Beratung können auch nichteheliche Partner teilnehmen, die Schwierigkeiten in der Partnerschaft haben.

Das Sozialamt holt bei der vorherigen Beratung auch die Auskunft für die Stellungnahme darüber ein, welche gerichtliche Entscheidung zur Obhut, Erziehung, zum Unterhalt und Umgang dem Wohl des Kindes dient. Bei der Scheidung auf Antrag hat sich das Sozialamt in der vorherigen Beratung auch zu bemühen, dass die Eltern zumindest in einigen Fragen bezüglich der Kinder eine Einigung erzielen mögen. Dazu legt es den Eheleuten den Zweck und das Verfahren der Mediation dar. Bei Zustimmung der Eheleute kann das Sozialamt die vorherige Beratung mit dem Mediationsverfahren fortsetzen. Die Eheleute können auch an der Mediation bei anderen Anbietern teilnehmen (Art. 202 FG).

Das FG bestimmt weder, dass die Eheleute beim Stellen des Scheidungsantrags ihre Teilnahme an der vorherigen Beratung nachzuweisen hätten, noch legt es die Rechtsfolgen für die Nichtteilnahme (Verwerfung des Ehescheidungsantrags) fest. Das FG bestimmt bloß, dass das Sozialamt im Protokoll über die vorherige Beratung anzugeben hat, welche Person am Gespräch nicht teilgenommen hat, sowie die Gründe für ihre Nichtteilnahme, wenn sie ihm bekannt sind (Art. 204 Abs. 3 FG). Eine ähnliche Frage stellte sich bei der Novelle des EheFamG von 2004, die verfügte, dass Eltern, die nicht zusammenleben werden, aber sich auch nicht scheiden lassen, mit dem Antrag, das Gericht möge die Frage der Obhut, Erziehung, des Unterhalts und des Umgangs des Kindes mit den Eltern regeln, eine Bestätigung des Sozialamts vorzulegen haben, dass sie sich über die strittige Frage mit seiner Hilfe zu einigen versuchten. Es setzte sich der Standpunkt durch, dass der Antrag nicht ohne Aufforderung an die Partei, ihn zu ergänzen, verworfen werden kann, da das Gesetz das Verwerfen nicht ausdrücklich festlegte. Das Gericht musste den Antragsteller gemäß den allgemeinen Bestimmungen der ZPO zur Ergänzung auffordern. Hat der Antragsteller den Antrag nicht ergänzt, so wurde dieser vom Gericht verworfen (Art. 108 Abs. 5 ZPO). Bei der vorherigen Beratung steht, ebenso wie bei der beschriebenen Lösung aus der Novelle des EheFamG von 2004, die Wahrung des Kindeswohls im Vordergrund, deshalb wäre anzunehmen, dass die Eltern bei der Stellung des Ehescheidungsantrags nachzuweisen hätten, an der vorherigen Beratung teilgenommen zu haben. Erbringen sie diesen Nachweis nicht, hat das Gericht sie aufzufordern, ihren Antrag nach den obigen Regeln zu ergänzen. Die erwähnte offene Frage sollte in Zukunft im Gesetz ausdrücklich geregelt werden (Eine solche Lösung sah Art. 197 der FG-Vorlage vor, in: Končina-Peternel, in Zupančič 2009: 284). Das FG sieht zwar vor, dass der für die Familie zuständige Minister die Umsetzung der vorherigen Beratung näher regeln wird, doch gehört diese für die Wahrnehmung des Rechts auf Ehescheidung wichtige Frage nicht

in eine Rechtsverordnung, die laut Verfassung keine Rechte regeln darf (Art. 87 der Verfassung RS, Uradni list RS - Amtsblatt der Republik Slowenien, Nr. 33/1991-I, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004, 68/2006, 47/2013, 75/2016 – in der Folge die Verfassung RS).

Haben die Eltern über eine Frage bezüglich der Kinder eine Einigung erzielt (über die Obhut, Erziehung, Umgang mit den Eltern, Unterhalt), wird eine solche Vereinbarung, die dem Kindeswohl entspricht, in Form eines gerichtlichen Vergleichs festgehalten. Bei der Vereinbarung über die Obhut und Erziehung können die Eltern vereinbaren, dass alle Kinder bei einem Elternteil oder dass die einen Kinder bei dem einen und die anderen bei dem anderen Elternteil sind, aber auch, dass die Eltern nach der Ehescheidung auch weiterhin gemeinsame Obhut und Erziehung behalten. Die Vereinbarung über gemeinsame Obhut und Erziehung hat auch eine Vereinbarung über den festen Wohnsitz des Kindes zu enthalten sowie darüber, an welchen der Eltern Sendungen für das Kind ausgeliefert werden, und über den Unterhalt (Art. 139 FG). Das Gericht prüft die Vereinbarung über die Obhut, Erziehung, Umgang mit den Eltern und den Unterhalt aus der Sicht des Kindeswohls. Dabei berücksichtigt es auch die Meinung des urteilsfähigen Kindes, die dieses selber oder durch eine Vertrauensperson geäußert hat, und die Stellungnahme des Sozialamts über das Kindeswohl (Art. 143 FG).

Wenn die Eltern keine Einigkeit über Fragen bezüglich des Kindes erzielen oder wenn ihre Vereinbarung nicht dem Wohl des Kindes dient, entscheidet über diese Fragen das Scheidungsgericht. Über Fragen bezüglich der gemeinsamen Kinder der Eheleute hat das Gericht zu entscheiden, auch wenn der Ehegatte, der den Scheidungsantrag eingereicht hat, in seinem Antrag keine Entscheidung in diesen Fragen beantragt hat. Das Gericht entscheidet über diese Fragen von Amts wegen. Auch wenn der Ehegatte, der den Ehescheidungsantrag eingereicht hat, beantragte, das Gericht möge auf eine bestimmte Weise über eine einzelne Frage zum Kind entscheiden, ist das Gericht nicht an seinen Antrag gebunden (so muss es zum Beispiel das Kind nicht dem Elternteil anvertrauen, das dies beantragt hat, Art. 408 Abs. 2 und Art. Abs. 2 421 ZPO). Um das Wohl der Kinder zu wahren, kann das Gericht auch Tatsachen feststellen, die von den Parteien nicht angeführt wurden, und die für seine Entscheidung erforderlichen Auskünfte einholen. Personen und Organisationen, die über für die Entscheidung erforderliche Daten verfügen, sind verpflichtet, dem Gericht die geforderten Daten auch gegen den Willen der Person, auf die sich diese Daten

beziehen, zur Verfügung zu stellen (Art. 408 Abs. 3 ZPO). Das Gericht hat über Fragen bezüglich der Kinder gemäß dem Wohl des Kindes zu entscheiden (Art. 98 FG). Es hat vor seiner Entscheidung die Stellungnahme des Sozialamtes einzuholen.⁸ Es hat auch die Meinung des urteilsfähigen Kindes zu berücksichtigen, wenn dieses sie selber oder durch eine selbstgewählte Vertrauensperson geäußert hat (Art. 143 FG). Einem Kind, das im Verfahren Stellung genommen und beim Scheidungsspruch das 15. Jahr vollendet hat, wird das Urteil zugestellt, dass es hinsichtlich der Entscheidung über Erziehung, Obhut und Umgang ein Beschwerderecht hat (Art. 410 Abs. 3 ZPO).

Das Gericht kann in Bezug auf die Obhut und Erziehung entscheiden, dass alle Kinder bei einem Elternteil oder dass die einen Kinder bei dem einen und die anderen bei dem anderen Elternteil sind, laut FG aber auch, dass die Eltern nach der Ehescheidung auch weiterhin gemeinsame Erziehung und Obhut behalten. Die Entscheidung des Gerichts hat auch eine Entscheidung über den festen Wohnsitz des Kindes zu enthalten sowie darüber, an welchen der Eltern Sendungen für das Kind ausgeliefert werden, und über den Unterhalt (Art. 139 FG). Beim Entscheiden über Obhut und Erziehung kann das Gericht von Amts wegen auch alle Maßnahmen zum Schutz des Kindeswohls verfügen. Sind die Eltern bei der Scheidung nicht für die Obhut und Erziehung geeignet, aber noch Aussichten bestehen, dass das Kind zu den Eltern wird zurückkehren können, so kann das Gericht das Kind entziehen und es bei einer anderen Person in Pflege unterbringen, oder eine Anstalt und die Person benennen, die die Sorge für das Kind übernehmen wird. Die Maßnahme der Entziehung des Kindes kann höchstens drei Jahre dauern, kann jedoch jeweils um drei Jahre verlängert werden. Gibt es keine Aussicht auf Rückkehr des Kindes zu den Eltern, so kann das Gericht den Eltern die elterliche Sorge entziehen. Bei der Ehescheidung kann das Gericht auch entscheiden, das Kind in eine Anstalt einzuweisen wegen seiner psychosozialen Probleme, wenn diese das Kind oder andere Kinder in der Familie gefährden. Auch diese Maßnahme kann höchstens drei Jahre dauern, und kann vom Gericht jeweils um weitere drei Jahre verlängert werden. Wenn das

⁸ Die Stellungnahme des Sozialamtes, deren Zweck die Klärung bestimmter Sachfragen ist, weist die wesentlichen Merkmale und die Struktur eines Gutachtens auf. Das Sozialamt tritt in Streitigkeiten aus Verhältnissen zwischen Eltern und Kindern als spezifischer Helfer des Gerichts auf. Es nimmt mit dem Sammeln von Daten zu den persönlichen und familiären Umständen der Kinder und ihrer Eltern die Aufgaben einer behelfsmäßigen Ermittlungsbehörde wahr, und es hat zugleich eine besondere Prozessstellung, die durch sein Fachwissen und seine Erfahrung der Stellung eines Gutachters nahekommt – Urteil des Obersten Gerichtshofs der RS, Nr. II Ips 682/2007 vom 8. 11. 2007 – Datenbank Ius-info.

Gericht über die Entziehung des Kindes oder seine Einweisung in eine Anstalt wegen seiner psychosozialen Probleme entscheidet, trifft es auch eine Entscheidung über die Unterhaltspflicht jedes Elternteils und bestimmt eine besondere Weise der Unterhaltsleistung, bei der der Unterhalt dann in der Regel auf ein besonderes Konto des Kindes überwiesen wird. Dieses wird zu diesem Zweck vom Vormund des Kindes eröffnet, der eigens für diesen Fall bestellt wird, wenn das Kind sonst nicht unter Vormundschaft gestellt ist. Das Gericht kann den Eltern bei der Ehescheidung auch das Umgangsrecht begrenzen oder entziehen.

Stellt das Gericht während des Verfahrens der Entscheidung über die Obhut und Erziehung, über Unterhalt und Umgang fest, dass das Wohl des Kindes gefährdet ist und mit seinem Schutz nicht bis zur endgültigen Entscheidung am Ende des Verfahrens gewartet werden kann, so schützt es von Amts wegen das Wohl des Kindes mit dem Erlass einer einstweiligen Verfügung, es vertraut etwa das Kind einem der Eltern zur Obhut und Erziehung an, weil das Kind bei demjenigen, bei dem es lebt, gefährdet ist; es legt die Unterhaltssumme für das Kind fest, beschränkt das Umgangsrecht zwischen Eltern und Kindern (Art. 411 ZPO). Das Gericht darf eine einstweilige Verfügung auch auf Antrag der Eltern oder des Sozialamtes erlassen. Neu im FG ist, dass das Gericht nur noch mit einstweiliger Verfügung und nicht mehr auch mit der endgültigen Entscheidung das Umgangsrecht so beschränken darf, dass der Umgang unter Beaufsichtigung einer Fachperson des Sozialamtes oder der Anstalt, in der das Kind untergebracht ist, erfolgt. Die Dauer dieser einstweiligen Verfügung ist auf höchstens neun Monate beschränkt. Der beaufsichtigte Umgang kann sich höchstens auf zwei Stunden pro Woche belaufen (Art. 163 FG). Diese und sonstige einstweilige Verfügungen ergehen nach den Bestimmungen des Gesetzes über Vollstreckung und Sicherung (VollG) und sind bis zur endgültigen Entscheidung gültig.

Das Scheidungsurteil wird vom Gericht binnen acht Tagen nach seinem Ergehen an die Verwaltungseinheit geschickt, die die Ehescheidung ins Personenstandsregister einträgt (Art. 98 Abs. 4 FG). Die Ehescheidung zählt zu Ehe Streitigkeiten aus Kapitel 27 ZPO (Art. 407 ZPO), deshalb gilt für sie das Streitverfahren.

2.1.3 Ehescheidungsverfahren auf Antrag

Das Scheidungsverfahren läuft ab der Zustellung des Antrags an den Antragsgegner. Die Verfahrensparteien können selber auftreten oder einen Anwalt mit der Vertretung beauftragen. Der Antragssteller kann den Ehescheidungsantrag ohne Zustimmung des Antragsgegners bis zum Ende der Hauptverhandlung zurückziehen, und mit dessen Zustimmung, solange das Verfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen ist (Art. 417 ZPO). Stirbt der Antragssteller während des Scheidungsverfahrens, dürfen die Erben des Antragsstellers das Ehescheidungsverfahren binnen sechs Monaten weiterführen, um zu beweisen, dass der Antrag begründet war.⁹ Der Antrag ist begründet, wenn der Scheidungsgrund Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe bestand. Hat das Ehescheidungsverfahren vor seinem Tode noch nicht begonnen, können die Erben es nicht beginnen, denn das Recht auf Ehescheidung ist ein persönliches Recht, das nicht auf die Erben übergeht.

Die Öffentlichkeit ist vom Scheidungsverfahren ausgeschlossen (Art. 407 ZPO). Über die Verfahrenskosten entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen (Art. 413 ZPO). Im Rahmen dieser Bestimmung berücksichtigt das Gericht beim Bemessen der Kosten auch die Ursachen, die zur Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe geführt haben (Zupančič, 1999: 87). Die Schuld an der Ehescheidung tritt auch hier, nicht nur beim Unterhalt des Ehegatten, bei der Hintertür ins Recht hinein.

Die rechtskräftige Entscheidung, mit der die Ehe geschieden wird, kann nicht aufgrund einer Rechtsmäßigkeitklage oder eines Wiederaufnahmeantrags aufgehoben oder geändert werden, ungeachtet dessen, ob eine der Parteien eine neue Ehe geschlossen hat (Art. 420 ZPO). Auch eine Revision ist im Streit über die Ehescheidung nicht zulässig.

Ändern sich nach dem Ergehen der Entscheidung im Scheidungsverfahren auf Antrag die Umstände zur Obhut und Erziehung des Kindes und zum Umgang, dürfen jeder der ehemaligen Ehegatten und das Sozialamt vom Gericht das Erlassen einer neuen Entscheidung fordern (Art. 421 Abs. 4 ZPO). Nach den allgemeinen Regeln des FG kann wegen veränderter Umstände auch das Erlassen

⁹ Die Regel findet auch bei der einvernehmlichen Ehescheidung sinnvolle Anwendung (Art. 418 ZPO).

einer neuen Entscheidung zum Unterhalt des Kindes gefordert werden, wobei in dem Falle nur der Verpflichtete und der Berechtigte das Recht haben, eine neue Entscheidung zu fordern, nicht jedoch das Sozialamt.

2.2 Einvernehmliche Ehescheidung vor Gericht

Die einvernehmliche Ehescheidung ermöglicht den Eheleuten, auf würdevolle Art die Ehe, die sie nicht mehr wollen, zu beenden (Zupančič, 1999: 87). Auf diese Weise müssen sie vor Gericht nicht „alte Vorwürfe aufwärmen und schmutzige Wäsche waschen“. Doch für die einvernehmliche Art der Scheidung müssen die Eheleute imstande sein, nicht nur Einigkeit darüber zu erzielen, dass sie die Ehe nicht mehr wollen, sondern auch eine Vereinbarung über alle wesentlichen Fragen, die bei der Ehe in Bezug auf sie und ihre gemeinsamen Kinder aufkommen. Die Klärung dieser Fragen sollte die Möglichkeit für oft allseitig qualvolles Prozessieren der Ehegatten nach der Scheidung aus dem Weg räumen.

Das Gericht entscheidet über den Antrag auf einvernehmliche Scheidung im Streitverfahren. Es scheidet die Ehe nur, wenn die Eheleute dem Scheidungsantrag folgende Vereinbarungen beilegen:

- Vereinbarung der Eheleute über die Obhut, Erziehung und
- Unterhalt der gemeinsamen Kinder sowie
- über ihren Umgang mit dem Kind
- sowie eine in Form einer vollstreckbaren Notarniederschrift geschlossene
- Vereinbarung über die Auseinandersetzung des gemeinsamen Vermögens;
- Vereinbarung darüber, wer von den Eheleuten, die in einer Mietwohnung wohnten, Mieter der Wohnung bleibt (wenn im Mietvertrag beide Eheleute als Mieter genannt wurden) beziehungsweise wird (wenn nur ein Ehegatte als Mieter im Vertrag stand, während der andere im Vertrag als Person bestimmt war, die die Wohnung gemeinsam mit dem Mieter verwenden wird) und eine
- Vereinbarung über den Unterhalt für den Ehepartner, der ohne Lebensunterhalt ist und ohne eigenes Verschulden keine Beschäftigung hat.

Eheleute, die gemeinsame Kinder haben, nehmen, bevor sie den Antrag auf einvernehmliche Ehescheidung stellen, an der vorherigen Beratung beim Sozialamt gemäß den bei der Scheidung auf Antrag beschriebenen Regeln teil. Das Sozialamt holt in der vorherigen Beratung auch Informationen für die Stellungnahme ein, ob die Vereinbarungen über die Kinder dem Kindeswohl dienen. Das FG legt auch bei der einvernehmlichen Ehescheidung vor Gericht nicht fest, dass die Eheleute bei der Stellung des Antrags auf einvernehmliche Scheidung nachzuweisen haben, davor an der vorherigen Beratung teilgenommen zu haben, noch die Rechtsfolgen für die Nichtteilnahme. Ebenso wie bei der Scheidung auf Antrag soll auch bei der einvernehmlichen Scheidung gelten, dass der Antrag nicht ohne vorherige Aufforderung an die Partei zu seiner Ergänzung verworfen werden kann. Auch bei einvernehmlicher Scheidung sollte diese Frage in Zukunft ausdrücklich gesetzlich geregelt werden.

Bevor das Gericht die Ehe scheidet, wird überprüft, ob alle erforderlichen Vereinbarungen vorliegen und ob die Vereinbarungen über die Kinder nicht dem Wohl der Kinder entgegenstehen. Vor seiner Entscheidung, ob mit den Vereinbarungen gut für das Wohl des Kindes gesorgt ist, muss das Gericht die Stellungnahme des Sozialamts und die Meinung des Kindes einholen. Es hat auch die Meinung des urteilsfähigen Kindes zu berücksichtigen, wenn dieses sie persönlich oder über eine selbst gewählte Vertrauensperson geäußert hat. Sollte das Gericht feststellen, dass eine der beigelegten Vereinbarungen über die Kinder nicht dem Wohle der Kinder dient, wird diese nicht durch eine eigene Entscheidung des Gerichts ersetzt (bei einvernehmlicher Scheidung entscheidet das Gericht nicht), sondern das Gericht fordert die Eltern auf, die Vereinbarung zu ändern, sonst wird der Antrag auf einvernehmliche Ehescheidung zurückgewiesen (Art. 96 FG). In dem Fall können die Eltern später einen neuen Antrag auf einvernehmliche Scheidung stellen oder es kann, wenn eine neue Einigung nicht mehr möglich ist, jeder von ihnen einen Antrag auf Ehescheidung stellen.

Im Urteil, mit dem das Gericht die Ehe aufgrund eines Antrags der Eheleute auf einvernehmliche Scheidung scheidet, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen auch über die Verfahrenskosten. Das Urteil, mit dem die Ehe aufgrund eines Antrags der Eheleute auf einvernehmliche Scheidung geschieden wird, kann nur wegen wesentlichen Verletzungen des Streitverfahrens, weil eine Partei der Antragstellung im Irrtum oder unter Einfluss von Gewalt oder Täuschung zugestimmt hat, sowie im Falle, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die

Ehescheidung aufgrund eines Antrags auf einvernehmliche Scheidung nicht gegeben sind, angefochten werden (Art. 419 ZPO).

2.3 Einvernehmliche Ehescheidung vor dem Notar

Eheleute, die keine gemeinsamen Kinder haben, über die sie elterliche Sorge ausüben, werden einvernehmlich vor dem Notar geschieden und nicht mehr vor Gericht. Ebenso wie vorher bei der einvernehmlichen Scheidung vor Gericht, haben die Eheleute auch vor dem Notar alle wesentlichen Fragen untereinander zu klären. Sie müssen sich über die Auseinandersetzung des gemeinsamen Vermögens einigen, darüber, wer von ihnen Mieter der Wohnung, in der sie leben, bleibt oder wird, und über den Unterhalt für den Ehepartner, der ohne Lebensunterhalt ist und ohne eigenes Verschulden keine Beschäftigung hat.

Die Vereinbarung über die Ehescheidung und die Vereinbarungen, die die gegenseitigen Verhältnisse der Eheleute nach der Scheidung regeln, müssen in Form einer Notarniederschrift erstellt sein. Obwohl das FG dies nicht ausdrücklich bestimmt, müssen die genannten Vereinbarungen in Form einer vollstreckbaren Notarniederschrift geschlossen sein. Das geht aus der allgemeinen Forderung hervor, dass sämtliche Unterhaltsvereinbarungen zwischen erwachsenen Personen in Form einer vollstreckbaren Notarniederschrift zu schließen sind, und aus der Forderung, dass mit der einvernehmlichen Scheidung alle mit der Ehescheidung verbundenen Hauptfragen endgültig gelöst werden müssen.

Es gilt, dass die Ehe mit dem Tag der Unterzeichnung der Notarniederschrift geschieden ist. Die Notarniederschrift über die Ehescheidung ist die Rechtsgrundlage für die Eintragung der Ehescheidung ins Personenstandsregister. Der Notar hat sie wegen der Eintragung ins Personenstandsregister binnen acht Tagen nach der Unterzeichnung an die Verwaltungseinheit zu schicken (Art. 97 FG).

3 Abschließendes über die Vorteile der neuen Regelung

Bei Eheleuten, die gemeinsame Kinder haben, betont das FG die Sorge um den Erhalt der Familie. Die Eheleute haben, bevor sie ihren Scheidungsantrag oder Antrag auf einvernehmliche Ehescheidung stellen, an der vorherigen Beratung beim Sozialamt teilzunehmen. Die vorherige Beratung dient anders als das

ehemalige Beratungsgespräch nicht mehr bloß dem Einholen von Auskünften für die Erstellung der Stellungnahme für das Gericht und dem Zureden auf die Eltern, sie mögen sich auch bei der Scheidung auf Antrag über die Fragen bezüglich der Kinder einigen. Das FG bietet in der vorherigen Beratung den Eltern ein konkretes Mittel zur einvernehmlichen Beilegung von Streitigkeiten in Form von Mediation und fachliche Beratung zum Erhalt der Ehe, wenn die Eheleute meinen, dass dies noch möglich wäre. Mit der beschriebenen Regelung schützt der Staat die Familie und somit auch das Wohl des Kindes.

Das FG schützt das Wohl des Kindes auch mit der Kodifikation des Prinzips, dass beide Eltern auch nach der Ehescheidung weiterhin primär für die Sorge für das Kind verantwortlich sind. Gemäß dieser Regel kann das Gericht bei der Scheidung auf Antrag laut der neuen Regelung auch entscheiden, dass das Kind nach der Scheidung auch weiterhin in der gemeinsamen Obhut und Erziehung beider Eltern bleibt. Das Wohl des Kindes wird im Scheidungsverfahren noch zusätzlich durch die Regelung geschützt, dass das Gericht bei der Entscheidung über die Obhut und Erziehung bei der Scheidung auf Antrag von Amts wegen auch alle Maßnahmen zum Schutz des Kindeswohls verfügen kann.

Eine Ehe ohne gemeinsame Kinder der Eheleute wird laut FG vor dem Notar einvernehmlich geschieden, wenn sich die Eheleute über alle wesentlichen Fragen nach der Ehescheidung einig sind. Diese Art der Scheidung entlastet die Gerichte und ermöglicht gleichzeitig ein schnelles Ehescheidungsverfahren, wo die wesentlichen Fragen zwischen den Eheleuten geklärt sind und wo das beschleunigte Scheidungsverfahren das Wohl der Kinder nicht gefährden kann.

Rechtsquellen

Gesetz über die Registrierung von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften: Uradni list RS - Amtsblatt der Republik Slowenien, Nr. 55/2006, 91/2011, 18/2016, 33/2016, 68/2016, 33/2016.

Zivilprozessordnung (ZPO): Uradni list RS - Amtsblatt der Republik Slowenien, Nr. 26/1999, 96/2002, 110/2002, 58/2003, 2/2004, 69/2005, 90/2005, 43/2006, 52/2007, 45/2008, 111/2008, 121/2008, 57/2009, 12/2010, 50/2010, 107/2010, 75/2012, 76/2012, 40/2013, 92/2013, 6/2014, 10/2014, 48/2015, 6/2017, 10/2017.

Verfassung RS: Uradni list RS - Amtsblatt der Republik Slowenien, Nr. 33/1991-I, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004, 68/2006, 47/2013, 75/2016.

References

- Končina-Peternel, M. (2009) 197. člen predloga FG, In: Zupančič, K. (ed.) *Reforma družinskega prava, predlog novih predpisov s komentarjem* (Reform des Familienrechts – Entwurf der neuen Vorschriften mit Kommentar), 2nd ed. (Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije).
- Novak, B. (2017) *Družinski zakonik z vvodnimi pojasnili* (Familiengesetzbuch mit einleitenden Erläuterungen) (Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije).
- Novak, B. (2013) Novejši razvoj v slovenskem družinskem pravu (Neuere Entwicklung im slowenischen Familienrecht), In: Korać Graovac, A. & Majstorović, I. (ed.) *Evropsko obiteljsko pravo* (Europäisches Familienrecht) (Zagreb: Narodne novine d. d.).
- Zupančič, K. (1999) *Družinsko pravo* (Familienrecht) (Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije).
- Zupančič, K. (ed). (2009) *Reforma družinskega prava, predlog novih predpisov s komentarjem* (Reform des Familienrechts – Entwurf der neuen Vorschriften mit Kommentar), 2nd ed. (Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije).

Joint Stock Corporations' Legal Obligations to Respect Human Rights in Turkish Law

IŞIK ÖZER

Abstract Recently there has been a rising trend in the area of international law to hold the business enterprises, as well as the states, responsible for the violations of human rights. Many regulations issued by international organizations and the states, non-binding as they are, impose that the business enterprises should show consideration for the protection of human rights. This paper looks at the regulations on this topic in Turkish law. Turkish law puts the responsibility of respecting human rights on the shoulders of the joint stock corporations, and so this paper focuses on this issue. It is a fact that Turkish law does not put a legal responsibility of respecting human rights on the joint stock corporations. The Capital Markets Board of Turkey, in parallel with the international regulations, regulates in its corporate governance principles, the respect for human rights in a non-legally binding manner. The joint stock corporations in Turkey, however, are legally responsible for the protection of only the environment, health and security of the employees.

Keywords: • human rights • joint stock corporations • board of directors • corporate governance principles • shareholder proposals •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Işık Özer, PhD, Assistant Professor, Özyeğin University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, Çekmeköy Kampüsü, Nişantepe Mah. Orman Sok. 34794 Çekmeköy – İstanbul Turkey, e-mail: isik.ozер@ozyegin.edu.tr.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-248-0.8>
Available at: <http://press.um.si>

ISBN 978-961-286-248-0

1 Introduction

International human rights law principally contemplates two sets of actors who may be held liable for abuses – states, through the concept of state (primarily civil) responsibility, and individuals, through the concept of individual (primarily criminal) responsibility. States are duty holders for the full range of human rights, whether defined in treaties or customary law. Individual responsibility applies to a far smaller range of abuses, principally characterized by their physical or spiritual assault on the individual (Ratner, 2011: 461).

Thus, states are, McCorquodale concludes, main actors who are responsible under international law for all breaches of human rights obligations within their jurisdictions and the state must adopt legislation or other measures to ensure or realise human rights (McCorquodale, 2002: 93).

Trends in modern international law on the human rights dictate that we must put on corporations as much responsibility as on the states because corporations, most of the time, have as much power on the individuals as the states. However, corporations are usually regarded as economic entities, the sole responsibility of which is to increase profits. “Then why should a company be obligated to respect human rights and be responsible for violations?” asks Bottomley. The first incentive might be impact of adverse publicity about human rights abuses by media expose, consumer group activism or union campaigns. Secondly, the shareholder action within individual corporations. Thirdly, the financial necessity for the corporations to contribute to community development and welfare. It is a fact that the concern for corporate social responsibility is usually driven more by financial and market strategies than by notions of citizenships (Bottomley, 2002: 56–57).

2 Obligations in International Law for Corporations

A system in which the state is the sole target of international legal obligations may not be sufficient to protect human rights. This is why there has been an increasing amount of energy, says McCorquodale, directed at developing international legal obligations placed on corporations to protect human rights. However, many of the international regulations are through non-legally binding guidelines, codes, resolutions, declarations, recommendations, principles,

reports, charters and draft documents of various types (McCorquodale, 2002: 95).

Just to mention the most important ones:

a. “*The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Guidelines for Multinational Enterprises*”¹, recently amended in 2011, sets principles to establish that firms should respect human rights in every country in which they operate. Companies should also respect environmental and labor standards and have appropriate due diligence processes in place to ensure this happens. These include issues such as paying decent wages, combating bribe solicitation and extortion, and the promotion of sustainable consumption. The Guidelines are a comprehensive, non-binding code of conduct that OECD member countries and others have agreed to promote among the business sector.²

b. “*The United Nations (UNs) Guiding Principles on Business and Human Rights*”³, revised in 2011 recently, are a set of guidelines for States and companies to prevent, address and remedy human rights abuses committed in business operations. For companies it establishes foundational and operational principles under the title “the corporate responsibility to respect human rights”. Article 11 states that “*Business enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved*”. The responsibility to respect human rights is a global standard of expected conduct for all business enterprises wherever they operate. It exists independently of States’ abilities.⁴

Every business enterprise is responsible for respecting the internationally recognized human rights as expressed in the International Bill of Human Rights, as well as the fundamental principles expressed in the International Labor Organization’s Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work at a minimum (article 12).

¹ See <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf> (last accessed: 6th of May, 2018).

² New OECD Guidelines to Protect Human Rights and Social Development, OECD, May 2011, <http://www.oecd.org/corporate/mne/newoecdguidelinstoprotecthumanrightsandsocialdevelopment.htm> (last accessed: 6th of May, 2018).

³ See http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf (last accessed: 6th of May, 2018).

⁴ The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, p. 13.

Article 13 also sets the responsibilities of business enterprises by avoiding adverse human rights which are linked to their operations. According to article 13, “*The responsibility to respect human rights requires that business enterprises: (a) Avoid causing or contributing to adverse human rights impacts through their own activities, and address such impacts when they occur; (b) Seek to prevent or mitigate adverse human rights impacts that are directly linked to their operations, products or services by their business relationships, even if they have not contributed to those impacts?*”.

Article 14 imposes that “*The responsibility of business enterprises to respect human rights applies to all enterprises regardless of their size, sector, operational context, ownership and structure?*”. On the other hand, the business enterprises may use various means of fulfilling that responsibility according to these factors and according to the severity of the enterprise’s adverse human rights impacts (article 14). Small and medium-sized enterprises may have less capacity than larger companies, so their respective policies and processes will take on different forms. But some small and medium-sized enterprises can have severe human rights impacts, which will require corresponding measures regardless of their size. Severity of impacts will be judged by their scale, scope and irremediable character. However, the responsibility to respect human rights applies fully and equally to all business enterprises.⁵

Finally, article 15 states that “*In order to meet their responsibility to respect human rights, business enterprises should have in place policies and processes appropriate to their size and circumstances?*”. Business enterprises need to know and show that they respect human rights and they cannot do so unless they have certain in place policies and processes.⁶

c. A year later United Nations also published an interpretive guide in 2012 entitled “*The Corporate Responsibility to Respect Human Rights?*”.⁷ This guide does not change or add to the provisions of the Guiding Principles. Its purpose is to provide additional background explanation to the Guiding Principles to support a full understanding of their meaning and intent. In this interpretive guide, it is also explained that while this guide focuses on the corporate responsibility to

⁵ The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, p. 15.

⁶ The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, p. 16.

⁷ See <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/RtRInterpretativeGuide.pdf> (last accessed: 17th of May, 2018).

respect human rights, it does not reduce the duty of States to protect human rights against abuse by third parties, including business.⁸

d. “*The International Labor Organization’s Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*”⁹, (which is mentioned in the UNs guiding principles) last amended in March 2017, assumes that enterprises can make an important contribution to the promotion of economic and social welfare; to the improvement of living standards and the satisfaction of basic needs; to the creation of employment opportunities, both directly and indirectly; and to the enjoyment of human rights, including freedom of association, throughout the world. In this respect, this declaration sets principles under the titles “employment”, “training”, “conditions of work and life” and “industrial relations”.¹⁰

e. Lastly, the regulations made by the Council of Europe should be mentioned. In April 2014, the first step of the Committee of Ministers was to adopt “*Declaration on Business and Human Rights*”¹¹ which strongly supports implementation of UNs Guiding Principles. In this declaration, member states are assigned duties to:

- Take appropriate steps to protect against human rights abuses by business enterprises;
- Formulate and implement policies and measures to promote that all business enterprises respect human rights throughout their operations, within and beyond their national jurisdiction;
- Take appropriate steps to ensure that when such abuses occur within their territory and/or jurisdiction those affected have access to effective remedy;
- Develop national action plans on the implementation of the UNs Guiding Principles.¹²

⁸ UNs The Corporate Responsibility to Respect Human Rights, p. 3.

⁹ See http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf (last accessed: 17th of May, 2018).

¹⁰ For details see ILO’s Declaration, p. 6 and the rest.

¹¹ See https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c6ee3 (last accessed: 18th of May, 2018).

¹² Business and Human Rights in Europe: Next Steps in Strengthening Implementation and Accountability, The Danish Institute for Human Rights, December 2016, <https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/>

Then in March 2016, the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted a new “*Recommendation on Human Rights and Business*”.¹³ It was an important development which had the potential to strengthen and accelerate implementation of the UNs Guiding Principles, and to address current gaps in human rights protection and remedy across Europe.¹⁴

Other than the regulations above, a growing number of European governments had adopted or were in the process of developing National Actions Plans (NAPs) on business and human rights, in the wake of requests to states to develop such plans from the Council of Europe, United Nations Human Rights Council and European Union¹⁵. However, studying each one of NAPs exceeds the purpose of this article and so the focus from here on will be the regulations on corporate responsibility for human rights protection in Turkey.

3 Obligations in Turkish Law for Corporations

In Turkish law, the provisions with regard to the responsibilities of joint stock corporations for protecting human rights are regulated in the light of corporate governance principles. Along with these principles, there are various codes which regulate the obligations of joint stock corporations to respect fundamental rights such as the protection of health, environment and work security of the employees providing sanctions for any non-compliance.

3.1 Corporate Governance Principles in Turkey

The concept of corporate governance was first incorporated into Turkish capital markets law in the year of 2003 by the Capital Markets Board of Turkey (CMB) based on the OECD’s corporate governance rules (Üçer & Sazcı, 2015: 455). The CMB is an independent regulatory and supervisory authority which is in charge of the application and enforcement of the laws related to capital markets (Aksaç & Derbentli, 2016: 197; Baysal, Bilgin & Eren, 2017: 170; Baysal, Toprak Esin & Başaran Savuran, 2017: 3). The Board is also empowered by law to regulate the

files/media/dokumenter/projects_docs/coe_hrb_workshop_copenhagen_021216_report_final.pdf, p. 2 (last accessed: 21st of June, 2018).

¹³ See https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4 (last accessed: 18th of May, 2018).

¹⁴ Business and Human Rights in Europe, p. 3.

¹⁵ Business and Human Rights in Europe, pp. 3–4.

capital markets by way of issuing secondary legislation which usually takes the form of regulations, *communiqués* and principle resolutions. The main duty of the CMB is to ensure the fair and orderly functioning of the capital markets while protecting investor rights. In order to achieve this goal, it determines the terms and conditions for the due operation of capital markets and capital market institutions (Aksaç & Derbentli, 2016: 197).

In view of the recent developments the main legislative and regulatory sources in relation to corporate governance in Turkey are:

a. The Turkish Commercial Code¹⁶ (TCC) numbered 6102 became effective on the first of July in 2012. The new code introduces major changes to Turkey's corporate law system, especially to the corporate governance structures of joint stock companies. Corporate governance is the dominant concept in the TCC. The TCC does not include a catalogue of corporate governance principles but introduces certain mandatory provisions with respect to corporate governance. It aims to inspire investor confidence and ensure sustainable development.¹⁷

b. Following the TCC, Capital Markets Law¹⁸ (CML) numbered 6362 came into force in 2012 within the context of modernization of the rules that govern capital markets in Turkey. In terms of corporate governance, the TCC has wider application, in the sense that its provisions are applicable both to closely held and publicly held joint stock corporations whereas the CML exclusively applies only to publicly held joint stock corporations (Aksaç & Derbentli, 2016: 198). In CML, the term of "publicly held joint stock corporation" is defined as "*the shares of the company are offered to public or are deemed to be offered to public*" (article 3).

c. The first corporate governance communiqué (Communiqué No. IV/56) came into force in December 2011 listing 20 mandatory principles for listed companies. Communiqué No. IV/56 was replaced by the *Communiqué on Corporate Governance* (*Communiqué no II-17.1*)¹⁹ in January 2014, increasing the number of mandatory principles up to 24 (Üçer & Sazcı, 2015: 455) (the totality of mandatory and optional principles being 96).

¹⁶ Official Gazette, February 14th 2011, No 27846.

¹⁷ New Turkish Commercial Code, A Blueprint for the Future, PwC Turkey, 2011, https://www.pwc.com.tr/en/publications/ttp-assets/pages/ttp-a_blueprint_for_the_future.pdf, p. 9 (last accessed: 21st of June, 2018).

¹⁸ Official Gazette, December 30th 2012, No 28513.

¹⁹ Official Gazette, January 3th 2014, No 28871.

d. There are also *Communiqué* on public disclosure of material events (*Communiqué* no II-15.1)²⁰ and *Communiqué* on public disclosure of material events concerning corporations whose shares are not traded on the stock exchange (*Communiqué* no II-15.2).²¹ These two communiqués are irrelevant to the topic though. The provisions related to the protection of human rights by the joint stock corporations are regulated in the *Communiqué* no II-17.1 so it will be the concern of the below discussion.

3.2 *Communiqué* no II-17.1

In the *Communiqué*, corporate governance principles are regulated under the titles “shareholders”, “public disclosure and transparency”, “stakeholders” and “board of directors”. With the principles given in the *Communiqué*, its goals are (Erdem & Erdem, 2014: 1):

- To protect the rights of shareholders as well as to ensure that the corporation do not forget their legal, contractual, market protecting and social obligations to stakeholders such as employees, investors, suppliers, clients and creditors who are not shareholders;
- To disclosure to the public the responsibilities and duties of board of directors and managers and to render this disclosure regularly in order to establish a certain level of accountability in favor of any stakeholder;
- To adopt rules which would support ethical decision making mechanisms of corporations;
- To assure that the board of directors has sufficient skills and understanding to monitor the administration of the company and also that it has a balanced commitment and independence vis-à-vis the company.

The *Communiqué* is initially applicable to listed companies on Borsa Istanbul (formerly known as the Istanbul Stock Exchange). All of CMB *Communiqués* are mandatory, except for the *Communiqué* no II-17.1. Some provisions of the *Communiqué* are optional, some of them are compulsory. In the *Communiqué*, in article 5 the obligatory principles are clearly listed and these principles mainly focus on effective

²⁰ Official Gazette, January 23th 2014, No 28891.

²¹ Official Gazette, January 23th 2014, No 28891.

shareholder participation in the general meeting of shareholders, maintaining efficient disclosure mechanisms and transparency, appointment of independent directors and the formation of committees (Üçer & Sazcı, 2015: 455). In cases where the compliance obligation is not performed, the Board shall be authorized to take decisions providing fulfillment of the compliance liability and fulfill the relevant transactions ex officio. The Board is also authorized to apply to the court to ensure compliance with the principles (article 7).

As for the optional principles, they are applied on a “*comply or explain*” basis. It means that listed companies are not obliged to comply with all principles in the Communiqué. However, in their annual reports they are required to state whether or not they comply with the optional principles and to explain the reasons for any non – compliance (article 8). Hence the results are publicly announced.

The *Communiqué* includes a section on corporate social responsibility issues which are of non-compulsory nature. The Principle 3.5 entitled "Ethical Rules and Social Responsibility" sets forth that:

“3.5.1. The operations of the corporation shall be carried out in accordance with the ethical rules disclosed to public via the corporate website.

3.5.2. Corporation shall be sensitive towards its social responsibilities and comply with the regulations and ethical rules with respect to environment, consumers, public health. Corporation shall support and respect the internationally recognized human rights. Corporation shall combat against any kind of corruption including embezzlement and bribery”.

The *Communiqué* also provides the disclosure requirements concerning corporate social responsibility. Another non-compulsory principle 2.2.2 states that “*Information on social rights and professional training of the employees and activities of corporate social responsibility in respect of the corporate activities that arises social and environmental results?*” shall be included in the corporation's annual report.

That is to say, the listed companies have no legal obligations whatsoever to respect human rights or corporate social responsibilities in this *Communiqué* because these principles are applied on a “*comply or explain*” basis. Even though the listed companies in their annual reports clearly indicate whether or not they have acted in accordance with the principles of the corporate governance, it is a

fact that, they choose to do so in order to get higher ratings from the rating agencies and better credits from the investors. It is because the listed companies are graded by rating agencies on the basis of the statements in their annual reports which display their performance in accordance with the corporate governance principles.²²

On part of the corporations, on the other hand, taking part in social, environmental and ethical projects attracts sympathy and trust so it is common for well-known companies to take part in respectable social responsibility projects and to co-operate with non-governmental organizations. In practice, reputable companies (especially big or publicly held corporations) disclose their social responsibility projects on their website and through the media (Baysal & Toprak Esin & Başaran Savuran, 2017: 2).²³

3.3 Other Sources in Turkish Law

As mentioned above the corporations are held responsible for the protection of environment and as well as the health and safety of human beings under different codes. For instance (Baysal & Toprak Esin & Başaran Savuran, 2017: 5):

- Under Turkish Environment Code²⁴ numbered 2872, legal entities must ensure that they have taken the necessary environmental measures with respect to their commercial activities. The Code also sets out administrative fines for non-compliance.
- Under the Law on the Occupational Health and Safety²⁵ numbered 6331, the concept of employer is defined. Employer stands for those who employ real and legal persons or institutions and organizations without legal personalities. Based on this definition, corporations can also be defined as employers.

The responsibilities of employers can be summarized as follows:

1. Protecting employees' safety and health by preventing occupational risks.

²² For the principles and rules on the rating activities and rating agencies in the capital markets see “*Communiqué on the Rating Activities and the Rating Agencies in the Capital Markets*” numbered VIII/51 (Official Gazette, July 12th 2007, No 26580).

²³ Most of the time the corporations choose to focus on education providing assistance for female students suffering from financial hardships in Turkey (Üçer & Sazcı, 2015: 468).

²⁴ Official Gazette, August 11th 1983, No 18132.

²⁵ Official Gazette, June 30th 2012, No 28339.

2. Providing appropriate training.
 3. Making risk assessments.
 4. Hiring occupational safety specialists or physicians.
- Under the Turkish Labor Code²⁶ numbered 4857, the corporations can also have employment-related liabilities. The corporations can be held liable for losses if there is a breach of any of the obligations or responsibilities imposed by the Code and can be punished with administrative fines in case of violation of its general provisions.
 - Under the Turkish Criminal Code²⁷ numbered 5237, if an employee is injured or dies due to a work accident that occurred under the supervision of an employer's representative (the board of directors of a corporation), the representative can also be criminally liable (Baysal, Toprak Esin & Başaran Savuran, 2017: 6).

Thus, in the final analysis, the board of directors of the corporations is held responsible only for the violations of environment, health and safety of employees. If in near future in Turkish law, a corporation is legally held responsible for the protection of human rights in general as well, the responsibility should fall on the shoulders of the board of directors of the corporations.

4 The Board of Directors and Its Liabilities in Turkish Law

It might be necessary to touch on the concept of “the board of directors” regulated in the articles of 359 and the rest of the TCC in Turkish law in a very general sense.

In Turkish law joint stock companies are managed and represented by the board of directors (article 365). The board may consist of one or more persons assigned by the articles of association or elected by the general meeting of shareholders (article 359/1). It must be noted that the TCC makes it possible for a single member to manage and represent a joint stock corporation as the board.

²⁶ Official Gazette, June 10th 2003, No 25134.

²⁷ Official Gazette, October 12th 2004, No 25611.

The old Turkish Commercial Code did not strictly differentiate the board of directors from the management. The new TCC introduces this distinction and aims to establish the “management”.²⁸ The board of directors are authorized to delegate management partially or fully to one or more board members or to a third party. This delegation must be made through an internal regulation and included in the articles of association. This internal regulation organizes the management of the company. It defines the duties required for management, indicates their positions, and particularly specifies who is subordinated to whom and who is obliged to provide information (article 367/1). If the management is not delegated, the company is managed by all board members (article 367/2).

The board of directors and the management are authorized to make decisions with regard to all kinds of business and transactions required to be performed within the company’s scope of activity. In the same manner, the board will exclude those which are subject to the authority of the general meeting of shareholders according to law and articles of association (article 374).

In accordance with the TCC, the board members and third parties in charge of management are also liable for performing their duties with duty of care of a prudent manager and to protect the company’s interests in good faith (article 369/1).

As for the liabilities of the board of directors’, those are regulated in articles 553 to 557 of the TCC. Unless they can prove their faultlessness, the founders, board members, the management, and liquidators are liable to the company, shareholders, and creditors for any damages stemming from any form of violation of their obligations found in the law and the articles of association (article 553/1).

If the management’s function is partially or completely delegated, the board of directors is released from the liability to the extent of delegated function (article 553/2). However, the liability can arise again when the assigned person is appointed without due care (article 553/2).

²⁸ A Blueprint for the Future, p. 42.

When the members of the board of directors or the management are held responsible for human rights violations, according to article 553, the right to sue will be in the hands of the company, the shareholders and the creditors. It is, therefore, necessary to create a state of liability for the board of directors and the management to be sued by every person whose rights are violated to compensate for injuries suffered.

5 The Shareholders' Proposals Mechanism

As a final note, I should indicate that the shareholders' proposals are also within the scope of this paper because shareholders' proposals are one of the mechanisms that enable the company to discuss matters in view of human rights and corporate social responsibility.

It is a fact that, shareholder proposals provide the shareholders the right to compel the corporation to discuss the issues that they consider important. The proposals are not intended to usurp the power of management but rather intended to provide and allow the management to express their views and to hold it responsible for its actions while influencing future business decisions (Dhir, 2006: 374).

In USA before 1960s, the use of the proposal provisions was generally restricted to corporate governance matters. By the end of that decade, however, the focus shifted to issues of corporate social responsibility. Since the 1970s, there has been a dramatic increase in shareholder proposals that involve social policy concerns (Dhir, 2006: 382–383). Altschuller points at the fact that of the shareholders' proposals:

- 27% addressed environmental matters, including climate change;
- 26% addressed corporate political activity;
- 15% addressed human rights, including labor rights, and
- 9% addressed workplace diversity in the year 2015.

These non-binding proposals were filed by a range of institutional investors including socially responsible investor firms, pension funds, faith-based institutions, pension funds, labor unions, and universities (Altschuller, 2015: 1).

In Turkish law, however, the right to propose belongs not to a single shareholder, but to the minority shareholders. In the TCC the minority shareholders is defined as those who “*hold at least 10% of the shares of closely held joint stock companies and 20% of publicly held joint stock corporations*” (article 411).

Under article 411, minority shareholders may, via notary public, request the board of directors to convene a general meeting of shareholders or to add an agenda item to the agenda of the general meeting of shareholders that has already been decided to be convened. If the board of directors accepts the minority shareholders' request to convene a general meeting of shareholders, the board of directors must invite the shareholders for the meeting within 45 days. Otherwise, the minority shareholders would be entitled to directly invite the shareholders and convene a general meeting of shareholders (article 411).

In this sense, it is clearly possible for the minority shareholders to take to the general meeting of shareholders any topic concerning the human rights and corporate social responsibilities and make it an agenda topic.

References

- Aksaç, A. & Derbentli, Y. (2016) Corporate Governance 2016 – Turkey, In: Williams, R. (ed.) *The International Comparative Legal Guide to: Corporate Governance 2016*, 9th ed. (London: Global Legal Group Ltd), pp. 197–204.
- Altschuller, S. (2015) *Shareholder Proposals Regarding Corporate Respect for Human Rights*, available at: <http://www.csrandthelaw.com/2015/05/17/shareholder-proposals-regarding-corporate-respect-for-human-rights/> (May 19, 2018).
- Baysal, P., Bilgin, G. & Eren, E. (2017) Turkey, In: Gregory, H. & Austin, S. (eds.) *Corporate Governance*, 16th ed. (London: Law Business Research Ltd), pp. 170–178.
- Baysal, P., Toprak Esin, F. & Başaran Savuran, S. (2017) *Corporate Governance and Directors' Duties in Turkey: Overview*, available at: http://gun.av.tr/wp-content/uploads/corporate_governance_and_directors_duties_in_turkey_overview2.pdf, pp. 1–11 (May 18, 2018).
- Bottomley, S. (2002) Corporations and Human Rights, In: Bottomley, S. & Kinley, D. (eds.) *Commercial Law and Human Rights* (Aldershot: Ashgate Publishing Company), pp. 47–68.
- Dhir, A. A. (2006) Realigning the Corporate Building Blocks: Shareholder Proposals as a Vehicle for Achieving Corporate Social and Human Rights Accountability, *American Business Law Journal*, 43(2), pp. 365–412, doi: 10.1111/j.1744-1714.2006.00020.x.
- Erdem & Erdem (2014) *Communiqué on Corporate Governance*, available at: <http://www.erdem-erdem.av.tr/publications/law-post/communiqu%C3%A9-on-corporate-governance-i/> (June 21, 2018).

- McCorquodale, R. (2002) Human Rights and Global Business, In: Bottomley, S. & Kinley, D. (eds.) *Commercial Law and Human Rights* (Aldershot: Ashgate Publishing Company), pp. 89–114.
- Ratner, S. (2011) Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility, *Yale Law Journal*, 111(3), pp. 443–545.
- Üçer, K. & Sazcı, Z. A. (2015) Turkey, In: Kawamura, A. & Mori, A. & Tomotsune (eds.) *Corporate Governance International Series*, 2nd ed. (London: Thomson Reuters), pp. 455–468.

Street Photography in Light of Information Privacy

JAN STAJNKO

Abstract This contribution tackles the interrelations between the information privacy (data privacy, data protection) and the right to artistic expression. More specifically, author argues that in the new General Data Protection Regulation (GDPR), human rights of artists who engage in street photography are not sufficiently protected. This is of concern because taking a candid photograph in itself constitutes processing of personal data which falls within the scope of GDPR. Author furthermore shows that in the light of case-law of the Court of Justice of the European Union (CJEU), street photography on grounds of its very nature cannot constitute processing of personal data purely for personal or household use and is therefore not subject to a special exemption provided within the GDPR.

Keywords: • photography • information privacy • data protection
• right to artistic expression • GDPR •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Jan Stajnkó, Research and Teaching Assistant, University of Maribor, Faculty of Law, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenia; Doctoral Student, University of Ljubljana, Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: jan.stajnkó@um.si.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-248-0.9>
Available at: <http://press.um.si>

ISBN 978-961-286-248-0

1 Introduction

On the 25th of May 2018, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (*General Data Protection Regulation*) (OJ L 119, 4 May 2016, p. 1–88) became enforceable. Needless to say, the new regulation created a shockwave of frustration and panic amongst companies which, as a rule, process personal data to be able to compete on the European single market. This has been reflected in Slovenian legal writing concerning the application of rules and principles set out in the *General Data Protection Regulation* (henceforth: GDPR) (Mrdaković, 2017; Purc Musar, 2017). On the other hand, the effect of the GDPR on human rights of private citizens (other than information privacy) is not widely debated. This contribution seeks to work towards amending the *status quo* by addressing the issue of street photography in the light of GDPR.

With this in mind, we set forth to find answers to two research questions. Firstly, we addressed the following question: does an artist engaging in street photography need to adhere to rules provided in GDPR? For if GDPR does not cover street photography, no further assessment is needed. If, however, rules and principles of GDPR do apply to photographers, a further question must be at least tackled, if not answered fully: how does the GDPR affect the photographer's right to artistic expression?

2 What is Street Photography?

Street photography is photography conducted for art or enquiry that features unmediated chance encounters and random incidents within public places (Marien, 2012: 169).

In certain literature street photography may be referred to as *candid photography*. According to Oxford Dictionaries, the adjective *candid*, when used to describe a photograph of a person, holds a meaning that the a photograph was "taken informally, especially without the subject's knowledge" – *unposed, unstudied, impromptu*¹. "Street photographers, like snipers, pride themselves on stealth. Camouflaged in nondescript clothing, they wander the streets undetectable,

¹ Definition of candid in English by Oxford Dictionaries, available at: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/candid> (June 17, 2018).

armed, and on the hunt. When they find their mark, they act quickly" (Danforth Zeronda, 2010: 1131–1132).

There is, however, admittedly a difference between street and candid photography. It can be argued that most street photography can be classified as candid, but not all candid photography is street photography in nature (Jardin, 2018: 3–4).

Street photography is not defined by the presence of a street or even the urban environment. Furthermore, it does not always feature people. It might be absent of people in a direct way, but it requires at least an idea of people, for example if the photographer attempts to capture an unmistakably human character in facsimile or aesthetic (Jardin, 2018: 3–4).

Although it is being discussed if the above criteria are an integral part of the notion of street photography (Kim, 2013), there is a consensus that street photography *can* be considered as art, with framing, timing and composition being an important aspect of the craft. "The best and most lasting street photos express ideas and emotions that transcend or even elevate their subjects" (Lewis, 2015: 10–11).

In street photography the popular techniques include the so called shooting "from the hip" i.e. without bringing the camera up to the eye. "To sum it up, "shooting from the hip" it is holding your camera at waist-level, and shooting upwards without looking through the viewfinder. One of the reasons why this technique is widely popular is because it allows you to take much more candid images of people, as they do not see you shooting them with your eye through your viewfinder, and assume you aren't taking images" (Kim, 2010).

3 Street Photography and the Right to Privacy

When taking a photograph in public, other person's right to privacy can be invaded. The ECHR tackled this topic frequently and over time developed criteria upon which it determines if a person's privacy has to be protected. In the case *von Hannover* (app. no. 59320/00, 24th of June 2004) the ECHR emphasized that the *status* of a person is crucial to understand how far-reaching the protection of privacy is *in concreto*. Public figures (persons) can therefore expect less privacy than private persons. With other words: how well known is the person

concerned? Minors furthermore seem to be more rigorously protected than adults (*Söderman v. Sweden*, app. no. 5786/08, 12th of November 2013). It is also important where the pictures were taken (home vs. places accessible to public - *Lillo-Stenberg and Saether v. Norway*, app. no. 13258/09, 16th of January 2014); how intrusive the photographer is when taking the picture; other circumstances in which the photo was taken; the *chilling effect* that a prohibition of taking the photography might produce (*Mosley v. UK*, app. no. 48009/08, 10th of May 2011) etc. It is furthermore important what the person who takes a picture does with it (if he publishes it or keeps it hidden from the public). All those factors need to be taken into account when considering if the right to expression has to give way to the right to privacy or the *vice versa* (Čeferin, 2013: 222–230; Lampe, Čebulj, Petrič & Mavčič, 2010: 400–412; Teršek, 2007: 226–239).

4 Street Photography and Information Privacy

This contribution does however not focus on the right of privacy in general. Instead, a more specific topic is discussed – the right to information privacy. Information privacy, sometimes called *data privacy* or *data protection*, can be seen as an extension of the right to respect for private life (Article 8 of the ECHR) – see for example case *L.H. v. Latvia* (app. no. 52019/07, 29th of April 2014, where the ECHR emphasized "the importance of the protection of medical data to a person's enjoyment of the right to respect for private life."

In Slovenia and other member states of the EU, the protection of data is regulated in the GDPR, which became enforceable on the 25th of May 2018, superseding the *Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data* from 1995 (OJ L 281, 23.11.1995, p. 31–50).

It is important to note that in many respects, the information privacy has become more regulated and thereby more rigorously protected than the right to privacy in general. GDPR namely regulates the aspects such as a) the lawful basis for processing of data, b) the responsibility of the controller of data to implement measures which meet the principles of data protection, c) to provide certain inform about the extent of data collection, d) to protect data by design and by default and e) to pseudonymise data when it is stored; f) the right to access; g) the right to erase; h) the need to record all processing activities, and i) reporting a data breach to the supervisory authority within 72 hours etc.

It is therefore crucial to tackle the question if an artist who wishes to engage in candid street photography falls within the scope of the GDPR. Can cases where a photograph is not published but merely kept on a hard drive (for example as a memory of a hard earned tourist trip) still be counted as processing of personal data? And what would that mean for artists who wish to engage in street photography?

5 Photography as Processing of Personal Data

To answer those questions, we first have to examine if street photography can be considered as being *purely for personal or household use*. It may seem that in instances where a person (for example a tourist or an artist who does not publish or sell his pictures) simply takes a photograph and stores it on his computer without disclosing it to the public, this would be the case. As a consequence, GDPR would not apply, even if such conduct could be considered as processing of personal data (Article 2, paragraph 2., point (c)).

The court addressed this issue concerning the scope of the regulation in case C-212/13, *František Ryněš v Úřad pro ochranu osobních údajů* from 11th of December 2014. It is true that this ruling concerns video surveillance instead of photography. The ruling does, however, in our view unequivocally point towards an interpretation of the term *purely personal use* which can be applied in virtually any case involving GDPR.

The court had to decide if a security camera which is installed in a fixed position in a way to record the entrance to mr. Ryněš's home as well as the public footpath and save those recordings to a hard drive can be considered as processing of personal data "*in course of purely personal or household activity*". The recordings were not shared with public - only mr. Ryněš had direct access to the system where the data was stored.

On the night when someone violently broke mr. Ryněš's window using a catapult, two suspects could be identified from the security camera recordings. The recording was handed over to the police and relied on in the course of the subsequent criminal proceedings.

The court however found that mr. Ryněš's surveillance system was unlawful because, *inter alia*, as a data controller, he had used the camera system to collect, without their consent, the personal data of persons moving along the street. He appealed the decision and eventually the *Nejvyšší správní soud* decided to stay the proceedings and refer a question to the Court of Justice for a preliminary ruling to "asks whether [...] the operation of a camera system, as a result of which a video recording of people is stored on a continuous recording device such as a hard disk drive, installed by an individual on his family home for the purposes of protecting the property, health and life of the home owners, but which also monitors a public space, amounts to the processing of data in the course of a purely personal or household activity [...]."¹

The Court argued that "derogations and limitations in relation to the protection of personal data must apply only in so far as is strictly necessary."² Such limitations to the scope of GDPR therefore need to be interpreted narrowly, which has furthermore its basis in the very wording of the provision at hand, under which the directive does not cover the processing of data where the activity in the course of which that processing is carried out is a *purely* personal or household activity, that is to say, not simply a personal or household activity.³

The exception to the scope of GDPR therefore applies "only where it is carried out in the purely personal or household setting of the person processing the data."⁴ When a surveillance camera therefore captures, even in part, "a public space and is accordingly directed outwards from the private setting of the person processing the data in that manner, it cannot be regarded as an activity which is a purely 'personal or household' activity [...]."⁵

Street photography does, however, *never* occur in a private setting. By its very nature the photographs have to be taken in the street (*ergo* "in public space"), to capture events of everyday life. We therefore conclude that even if an artist (even a tourist) does not publically publish his photographs, his actions may still fall under the scope of GDPR because his pictures will never be taken in a purely personal or household *setting*, even if they are meant for purely personal *use*.

But can taking a photograph even be considered as *processing of personal data*? Does taking a photograph of a person without connecting it to her name and creating a so called *filing system* which connects the picture to a person's name or similar data even constitute a potential violation of her right to keep certain *data* private?

Or is the photographed person in such cases protected merely because her right to privacy *strictu sensu* can be invaded?

To answer this question, one must first examine the meaning of *personal data* within GDPR. According to Article 4 point (1) of the Regulation, personal data can be understood as "any information relating to an identified or identifiable natural person", while "an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to [...] one or more factors specific to the physical [or] physiological [...] identity of that natural person."

The Slovenian *Information Commissioner* therefore on multiple occasions argued (directly and indirectly) that a photograph can be considered as containing *personal data*.⁶ In opinion 0712-242/2009/2 she argues that a photograph can contain personal data even if it does not include names or an ID number in it. If a photograph contains enough data for a photographed person to be identified without effort by people who know her, there is no doubt that it contains *personal data*. The form in which data is conveyed does not play a role if it relates to an identifiable natural person.

It is true that the personal data merged with a photograph of a person and saved to a hard drive is not necessarily being stored in a "structured set of personal data which are accessible according to specific criteria" (a filing system). But according to the GDPR, this does not need to be the case for the Regulation to apply. According to Article 2 Paragraph 1, processing of personal data can fall within its scope if it is processed wholly or partly by automated means. And it seems that if in Case C 212/13, *František Ryněš v Úřad pro ochranu osobních údajů* the Court argued that video surveillance falls, in principle, within the scope of that directive because it constitutes automatic processing,⁷ so does any device which automatically saves photographs onto a flash drive. Any modern camera is therefore capable of automatically processing personal data because it transforms the captured light into a very specific set of 1s and 0s and then transfers this data onto a medium. Taking a picture therefore automatically falls within the scope of GDPR, no further creation of a filing system is needed.

It is therefore established without a grain of doubt that, for a photographer who is engaged in street photography, the rules and principles of GDPR apply. What needs to be considered next is how those rules affect the photographer and his craft.

5 Street Photography and GDPR

Falling within the scope of the GDPR does not mean that in public one can take photographs only with consent of people who are being photographed. Particularly in cases of artists who choose street photography to pursue their desire to express themselves and create photographs which can be considered artistic, the processing of data might be lawful according to Article 6 Paragraph 1 Point (f) of GDPR because the absence of consent is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued. If the person who is taking a photograph would seek consent prior to him taking a picture, it would be impossible to engage in candid street photography.

However, according to Article 9 Paragraph 1 of GDPR, processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious beliefs *etc.* is allowed only if special criteria from Paragraph 2 is met. The most relevant exceptions for a photographer can be found in point (a) - explicit consent to the processing of personal data – and point (e) - processing relates to personal data which are manifestly made public by the data subject. No consent is therefore needed if a person is wearing a necklace with a Christian cross or a Jewish kippah in public. It can be argued that people who wear religious or political symbols in public do indeed make such information manifestly public out of their own accord. This line of argumentation however fails where personal data revealing racial origin is being processed. There is indeed no possibility for a person of Asian descent to appear in public and hide his racial origin. (Seiler, 2018) Should we therefore claim that this data was not manifestly made public by the data subject? Such a line of thought seems quite absurd as it would imply that a photographer would indeed *always* need to seek an explicit consent of people being photographed, effectively prohibiting street photography in the EU.

The fact that a photograph always captures information on racial origin of a person aside, there seem to be viable exceptions for artists which allow them to take photographs even without consent of the photographed person. What is more problematic are the above mentioned responsibilities of the controller of

data to implement measures which meet the principles of data protection. Obligations which affect all persons who *legally* process personal information seem impossible to fulfil in practice as this would require an amount of dedication, time and financing that a street photographer (artist) simply does not have.

Can we, for example, really expect that a photographer will *ex post facto*, after *each shot*, provide *all* the identifiable persons with the information on (a) his identity and contact details; (b) the purposes of the processing for which the personal data are intended as well as the legal basis for the processing; (c) the legitimate interests pursued by the controller (street photography – freedom of expression); (d) the recipients or categories of recipients of the personal data, if there are any (Article 13, Paragraph 1)? Can we really expect the photographer to enable *all* the persons he photographed to access all photographs which contain their image (Article 15, Paragraph 1)? Should he really allow for the photographed subjects to have a *right* to erase any work of art they are a part of (Article 17, Paragraph 1)? Is a record of processing activities and a written contract really necessary if the photographer asks her husband to help her enhance her picture using a photo editor such as Photoshop (Article 28, Paragraph 3; Article 30, Paragraph 1)?

Some of those responsibilities might be softened by Member States by way of a legislative measure when such a restriction respects the essence of the fundamental rights and freedoms and is a necessary and proportionate measure in a democratic society to safeguard the *protection of the data subject or the rights and freedoms of others* (Article 23, Paragraph 1).⁸ However, there are two major problems of this approach. It comes to mind, first and foremost, that Article 23 does not give Member States the power to restrict the scope of *all* the listed obligations, but merely the ones in Articles 12 to 22 (this excludes, for example, the obligations which relate to the activities of the processor mentioned above).

Secondly, it remains to be seen how Member States will implement the GDPR. Germany, for example, implemented the GDPR without any restrictions,⁹ while Slovenia did not implement the regulation at all. In such cases, photographers are obligated to adhere to the unreasonably strict rules of GDPR.

5 Conclusion

In the introductory paragraph, two research questions were posed: a) Does an artist engaging in street photography need to adhere to rules provided in GDPR? b) If this is the case, does the GDPR affect his right of artistic expression? By examining the GDPR and case law of the (European) Court of Justice, we concluded that street photography does indeed constitute a processing of personal data which, by its very nature, always takes place in a public setting. Such artists are therefore always subject to rules and principles of GDPR. By further examining the regulation we concluded that, while there are some exceptions which are meant to soften the provisions of GDPR, they are not always explicitly provided in the regulation, but are rather expected to be introduced by the national lawgivers in the process of implementation. This means that, in some member states, the right to artistic expression is not adequately protected as it is not reasonable to expect that a photographer would, for example, enable all persons he photographed to access all photographs which contain their image or even allow them to erase such images at their leisure.

It seems in this light that the European lawgiver was unexpectedly scarce in providing safeguards and thereby created an unbalanced regulation which trumps the right to artistic expression in favour of information privacy. Do we dare to argue that the information privacy is overprotected? This might not be the case, but there seems to be reason to argue that the European lawgiver fell prey to having a "tunnel view" when drafting the regulation (the German saying "*Von lauter Bäume den Wald nicht sehen*" seems to apply). When drafting legislation, protection of all human rights needs to be taken into account by the European lawgiver. This cannot be amended by sleekly passing the ball to national lawgivers which (rightfully so) expect that implementing a regulation and adding national exceptions is not direly needed for the regulation to even pass a test of proportionality.

Notes

1. Case C 212/13, František Ryneš v Úřad pro ochranu osobních údajů from 11th of December 2014, point 19.
2. Ibid., point 28.
3. Ibid., point 30.
4. Ibid., point 31.

5. *Ibid.*, point 33.
6. See for example opinion 0712-1/2014/2718 from the 12th of August 2014 where a photograph which was taken at a public venue was considered as containing personal data.
7. "Surveillance in the form of a video recording of persons [...] which is stored on a continuous recording device — the hard disk drive — [...] the automatic processing of personal data." Case C 212/13, *František Ryneš v Úřad pro ochranu osobních údajů* from 11th of December 2014, point 25.
8. "Member States law should reconcile the rules governing freedom of expression and information, including [...] artistic and or literary expression with the right to the protection of personal data pursuant to this Regulation. The processing of personal data solely [...] the purposes of [...] artistic or literary expression should be subject to derogations or exemptions from certain provisions [...] if necessary to reconcile the right to the protection of personal data with the right to freedom of expression and information, as enshrined in Article 11 of the Charter. This should apply in particular to the processing of personal data in the audiovisual field [...]. Therefore, Member States should adopt legislative measures which lay down the exemptions and derogations necessary for the purpose of balancing those fundamental rights." Recital 153 of the GDPR.
9. "Diese Regelungen der DSGVO werden zweifellos gravierende, negative Auswirkungen auf das Anfertigen und Nutzen von personenbezogenen Fotos und Filmen haben. Ziel des deutschen Gesetzgebers scheint es zu sein, die Anfertigung von personenbezogenen Fotos und Filmen grundsätzlich zu verhindern. Dies hätte nicht sein müssen. Denn der europäische Gesetzgeber, verantwortlich für die DSGVO, hat das Problem der Abwägung zwischen dem Schutz personenbezogener Daten und der Ausübung der Meinungsfreiheit gesehen. Deshalb hat er den nationalen Gesetzgebern in den Mitgliedsstaaten der EU so genannte Öffnungsklauseln an die Hand gegeben. Verbunden damit war ein Regelungs- und Anpassungsauftrag bei zu erwartenden besonderen Härten und unzumutbaren Einschränkungen." (Rieck, 2018).

Legal sources

Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data from 1995, OJ L 281, 23.11.1995, p. 31–50.

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), L119, 4 May 2016, p. 1–88.

Case Law

František Ryneš v Úřad pro ochranu osobních údajů, C 212/13, 11th of December 2014.

L.H. v. Latvia app. no. 52019/07, 29th of April 2014.

Lillo-Stenberg and Saether v. Norway, app. no. 13258/09, 16th of January 2014.

Mosley v. United Kingdom, app. no. 48009/08, 10th of May 2011.

Söderman v. Sweden, app. no. 5786/08, 12th of November 2013.

Von Hannover v Germany, app. no. 59320/00, 24th of June 2004.

References

- Čeferin, R. (2013) *Meje svobode tiska: analiza sodne prakse Ustavnega sodišča Republike Slovenije in Evropskega sodišča za človekove pravice* (Ljubljana: GV založba).
- Danforth Zeronda, N. (2010) Street shootings: Covert photography and public privacy, *Vanderbilt Law Review*, 63(4), pp. 1131–1159.
- Jardin, V. (2018) *Street Photography: Creative Vision Behind the Lens* (New York: Routledge, Taylor & Francis Group).
- Kim, E. (2010, 9) *How to Shoot from the Hip*, available at: <http://erickimphotography.com/blog/2010/09/18/how-to-shoot-from-the-hip-street-photography/> (June 17, 2018).
- Kim, E. (2013, 8) *What is Street Photography?*, available at <http://erickimphotography.com/blog/2013/08/07/what-is-street-photography-2/> (June 17, 2018).
- Lampe, R., Čebulj, J., Petrič, E., & Mavčič, A. (2010) *Pravo človekovih pravic: sistem človekovih pravic v mednarodnem, evropskem in ustavnem pravu* (Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije).
- Lewis, G. (2015) *Street photography: the art of capturing the candid moment* (Santa Barbara, CA: Rocky Nook).
- Marien, M. W. (2012) *100 ideas that changed photography* (London: Laurence King).
- Mrdaković, N. (2017) Pooblaščenec za varstvo osebnih podatkov kot kolegijski organ? *Pravna praksa*, 36(34), pp. 16–17.
- Purc Musar, N. (2017) Ste (že) pripravljeni na maj 2018?: varstvo osebnih podatkov tudi v Sloveniji prehaja v nove dimenzije, *Pravna praksa*, 36(24–25), pp. 6–8.
- Rieck, L. (2018, Winter) *Wissen zur DSGVO – 7 Tipps für Fotografen*, available at: <https://www.ipcl-rieck.com/allgemein/wissen-zur-dsgvo-7-tipps-fuer-fotografen.html> (June 17, 2018).
- Seiler, D. (2018, Spring) *DSGVO und Fotobusiness - Teil 1*, available at: <https://www.fotorecht-seiler.eu/dsgvo-fotobusiness/> (June 17, 2018).
- Teršek, A. (2007) *Svoboda izražanja v sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice in slovenski ustavnosodni praksi* (Ljubljana: Informacijsko dokumentacijski center Sveta Evrope pri NUK v Ljubljani).

Children's Rights in Hospital: a Literature Review

LEONA CILAR, JADRANKA STRIČEVIĆ & DAVID HALOŽAN

Abstract Paediatric patients are particularly vulnerable population. Because of their age they are often not able to represent their rights when staying in hospital. Children who are admitted to hospital are often sad, confused and afraid. It is not known how human rights are understood and respected among paediatric nursing. Thus, a literature review was conducted in four international databases using inclusion and exclusion criteria. In literature search keywords in English were used. Out of 12 309 identified hits, only 5 were included in the final analysis. Included studies are discussing child and adolescents right to participate in decision making process while staying in hospital and right to confidentiality. More information about children's rights in hospital must be given to the patients and relatives to ensure quality, holistic and person-centred care. In future, more research is needed to support child and adolescents' rights in hospital.

Keywords: • human rights • hospital • health care • paediatrics • children •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Leona Cilar, PhD Student, Teaching Assistant, University of Maribor, Faculty of Health Sciences, Žitna ulica 15, 2000 Maribor, Slovenia, e-mail: leona.cilar1@um.si. Jadranka Stričević, PhD, Assistant Professor, University of Maribor, Faculty of Health Sciences, Žitna ulica 15, 2000 Maribor, Slovenia, e-mail: jadranka.stricevic@um.si. David Haložan, PhD, Assistant Professor, University of Maribor, Faculty of Health Sciences, Žitna ulica 15, 2000 Maribor, Slovenia, e-mail: david.halozan@um.si.

1 Introduction

“Human rights are the basic rights and freedoms that belong to every person in the world, from birth until death.” (Human Rights Act, 1998) They apply regardless of where you are from, what you believe or how you choose to live your life. Respecting human rights in health care system helps in strengthening health systems, delivering quality health care and improving patients’ health. Countries are focusing on vulnerable populations, like children. Thus, they are developing strategies to promote systematic application of human rights standards to ensure legal environment for them and their families (WHO, 2014).

The Committee on the Rights of the Child (2013) define children’s right to health “as an inclusive right, extending not only to timely and appropriate prevention, health promotion, curative, rehabilitative and palliative services, but also to a right to grow and develop their full potential and live in conditions that enable them to attain the highest standard of health through the implementation of programmes that address the underlying determinants of health.” Children’s rights must be respected in all life settings including healthcare settings (WHO, 2015).

Many acts and documents are published that emphasise human and children’s rights. One of them is EACH (European Association for Children in Hospital) which held its first conference in Leiden in 1988. At the conference the defined ten standard principles to be used in laws and regulations in each member state (EACH, 2002). Another document, The Human Rights Act was published in 1998. It covers several areas such as life-and-death issues, mental health, confidentiality, and access to treatment (Samanta & Samanta, 2005). The World Health Organization (2017: 4) sets seven standards according to children’s rights in hospital: best quality possible care, the principles of equality, play and learning, to information and participation in healthcare decisions, safe, clean and appropriate environment, protection from all forms of physical or mental violence, unintentional injury, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse and the provision of pain management and palliative care.

A survey called "The Rights of the Child in Slovenia" was carried out in Slovenia in the field of children's rights in 2010. It was held within the framework of the project called Europe for Children - Europe with Children. The survey showed

that the state does not do enough in the area of promotion of respect for children's rights, and the public does not get enough information on the Convention on Children's Rights (CCR) (1989). It was found that the opinions of children and adolescents in Slovenia were not sufficiently taken into account. The main recommendations of the survey are: to establish an independent authority for children's rights; support and extend the functioning of the children's observatory; provide children with the opportunity to participate in matters affecting them; to inform everyone working for children and with them with the CCR, and children themselves; to regulate successful and effective projects in this field as soon as possible; to provide the necessary human and financial resources and the work of the inter-ministerial group for determining the rights of the child (Vojnovič, 2010).

Children are more vulnerable and fragile than the adults. Thus, the best interest of a child is leading concept in most hospitals nowadays (Sorsa, 2014). Raman, et al. (2007) said, that paediatricians have role in advocacy and improving children's health and well-being. Nurses also have responsibility to advocate and protect patients' rights when staying in hospital. There is a need for team work and interpersonal collaboration to protect children's human rights while staying in hospital. All health care workers must respect and advocate basic children's human rights. Not respecting human rights can lead to lawsuits, which present big cost for hospital and additionally for country. Every country is striving to reduce healthcare costs by establishing health systems based on standards, policies and best practice. Thus, understanding children's rights in hospital is very important.

2 Methods

The literature review consists of problem identification, literature search, data extraction and data presentation.

A literature review was conducted using inclusion and exclusion criteria (Table 1). Studies which aim was to investigate children's rights in paediatric hospitals were included in further analysis. Publication time was set from 2013 to 2018, based on the first literature review. There are many publications published before 2013, but we wanted to find the newest and best evidence. Also, when searching literature with no time frame there were too many identified records.

Table 1: Inclusion and exclusion criteria.

Inclusion criteria	
Topic	Children's rights in paediatrics hospitals
Population	Children
Research design	Qualitative study, quantitative study, mixed methods study
Language	English
Time frame	2013 – 2018
Exclusion criteria	
Duplicates, systematic reviews, editorials, notes, books, meta-analysis and meta-synthesis.	

A systematic review of literature was conducted to identify relevant literature. A literature review was conducted in following databases: CINAHL, Medline, PubMed and Web of Science. Additionally, Google Scholar was reviewed. A literature search was conducted using keywords/descriptors in English. The Boolean operators AND and OR were used (Table 2).

The final search string was: ("adolescent*" OR "minor*" OR "descendant*" OR "teenager*" OR "young*" OR "youth*" OR "juvenile*" OR "preteen*" OR "teen*") and ("human right*" OR "law right*" OR "right*" OR "children right*" OR "patient right*" OR "children's right*") and ("hospital" OR "health care service" OR "clinic").

Table 2: Literature search in international databases.

#	Key words	Databases			
		CINAHL	Medline	PubMed	Web of Science
#1	"adolescent*" or "minor*" or "descendant*" or "teenager*" or "young*" or "youth*" or "juvenile*" or "preteen*" or "teen"	66 702	555 680	246 879	162 682
#2	"human right*" or "law right*" or "right*" or "children right*" or "patient right*" or "children's right"	13 984	100 899	52 115	158 907
#3	"hospital" OR "health care service" OR "clinic"	43 488	1 148 026	655 752	106 157
#4	#1 and #2 and #3	88	7 727	3 816	678

Identified studies were imported into the reference manager software Mendeley. First step was duplicate removal. Then were the titles and abstracts of the search results assessed. Those that did not meet the selection criteria were removed. Those that did meet the criteria were reviewed by the full text. Figure 1 represents flowchart of the literature search according to the PRISMA recommendation (Moher et al., 2009).

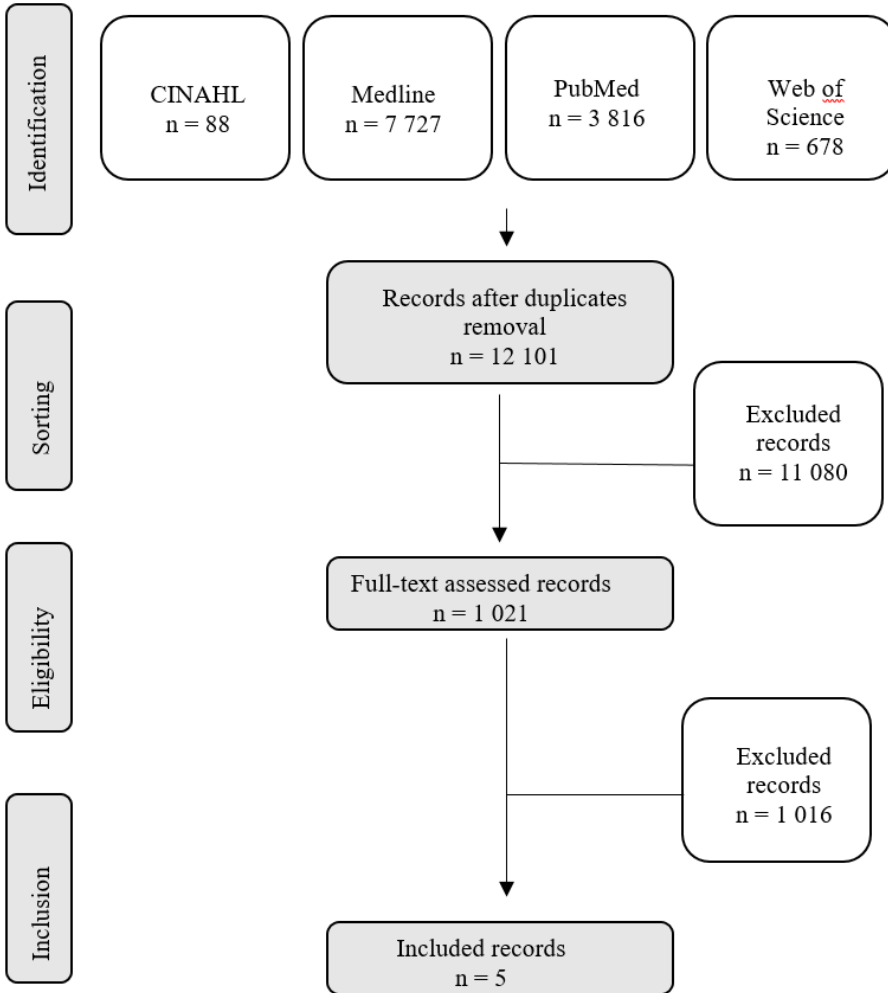


Figure 1. Flowchart of the literature search

Data were extracted using data extraction criteria: authors, year, country, measured outcome, research design, level of evidence and key findings.

3 Results

Out of 12,309 identified records, only 5 were included in the final analysis. Although, there were many records identified, less were fitting to all inclusion and exclusion criteria (Table 3).

Table 3: Studies' characteristics.

Authors, year (Country)	Measured outcome	Research design	Level of evidence	Key findings
Butler, 2014 (USA)	The relationship of SDM with parental perceptions of child mental health treatment.	Cohort study	3 rd	The greater SDM is moderately associated with lower stigma.
Schalkers, et al., 2016 (The Netherlands)	Healthcare professionals' perspectives on child participation in paediatric hospital.	Qualitative study	5 th	Children do not currently participate in the assessment of hospital services.
Duncan, et al., 2013 (Australia)	Identifying how frequently adolescents with type 2 diabetes mellitus are understood and exploring parents' opinions.	Cohort study	3 rd	Confidential care for adolescents in chronic illness outpatient settings are low. Parents feel conflicted about confidential care for adolescents.
Håkansson, et al., 2018 (Kenya)	Stigmatising attitudes about adolescent pregnancy, abortion and contraceptive use among healthcare providers.	A mixed methods study	3 rd	There is a stigma among healthcare providers about adolescent pregnancy. They encouraged women's autonomy and rights to reproductive health, but unclear regulations reinforce religious and cultural beliefs.
Day, et al., 2018 (UK)	Healthcare professionals' views of teenagers' involvement in decisions about their care.	Qualitative study	5 th	Haematology teams are aware of the individual, and shifting and situational preferences of teenagers.

Level of evidence was evaluated according to recommendations of the Centre for Evidence-Based Medicine UK (2011):

- 1 = systematic reviews of randomised trials,
- 2 = randomised individual clinical trial,
- 3 = cohort studies, quasi-experimental,
- 4 = case series, case-control, longitudinal, prospective, retrospective, validation methodology,
- 5 = qualitative, case study, exploratory, descriptive quantitative.

Two of all identified records were cohort studies (Butler, 2014; Duncan, et al., 2013), two were qualitative studies (Schalkers et al., 2016; Day et al., 2018) and one was a mixed methods study (Håkansson et al., 2018). All articles have discussed at least one aspect of children's rights in hospital. None of them included all children's rights. There is not enough evidence exploring children's rights in hospital.

Right to information and participation

Children and their parents have right to receive necessary information, assistance and support when child is being cared for (EACH, 2016). United Nations have set regulations for effective and respectful protection of children's rights, which include also their participation (United Nations General Assembly - UNGA, 1989). Ruiz-Casares et al. (2016) state, that children should be seen 'as survivors and active participants in creating solutions, not just as victims and problems'. Despite that, Schalkers et al. (2016) found out, that healthcare professionals think that children are not active participants in health care.

Right to health related decision making

The most discussible subject nowadays is children's right to health related decision making, often named shared decision making (SDM) (Butler, 2014; Fiks & Jimenez, 2010). The SDM aims to include family members and children in making health related decisions. Butler (2014) found out that SDM is correlated with lower stigma about mental health and lower parent-perceived child mental health impairment. On the other hand, healthcare professionals think that there is a need to increase the respect for and understanding of the rights of children

to participate in the surgery and emergency departments. Another research was conducted among haematology teams on the topic of adolescents' informational and decisional role (Day, et al., 2018). They found out, that healthcare providers exposed core principles for decision making with adolescents', namely, do the 'right thing', act on the care and treatment preferences of the adolescent and openly disclose information about the adolescents' condition, prognosis and treatment. Study conducted among European countries have shown that there is poor participation of children in decision making (Ehrich et al., 2014).

Right to confidentiality

Child and adolescent confidentiality presents challenges for healthcare professionals, because of many family, ethical, legal and bureaucratic issues (Wadman et al., 2014). Right to confidentiality is especially problematic in low-income countries (Håkansson et al., 2018).

4 Discussion

This literature review provides an overview of the literature on the children's rights in hospital. According to the results, often children's rights that are researched are right to information and participation, right to decision-making and confidentiality. Fernandes Guerreiro (2014) found out, that the majority of parents and children in Kyrgyzstan and Tajikistan are satisfied with the overall care in hospital, but there is a lack of attention to children's right to play and learning.

Research conducted in 2006 showed that children's rights in Slovenian hospitals are not sufficiently respected. The biggest deviation in respecting human rights is in respecting parental presence (Hren, 2007). Furthermore, EACH (2016) states that healthcare professionals should advise and encourage parents to stay in hospital with their child. Furthermore, hospitals are those who must provide appropriate space to enable parents to stay with their child in hospital.

The WHO (2017) states that, every child in hospital has to have the right to information and participation in healthcare decisions that are affecting them. Child and parents must be informed in a manner appropriate to the age and understanding (EACH, 2016). Nowadays, there is a big emphasis on shared decision making in paediatrics, which aim is to ensure quality and holistic nursing

care for children. There is a need for clarifying a concept of child and adolescent's participation in hospital and setting hospital policies that include standards of children's rights (Butler, 2014).

Children are equal participants in patient-nurse relationship. Children's rights require a special approach that involve them as active participants in hospital care (Ruiz-Casares et al., 2016: 2). Healthcare professionals should encourage active participation of parents and child in day-to-day care (EACH, 2016).

Another issue regarding the children's rights in hospital setting is confidentiality. Because of their age, minors often need to have parental involvement in decision process. Therefore, Duncan, et al. (2013) are warning that rates of confidential care for adolescents in chronic illness outpatient settings are low. There is a need for understanding both sides, parent's wishes and adolescent's needs.

Respecting human rights among adolescents is especially sensitive topic in low income and low-resource countries. Håkansson et al. (2018) pointed out that there is a lack of clear regulations and policies on abortion in Kenya, which contributes to reinforce stigmatising attitudes among healthcare providers and questionable respect of human rights of adolescents. American Academy of Pediatrics (2017) states, that adolescent's right to confidentiality must be respected when considering abortion. But there is a big problem, because legislation mandate parental consent when adolescents are making that kind of decision.

Nurses have an important role in representing and defending children's rights in hospital. Neutzling et al. (2017) have found out, that nurses mainly provide guidance that enable the participation of children in their own care and enable the autonomy of parents or legal guardians in decision making process. It is important that nurses have knowledge of human rights and children's rights in hospital.

5 Conclusion

Based on the results of the literature review we can conclude that knowledge and exercise of children's rights in a hospital is important. A review of the literature has shown that nurses and parents are aware of the rights of hospitalized children, but there is insufficient research that would include all children's rights

in the hospital. The results are comparable with the studies that have been carried out so far. It is important that parents and employees work for the benefit of children, where the task of nurses is to inform the parents about the rights of sick children and to do everything in their power to ensure that these rights are exercised. The right moment and the way to communicate information should be properly selected. Observing the rights of children in a hospital is important if we want a comprehensive and high-quality health care for a child.

References

- American Academy of Pediatrics (2017) The Adolescent's Right to Confidential Care When Considering Abortion, *Pediatrics*, 139(2), pp. 1-13, doi: 10.1542/peds.2016-3861.
- Butler, A. M. (2014) Shared Decision-Making, Stigma, and Child Mental Health Functioning Among Families Referred for Primary Care-Located Mental Health Services, *Families, Systems, & Health*, 32(1), pp. 116-121, doi: 10.1037/fsh0000004.
- CCR (1989) *Convention on the Rights of the Child*. General Assembly resolution 44/25.
- Centre for Evidence-Based Medicine (2011) *Levels of Evidence* [Online], available at: <https://www.cebm.net/wp-content/uploads/2014/06/CEBM-Levels-of-Evidence-2.1.pdf> (June 7, 2018).
- Committee on the Rights of the Child (2013) *General Comment N° 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24); CRC/C/GC/15*.
- Day, E. et al. (2018) "We just follow the patients' lead": Healthcare professional perspectives on the involvement of teenagers with cancer in decision making, *Pediatric Blood & Cancer*, 65, pp. 1-6, doi: 10.1002/pbc.26898.
- Duncan, R. E. et al. (2013) Balancing Parental Involvement With Adolescent Friendly Health Care in Teenagers With Diabetes: Are We Getting it Right?, *Journal of Adolescent Health*, 55, pp. 59-64, doi: 10.1016/j.jadohealth.2013.11.024.
- EACH (1988) *EACH Charter*. Leiden: EACH.
- EACH (2002) *Listina EACH in Razlage*. [Pdf], available at: http://www.varuh-rs.si/fileadmin/user_upload/pdf/mednarodna_porocila/each_listina.pdf (June 3, 2018).
- EACH (2016) *The EACH Charter with Annotations*. [Pdf], available at: https://docs.google.com/viewer?url=https%3A%2F%2Fwww.each-for-sick-children.org%2Fimages%2Fstories%2F2016%2FCharter_AUG2016_oSz.pdf (June 3, 2018).
- Ehrich, J. et al. (2014) Partizipation europäischer Kinder in der Medizin. *Pädiatrie & Pädologie*, 49(supp. 1), pp. 19-24, doi: 10.1007/s00608-014-0169-8.
- Fernandes Guerreiro, A. I. (2014) *Assessing the respect of children's rights in hospitals in Kyrgyzstan and Tajikistan* [Online], available at: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0020/252542/Assessing-the-

- respect-of-childrens-rights-in-hospitals-in-Kyrgyzstan-and-Tajikistan-Eng.pdf?ua=1 (July 30, 2018).
- Fiks, A. G. & Jimenez, M. E. (2010) The promise of shared decision-making in paediatrics, *Acta paediatrica*, 99(10), pp. 1464-1466, doi: 10.1111/j.1651-2227.2010.01978.x.
- Håkansson, M., Oguttu, M., Gemzell-Danielsson, K. & Makenzius, M. (2018) Human rights versus societal norms: a mixed methods study among healthcare providers on social stigma related to adolescent abortion and contraceptive use in Kisumu, Kenya, *BMJ Global Health*, 3(2), pp. 1-13, doi: 10.1136/bmjgh-2017-000608.
- Hren, M. (2007) Pregled Magne Karte in upoštevanje pravic otrok in staršev na pediatričnih oddelkih Slovenskih bolnišnic, In: *Komunikacija in kakovost v pediatrični zdravstveni negi* (Ljubljana: Zbornica zdravstvene in babiške nege Slovenije, Zveza društev medicinskih sester, babic in zdravstvenih tehnikov Slovenije, Sekcija medicinskih sester in zdravstvenih tehnikov v pediatriji), pp. 88-93.
- Human Rights Act* (1998), 1st ed. (London: The Stationery Office).
- Moher D. et al. (2009) Preferred Reporting Items for Systematic Reviews and Meta-Analyses: The PRISMA Statement, *PLoS Medicine*, 6(7), pp. 1-6, doi: 10.1371/journal.pmed.1000097.
- Neutzling, B. R. S. et al. (2017) Defending the rights of children in a hospital setting: nurses' advocacy in health, *Escola Anna Nery*, 21(1), pp. 1-9, doi: 10.5935/1414-8145.20170025.
- Raman, S., Woolfrenden, S., Williams, K. & Zwi, K. (2007) Human rights and child health, *Journal of Paediatrics and Child Health*, 43, pp. 581-586, doi: 10.1111/j.1440-1754.2007.01147.x.
- Ruiz-Casares, M., Collins, T. M., Kay, E., Tisdall, M. & Grover, S. (2016) Children's rights to participation and protection in international development and humanitarian interventions: nurturing a dialogue, *The International Journal of Human Rights*, 21(1), pp. 1-13, doi: 10.1080/13642987.2016.1262520.
- Samanta, A. & Samanta, J. (2005) The Human Rights Act 1998—why should it matter for medical practice?, *Journal of the Royal Society of Medicine*, 98(9), pp. 404-410, doi: 10.1258/jrsm.98.9.404.
- Schalkers, I., Parsons, C. S., Bunders, J. F. G. & Dedding, C. (2016) Health professionals' perspectives on children's and young people's participation in health care: a qualitative multihospital study, *Journal of Clinical Nursing*, 25(7-8), pp. 1035-1044, doi: 10.1111/jocn.13152.
- Sorsa, A. S. (2014) *Rights of the children in hospital care: Childhood, parenthood and family (Master's Thesis)* (Otaniemi: Laurea University of Applied Sciences).
- United Nations General Assembly (UNGA) (1989) *Convention on the Rights of the Child* (New York: UNGA).
- Vojnovič, L. (2010) *Otrokove pravice v Sloveniji: raziskava o njihovem varstvu, promociji in izobraževanju* (Ljubljana: Media Forum, Center za javno komuniciranje), pp. 105–109.
- Wadman, R. et al. (2014) Adolescent confidentiality: Understanding and practices of health care providers, *Paediatrics Child Health*, 19(2), pp. 11-14.
- WHO (2014) *Regional Committee for Europe* [Online], available at: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0010/253729/64wd12e_InvestCAHstrategy_140440.pdf (June 30, 2018).

- WHO (2015) *Assessing the respect of children's rights in the hospitals of Georgia* [Online], available at: <http://www.ncdc.ge/Handlers/GetFile.ashx?ID=b55deb41-d48f-430c-a88d-f1bba5bac50c> (June 28, 2018).
- WHO, (2017). *Children's rights in hospital: Rapid-assessment checklists* [Online], available at: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0004/342769/Check-list-Child-rights-in-hospital_layoutOPE.pdf (July 2, 2018).

Revenge Pornography as a new Criminal Offence in the Slovenian Criminal Code

MIHA ŠEPEC

Abstract In the article, I present a new incrimination of publication of recordings or messages with sexual content - often referred to as revenge pornography - in paragraph VI of Article 143 of the Slovenian Criminal Code. Although the new incrimination, in view of the relatively frequent commission of such an offence, is welcome, the legislator regrettably wrote the incrimination with serious legal errors in the description, which will have drastic consequences in criminal prosecution of the crime. The legislator explicitly requires the publication of recordings or messages - that is in plural form. Through the critical criminal law analysis I have shown that due to the principle of legality (*lex certa*) and the linguistic interpretation of the legal text as a key method of interpretation in criminal law, the plural consequences cannot be interpreted in the direction that commission of a criminal offence is possible even though only a singular consequence occurs, thereby expanding the reach of repression. Because of this legislative mistake, we can expect that the criminal prosecution of this crime will be quite difficult in practice.

Keywords: • pornography • revenge • sex offence • criminal offence • slovenian criminal code •

CORRESPONDENCE ADDRESS: Miha Šepc, PhD, Assistant professor, University of Maribor, Faculty of Law, Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenia, e-mail: miha.sepec@um.si.

DOI <https://doi.org/10.18690/978-961-286-248-0.11>
Available at: <http://press.um.si>

ISBN 978-961-286-248-0

1 Introduction

In the new millennium, our society was transformed into an information age in which the computer-information systems have completely changed our society. The so-called technological-information revolution has drastically interfered with human relations in society - especially in the field of communication between people. Digital communication and the Internet are definitely two inventions of the information age, which have completely changed the functioning of our society. In accordance with the development of new technologies there are unfortunately also various forms of behaviour that are contrary to legally desirable behaviour and are approaching more or less deviant behaviour. In the field of digital technologies, new criminal offences are emerging and are classified as cybercrimes. One such new offence is certainly publishing videos or messages with sexual content on the World Wide Web or public digital channels - often referred to as "revenge pornography" which can be classified as a content-related cybercrime, same as child pornography (Šepec, 2018, see also Korošec, 2010).

This offence is most often carried out by disappointed vengeful lovers who publish videos with sexual content of their former partners on the world web, for which they do not have the consent of the actors in the recording - even if the recording itself was made with their consent. With today's technology it is quite easy to make a quality video clip of a sexual act and upload it onto a number of online video applications (e.g. YouTube, Vimeo, Metacafe, Veoh, The Internet Archive and others). The goal of the perpetrator is often to harm and embarrass the victim, thereby directly affecting her privacy as a constitutionally protected privilege.

Privacy is considered as one of the fundamental constitutional and internationally protected values. The International Covenant on Civil and Political Rights protects it in Article 17, the European Convention on Human Rights in Article 8, and the Slovenian Constitution in Articles 35, 36, 37 and 38. The Slovenian Constitutional Court, in its decision Up 32/94 in 1995 wrote: "Human privacy, the inviolability of which is guaranteed by Article 35 of the Constitution, is more or less the area of human life, whole of its actions and engagements, feelings and relationships, which are characteristic and constitutive, that are shaped and maintained by a person alone or alone with the closest ones with whom he is in an intimate community, and that he has a sense of security against the public's intrusion or anyone unwanted." Individual's privacy is seriously affected, if there

is a snapshot with sexual content of him on the World Wide Web or public digital channels. New digital technologies pose an even greater threat to individual's privacy - video clip can quickly be uploaded onto web applications, through which it can be quickly viewed by a large number of people who can save these videos or upload them to other digital public channels. Criminal protection of privacy is therefore of key importance. Criminal law must envisage the specifics of new digital technologies and consider these when forming criminal incriminations.

Criminal law protection of victims whose sexual content was found on the World Wide Web, was extremely inadequate in the past in the Republic of Slovenia, therefore, the legislator wisely assessed that the Slovenian Criminal Code (KZ-1) needs a radical amendment. With the amendment of the Criminal Code KZ-1E in 2017, the Slovenian legislator adopted the new offence in the paragraph VI of Article 143 of the Criminal Code (Abuse of personal data). The new offence criminalizes the publication of recordings or messages with sexual content, or the so-called revenge pornography, as a qualified form of an offence related to personal data. The purpose of this article is therefore to legally analyse the new criminal offence. I believe that the legislator made a serious legislative error in the description of the criminal offence, which will have drastic consequences on the actual criminal prosecution of the crime in question, or in other words - criminal prosecution for publication of a single message or a single video clip with sexual content without the consent of the victim (which is in practice most common) after the new paragraph VI of Article 143 of the Criminal Code will unfortunately not be possible.

2 Criminal Law Analysis and Dilemmas of a new Criminal Offence

With the amendment KZ-1E, the legislator introduced into the Criminal Code in Article 143 a new qualified offence in paragraph VI which stipulates:

»Anyone who publicly announces recordings or messages of another person with sexual content without the consent of that person and thereby seriously affects his or her privacy shall be punished by imprisonment of three months up to three years.

The object of protection of the new criminal offence is the individual's privacy, through which his sexual identity is also protected. Privacy is a typical disposable asset that the individual can voluntarily renounce or give consent to potential violations.

The perpetrator must publish recordings or messages of another person, which means that they must communicate them to the public through any medium (television, newspaper, web portal or other publicly accessible web site, social network ...) or by another act that results in informing the general public of the personal data of the person concerned. The legislator explicitly uses the term public announcement, which implies that the content can be viewed by a broader circle of people (broader than family members or personal acquaintances). It is therefore necessary to distinguish acts where the perpetrator plays the recordings in a completely private sphere, when the perpetrator presents or communicates the content to a smaller circle of people within the family of personal acquaintances, and when he makes the records or messages accessible to a wider circle - only such a publication may be criminal. Therefore, the statutory addition publicly has relevant consequences.

The legislator demands public dissemination of "recordings or messages" – the legal term is used in plural form, which means that in accordance with the principle of legality the publication of a single recording or message is not sufficient to complete the crime. If the legislator wanted to penalize the publication of one video file or one message, he should have used the singular form in the text of the article. This is of course a logical absurdity. The most frequent execution of such a crime is that the offender publishes a victim's video recording with sexual content (a clip of sexual intercourse with an ex-girlfriend, wife ...) on the World Wide Web - often through a video upload application (e.g. YouTube). It is quite clear that the publication of one such recording will seriously affect the privacy of the injured party in the recording and should be sufficient to constitute a crime. But such an interpretation would be manifestly contrary to the principle of legality and the linguistic interpretation of the legal text as the fundamental explanatory method in criminal law.

The main method of interpreting legal norms in criminal law is the linguistic method, which is "only the first stage which determines the possible verbal meaning of a legal rule, but at the same time the degree that determines the external limit, which the interpreter must not cross" (Pavčnik, 2004). In criminal law, this is the fundamental method of interpretation in accordance with the principle of legality (*lex certa et lex scripta*). Therefore, if the legal text clearly states that the perpetrator must publish videos or messages - that is in an obviously indisputable plural form, then in accordance with the principle of legality (*lex certa* principle) and the linguistic interpretation of the text it is not permissible to spread criminal law repression to cases where only one video or message is published. It is possible that the legislator did not want to incriminate the publication of only one video clip or message by defining the legal sign in a plural form, but it is far more likely that the legislator did not properly anticipate the consequences of such a definition, and in fact this was a mistake in the writing of the text. The first thesis is quite difficult to defend because it seems completely illogical and absurd that the public release of one video recording with sexual content of the victim, who is deeply embarrassed, does not constitute a criminal offence and that the perpetrator must publish more videos or messages - especially given the fact that the perpetrators often publishes only one single movie clip and that one movie can do exactly the same damage to the injured party as if more recordings were published. Once the victim is shown in sexual content in public (for example, on a home-made amateur erotic movie) her privacy is severely affected, regardless of whether only one or more recordings were published. It is therefore far more likely that, when writing the legal text, the legislator made a reckless error, which cannot be interpreted in the detriment of the perpetrator. In the so-called "editorial mistakes" with which the legislator enacts something he did not want and the text is logically meaningful, the judge cannot interpret the text of the norm with his own explanation until the legislator corrects the mistake (Novoselec & Bojanić, 2013). If the legislator has made a mistake with poor nomotechnical writing of a criminal offence, it is not the role of the courts to correct this mistake in the detriment of the defendant. The courts are not justified to extend the scope of criminal norm repression from the plural definition to a singular consequence or even assume it to be self-evident. Thus, the only possibility remains the construct of an attempted offence, if the perpetrator deliberately behaves in the direction of publishing several videos or messages, but in fact only manages to publish one (for example, he wants to upload more videos with sexual content of the victim through the web application, but only one video is successfully transmitted due to internet

connection issues). The offence is also completed if the offender combines several videos with the use of technical devices or programs in one video and publicly announces it - for example, the offender, using a computer program, combines several different movie clips with sexual content of the injured party into a single long movie and publishes it on the World Wide Web.

Therefore, we should be very careful with plural form in criminal law. The definition of the legal offence in paragraph VI of Article 143 of the Criminal Code is such an ugly legislative mistake that we can expect the criminal prosecution of this crime will not be successful in practice.

The recording is made when a film camera or a photographic camera captures a scene to a movie tape or a photographic tape or with other technical or electronic means - the most common device with which recordings are being produced today is a mobile phone, which allows recordings to be immediately uploaded to the World Wide Web. If someone draws another person in a sexual act with his hand, this will not be considered as a recording. Messages can also be in physical form - written on paper. The most common form of messages today are text messages sent via email or mobile phones.

Videos and messages must contain sexual content, which in fact means any sexually related material in the form of a movie clip or message. Videos of sexual content are those where a person appears in them in any kind of sexual act - whether it be with a person, an animal or only with himself, and regardless of the form of sexual practice (penetrating, non-penetrating; see also Korošec, 2008), but it may also be a display of an individual in a sexual role or at least the display of his sexual organs. A picture of a person in his underwear or if his sexual parts are concealed will therefore not suffice, even if the individual's privacy can be severely affected by the unacceptable publication of the partially naked body of this individual on the Internet.

There is a dilemma whether nudity by itself constitutes sexual content? If sex organs are shown in the video then such content will be sexual, if not, then the content is not sexual (an injured war veteran whose sexual organ was blown off in war by a grenade). A special dilemma within the term "sexual" is reflected in the incrimination of child pornography - paragraph III of Article 176 of the Criminal Code. When dealing with child pornography courts and the case law are trying very hard to incriminate any kind of behaviour that even slightly resembles

child pornography. The images of inadequately dressed children who are not naked, however are being used by someone for the purpose of masturbation, could be considered as child pornography by the courts, although by definition such material is not sexual, since sexuality is not determined by the purpose of the use of the material, but on the displayed content.

Both recordings and messages must relate to another person who can be recognized and identified from the recordings or messages. Blurred images from which the persons are not recognizable, messages with sexual content from which we cannot determine who wrote them or who they are referring to are not sufficient for the completion of the offence, but the construct of an attempt is possible if the perpetrator deliberately wants the public to get acquainted with the sexual recordings of a particular person, but does not succeed - e.g. when uploading the recordings that would clearly display the victim in a sexual act on a website or a web application the quality of the images deteriorates so that the identification of the victim is no longer possible.

3 Consent and Privacy

Since privacy is a typical disposable virtue, there can be no doubt that anyone (except for children or mentally disabled persons) can freely give up his privacy and consent that recordings of him in sexual act be publicly distributed. This means that if the perpetrator publishes recordings with sexual content of himself, there is no criminal offence (unless these recordings are available to children). There is also no criminal offence if one publishes recordings with sexual content of another person if that person agrees and gives his consent to publication. The consent of the injured party is a construct of modern criminal law which, when given appropriately (expressed voluntarily, unequivocally and in an appropriate formal form) excludes the material unlawfulness of the criminal offence (Ashworth & Holder, 2013). Bavcon (2009) defines the consent as a situation where the alleged victim or victim of a crime agrees with the disputed behaviour at the time of execution (see also Jescheck & Weigend, 1996).

It is imperative to point out that the consent of the “victim” must relate not only to the making of the recording, but also to the publication of this recording to the public. This fact is what differentiates paragraph VI of Article 143 of the Criminal Code from the Article 138 of the Criminal Code (Unjustified Image Recording), where the essence of the criminalization under paragraph I is the

recording or creation of an image of another person without his consent. If the perpetrator makes a recording with sexual content of another person without her consent and then publishes this recording, we are dealing with two separate offences after Article 143 of the Criminal Code and Article 138 of the Criminal Code. The offence under Article 138 of the Criminal Code has already been completed with the creation of a recording without the necessary consent.

Criminal offence after paragraph VI of Article 143 of the Criminal Code shall be completed only if the publication of the recordings seriously affected a person's privacy. This, although not legally defined as a strictly precise standard, is quickly achieved by recordings (posting videos of a person in a sexual act) and messages containing images or video clips, but it is more difficult for text messages. The legal sign and thus "seriously affects his or her privacy" is the consequence of the perpetrator's act, which the latter must be aware of and will it (direct intent) or at least consent to it (*dolus eventualis*) and does not constitute an objective condition of criminality or strict liability. In doing so the individual's affection of privacy is assessed in the same way as degradation. This means that affection of privacy must be objectively given, but it is not necessary that the victim subjectively felt seriously affected (although it depends on whether the victim will file a motion for the prosecution of the crime), which is quite possible if the person is mentally less developed or sick, emotionally thawed or an exhibitionist (in the medical sense of the word). Whether a recording or message can objectively cause severe impairment must be assessed according to the time, circumstances, habits, persons and other socially relevant circumstances (Deisinger, 2002).

We must ask ourselves what is the meaning of the legal supplement, "and thus greatly affects his or her privacy". Because the legislator explicitly requires that recordings or messages are of sexual content, the privacy of a person in them will practically always be (objectively) affected. The perpetrator who publishes such footage does this to hurt, embarrass, reprimand the person in the recording and is surely aware that the person's privacy will also be affected by the publication of the recording. Perhaps therefore, the entire legal sign is completely unnecessary, or was the purpose of the legislator to only criminalize certain type of recordings - that is, only those who really seriously affect the privacy of the individual? However, can we really say that a recording that shows a person in a sexual content does not affect the person's privacy in a particularly bad way? It

is very likely that it does, so it is quite possible that the added legal sign is completely redundant and unnecessary in the text.

Criminal offence can be executed with direct and eventual intent. The action can also be done out of negligence (the husband mistakenly copies into a folder shared with others via the P2P exchange program a recording of sexual intercourse with his wife and thus seriously affects his privacy), but the legislator did not specify the negligent execution as a criminal offence. The legislator thus obviously wanted to incriminate only revengeful or other dishonest motives when publishing recordings with sexual content and did not want to criminalize conduct out of negligence.

Can a privacy of a dead person be seriously affected? While a dead person's personal data can be safeguarded by criminal law – as in Paragraph I of Article 143 of the Criminal Code where the courts have stated that a person has "*an interest in having a certain protection of personality even after his death. Therefore, the law recognizes the right to piety, respect and good memory of the deceased. After the death of the person, certain of his personal assets are protected as personal property of his immediate family, that is, on the basis of his personal rights. This also applies to personal data*" (Supreme Court of Slovenia I Up 517/2000). Content after paragraph VI of Article 143 of the Criminal Code on the other hand, requires the privacy of an individual to be seriously affected – this legal sign cannot be fulfilled if the person is already dead.

4 Conclusion

The new incrimination of publication of recordings or messages with sexual content - often referred to as revenge pornography - in paragraph VI of Article 143 of the Criminal Code, in view of the relatively frequent commission of such an offence, is welcome. Regrettably, the legislator wrote the incrimination with serious legal errors in the description, which will have drastic consequences in criminal prosecution of the crime. The legislator explicitly requires the publication of recordings or messages - that is in plural form. Through the critical criminal law analysis I have shown that due to the principle of legality (*lex certa*) and the linguistic interpretation of the legal text as a key method of interpretation in criminal law, the plural consequences cannot be interpreted in the direction that commission of a criminal offence is possible even though only a singular consequence occurs, thereby expanding the reach of repression. The most common case, where a disappointed lover out of revenge (or other motives)

publishes only one sexual recording of the victim on the World Wide Web cannot be prosecuted, although it is clear that the legislator wanted to penalize such cases with the new incrimination. Thus, it is only possible to construct an attempted offence if the perpetrator deliberately behaves in the direction of publishing several recordings or messages, but in reality he only manages to publish one. We have to be very careful with plural form in the criminal law. Incrimination in paragraph VI. of Article 143 of the Criminal Code is an ugly legislative mistake, which is why we can expect that the criminal prosecution of this crime will be quite difficult in practice. There is no excuse for such a poor work on behalf of the legislator, therefore I would recommend the legislator to correct the new legal text in Article 143 of the Criminal Code in the future.

Statement

I hereby declare that this manuscript is my original work, that is has not been published elsewhere and that it has not been submitted simultaneously for publication elsewhere.

Legal Sources

Criminal Code of the Republic of Slovenia (KZ-1) adopted in 2008 Uradni list RS, št. 55/08, last amended in 2017 Uradni list RS, 27/17, Slovenian Parliament, Slovenia.

The International Covenant on Civil and Political Rights (1966). The General Assembly of the United Nations, resolution 2200 A (XXI).

The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950). European Council, Rome. Ammended in Slovenia with Uradni list RS, 33/1994.

References

- Ashworth, A. & Holder, J. (2013) *Principles of Criminal Law*, 7th ed. (Oxford: Oxford University Press).
- Bavcon, L., Šelih, A., Korošec, D., Ambrož, M. & Filipčič, K. (2014) *Kazensko pravo, splošni del* (Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije).
- Deisinger M. (2002) *Kazenski zakonik s komentarjem, posebni del* (Ljubljana: GV Založba).
- Jescheck, H. H. & Weigend, T. (1996) *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil* (Berlin: Duncker & Humblot).
- Korošec D. (2008) *Spolnost in kazensko pravo: od prazgodovine do t. i. modernega spolnega kazenskega prava* (Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije).
- Novoselec P. & Bojanić I. (2013) *Opći dio kaznenog prava* (Zagreb: Pravni fakultet sveučilišta u Zagrebu).
- Pavčnik M. (2004) *Argumentacija v pravu* (Ljubljana: Cankarjeva založba).
- Pavčnik M. (2007) *Teorija prava* (Ljubljana: GV Založba).
- Šepec M. (2018) *Kibernetski kriminal – kazniva dejanja in kazenskopravna analiza* (Maribor: Univerzitetna založba Univerze v Mariboru).

The Slovenian Constitutional Court (1995) *Decision Up 32/94*.

Pressefreiheit in der Türkei

YENER ÜNVER

Zusammenfassung Die Pressefreiheit wird definiert als die Freiheit der schriftlichen, visuellen oder auditiven Presse, Informationen, Kommentare und Kritiken zu veröffentlichen, ohne dass es der vorherigen Einholung einer Erlaubnis bedarf. Diese Freiheit bezeichnet sowohl die Freiheit der Pressemitglieder hinsichtlich ihrer Arbeit und Berichterstattungsstätigkeit, als auch die Pflicht der Presse, Informationen mitzuteilen. Während die Pressefreiheit einerseits die Beziehungen einer Person zu anderen Personen innerhalb der Gesellschaft - nämlich solche nichtwirtschaftlicher Art - ermöglicht, ist sie auch sehr eng verbunden mit personenbezogenen Rechten wie der Meinungs- und Meinungsäußerungsfreiheit. Die Meinungsfreiheit, welche eine der wichtigsten Grundfreiheiten ist, ist eine der Grundsäulen einer demokratischen Gesellschaft. Sie erfasst sowohl die Freiheit der Äußerung, als auch der Nichtäußerung einer Meinung. Die Meinungsäußerungsfreiheit ist nicht schrankenlos, sie kann eingeschränkt werden. Einschränkungen können nur durch Gesetz erfolgen und müssen verhältnismäßig sein. Diese Einschränkung kann sowohl aus der normativen Eigenschaft des Rechts, als auch aus dem Schutzbedürfnis gesellschaftlicher oder individueller Werte resultieren.

Schlüsselwörter: • Pressefreiheit • Meinungsfreiheit • Schutz der Privatsphäre • öffentliches Interesse • Schranken des Grundrechts •

ÜBER DEN AUTOR: Yener Ünver, Dr. Dr. h. c., Professor, Dean, University Özyeğin, Faculty of Law, Nişantepe Mahallesi, Orman Sokak, 34794 Çekmeköy-Istanbul, Turkey, e-mail: yener.unver@ozyegin.edu.tr.

1 Einführung

In diesem Beitrag soll die Pressefreiheit im türkischen Recht im Lichte der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre eingehend erläutert werden.

Mit einfachen Worten bezeichnet die Pressefreiheit, die Freiheit der schriftlichen, visuellen oder auditiven Presse, Informationen, Kommentare und Kritiken zu veröffentlichen, ohne vorherige Einholung einer Erlaubnis. Der Begriff der Pressefreiheit wird von der gedruckten Presse oder der Presse, die durch den Druck verwirklicht wird, abgeleitet. Diese Freiheit bezeichnet sowohl die Freiheit der Pressemitglieder hinsichtlich ihrer Arbeit und Berichterstattungsstätigkeit, als auch die Pflicht der Presse, Informationen mitzuteilen. Eigentlich müssen in einem freiheitlichen Staat auch die betreffenden Personen oder Behörden die Presse im Rahmen der Kundgabe von Informationen unterstützen, sofern ein Zusammenhang mit dem Informationsgegenstand besteht. Denn über die freie Berichterstattung an die Öffentlichkeit besteht auch eine Kontrollpflicht der betreffenden Presseleiter. In Deutschland wird die Pressefreiheit in Art. 5 des deutschen Grundgesetzes im Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit geregelt (für Regelung in Deutschland siehe: Pöttker, 2016: 09).

Die Presse hat das Recht, Berichte, Kommentare und Kritiken zu äußern, um die Öffentlichkeit über Rechtswidrigkeiten innerhalb der Gesellschaft und Behörden, über Fahrlässigkeit/unterlassene Handlungen, die den Schutz von öffentlichen Aufgaben oder Rechten bezwecken und andere/unterschiedliche Entwicklungen und Tatsachen in der Außenwelt aufzuklären. Damit die Presse diese Aufgabe erfüllen kann, muss sie frei sein und darf keiner Zensur unterzogen werden (siehe Art. 28 tGG). Denn das Pressemitglied muss unter anderem das Recht haben, die Nachrichtenquellen zu verheimlichen. Weiterhin müssen die Pressemittel unantastbar sein (siehe Art. 30 tGG) (siehe auch: Thalheimer, 2017).

2 Der Zusammenhang zwischen der Pressefreiheit und der Meinungsfreiheit

Nach der Ansicht türkischer Juristen bezeichnet die Pressefreiheit grundsätzlich die Freiheit der Presse, die erforderlichen Mittel zu benutzen, um die Meinungsäußerungsfreiheit zu verwirklichen. Während die Meinungsfreiheit eng mit der Versammlungsfreiheit verbunden ist, besteht mit ihr auch ein Zusammenhang zwischen der Pressefreiheit, die durch Presseorgane als Mittel

zur Meinungsäußerung ausgeübt wird. Die Meinungsfreiheit, welche einer der wichtigsten Grundfreiheiten ist, ist der wichtigste Bestandteil der persönlichen Freiheit. Während die Pressefreiheit einerseits die Beziehungen einer Person zu anderen Personen innerhalb der Gesellschaft - nämlich solche nichtwirtschaftlicher Art - ermöglicht, ist sie auch sehr eng verbunden mit personenbezogenen Rechten, wie der Meinungs- und Meinungsäußerungsfreiheit, der Lehrfreiheit, der Pressefreiheit, dem Kino-, Theater- und Fernsehwesen, der Vereins- und Versammlungsfreiheit. Die Meinungsfreiheit erfasst sowohl die Freiheit der Äußerung als auch die der Nichtäußerung einer Meinung (Dönmezer & Bayraktar, 2013: 26 ff.).

Die Meinungsfreiheit ist eine der Grundsäulen einer demokratischen Gesellschaft. Das meist verbreitete Medium bei der Weitergabe, der Weiterleitung von Informationen und Meinungen und dem Zugriff auf diese ist der Cyberspace. Das Internet, welches das Gerüst des Cyberspace bildet, beeinflusst unser Leben sowohl im Bereich der Kommunikation, der Arbeit, dem Zeitvertreib (zu Vergnügungszwecken), als auch die Art und Weise unseres Lernprozesses, unserer Beteiligung an Veranstaltungen und die Art, etwas zu protestieren. Zweifelsfrei kann das Internet wie jedes technische Mittel unsere Freiheiten negativ beeinflussen, mit anderen Worten, missbraucht werden. Dieser Umstand erfordert die Neuherstellung der öffentlichen Ordnung und verändert die Grenzen der Inanspruchnahme der Meinungsäußerungsfreiheit. Jedoch wird eine Umwandlung von Geboten bzw. Regeln in Schranken der Kritik entgegenn, diese sei rechtswidrig, weil zum Schutze der Meinungsäußerungsfreiheit Eingriffe verhindert werden sollten (Cihangir, 2018: 15). Einige der Ziele der Meinungsäußerungsfreiheit sind die Recherche und Weiterleitung von Informationen und Ansichten, die Mitteilung und Verwirklichung von Meinungen, die Erleichterung der Entscheidungsfindung, die Kontrolle der Ausübung öffentlicher Aufgaben, der Schutz legitimer Interessen und die Weiterentwicklung der Gesellschaft als Ganzes (Cihangir, 2018: 17).

Einige Autoren jedoch betrachten das Presserecht und die Pressefreiheit aus der Perspektive des Massenmedienrechts, also aus Sicht der zwischenmenschlichen Massenkommunikation. Diese Betrachtungsweise rechtfertigt diese Ansicht dadurch, dass solch eine Kommunikation eine Art Netz der sozialen Beziehungen von menschlichen Gruppen darstelle und dass Personen oder Gruppen dadurch ihre Meinungen und Ansichten oder sonstige Lebensweisen

teilen und gegenseitig Informationen weiterleiten bzw. sich durch diese Kommunikation sozialisieren würden (İçel, 2017: 39).

Nach einer anderen Ansicht stelle die Kommunikation eine Art Erwerb/Annahme dar. Hierbei werde einer anderen Person ein Bericht weitergeleitet. Nicht immer, jedoch manchmal, komme es dann dazu, dass bei Weiterleitung einer Meinung, eines Kommentars, einer Kritik oder einer Information an eine Person oder an Personengruppen, die annehmende Person oder Personengruppe mit ihrer(n) eigenen Meinung(en), ihrem(n) Kommentar(en) oder ihrer(n) eigenen Information(en) reagieren, weshalb hier ein Wirkungsprozess iSe Kommunikation vorliege. Hierbei ist der auditive, schriftliche, visuelle Bereich oder der Cyberbereich einer der wichtigsten modernen Kommunikationsmittel (İçel, 2017: 59).

Weiterhin bezeichnen einige Autoren die Pressefreiheit als die Freiheit im Bereich der Nutzung der Kommunikationsmittel. Die Freiheit der Personen zur Nutzung von Kommunikationsmitteln, die zur Meinungs- und `Wortfreiheit` dient, umfasse die Freiheit, Meinungen auf beliebige Art und Weise, zu beliebiger Zeit und an einem beliebigen Ort zu äußern und zu diskutieren; die Prämisse der Kommunikationsfreiheit sei die Meinungs- und Wortfreiheit (İçel, 2017: 64-65).

In modernen demokratischen Regierungsformen umfasst die Kommunikationsfreiheit nicht nur die Freiheit zur Verteidigung liberaler Ansichten ohne eine Erlaubnis einholen zu müssen, sondern insbesondere auch die Verpflichtung des Staates, einige aktive Maßnahmen zu treffen und nicht eine parteilose Haltung einzunehmen. Die Kommunikationsfreiheit tritt daher als eine kollektive Freiheit, als ein soziales Recht, zum Vorschein (İçel, 2017: 37). Denn auch der EGMR hat festgestellt, dass bei dem Schutz der Pressefreiheit die *Interessen der demokratischen Gesellschaft* zu berücksichtigen seien und dass es im öffentlichen Interesse sei, wenn ein Journalist mit rechtmäßigen, an seine Recherchen angelegten Unterlagen über militärische Daten/Informationen einen Bericht erstattet (Entscheidung des EGMR *Gârleanu v. Rumänien* (Nr.: 50376/09, Urteilsdatum: 26.6.2018).

Das eigene Infomieren gewährleistet, dass das Individuum demokratisch funktionsfähig wird, sich sowohl bei persönlichen und gesellschaftlichen Entscheidungsmechanismen unmittelbar beteiligen kann, als auch sich selbst höchstpersönlich weiterentwickeln kann. Die Funktionsfähigkeit des

Informationsprozesses hängt von der Existenz der Meinungsfreiheit ab. In einem politischen System, in dem die Meinungsfreiheit eingeschränkt wird, ist auch die Pressefreiheit eingeschränkt. Dies hat auch zur Folge, dass eine vielseitige, richtige, moderne, aktuelle Nachrichtenzirkulation verhindert wird. Sowohl die Pressefreiheit, als auch die Meinungsfreiheit, werden nicht immer durch die politische Macht begrenzt; manchmal können auch private Einrichtungen diese unter Ausnutzung der Defizite eines demokratischen Rechtsstaates begrenzen. Ob durch politische Regierung oder freie Wirtschaft bedingt, ist die Monopolisierung, sowohl hinsichtlich der Demokratie und des Rechtsstaates, als auch für persönliche Grundrechte, überaus bedenklich. Hier liegt nämlich eine Einrichtung vor, welche die richtige/wahre Nachrichtenzirkulation negativ beeinflusst, von der Wahrheit abwendet, die vielseitige Informationszirkulation verhindert, die Verbreitung richtiger/wahrer und aktueller Nachrichten oder anderer Ansichten, Kommentare und Berichte verhindert. Bei einer *Monopolisierung* sind - selbst wenn mehrere Veröffentlichungsorgane publizieren, diese sich jedoch unter der Kontrolle derselben Anlegergruppe befinden - die Berichte, Kommentare, Bewertungen einseitig und werden der Gesellschaft auf kontrollierte Weise übermittelt. Hierbei werden diese Meinungen und Berichte bewusst parteiisch beigebracht und sind daher unrichtig, fehlerhaft und bedenklich: einerseits erfahren die Menschen viele Umstände erst gar nicht, andererseits haben sie nicht die Möglichkeit, eigene Meinungen zu verbreiten. Währenddessen kann die Presse als vierte Gewalt des Staates neben der gesetzgebenden, vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt, ihre Funktion nicht entfalten. Im Falle einer Monopolisierung verwandelt sich die Presse, die der Meinungsfreiheit dient, geradezu in ein bedenkliches Werkzeug, das zugunsten einer bzw. mehrerer Personen oder zulasten der Gesellschaft das Monopol/Kartell kontrolliert (Özek, 1999: 548-549).

Die Monopolisierung, welche in jedem Sektor vermieden werden sollte, übersteigt im Bereich der Massenmedien wirtschaftliche Dimensionen und beeinflusst unmittelbar das Recht der Menschen auf Meinungs- und Meinungsäußerungsfreiheit. Eine Monopolisierung in diesem Bereich beeinflusst unmittelbar nachteilig die Funktionsfähigkeit des Informationsprozesses des Einzelnen und führt zu Menschenrechts- und Grundrechtsproblemen, indem sie verhindert, dass der Einzelne vielseitige, von der Wahrheit nicht abwendende, wahre, transparente und aktuelle Informationen erhält. Das Informieren dient nicht nur der Demokratie, sondern auch dem Pluralismus, einer gesunden Entscheidungsfindung der Menschen, der Einigung innerhalb der Gesellschaft

und einer bewussten Wahrnehmung der anderen Grundrechte. Der Mensch, der von seinem Recht auf Information profitiert, erlangt als Informierter richtige, von der Wahrheit nicht abgewandte, nicht verbotene Meinungen und Informationen und ist durch die freie Presse mit genügend Wissen ausgestattet; dadurch erlangt er die Möglichkeit, individuelle, persönliche Entscheidungen zu treffen und dementsprechend Handlungen vorzunehmen (Özek, 1999: 547).

Obwohl die Presse nicht sehr viel gewinnbringend ist, wird sie fast von allen Anlegern unterstützt und folglich wird in die Presseindustrie investiert. Der Grund hierfür ist, dass die Presse äußerst differenziert ist und gewährt, dass die Gesellschaft und individuelle oder gesellschaftliche, sogar institutionelle Entscheidungen politisch beeinflusst und die wahre Informationsmöglichkeit durch abwendende Berichte begrenzt werden können. Weiterhin kann die Presse einzelne Personen steuern, die Transparenz von Massenmedien und die innere Kontrolle aufheben und verhindern, dass der Einzelne sich weiterentwickelt oder von der politischen Macht Rechte einfordern kann, wodurch die Staatsregierung gestärkt und politische Entscheidungen leichter zu steuern sind (Özek, 1999: 550).

Bei der Bewertung der Feststellung, ob die Meinungsfreiheit verletzt wurde oder nicht, wird im Sinne der Rechtsprechung des EGMR ein drei-Stufen-Test angewandt. Die Voraussetzungen hiervon sind der Gesetzesvorbehalt, ein legitimer Zweck und die Erforderlichkeit und Geeignetheit innerhalb einer demokratischen Gesellschaft. In vielen Entscheidungen des EGMR wurden Gerichtsentscheidungen, welche die Verherrlichung, Entschuldigung und grundsätzliche Anpreisung des Terrors bestrafen, als rechtmäßig und als verhältnismäßig gegenüber den demokratischen Erfordernissen einer Gesellschaft bewertet. Zwar hat er in einigen Entscheidungen für die Bestrafung der betreffenden Erklärungen eine offensichtliche Anpreisung und Verherrlichung der Gewalt gefordert; jedoch hat er wiederum in anderen Entscheidungen im konkreten Sachverhalt selbst eine die Bestrafung wegen einer als Gewaltverherrlichung angesehenen Karikatur als verhältnismäßig bewertet; ein Eingriff sei deswegen mit den Erfordernissen einer demokratischen Gesellschaft angemessen, weil manchmal die Publikation von Berichten über andere Länder Menschen zur Begehung von Straftaten verleite.

Es ist schwierig zu behaupten, dass alle Entscheidungen des Gerichts prinzipiell nicht widersprüchlich und folgerichtig sind. Bei seinen Bewertungen beachtet das Gericht auch die besonderen Umstände des Landes oder die ethnische Identität

der angepriesenen Terrorgruppe und mit welchen Ländern diese verbunden sind; dies jedoch zeigt, dass es sich von der Objektivität und Richtigkeit entfernt. Vom EGMR ist zu erwarten, unabhängig davon, welche ethnische Identität und Mitglieder eine Organisation hat oder unabhängig der Entrüstung, die sie in der Vergangenheit innerhalb der Gesellschaft hervorgerufen hat bzw. mit welchem Land sie verbunden ist, allgemeingültige Maßstäbe zu bestimmen, die in konkreten Fällen anwendbar sind (Tayyip Eroğlu, 2018: 338 ff.; Entscheidung des EGMR *Dmitriyevskiy v. Russland* (No.: 42168/06, Urteilsdatum: 3.10.2017).

In der *Ahmet-Yıldırım v. Türkei-Entscheidung* des EGMR vom 18.12.2012 (Nr. 3111/10), wurde - unabhängig der Internetseite, gegen die ein Strafverfahren eingeleitet wurde - entschieden, dass eine absolute Verhinderung des Internetzugriffs auf die eigene Internetseite einer Person durch *Google* das Recht auf Information und Weiterleitung von Informationen gemäß Art. 10 der EMRK verletze. Die Hauptbegründung in dieser Entscheidung war, dass das Internet nunmehr zu einem Grundmittel geworden sei, das Individuen ermögliche, von ihrer Meinungsäußerungsfreiheit und ihrem Recht auf Information Gebrauch zu machen; daher sei eine Begrenzung dieser Rechte ohne einen legitimen und verhältnismäßigen Zweck rechtswidrig. Das Gericht hat in seiner *Delfi AS v. Estland* Entscheidung (No. 64669/09, 16.6.2015) angenommen, dass Leser für ihre geposteten Kommentare auf großen Internetportalen in einem gewissen Grade verantwortlich gemacht werden können und dass private Unternehmen für die Zugriffsverhinderung rechtswidriger Kommentare und Schriften verpflichtet werden können; diese Begrenzung der Meinungsfreiheit sei nicht als „rechtswidrige Handlung“ anzusehen (Cihangir, 2018: 21).

Weiterhin erkennt der EGMR das Recht auf Vergessen als primäres und übergeordnetes Recht an und nimmt an, dass je nach den Eigenschaften des konkreten Falles eine Verhältnismäßigkeitsbewertung vorgenommen werden soll. Beispielsweise hat es in seiner *Węgrzynowski ve Söölczemski v. Polen-*Entscheidung vom 16.10.2013 (Nr. 33846/07) die Beschwerden der Betroffenen, dass alle Veröffentlichungen in Zeitungen über sie gelöscht werden sollen, als unbegründet gesehen. Weiterhin hat es aufgeführt, dass Internetarchive beim Schutz von Informationen und Berichten und der Gewährleistung des Zugriffs auf diese einen wichtigen Beitrag leisten; zudem habe es in seiner Begründung vorgetragen, dass diese für die Öffentlichkeit zugänglichen Archive grundsätzlich unentgeltlichen Zugriff gewähren und dass

diese Archive für die Lehre und historische Forschungen bzw. Recherchen eine bedeutende Quelle darstellen (Cihangir, 2018: 22).

3 Schranken der Pressefreiheit

Die Meinungsäußerungsfreiheit ist nicht absolut und schrankenlos, sie kann eingeschränkt werden (auch der EGMR weist in seinen Entscheidungen darauf hin, dass die Pressefreiheit eingeschränkt werden kann. Wenn z. B. ein Fernsehsender Propaganda für Terror oder eine Terrororganisation macht, werden die Ausstrahlungen dieses Senders nicht im Rahmen der Meinungsäußerungsfreiheit betrachtet, siehe: EGMR Entscheidung *Roj TV A/S v. Dänemark*, [Entscheidung über Unzulässigkeit] (Nr.: 24683/14, Urteilsdatum: 17.4.2018; vgl. auch EGMR Entscheidung *Stomakhin v. Russland* (Nr.: 52273/07, Urteilsdatum: 9.5.2018)). Beispielsweise kann die Werbung für Terror und Terrororganisationen als Straftat geregelt werden und zudem kann mit dem Verweis der politischen Eigenschaft des Terrors dieser nicht im Rahmen der Meinungs- bzw. Pressefreiheit gesehen werden (Entscheidung des Berufungsgerichts Istanbul (BAM), 2. Strafkammer 16.5.2017, 2017/1205, K. 2017/1133; Entscheidung des 13. Schwurgerichts Istanbul (13. Ağır Ceza Mahkemesi), 16.5.2017, E. 2016/232, K. 2017/97).

Diese Schranken können sowohl aus der normativen Eigenschaft des Rechts, als auch aus dem Schutzbedürfnis gesellschaftlicher oder individueller Werte resultieren. Einschränkungen können nur durch Gesetz erfolgen und müssen verhältnismäßig sein. Sie können aufgrund des Schutzes der öffentlichen Sicherheit oder der Unversehrtheit des Territoriums oder der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung und der Prävention von Straftaten, dem Gesundheitsschutz, aufgrund der guten Sitten oder zum Schutze des Ruhms oder der Rechte anderer Personen, der Verhinderung der Offenbarung diskreter Informationen über andere Personen, der Gewährleistung eines fairen Verfahrens oder der Unabhängigkeit der Gerichte erfolgen (Cihangir, 2018: 18).

Art. 8 EMRK, welcher das Privat- und Familienleben schützt, sieht für die Rechtmäßigkeit des Eingriffs in die geregelten Rechte des Einzelnen vor, dass der Einschränkung- bzw. Verletzungsgrund durch das Gesetz geregelt und die Einschränkung den Forderungen eines demokratischen Rechtsstaates gerecht werden müssen und dass diese Einschränkung für die nationale oder öffentliche Sicherheit, das wirtschaftliche Wohl des Landes, den Schutz der öffentlichen

Ordnung, die Prävention einer Straftat, den Gesundheitsschutz, den Schutz der guten Sitten, den Schutz der Rechte oder Freiheiten anderer erforderlich sein müssen.¹

Andererseits sieht Art. 9 EMRK, welcher die Meinungs-, Glaubens- und Religionsfreiheit regelt, für die Rechtfertigung der Einschränkung oder Verletzung dieser Freiheiten dieselben Maßstäbe vor, Abs. 2.² Neben Art. 10 EMRK gibt es auch im türkischen Recht Normen, die dieses Recht regeln. Einige davon sind, wie folgt:

Regelungen im tGG:

Art. 5: Hauptzweck und Aufgabe des Staates

Art. 13: Einschränkung von Grundrechten und Freiheiten

Art. 17: Immunität, materielle und immaterielle Existenz der Person

Art. 20: Diskretion der Privatsphäre

Art. 22: Kommunikationsfreiheit

Art. 26: Meinungsfreiheit und Freiheit der Verbreitung von Gedanken

Art. 27: Freiheit von Wissenschaft und Kunst

Art. 28-32: Pressefreiheit (wichtig: Art 90)

¹ EMRK Art. 8: (Recht auf Achtung des Privat- und Familienleben): »1. Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. 2. Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.«

² EMRK Art. 9: (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit): »1. Jede Person hat das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; dieses Recht umfasst die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu wechseln, und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht oder Praktizieren von Bräuchen und Riten zu bekennen. 2. Die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu bekennen, darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die öffentliche Sicherheit, zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.«

Regelungen im t-Pressengesetz Nr.: 5187 - 2004

*Art. 3: Pressefreiheit*³,

t-Gesetz für Radio und Fernsehen (offiziell) Nr.: 2954 - 1983

t-Gesetz für Radio und Fernsehen (privat) Nr.: 6112 – 2011 und

t-Gesetz für Internet Nr.: 5651 – 2007.

Zur Herstellung eines legitimen Gleichgewichts zwischen dem Schutz und der Einschränkung von Grundrechten müssen die Umstände des konkreten Einzelfalles beachtet werden. Bei der rechtlichen Bewertung ist zu beachten, dass neben den konkurrierenden Gütern im konkreten Fall auch störende oder überraschende Informationen, Ansichten und Kommentare durch den Vertrag geschützt werden. Es ist nicht zwingend, dass die offenbarte Meinung eine Meinung oder Ansicht ist, die durch die Allgemeinheit der Gesellschaft anerkannt ist. Die Schrift bzw. der Text muss auch hinsichtlich des Gegenstandes, der Eigenschaft und des Inhalts von der Meinungsfreiheit erfasst sein, die Gesamtheit der Schrift darf hier nicht außer Acht gelassen werden. Es genügt also nicht, dass nur ein begrenzter Teil der Schrift bewertet wird. Das Pressemitglied muss unbedingt die Wahrheit und Vertrauenswürdigkeit der Nachrichtenquellen überprüfen. Wenn Handlungen die Grenzen der nationalen Sicherheit oder Staatsgeheimnisse überschreiten, darf eingegriffen werden. Sofern *das öffentliche Interesse* bei diesen Eingriffen auf konkreten Tatsachen beruht, muss die Grenze der Meinungsfreiheit weit verstanden werden. Bei Publikationen hinsichtlich Terrororganisationen oder über Gewalt bzw. Hass oder Kinderpornographie darf nicht außer Acht gelassen werden, dass der Vertrag auch beabsichtigt, die öffentliche Sicherheit aufrechtzuerhalten und Unordnung und Straftaten zu verhindern. Bei den vorzunehmenden Einschränkungen müssen unbedingt die legitimen Gründe aufgezeigt werden (Cihangir, 2018: 42-43).

³ Die Presse ist frei. Diese Freiheit umfasst das Recht auf den Erhalt, die Verbreitung, das Kritisieren, die Auslegung von Informationen und das Recht, Werke zu schaffen. Die Nutzung der Pressefreiheit ist nur im Einklang mit den Erfordernissen einer demokratischen Gesellschaft möglich. Eine Begrenzung ist nur möglich zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und der öffentlichen Moral, die nationale Sicherheit, die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit und die territoriale Integrität, die Offenlegung von Staatsgeheimnissen oder die Verhütung von Verbrechen sowie die Bereitstellung von Autorität und Unparteilichkeit der richterlichen Gewalt.

4 Rechtsprechung

Im Folgenden sollen die Ansätze der türkischen Obergerichte/des Gerichtshofs bezüglich der Presse- und Meinungsfreiheit dargestellt werden. Hierbei soll mithilfe zusammenfassender Entscheidungen die prinzipielle Ansicht der Rechtsprechung dargestellt und einige gesetzliche Regelungen erläutert werden.

1) Einige Entscheidungen des türkischen Verfassungsgerichts sind wie folgt:

Nach dem türkischen Verfassungsgericht ist die Presse unverzichtbar für demokratische gesellschaftliche Bedürfnisse und für die persönliche Entwicklung von Personen. Eine Einschränkung soll *ultima ratio* sein. Jedoch ist die Pressefreiheit *kein grenzenloses Grundrecht. Denn die Kontrolle politischer Macht ist zwar sehr wichtig; jedoch darf nicht übersehen werden, dass auch die Privatsphäre und heimliche Kommunikation Grundrechte darstellen* (Art. 20 und 22 tGG). Die Presse hat die Aufgabe, Nachrichten zu veröffentlichen und zu kommentieren. Weiterhin hat *jede Person das Recht, richtig Informationen zu erhalten.*

Deswegen müssen Einschränkungen (Art. 13 tGG): 1) durch das Gesetz erfolgen, 2) verhältnismäßig sein, 3) einen legitimen Zweck verfolgen, 4) den Anforderungen der demokratischen, gesellschaftlichen Ordnung genügen. Nicht nur der Staat, sondern auch Journalisten müssen Grundrechte respektieren. Sonst verstößt man gegen Art. 20, 22, 26 und 28 tGG (tVerfGE 5.7.2017. Verfassungsbeschwerde Nr.: 2015/3378, BGBl 28.9.2017. Nr.: 30194).

Gerichte haben ein Bewertungsrecht, ob es bei einer Begrenzung ein gesellschaftliches Bedürfnis gibt oder diese verhältnismäßig ist. Aber das tVerfG darf diese Bewertung kontrollieren und entscheiden, ob das Gericht dieses Bewertungsrecht rechtmäßig angewandt hat oder nicht. Auch Schriften in Internetzeitungen müssen im Rahmen der Pressefreiheit bewertet werden. Selbst, wenn die Bewertungen der Journalisten unwichtig oder subjektiv sind, sind diese von der Meinungsfreiheit erfasst. Die Meinungsfreiheit gilt für alle und ist sehr bedeutsam für eine demokratische Gesellschaft. *Die Presse ist das wichtigste Mittel für die Meinungsfreiheit.* Man bekommt durch die Presse aktuelle und wichtige Informationen über die Gesellschaft, Wissenschaft, bekannte Personen, das Kabinett und Politiker. *Die Presse hat das Recht, Politiker zu kritisieren. Doch auch die Presse soll die Menschenwürde und die Ehre von Personen respektieren, weil das Recht der*

Meinungsfreiheit nicht ein grenzenloses (schränkenloses) Grundrecht ist. Die Presse hat auch Aufgaben und Verantwortungen. Sie soll auch bei der Kritik eine faire *Balance* schaffen und die Verhältnismäßigkeit zwischen der Meinungsfreiheit (= Pressefreiheit) und der Würde und Ehre der Person beachten (tVefGE 15.2.2017, Verfassungsbeschwerde Nr.: 2014/6009. BGBl 5.5.2017, Nr.: 30057). Bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit darf man nicht nur einzelne Sätze alleine bewerten, sondern man muss *ganze Texte mit dem Thema, usw. zusammen bewerten.*

Es gibt keine wertvolle oder wertlose und nützliche oder nutzlose Meinung; dies wäre eine subjektive Bewertungsart. Meinungen müssen nicht positiv, schön, angenehm sein, sondern können auch schockierend, schwerwiegend, störend sein. Bei einer Begrenzung sind die Einschränkungsründe der Meinungsfreiheit (Art. 26 tGG) zu beachten. Die Begrenzung muss durch ein *Gesetz* geschehen und darf den Kern des Rechts nicht berühren (Art. 13 tGG) (tVefGE 27.10.2015, Verfassungsbeschwerde Nr.: 2013/8503. BGBl 10.12.2015, Nr.: 29558).

Bei der Bewertung muss man beachten, ob eine Schrift/ein Text einen tatsächlichen Sachverhalt hat oder eine subjektive Bewertung bzw. Meinung oder einen subjektiven Kommentar darstellt. Die Presse soll genügende Recherchen durchführen. Trotz hohem Zeitdruck, muss ein Journalist Vorwürfe oder Anzeigen recherchieren. Natürlich ist zu bedenken, dass wir *für eine demokratische Gesellschaft Pluralismus und transparente Meinungen brauchen.* Dies ist für die persönliche Entwicklung von Personen, aber auch für gesellschaftliche Entwicklungen und den Fortschritt unverzichtbar (tBVerfGE 8.6.2016, Verfassungsbeschwerde Nr.: 2014/2252 (BGBl 13.7.2016, Nr.: 29769).

Die Auslegung und Kritik der Presse kann (natürlich) auch sehr hart oder störend sein. Meinungen oder Kritiken sollen/müssen nicht von der ganzen Gesellschaft akzeptiert werden. Die Presse beobachtet und kontrolliert öffentliche Angestellte, Beamte und diejenigen Personen, die uns regieren. Denn ein demokratisches Land soll transparent, verantwortlich und plural sein (tVerfGE 25.2.2016, Verfassungsbeschwerde Nr.: 2015/18567, BGBl 10.3.2016, Nr.: 29649). Aber es gibt Grenzen: wie z. B. die nationale Sicherheit, die Prävention von Straftaten, die Bestrafung von Straftätern, usw. Auch die Presseethik soll von Journalisten ernst genommen werden.

Die Meinungsfreiheit hat für alle friedliche Meinungen gleiche Gültigkeit. *Dafür kann man von allen Mitteln Gebrauch machen.* Wir schützen auch die Pressefreiheit durch Art. 10 EMRK, welcher nicht nur den Inhalt der Meinungsfreiheit, sondern auch die Erscheinungsform der Meinungsfreiheit darlegt (tVerfGE 11.11.2015, Verfassungsbeschwerde Nr.: 2013/2623, BGBl 8.12.2015, Nr.: 29556).

Daher soll man Art. 26 und Art. 28 tGG zusammen bewerten. Die Presse beobachtet den demokratischen Staat und kontrolliert die politische Macht. *Auch der EMRK vertritt dieselbe Meinung* (EGMR Entscheidung *Bladet Tromso und Stensaas v. Norwegen*, Nr.: 21980/93, 20.5.1999, §§ 59, 62; EGMR Entscheidung *Pedersen und Baadsgaard v. Dänemark*, Nr.: 49017/99, 17.12.2004 § 71). *Auch das Internet ist ein wichtiges Mittel* für die Meinungs- und Pressefreiheit [Art. 28-32 (Pressefreiheit) tGG]. Die Bedingungen des konkreten Einzelfalles sind entscheidend.

Gerichte dürfen die Art der Presseberichte nicht bestimmen. Diese muss die Presse/der Journalist bestimmen. Die *Presse ist frei*; aber Journalisten müssen mit Verantwortungsbewusstsein handeln. Denn ein Missbrauch in diesem Bereich kann Grundrechte von Personen verletzen. Für die Bewertung ist zu unterscheiden: Was ist der materielle Sachverhalt und was ist die subjektive Auslegung oder Meinung? Die Presse hat hierbei immer das Prinzip der Unschuldsumutung zu beachten (tVerfGE 8.4.2015, Verfassungsbeschwerde Nr.: 2013/1997, BGBl 3.7.2015, Nr.: 29405).

Für die Bewertung, ob eine Schrift den Schutz der Pressefreiheit genießt oder nicht, müssen ganze konkrete Texte bewertet und der konkrete Zustand (Personen, aktuelle Nebenfälle, Fotos usw.) beachtet werden. Zu beachten ist aber, dass es für die Presse von großer Bedeutung ist, dass ein Bericht sehr schnell (in Eile) veröffentlicht wird; denn es lohnt sich nicht, wenn ein Bericht veraltet oder von anderen Presseorganen schon veröffentlicht wurde. Es besteht also ein enormer *Zeitdruck*! Der Begriff der Pressefreiheit darf nicht begrenzend ausgelegt werden (tVerfGE 8.11.2017, Verfassungsbeschwerde Nr.: 2014/2420, BGBl 29.12.2017, Nr.: 30285).

Die Pressefreiheit rechtfertigt jedoch nicht Beleidigungen oder Verleumdungen. Nach dem tGG sind die Ehre und der Ruf Teil der geistigen Existenz der Person und werden durch Art. 17 tGG geschützt. Der Staat hat die Aufgabe, die immaterielle (und auch materielle) Existenz der Person gegen Eingriffe des Staates und dritter Personen zu schützen. *Diese Aufgabe muss der Staat mithilfe von*

Maßnahmen und Sanktionen erfüllen (tVerfGE 4.6.2015, Verfassungsbeschwerde Nr.: 2014/12151. BGBl 1.7.2015, Nr.: 29403; außerdem siehe auch: tVerfGE 8.11.2017, Verfassungsbeschwerde Nr.: 2014/2420. BGBl 29.12.2017, Nr.: 30285).

Art. 20 tGG garantiert ein privates soziales Leben. Die Privatsphäre ist ein heimlicher Bereich der Person. Obwohl bei bekannten Politikern oder Schauspielern dieser Bereich ausgedehnt ist und zum Teil zum sozialen Leben der Person gehört, gibt es auch für diese Personen einen heimlichen, privaten und schutzwürdigen Bereich. Wenn jemand heimlich fotografiert oder gefilmt wird, verletzt diese Handlung Art. 20 tGG. Ohne Einwilligung des Berechtigten darf man keine Aufnahmen machen und veröffentlichen. Der Staat hat eine positive Verpflichtung, den Privatbereich (und auch den Bereich der Persönlichkeit, Ehre, Ruf, etc.) der Person zu schützen. In Ausnahmefällen muss man die konkreten Umstände und Bedingungen im konkreten Sachverhalt gerecht abwägen. Das öffentliche Interesse ist zwar wichtig, ist aber nicht immer als überragendes Interesse zu bewerten. Das öffentliche Interesse ist bei einer rechtswidrigen Gewinnung von Fotos oder Filmen berühmter Personen nicht immer ein Entschuldigungs- oder Rechtfertigungsgrund. Wenn jedoch eine berühmte Person (Schauspieler oder Politiker) private Lebensverhältnisse auf einem Balkon oder auf der Straße oder in der Öffentlichkeit zeigt, darf die Presse dies aufnehmen und filmen. Denn mit diesem Verhalten offenbart die Person selbst anderen ihr Privatleben (tVerfGE 5.10.2017, Verfassungsbeschwerde Nr.: 2014/20364 (BGBl 14.11.2017, Nr. 30240).

Heutzutage ist das *Internet* das wichtigste und *schnellste Mittel für die Kommunikation*. Ein Zugriffsverbot muss *ultima ratio* sein. Jedoch trägt das Internet eine *hohe potentielle Gefahr für Persönlichkeitsrechte*, weshalb es dem Schutz vor Eingriffen gegen Personen in diesem Bereich bedarf. *Wenn es keinen ausreichenden, wichtigen gesellschaftlichen Nutzen/Vorteil gibt, darf man den Zugriff auf das Internet nicht verweigern bzw. sperren*. Eine Zugriffsverweigerung auf das Internet (Link/Blog-Bericht usw.) bedarf *in einem demokratischen Rechtsstaat* großer Vorsicht (tVerfGE 26.10.2017, Verfassungsbeschwerde Nr.: 2014/5552. BGBl 26.10.2017, Nr.: 30270). Ansonsten liegt ein Verstoß gegen Art. 26 und 28 tGG vor.

Für Fernsehausstrahlungen muss man (wegen der Frequenz, Ausstrahlung, etc.) eine Lizenz/Erlaubnis vom Staat bekommen. Dieses Erfordernis verletzt nicht die Pressefreiheit und ist nicht verfassungswidrig. Das Radio- und Fernsehwesen

sind unteilbare Bestandteile der Meinungs- und Pressefreiheit. Deswegen gibt es Ähnlichkeiten zwischen den Prinzipien der Radio- oder Fernsehausstrahlung und der Presse. Die Pressefreiheit ist ein Mittel für die Ausübung der Meinungsfreiheit. Die Pressefreiheit bietet Personen und der Gesellschaft Informationen. Für die pluralistische Demokratie ist das unverzichtbar. Ein politisches System, in dem es keine Meinungsfreiheit gibt, darf man nicht Demokratie nennen. Meinungsfreiheit ist für alle gleich und hat eine lebenswichtige Bedeutung für die Demokratie. Außerdem bietet sie Personen, selbst freie Entwicklungsmöglichkeiten zu entfalten. Da Radio- und Fernsehausstrahlungen für Menschen viel schneller zu erreichen und visuell wahrnehmbar sind, sind diese Medien viel wirksamer, als die schriftliche (gedruckte) Presse (tVerfGE. 18.10.2017, Verfassungsbeschwerde Nr.: 2014/11028. BGBl 19. 12. 2017, Nr.: 3027).

2) Einige Entscheidungen des tBGH

Beispiele:

Die Meinungsfreiheit gehört zur ersten Generation der Menschenrechte; sie ist unwiderruflich und unverletzlich. Die Pressefreiheit ist das wichtigste und effektivste Mittel für die Ausübung der Meinungsfreiheit. Die Meinungsfreiheit enthält das Recht, Informationen zu sammeln, Meinungen zu verbreiten, auszulegen und ein Werk zu schaffen (siehe tBGH 19. Strafsenat, 16.1.2017, 11728/247).

Die Pressefreiheit ist nicht schrankenlos. Es gibt Bedingungen und Merkmale für rechtmäßige Veröffentlichungen. Auch *Journalisten sollen Persönlichkeitsrechte beachten* (siehe tBGH 4. Zivilsenat, 14.1.2015, 16771/148. Siehe außerdem tBGH Generalsammlung im Zivilsachen, 24.6.2015, 4-2304/1736).

Bedingungen der Pressefreiheit nach Meinung des tBGH;

- 1) Ein Bericht...
- 2) ...muss (scheinbar) echt sein
- 3) ...muss aktuell sein (Ausnahme: wissenschaftliche Schriften und historische Forschungen)
- 4) ...muss dem öffentlichen Interesse dienen und dafür nützlich sein (19. CD. 18.4.2017, 10468/3496)
- 5) ...verhältnismäßig sein und

- 6) es muss ein geistiger (kausaler) Zusammenhang bestehen (siehe tBGH, 4. Zivilsenat, 27.6.2013, 14933/12471).

Eine Veröffentlichung in der Presse muss *in objektiven Grenzen* bleiben (tBGH 4. Zivilsenat, 13.12.2007, 2236/15393).

In der Presse kann auch ein Premierminister sehr übertrieben, hart dargestellt und intensiv kritisiert werden. Er muss jedoch als ein Politiker Kritik ertragen, weil solche Kritik von der Meinungsfreiheit erfasst ist (siehe tBGH 4. Zivilsenat, 13.3.2014, 7518/4323).

Außerdem muss ein Bericht nicht richtig sein; scheinbare Wirklichkeit ist für die Rechtmäßigkeit des Berichts ausreichend (siehe tBGH, 4. Zivilsenat, 11.7.2006, 8200/8394).

Die Bevölkerung hat ein großes Interesse, sowohl an der künstlerischen Tätigkeit, als auch am Privatleben von Schauspielern. Berichte und Kommentare über einen Schauspieler oder über die Krankheit seiner Ehefrau erfüllt nicht den Beleidigungsstraftatbestand, wenn man keinen Beleidigungsvorsatz hat. Dies überschreitet auch damit nicht die Grenzen der Pressefreiheit (siehe tBGH 4. Zivilsenat, 26.2.2015, 6751/2252).

Wenn ein Politiker oder Personen, die einen Staat regieren, hart kritisiert und gewarnt werden und damit nicht eine Ehrverletzung bezweckt wird, kann man einen Bericht in der Zeitung nicht als Beleidigung bewerten (siehe tBGH 18. Strafkammer, 5.10.2017, 39070/10349. Siehe weiterhin tBGH 4. Zivilsenat, 3.7.2013, 1020/12789).

Wer den Staatspräsidenten als Mörder, Verfolger oder „Terroristen-Fütterer“ bezeichnet, beleidigt ihn. Dies wird nicht von der Pressefreiheit erfasst (Siehe tBGH 16. Strafkammer, 19.7.2017, 6928/4807).

Selbst, wenn ein Bericht bzw. Kommentar in der Zeitung die Grenzen der Pressefreiheit nicht überschreitet, werden Journalisten in der Türkei trotzdem im Alltag oft bestraft. Den Grund versteht man aus der Begründung nicht; ob wegen der Person des Journalisten oder wegen politischen Einflüssen bestraft wird, oder ob dies abhängig von den Richtern ist, ist nicht verständlich. Es gibt kaum eine Begründung! (siehe tBGH 8. Strafsenat, 16.10.2017, 9234/11414).

Wenn durch *beledigende Worte die Unschuldsvermutung einer Person verletzt* wird, verletzt man die in Art. 24 und 25 tBGB geschützten Persönlichkeitsrechte (siehe tBGH, General Versammlung im Zivilsachen, 13.5.2015, 4-1955/1337).

Wenn Vorwürfe oder Schriften die Bedingungen der Pressefreiheit *überschreiten*, kann es dazu kommen, *dass der Autor eine Menge Schadensersatz bezahlen muss und/oder bestraft wird* (tBGH Grosse General Sammlung im Zivilbereich, 2.11.2016, 4-1184/1012).

Man soll nicht vergessen, dass die Presse eine Sonderposition innehat. Die Presse erfüllt ihre Aufgabe, das Volk zu informieren. *Das Ziel hierbei ist, zu gewährleisten, dass die Bevölkerung friedlich, gesund, sicher und glücklich leben kann* (siehe tBGH 4. Zivilsenat, 27.11.2014, 98/16229. Siehe auch: tBGH 4. Zivilsenat, 8.5.2003, 6059/629).

5 Pressefreiheit in der Türkei

Sofern die anderen Rechte und Freiheiten dem Individuum nicht gewährleistet werden, kann die Meinungsfreiheit, welche ein Grundrecht ist, nicht existieren. Die Meinungsfreiheit umfasst sowohl das Denken und die Meinungsbildung, als auch die Freiheit zur Äußerung dieser Meinung in die Außenwelt oder die Freiheit, nicht gezwungen zu werden, diese zu offenbaren. Hierfür reicht die Objektivität und Gleichbehandlung nicht aus, vielmehr müssen die politische Macht und öffentliche Behörden die zur Gewährleistung dieses Grundrechts erforderlichen Verpflichtungen erfüllen (Dönmezer & Bayraktar, 2013: 41 und 183).

Die Pressefreiheit, die zur Ausübung der Meinungsfreiheit getätigt wird, wird heute nicht nur als individuelles oder gesellschaftliches Bedürfnis anerkannt, sondern wird geradezu als eine Anordnung des Intellekts von jedermann akzeptiert und wird letztlich durch internationale Verträge und übernationale/nationale Gerichte und den anderen Mechanismen geschützt (Dönmezer & Bayraktar, 2013: 20 ff.).

In der Türkei wird sowohl das Fernseh- als auch Radiowesen, ob es nun ein öffentliches oder privates Presseorgan ist, durch einen übergeordneten Ausschuss/übergeordnetes Amt kontrolliert. Bei der Wahl der Leiter und Vorsitzenden dieses übergeordneten Amtes ist scheinbar das Parlament wirkungsvoll, doch tatsächlich werden vor allem der Leiter und die meisten

Mitglieder durch die regierende Partei gewählt. (*Hochamt für Radio und Fernsehen (RTÜK)*). Dieses Amt hat ernsthafte Sanktionsbefugnisse, was den Inhalt und die Art und Weise der Ausstrahlung anbelangt, wodurch es höchstpersönlich den Zugriff auf globales Wissen/Informationen verhindern kann. Bei der Kontrolle der Ausstrahlungen können politische, populär-kulturelle, sittliche oder religiöse Glaubensweisen affektiv sein. Dadurch wird den Menschen die Möglichkeit zur Verfolgung von Weltgeschehnissen und verschiedener Ausstrahlungen zum Zwecke der eigenen Bildung und Entwicklung verwehrt.

Der türkische Satellit *Türksat* ist vollkommen unter der Kontrolle der Regierung. Bei der Wahl der Programme, des Fernsehens und Radios dieses Satelliten ist die Regierungspartei einflussreich. Vor allem fremde Sendungen sind aufgrund ihres politischen Gedankens oder des Unterschieds der Sendungen unter Kontrolle - mittelbar bestehen hier Beschränkungen. Diese Beschränkungen gelten nicht nur für erotische oder pornographische Sendungen. Während Kanäle, die viele schädliche und unwahre-täuschende Sendungen ausstrahlen, nicht angetastet werden, machen andere Presseorgane ihre Sendungen unter strenger Kontrolle und Sanktionsandrohung. Außer diesen Sendekontrollen werden Pressemitglieder, die bei diesen Ausstrahlungen tätig sind, unmittelbar oder mittelbar bestraft, wodurch sowohl die Informationsfreiheit der Gesellschaft, als auch das Recht auf freie, unabhängige Arbeit beschränkt wird.

Die meisten Presseorgane gehören (mittelbar) den Regierungsparteien. Das Hauptproblem ist die *Kreuz-Monopolisierung in der Türkei*. Es gibt einen großen gnadenlosen Druck über das Radio- und Fernsehwesen und über Firmen und Unternehmen. Wichtige Fernseh- und Radiosender und Zeitungen sind in der Hand einer wichtigen Anlegergruppe und diese Gruppe ist grundsätzlich politisiert. Zudem ist unerfreulich, dass sich die Gruppe nicht damit genügt, einen Fernseh-, Radiosender oder eine Zeitung zu betreiben. Manchmal hat eine Gruppe eine Vielzahl von Fernsehkanälen und Radios. Die Verhinderung der freien Nachrichtenzirkulation, die freie Weiterleitung von Meinungen und der Zugriff auf unterschiedliche Berichte, Kommentare oder Informationen hat nicht nur etwas mit der Wahlperiode zu tun und führt manchmal bis zum Aufzwingen einer bestimmten Lebens- bzw. Denkweise oder zur Unterdrückung unterschiedlicher Ansichten und Kritiken. Dies verletzt die türkische Demokratie, das Rechtssystem und die Lebensweise und wird negativ degeneriert, und der Sinn und Inhalt der Presse- und Meinungsfreiheit entleert. Es gibt dauernde aktuelle Drohungen gegenüber Unternehmen, die im

Pressesektor tätig sind. Oft werden Treuhänder für Pressefirmen oder Schwesterfirmen beauftragt. Oft sollen Journalisten oder Autoren ihre Tätigkeit im Medienbereich kündigen!

In Systemen, in denen die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und die Demokratie nicht gesund funktionieren, kann auch keine Rede von der Pressefreiheit als eine Ausübungsart und Mittel der Meinungsfreiheit sein. In der Türkei gibt es tatsächlich keine wahre richterliche Unabhängigkeit. *Es gibt ein Machtmonopol über Gerichte und Staatsanwälte*. und zwar das (hohe) Amt für Richter und Staatsanwälte (HSYK). Die vielzähligen politischen und rechtswidrigen Eingriffe in dieses Amt in der nahen Vergangenheit haben in den letzten Jahren dem türkischen Rechtssystem und seinen demokratischen Institutionen geschadet. Denn dieser Missbrauch wurde nachträglich festgestellt und zur Verbesserung der Aufbau der Institution verändert; mittels dieses Amtes wurden sowohl Richter und Staatsanwälte, die innerhalb dieser tätig waren, als auch solche, die durch dieses beauftragt wurden, nach Feststellung des Amtsmissbrauchs vom Dienst entlassen und beklagt. Der Aufbau der Institution muss frei von politischem Einfluss sein und die Unabhängigkeit der Richter und Staatsanwälte gewährleistet werden (siehe auch EGMR *Entscheidung Mikheylova v. Ukraine* (Nr.: 10644/08, Urteilsdatum: 6.3.2018).

Nach dem TRT-Gesetz gibt es die Möglichkeit, bei Vorliegen bestimmter Gründe, die Sendung zu unterbrechen. Diese Gründe werden allgemein ausgedrückt: diese sind z. B. solche wie nationale Interessen. Denn nicht nur bei Terroranschlägen oder einem gerichtlichen Vorfall, sondern auch bei einem Zugunglück oder einem Minenunfall kann es zum Sende-Verbot kommen (tVerfGericht. Beschwerdeführer: Bizim FM Radyo Yayınıclığı ve Reklamcılık A.Ş. [Genel Kurul], Nr.: 2014/11028, Urteilsdatum: 19.12.2017).

Dass einem Universitätsmitglied aufgrund seines Auftritts im Fernsehen ohne die Erlaubnis der Universität, eine Disziplinarstrafe verhängt wurde, wurde durch den EGMR richtigerweise als die Verletzung der Meinungsfreiheit angesehen (EGMR Entscheidung, *Kula v. Türkei* (Nr.: 20233/06, Urteilsdatum: 19.6.2018).

Ein Zugriffsverbot auf das Internet durch richterliches Urteil oder regelmäßig durch die Entscheidung des Amtsrichters kommt grundsätzlich im Falle der Behauptung des Amtsmissbrauchs eines Beamten, einem Arbeitsunfall und manchmal in einem anderen für die Öffentlichkeit interessanten Fall vor. Die

Öffentlichkeit kann dadurch nicht schnell auf richtige und nicht abwendende Nachrichten/Informationen zugreifen und muss sich mit nachträglichen verspäteten offiziellen Erklärungen genügen (vgl. Art. 9 des Gesetzes mit der Nummer 5651) (EGMR Entscheidung *Tamiz v. Vereinigtes Königreich* (Nr.: 3877/14, Urteilsdatum: 19.9.2017. Für die rechtswidrige Zugriffssperrung von Presseberichten, die zum Zwecke der Kontrolle von öffentlichen Einrichtungen angeordnet wurden siehe: tVerfGE, Beschwerde Ali Kidik, Nr.: 2014/5552, Urteilsdatum: 26.10.2017).

Behauptungen über Beleidigungen gegenüber Beamten und offiziellen Einrichtungen (Art. 301 tStGB) werden in Strafverfahren oberflächlich behandelt. In der Urteilsbegründung werden zwar mit allgemeinen Floskeln EGMR-Entscheidungen zitiert, es werden aber grundsätzlich politische, die Öffentlichkeit erleichternde Entscheidungen getroffen. Selbst, wenn die häufig vorkommenden Entscheidungen, welche die Meinungs- und Pressefreiheit verletzen, keine gründlichen rechtlichen Begründungen haben, werden die Betroffenen in solchen Verfahren in Untersuchungshaft genommen.

Einerseits wird *die Unschuldsvermutung* missachtet, andererseits werden trotz der Bedingung, dass das Ermittlungsverfahren nicht öffentlich, also geheim geführt werden muss, Sendungen gemacht, die diese Diskretion und Unschuldsvermutung verletzen. Weder gegen Beamte noch gegen Pressemitglieder, die diese Diskretion verletzen, wird gerichtlich vorgegangen. Die Presse wird förmlich als eine Waffe gegen oppositionelle Personen oder solche Personen, die nicht mal Beschuldigte sind, eingesetzt. Dies ist nicht nur bei der gedruckten/schriftlichen Presse der Fall, auch bei Sendungen der sozialen Medien, des Fernsehens und Radios trifft dies zu; das Recht auf Antwort und Berichtigung, die Gegendarstellung oder Straf- und Schadensersatzverfahren werden lange Jahre verzögert und dadurch die Verjährung herbeigeführt oder die Strafen werden ausgesetzt.

Weiterhin gibt es *keine Toleranz oder keinen Respekt für Karikaturen* von Politikern. Dies verletzt die Kunstfreiheit, welche es de facto nicht gibt bzw. nur in einer bestimmten politischen Richtung anerkannt ist (Theater, Bilder, Filme, Skulpturen, etc.). In die Karikatur- oder Fotografie-Kunst, welche ein wichtiges Mittel der Meinungs- und Pressefreiheit ist, wird rechtswidrig eingegriffen, die Kunstfreiheit wird missachtet. Mit widerrechtlichen Zielen und Maßstäben werden diese Werke (genauso wie es bei Tageszeitungen oder Romanen der Fall

ist) zensiert, konfisziert und aufgrund dieser Strafsanktionen verhängt. In Gerichtsentscheidungen über die auditive, visuelle und gedruckte Presse werden allgemeine Normen aus der Verfassung oder aus internationalen Verträgen oder diesbezügliche Entscheidungen höherer Gerichte kopiert, dies dient als eine Art (lächerliche, transparente) Maske. Diese Urteilsbegründungen werden grundsätzlich in Entscheidungen (meistens werden dieselben Worte, sogar Sätze, komplett übernommen) wiederholt und bezüglich des konkreten Falles derart dargestellt, als sei ein rechtmäßiger Ausnahmegrund zur Beschränkung dieses Rechts vorhanden, dies führt zu ungerechten Entscheidungen (Denn der EGMR hat in seiner Malta-Entscheidung von 2008 entschieden, dass der Eingriff in die Theateraufführung des Theaterstücks „Stitching“ - durch eine Einrichtung, welche aufführte, das Stück sei gemäß der Anleitung über „sittliche ehrwürdige und öffentliche Verhaltensweisen“ rechtlich bedenklich – gegen Art. 10 des Vertrages verstoße, da diese Anleitung der Autorität eine unbegrenzte und unbestimmte Befugnis zur Anwendung der Anleitung gewähre, siehe: *Unifaun Theatre Productions Limited ve diğçerleri v. Malta* (Nr.: 37326/13, Urteilsdatum: 15.5.2018).

Seit den 80er Jahren setzt der tBGH für die Rechtmäßigkeit einer Pressehandlung voraus, dass die Information bzw. der Bericht wahrheitsgetreu, aktuell sein und ein öffentliches und gesellschaftliches Interesse bestehen muss, dass zwischen dem Informationsgegenstand und der Äußerung ein intellektueller Zusammenhang bestehen muss, damit das Recht auf Informationsmitteilung und das Recht auf Äußerung von Kritik als das „übergeordnete öffentliche Interesse“ betreffend bewertet werden können (CGK. 10.10.1984., 4-823/795).

Selbst, wenn das Verfassungsgericht und die anderen Gerichte in anderen Bereichen die Pressefreiheit nicht sehr sorgfältig handhaben, legen sie diese aber im Bereich des Privatlebens mit der Begründung, dass die Öffentlichkeit Interesse daran hat, weit aus, sofern derjenige, über den berichtet wird, berühmt, prominent ist. Nach dem Verfassungsgericht stellt es keine Verletzung des Privatlebens dar, wenn eine berühmte Persönlichkeit auf ihrem Balkon zusammen mit einer anderen Person aufgenommen und diese Aufnahmen im Fernsehen ausgestrahlt werden, da dieses im Rahmen des Presserechts sei. Nach dem Verfassungsgericht ist der Eingriff in die Privatsphäre des Einzelnen nach Art. 20 tVerfG grundsätzlich verboten und der Staat hat die positive Verpflichtung diese vor Eingriffen dritter Personen zu schützen. Solch ein Eingriff entspringt dem *Recht auf Information und Kritik* im Rahmen des

Presserechts. Zur Feststellung, ob dies eine Verletzung der Privatsphäre als Grundrecht darstellt, bedarf es einer Abwägung zwischen dem eingegriffenen Rechtsgut der Privatsphäre und dem eingreifenden Gut der Pressefreiheit. Es ist eine bekannte Tatsache, dass das Privatleben von Prominenten für einen Teil der Bevölkerung sehr anreizend ist. Aus diesem Grund muss in einer demokratischen Gesellschaft der Umstand, dass das Privatleben von Prominenten *bis zu einem bestimmten Grade* Gegenstand von Berichten wird, toleriert werden. Es ist zu unterstreichen, dass das schutzwürdige Rechtsgut der Privatsphäre bei Prominenten im Gegensatz zu einer einfachen Person enger zu verstehen ist. *Zur Befriedigung der Neugierde des Bevölkerungsteils wird angenommen, dass bei einer Berichterstattung und Kritik des Privatlebens des Prominenten durch die Presse oder Ausstrahlungen ein öffentliches Interesse besteht. Jedoch bedeutet dies natürlich nicht, dass jede Einzelheit des Privatlebens des Prominenten zum Gegenstand von Berichten gemacht werden darf.*

Dass jemand Prominent ist und damit Interesse der Öffentlichkeit an seinem Leben besteht, bedeutet nicht, dass der Prominente das Recht auf Schutz seines Privatlebens nach Art. 20 tVerfG nicht genießt. In diesem Punkt ist auch die Art und Weise der Erlangung der Bilder des Betroffenen nach den Umständen des konkreten Einzelfalles von Bedeutung. Hierbei ist die Veröffentlichung der Aufnahme eines Prominenten auf seinem Balkon, während er sich einer anderen Person annähert, nicht rechtswidrig; es besteht ein angemessenes Gleichgewicht zwischen der Pressefreiheit und dem Schutz der Privatsphäre. Auch das Gericht hat in solch einem Fall das öffentliche Interesse als überwiegendes Rechtsgut bewertet (tVerfGE, Birsen Berrak Tüzün Ataç, Nr.: 2014/20364, Urteilsdatum: 5.10.2017).

6 Fazit

Die Pressefreiheit ist sozusagen eine Äußerungs-, Benutzungs-, Ausübungsart der Meinungsfreiheit. Selbst wenn es hier andere Bedingungen und Kriterien gibt, dient es eigentlich zur Informierung und zur Meinungsbildung der Öffentlichkeit, die dieser zur gesunden Entscheidungsfindung verhelfen soll. Auch wenn die Presse scheinbar ein Recht gebraucht, bedeutet diese Freiheit eigentlich, dass die Presse dazu dient, die Gesellschaft zu informieren, eine Information zu verschaffen, indem sie alle Ansichten bietet und über die Optionen informiert, die Gesellschaft über die Geschehnisse innerhalb dieser

und über die Betroffenen informiert und dadurch die Rechtmäßigkeit und Transparenz der öffentlichen Gewalt gewährleistet.

Organe, die die Pressefreiheit umsetzen, haben öffentliche Interessen inne, weshalb sie die Bedingungen der freien Wirtschaft nicht vollkommen missachten dürfen. Globale Rechtsnormen müssen durch die politische Macht geregelt, unterstützt und ihre Funktionsfähigkeit kontrolliert werden. Dies wiederum bedeutet ein Verbot jeder Art der Monopolisierung und Kartellbildung.

In den Entscheidungen des tBGH sieht man, dass diese offensichtlich sowohl die übernationalen als auch nationalen Rechtsquellen beherrschen. Vor allem die Rechtsprechung des EGMR wird sorgfältig studiert, sodass sowohl höhere Gerichte als auch erstinstanzliche Gerichte über die in den Entscheidungen dargelegte moderne Auslegung der Rechte und Freiheiten gut informiert sind. Selbst wenn türkische höhere Gerichte diese in ihren Entscheidungen grundsätzlich erwähnen, machen sie dies nur zusammenfassend und mit allgemeinen Floskeln, um ihre Entscheidungen oder die Sache zu begründen. Obwohl sie die betreffenden Begriffe und Auslegungen in den Entscheidungen dem Leser zu Informationszwecken darlegen, kann man nicht sagen, dass sie immer auch in dem konkreten Fall subsumiert und beachtet werden. In vielen Entscheidungen werden trotz Darlegung der Bedeutung, Begrenzungen, Bedingungen und des Umfangs des betreffenden Rechts und der betreffenden Freiheit, problematische Entscheidungen getroffen, die in dem konkreten Fall diese Rechte und Freiheiten verletzen und nationalen und internationalen Rechtstexten und der Rechtsanwendung widersprechen. Entscheidungen, die nach allgemeinen Floskeln getroffen werden, stellen also eine Verletzung sowohl der nationalen Gesetzestexte, als auch der zitierten internationalen Texte und den übernationalen Gerichtsentscheidungen dar. In dieser Hinsicht muss die Rechtsanwendung dringend verändert werden. Es ist nicht von Bedeutung, dass einige richtige und rechtlich zutreffende Begründungen in der Entscheidung mehrfach wiederholt werden, sofern diese nicht auf den konkreten Sachverhalt/den Gegenstand des Verfahrens angewandt und die Entscheidung dementsprechend begründet wird.

Beispielsweise hat das Gericht seinen Schuldspruch bei den Verfahren über die Beleidigung des Staatspräsidenten damit begründet, dass der Bericht des Presseorgans *„keine Bedeutung und inhaltliche Tiefe aufweise“*, *„einem Slogan entspreche“* und, dass bei der Trennung *zwischen Beleidigung und Kritik eine Bewertung entsprechend der*

„innerhalb der Gesellschaft existierenden durchschnittlichen Denkweise und Mentalität“ vorzunehmen sei (siehe für Beispiele: 16. CD. 19.7.2017., 6928/4807. Hingegen legt das tVerfG die Meinungsfreiheit bezüglich der Kritik von politischen Personen sehr weit aus (siehe: *Uzan v. Türkei* (Entscheidung, Nr.: 30569/09, Urteilsdatum: 20.3.2018) und *Falzon v. Malta* (Entscheidung, Nr.: 45791/13, Urteilsdatum: 20.3.2018)).

Jedoch wird dieselbe Sensibilität hinsichtlich des Privatlebens und der Ehre von Bürgern, die keine Beamten sind, nicht entgegengebracht. In einem Bericht wurden beispielsweise über die transsexuellen Mitglieder des *Vereins der Kaos-GL für Kulturelle Forschung und Solidarität* Äußerungen wie „diese zionistischen Diener haben wieder den Terror angegriffen“ und „der Verein der Abarigen“ kundgegeben, welche die Ehre und den Ruhm verletzen, diese Äußerungen wurden aber dennoch als rechtmäßig bewertet (tVerfGE, Beschwerde des Vereins: *Kaos-GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği*, Nr.: 2014/18891, Urteilsdatum: 23.5.2018).

Weiterhin hat das Verfassungsgericht in vielen seiner Entscheidungen, solche Entscheidungen der erstinstanzlichen und höheren Gerichte, welche die Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit des Einzelnen nicht schützen, im Gegenteil, diese verletzen, als rechtswidrig, verfassungswidrig erklärt. Es hat in ihren Entscheidungen zutreffend festgestellt, dass nicht nur Beamte oder Leiter, sondern primär zivile Personen von diesen Rechten profitieren (tVerfGE, Beschwerde: *Özün Kanbay*, Nr.: 2014/5584, Urteilsdatum: 9.1.2018; tVerfGE, Beschwerde *Hulusi Elmas*, Nr.: 2014/13607, Urteilsdatum: 10.1.2018; tVerfGE, Beschwerde: *Arif Altın*, Nr.: 2014/2170, Urteilsdatum: 10.1.2018; tVerfGE, Beschwerde: *Keleş Öztürk*, Nr.: 2014/15001, Urteilsdatum: 27.12.2017; siehe auch EGMR-Entscheidung *Tarman v. Türkei*, Nr.: 63903/10, Urteilsdatum: 21.11.2017).

Zweifelsohne stellt nicht jede unwahre Nachricht eine Rechtswidrigkeit und/oder eine Straftat dar. Bezüglich unwahrer Nachrichten ist keine entgegengesprechende/besondere gesetzliche Regelung erforderlich; solch eine Regelung würde willkürlich die Pressefreiheit beschränken. Es kommt darauf an, dass die Presse ihre Tätigkeit im Rahmen von globalen Regeln ausübt und, dass die Berichterstattung, Kommentierung oder Kritikäußerung im Rahmen dieser Prinzipien und gesetzlichen Regelungen bewertet werden. Die von Zeit in diesem Sinne geforderten Erwartungen von Politikern und die beispielhaft genannten Regeln anderer Länder sind rechtswidrig (vgl.: Das Parlament von Malaysia hat

den Gesetzesentwurf, wonach die Erstattung und Weiterleitung „unwahrer Berichte“ strafbar sein soll, angenommen (Malezya Parlamentosu “yalan haber” yapma ve yaymayı suç haline getiren tasarıyı kabul) siehe: etti <https://anayasagundemi.com/2018/04/20/malezya-parlamentosu-yalan-haber-yapma-ve-yaymayi-suc-haline-getiren-tasariyi-kabul-etti/>, 29.4.2018).

Der EGMR hat in ihrer *Eryk Schuman v. Polen* Entscheidung vom 3.6.2014 (Nr. 52517/13) bestimmt, dass der als Straftat behauptete Berichtgegenstand den Vertrag nicht verletze, wenn er verhältnismäßig und aktuell und dies in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich sei, selbst wenn er einen Eingriff in die Meinungsfreiheit des Betroffenen darstelle. Daneben hat es festgestellt, dass der Vertrag eine Verbreitung falscher Informationen im Internet nicht schütze (Cihangir, 2018: 24).

In ihrer *Alesky Ovchinnikov v. Russland* vom 16.3.2011 (Nr.; 24061/04) Entscheidung wurde erklärt, dass falls derjenige, über den berichtet wird, ein Kind ist, der einfache Zugriff auf die betreffenden Informationen im Internet das Privatleben des Kindes verletzen könne, dass aufgrund des Familienstatus oder anderen Verhaltensweisen der Familie das Kind nicht geschädigt werden dürfe und dass, sofern kein öffentlicher legitimer Zweck bestehe, die Identität des Kindes selbst, wenn diese im Internet preisgegeben wurde, durch die Presse nicht offenbart werden dürfe und dass die Beschränkung solcher Berichte in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich sei (Cihangir, 2018: 25).

In der *Niskassari ve Oravamedia Oy-Finland* Entscheidung des EGMR wurde festgehalten, dass zwischen der Privatsphäre und der Meinungsfreiheit ein angemessenes Gleichgewicht geschaffen werden müsse und dass bei der an den recherchierenden Journalismus angelehnten Berichterstattung das Recht auf Kommentierung und Kritik von Unterschiedlichkeiten, die im öffentlichen Interesse stehen, weit zu verstehen sei (Cihangir, 2018: 28).

Auch wenn sie manchmal hart oder schockierend sind, sind die Worte in einem Bericht nicht rechtswidrig, wenn der Bericht, das Kommentar, die Kritik im Rahmen des Rechts auf Berichterstattung der Presse als Rechtfertigungsgrund geäußert wurde (tVerfGE. Hacı Boğatekin Beschwerde (mit der Nr. 2), Nr.: 2014/12162, Urteilsdatum: 21.11.2017; tVerfGE. Beschwerde: Hacı Boğatekin, Nr.: 2014/18101, Urteilsbegründung: 26.10.2017).

Der Staat hat eine positive Verpflichtung im Rahmen der Meinungs- und Pressefreiheit. Diese beruht nicht nur auf den Eingriffsmöglichkeiten des Staates, sondern rührt auch aus der Verpflichtung des Staates im Bereich der privaten Verhältnisse zwischen Personen her. Art. 5 tGG verpflichtet den Staat, die Demokratie zu schützen, Hindernisse und Begrenzungen im Bereich der Freiheiten abzuschaffen und die erforderlichen Maßnahmen für geistige und materielle Entwicklungen der Person vorzubereiten. Art. 28 tGG verpflichtet den Staat, Presse- und Informationsfreiheiten zu gewährleisten. Eine Lizenz zu erhalten, ist kein Verbot oder keine Begrenzung. Dieses Erfordernis ist ein Weg, die Presse- und Meinungsfreiheit vorsichtig zu schützen. Der Staat muss diesen Bereich transparent, fair, gerecht und klar ordnen.

Für den demokratischen, sozialen Rechtsstaat (siehe <http://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/recht-a-z/22708/pressefreiheit> (11.21.2016)) brauchen wir eine Meinungs- und Pressefreiheit! Und umgekehrt, für die Meinungs- und Pressefreiheit brauchen wir einen *demokratischen, sozialen Rechtsstaat! Für das eine brauchen wir auch das andere!* Denn die freie Meinungsäußerung und die Pressefreiheit sind Menschenrechte. Beide sind unverzichtbare Grundbedürfnisse *wie Brot, Sauerstoff und Freiheit.*

Wissen

Dieser Text wurde vom Türkischen ins Deutsche übersetzt von: Zehra Başer Doğan, Dipl.-Jur., Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht, Özyeğin Universität, Juristische Fakultät, Nişantepe Mahallesi, Orman Sokak, 34794 Çekmeköy-Istanbul, Türkei, zehra.dogan@ozyegin.edu.tr

Referenzen

- Cihangir, N. (2018) *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Siber Alanda İfade Özgürlüğü ve Siber İletişimi Arasında doğru dengenin sağlanması.* (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Siber Alanda İfade Özgürlüğü ve Siber İletişimi Arasında doğru dengenin sağlanması), (Masterarbeit – 2016) (Türk Yargısının Adli ve İdari Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi Hakim ve Cumhuriyet Savcılarca Hazırlanan Yüksek Lisans Tezleri). Justizministerium der Türkischen Republik. (Ankara).
- Dönmezer, S. & Bayraktar, K. (2013) *Basın Hukuku*, 5th ed. (Istanbul: Nihan).
- Eroğlu, T. (2018) *Terörle Mücadele Bağlamında İfade Özgürlüğünün Sınırları.* (Masterarbeit - 2016), (Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Türk Yargısının Adli

- ve İdari Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi Kapsamında Hakim ve Cumhuriyet Savcılarca Hazırlanan Yüksek Lisans Tezleri) (Ankara).
- İçel, K. (2017) *Kitle İletişim Hukuku*, 11th ed. (İstanbul: Beta).
- Köybaşı, S. (2018) Malezya Parlamentosu “yalan haber” yapma ve yaymayı suç haline getiren tasarıyı kabul etti („Das Parlament von Malaysia hat den Gesetzesentwurf, wonach die Erstattung und Weiterleitung „unwahrer Berichte“ strafbar sein soll, angenommen“, *Anayasa Gündemi*, April 20, 2018, available at: <https://anayasagundemi.com/2018/04/20/malezya-parlamentosu-yanan-haber-yapma-ve-yaymayi-suc-haline-getiren-tasariyi-kabul-etti/> (April 29, 2018).
- Özek, Ç. (1999) *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına* (İstanbul: Alfa).
- Pöttker, H. (2016) *Pressefreiheit in Deutschland. Nutzen, Grenzen, Gefährdungen*. In: *Aus Politik und Zeitgeschichte – Pressefreiheit*, 66. Jahrgang, 30–32/2016, 25. Juli 2016, available at: <https://www.bpb.de/apuz/> (October 10, 2018).
- Thalheimer, M. (2017), *Presse- und Meinungsfreiheit - Zensur: Was bedeutet das?*, available at: https://www.focus.de/politik/praxistipps/presse-und-meinungsfreiheit-zensur-was-bedeutet-das_id_8056534.html (October 10, 2018).

REVIEWS

REVIEW

ASSOC. PROF. TJAŠA IVANC, PHD

Compendium of Contemporary Legal Issues ali slovensko Zbirka sodobnih pravnih vprašanj je znanstvena monografija, v kateri je vsebovano dvanajst člankov v angleškem in nemškem jeziku. Članki s svojo vsebino posegajo na različne segmente področja človekovih pravic.

Članki imajo ustrezno: zgradbo, naslove, povzetek, ključne besede, reference, citate, znanstveno metodologijo.

Reference člankov obsegajo znanstvene monografije, znanstvene članke, zakonodajo, sodno prakso (nacionalno, mednarodnih sodišč) idr. Reference so tudi ustrezno urejene in citirane.

Vsebina dvanajstih člankov se nanaša na različne vidike človekovih pravic. Avtorji so pristopili k temam svojih člankov skrbno in metodološko ustrezno ter tako oblikovali članke, ki predstavljajo s svojo vsebino obogatitev pravne literature zadevnega področja.

Članki tako posegajo na področje kazenskega prava, družinskega prava, osebnostnega prava, otroškega prava, potrošniškega prava. Teme člankov so skrbne izbrane in obravnavajo teme, ki so se izoblikovale kot ključnega pomena za sodobno družbo in še posebej za področje varstva človekovih pravic (npr. zasebnost, varstvo osebnih podatkov, svoboda govora).

Pričujočo znanstveno monografijo (Compendium of Contemporary Legal Issues) je zaradi vsega navedenega možno oceniti kot aktualno, saj podaja odgovore na izbrana pravna vprašanja, ki se danes pojavljajo v sodobnem sistemu varstva človekovih pravic. Po znanstveni monografiji bodo zagotovo posegali lahko tako tisti, ki se ukvarjajo s področjem človekovih pravic, kazenskim pravom, civilnim pravom, kakor tudi drugi, ki jih tovrstna tematika zanima.

Znanstvena monografija *Compendium of Contemporary Legal Issues* ali po slovensko *Zbirka sodobnih pravnih vprašanj*):

- ima ustrezen naslov;
- tudi dvanajst vsebovanih člankov ima ustrezne naslove;
- predgovor in ključne besede znanstvene monografije so ustrezni, prav tako pa tudi povzetki in ključne besede vsakega posameznega prispevka. Oboje je skladno z naslovom monografije in posameznega članka;
- prav tako je ustrezna vsebina, citati, reference, stil in jezik vsakega članka in monografije kot celote;
- postavitve člankov je dosledno enotna in smiselna;
- znanstvena metodologija, uporabljena v člankih, je prav tako ustrezna;
- nabor referenc in njihovo citiranje v člankih je prav tako ustrezno;
- ustrezni pa so tudi sklepi oziroma zaključki, ki jih avtorji oblikujejo na koncu prispevka.

Znanstvena monografija obsega zelo aktualne teme s področja človekovih pravic, še posebej tem, ki so še posebej stopile v osredje v zadnjih letih (npr. varstvo osebnih podatkov po GDPR, svoboda govora, pravica otroka do mnenja, problematika fotografiranja, problematika pedofilije, zamud v zračnem prometu ...).

Znanstvena monografija *Compendium of Contemporary Legal Issues* obsega sodobne teme področja varstva človekovih pravic. Prinaša obogatitev tovrstne literature, ki je v Sloveniji ni veliko oziroma izredno deficitarno zastopane v slovenski strokovni pravni literaturi.

Glede na navedeno, podajam svoj predlog, da se znanstvena monografija *Compendium of Contemporary Legal Issues*, ki sta jo uredila Suzana Kraljić (Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta) & Yener Ünver (Ozyegin Univerza, Pravna fakulteta) objavi.

REVIEW

ASSOC. PROF. BORUT HOLCMAN, PHD

Znanstvena monografija *Compendium of Contemporary Legal Issues* obsega dvanajst člankov, ki so napisani v angleškem in nemškem jeziku. Vsak članek ima ustrezno zgradbo, in primeren povzetek in ključne besede. Vsebina člankov je podprta s citati bodisi znanstvene narave, nacionalnimi zakonodajnimi viri oziroma mednarodnimi dokumenti ter domačo oziroma tujo sodno prakso kakor tudi sodno prakso mednarodnih sodišč (ESČP, SEU).

Članki s svojo vsebino posegajo na različna pravna področja, ki pa jih združuje osrednja tema, in sicer varstvo človekovih pravic. Članki tako posegajo na področje družinskega prava (Novak, Kraljić), kazenskega prava (Korošec, Šepec), gospodarskega prava (Ozer), varstva potnikov v zračnem prometu (Gulfer, Jakulin, Jere Jakulin), svobode govora (Unver), varstva osebnih podatkov in zasebnosti (Stajnko, Cakmut & Dogan) ter varstva otrokovih pravic v bolnišnicah (Cilar & Stričević & Haložan). Kljub vsebinski raznolikosti člankov, jih povezuje rdeča nit, saj so vsi usmerjeni in se ukvarjajo s pomenom in vlogo ter zagotavljanjem varstva človekovih pravic. Posebno težo daje, da so v posameznih člankih obravnavane teme, h katerim je pristop z vidika varstva človekovih pravic zelo redek (npr. gospodarsko pravo). Na drugi strani pa imamo prispevke, ki so še posebej posvečeni varstvu človekovih pravic izbranih ranljivih skupin (npr. otrok, potrošnikov). Prav tako pa ne gre prezreti, da se vsi članki ukvarjajo z aktualnimi in ponekod celo zelo perečimi temami (npr. svoboda govora v Turčiji ...).

Glede na navedeno ugotavljam, da gre za izredno znanstveno monografijo, katere uporabnost je velika, saj prinaša vsebine, ki bodo zanimive za branje tako strokovnjakom kakor tudi vsakomur drugemu, ki ga vsebinsko področje znanstvene monografije zanima.

Naslov znanstvene monografije (Compendium of Contemporary Legal Issues – Zbirka sodobnih pravnih vprašanj) je ustrezen, saj dejansko vsebuje članke, ki se ukvarjajo z novimi, aktualnimi in perečimi temami. Skladni z naslovom so tudi naslovi vseh dvanajstih člankov.

Predgovor in ključne besede znanstvene monografije so ustrezni. Prav tako je ustrezna vsebina, citati, reference, stil in jezik. Vsi članki so enotno oblikovani, postavitvev je dosledna in smiselna.

Kot že omenjeno, znanstvena monografija s svojo vsebino posega na aktualna področja človekovih pravic, še posebej v primeru izbranih ranljivih skupin. Članki na ustrezen metodološki način pristopajo k obravnavanim tematikam, jo ustrezno analizirajo ter tudi oblikujejo ustrezne sklepe, zaključne, misli, predloge...

Ker znanstvena monografija zajema članke, ki pristopajo k aktualnim problematikam in perečim tematikam, ne samo na nacionalni temveč tudi na mednarodni ravni (npr. varstvo zasebnosti, varstvo pred pornografijo, varstvo otrokovih pravic, varstvo osebnih podatkov...), je njen domet izredno širok, saj je vsebina uporabna tudi na mednarodnem nivoju in dobrodošla za vsakogar, ki ga tovrstne teme zanimajo. Še posebej pa sodnike, centre za socialno delo, nevladne organizacije

Znanstvena monografija Compendium of Contemporary Legal Issues je dobrodošla publikacija, saj prinaša nove poglede in razglabljanja kakor tudi zaključke o izbranih temah s področja varstva človekovih pravic, še posebej perečih in aktualnih, a na drugi strani z redko obravnavanih vidikov.

Predlagam, da se znanstvena monografija Compendium of Contemporary Legal Issues, katera urednika sta Suzana Kraljić (Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta) & Yener Unver (Ozyegin Univerza, Pravna fakulteta, Istanbul, Turčija) sprejme v objavo.



University of Maribor

Faculty of Law

The present scientific monograph (Compendium of Contemporary Legal Issues) can be evaluated as contemporary, considering it provides answers to selected legal issues which arise nowadays, in the modern system of human rights. According to the scientific monograph, those who will surely be able to intervene are the ones dealing with the field of human rights, criminal law, civil law, as well as other interested in this type of topic.

izr. prof. dr. *Jjaša Ivanc*

The scientific monograph Compendium of Contemporary Legal Issues is a welcome publication, since it brings new insights and debates as well as conclusions on selected topics, concerning the protection of human rights, in particular topical and contemporary yet, on the other hand, rarely discussed aspects.

izr. prof. dr. *Barut Holcman*

