

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik 72 (134)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka 1-2/2017

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

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

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

Uredniški odbor:

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

Mednarodni uredniški odbor:

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

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Tehnični urednik:

Dean Zagorac

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

Naslov: Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana

Tisk: Litteralis, d.o.o.

Naklada: 520 izvodov

Izide 12 števil na leto, v šestih zvezkih.

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

Naročila

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

Letna naročnina (cene z DDV):

- za pravne osebe 80,02 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za posameznike 60,07 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za študente 25,03 EUR, posamezni zvezek 8,00 EUR
- za tujino 160,02 EUR, posamezni zvezek 34,00 EUR

IBAN: SI56 6100 0000 9259 676

VSEBINA

Uvodnik

- Matej Accetto Petletni pravni študij in razvoj pravnega
študija v svetu – 5

Članki

- Nejc Brezovar Dostojanstvo kot temelj pravnega
razumevanja ustavnopravnega koncepta
prepovedi diskriminacije glede na starost – 15
- Ana Vlahek
Karmen Lutman Ureditve zastaranja odškodninskih terjatev
zaradi kršitev konkurenčnega prava v
Direktivi 2014/104/EU in njena
implementacija v pravne rede držav članic – 41
- Petra Weingerl Razprava o dopustnosti čezmejnega prenosa
dejanskega sedeža družbe – 71
An Essay on the Cross-border Transfer of a
Company's Real Seat
(*daljši povzetek v angleškem jeziku*) – 97
- Andrej Ferlinc Naklep in malomarnost ter motivi – 101

Poročilo

- Boštjan Koritnik Klub alumni Pravne fakultete v Ljubljani – 125

Prikaz

- Branko Korže Prevozno pravo – 127

In memoriam

- Mitja Deisinger Davor Krapac (1947–2016) – 129

Avtorski sinopsisi

- (*v slovenskem in angleškem jeziku*) – 131

Navodila za avtorje

- (*v slovenskem, angleškem in hrvaškem
jeziku*) – 145

CONTENTS

Editorial

- Matej Accetto A Five-Year Law Degree and the Development
of Legal Studies Around the World – 5

Articles

- Nejc Brezovar Dignity as the Basis for Understanding the
Constitutional Concept of Prohibiting Age
Discrimination – 15
- Ana Vlahek
Karmen Lutman Regulation of Limitation of Antitrust
Damages Actions in Directive 2014/104/EU
and its Implementation by the Member States
into Their National Law – 41
- Petra Weingerl An Essay on the Cross-border Transfer of a
Company's Real Seat
(*longer summary in English*) – 71
- Andrej Ferlinc Intent and Negligence and Motives – 101

Report

- Boštjan Koritnik Alumni Association of the Faculty of Law
Ljubljana – 125

Review

- Branko Korže Transport Law – 127

In memoriam

- Mitja Deisinger Davor Krapac (1947–2016) – 129

Authors' Synopses

- (*in Slovenian and English language*) – 131

Guidelines for Authors

- (*in Slovenian, English and Croatian
language*) – 145

PETLETNI PRAVNI ŠTUDIJ IN RAZVOJ PRAVNEGA ŠTUDIJA V SVETU

Matej Accetto,

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

V zadnjih letih se Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani vse aktivneje ukvarja z idejo petletnega enovitega magistrskega študija prava. Začelo se je s splošno notranjo razpravo ob začetku snovanja bolonjske prenove, nadaljevalo z načelnimi posvetovanji s partnerji in delodajalci v pravosodju ter drugih pravnških poklicih, še pozneje z zasnovo konkretnih načrtov o predmetniku takega študija. Na vseh teh korakih razprave so bila mnenja o tem ali onem posameznem vidiku različna, a se je vedno oblikoval konsenz o ideji daljšega enovitega študija oziroma stališču, da je za zahtevne pravniške poklice primerno zahtevati uspešno opravljenih pet let študija, ne pa zgolj triletni ali (skrajšani) štiriletni program prve bolonjske stopnje.

Ta spoznanja fakulteto vodijo v smeri prizadevanj za akreditacijo takega novega, enovitega študijskega programa. V tem uvodniku ne bom namenjal pozornosti podrobnostim novega predmetnika tega programa (avtor tega uvodnika vsaj do zdaj niti nisem sodeloval pri njegovem snovanju), čeprav ni odveč že uvodoma posebej poudariti, da razprava o kakovosti študija seveda ni in ne more biti omejena zgolj na vprašanje oblike oziroma strukturne zasnove študija, temveč je še bolj odvisna od njegove vsebine (kaj in kako učimo) in akterjev (tako profesorjev kot tudi (ustrezno izbranih) študentov). Vendarle pa, kot navsezadnje potrjuje tudi bolonjska prenova, pri zasnovi kakovostnega izobraževanja poleg podrobnejše vsebine pomembno vlogo igra tudi organizacija študija v obliki takega ali drugačnega študijskega programa. Ta vidik obravnavam v nadaljevanju s preprosto nosilno tezo, da ljubljanska pravna fakulteta v svojem razmisleku o prenovi študija še zdaleč ni osamljena, ampak se z njim – in tudi osnovno usmeritvijo začrtane prenove! – pravzaprav zgolj pridružuje razvojnim trendom na številnih drugih, mednarodno upoštevanih univerzah, ki so se v zadnjem času soočile z istim vprašanjem: Kakšen je dober pravni študij?

To vprašanje je imelo, če si za uvod dovolimo kratek pogled v preteklost, v različnih okoljih in obdobjih zelo različne odgovore. Že v rimski antiki so se pravniki sprva neformalno izobraževali v obliki bolj ali manj javnih razprav, nato pa v obliki organiziranih predavanj, najverjetneje najprej v minimalnem trajanju štirih let, po Justinijanovi reformi pa s študijem cesarskih konstitucij vred pet let.¹ V srednjem veku, ko se je v Evropi pravni študij ponovno razvil skupaj z nastankom univerz, so te z obuditvijo pomena rimskega prava vse do sedemnajstega stoletja poučevale zgolj kanonsko in (rimsko) civilno pravo, ki da sta bila po svojem univerzalnem značaju primerna za univerzitetno obravnavo,² niso pa veliko pozornosti namenjale lokalnemu oziroma deželnemu pravu. V Angliji se je konec 13. stoletja za potrebe praktičnega šolanja tako izoblikovalo vajeništvo v posebnih s sodišči povezanih odvetniških združenjih (*Inns of Courts*), kjer so študenti tudi prebivali, o pravu pa se izobraževali z delom na sodišču ter prek simulacij sodnih obravnav na večernih obedih (obisk določenega števila obedov je bil sprva tudi edini formalni pogoj za pripustitev k odvetništvu).³ V ameriških kolonijah so kot alternativo študiju v Angliji uvedli možnost samostojnega študija, sodniškega pripravništva ali vajeništva pri uveljavljenem pravniku, ki je vodila v zelo raznolike izkušnje glede na resnost študentov, mentorjev in ocenjevalcev,⁴ v devetnajstem stoletju pa se je v ZDA nato pravniško šolanje počasi preneslo na posebne pravne šole, vendar so bile tudi te še dolgo zasnovane kot razmeroma kratkotrajne in neodvisne »obrtiške« šole, ki za vpis praviloma niso zahtevale predhodne diplome, še v začetku dvajsetega stoletja praviloma niti srednješolske ne.⁵ Tudi v Evropi se je pravni študij počasi, toda vztrajno začel spreminjati v novem veku, univerze in organizacija pravnega študija so postajale vse bolj lokalno usmerjene, prav-

¹ O tem več v Janez Kranjc: Pravni študij nekoč in danes, v: Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru, I (2005), str. 19–46, str. 24–27.

² Tako Peter Stein: *Roman Law in European History*. Cambridge University Press, Cambridge 1999, str. 57.

³ Glej Ralph Michael Stein: *The Path of Legal Education from Edward I to Langdell: A History of Insular Reaction*, v: *Chicago-Kent Law Review*, 1981, 57(2), 429–454, str. 430–433.

⁴ Anekdote med drugim poročajo o kandidatu, ki je želel pravosodni izpit opraviti po šestih tednih prebiranja zakonodaje in literature. Eden od štirih ocenjevalcev ga je gladko zavrnil, dva druga pa sta mu dala pozitivno mnenje, eden od njiju sicer šele po slovesni obljubi kandidata, da bo študij še nadaljeval, drugi pa z bolj optimistično napovedjo, da »se bo kmalu usposobil«. Tudi John Marshall, poznejši znameniti predsednik Vrhovnega sodišča, je bil kot veteran vojne za neodvisnost med odvetnike sprejet po zgolj nekaj mesecih študija, ko je pogoj države Virginie po podkovanosti in moralni ustreznosti zadostil s potrdilom, ki ga je podpisal guverner Thomas Jefferson. Glej Brian J. Moline: *Early American Legal Education*, v: *Washburn Law Journal*, 2004, 42, str. 775–802, str. 779–786.

⁵ Prav tam, str. 791–802.

ni študij bolj sistematiziran, počasi razdeljen na posamezna pravna področja, med drugim pa se je v primerjavi z obdobjem srednjega veka (ko je sprva trajal med šestimi in desetimi leti) najprej skrajšal in se pozneje šele počasi spet začel podaljševati – ponekod v Nemčiji je pravni študij denimo nekaj časa trajal le dve leti, nato pa je bil leta 1804 podaljšan na tri leta.⁶

Že ta kratek historični pogled lepo oriše dve izhodiščni spoznanji. Prvo je raznolikost organizacije pravnega študija, pogojenega tudi z različno pravno tradicijo in kulturo ter organizacijo pravniškega poklica, ki jo je še vedno mogoče opaziti med različnimi pravnimi sistemi. V državah celinske Evrope je v grobem pravni študij tradicionalno zasnovan podobno kot v Sloveniji, v obliki dodiplomskega študija, ki študente opremi tako s splošnejšo pravniško izobrazbo kot tudi s podrobnejšim študijem posameznih pravnih panog in pravnih veščin. V Veliki Britaniji oziroma Angliji, kjer je poklicno izobraževanje poleg dediščine starega sistema *Inns of Court* pogojeno tudi z razlikovanjem med različnimi pravniškimi vlogami (zlasti razlikovanjem med *barristers* in *solicitors*), osnovni fakultetni študij prava denimo traja le tri leta, vendar se potem nadgradi še z različnima dodatnima programoma študija za poglobitveni pravniški vlogi in za specializirane zagovornike (*barristers*) še strukturiranim vajeništvom (*pupilage*) v eni od odvetniških pisarn. V ZDA, kjer so specifične značilnosti pravnega študija poleg historičnega razvoja delno prav tako pogojene s posebnostmi ureditve (naravo federalne ureditve ZDA, fluidnostjo pravnih poklicev, neposrednimi demokratičnimi volitvami številnih sodnikov in tudi sicer pomembnimi političnimi implikacijami prava),⁷ je pravni študij organiziran kot triletni podiplomski študij, ki pa pred tem zahteva že zaključeno štiriletno dodiplomsko šolanje želene usmeritve na *collegeu*. Deloma zaradi historičnih vezi in vplivov, deloma zaradi siceršnjega ugleda teh ureditev so enega od opisanih pristopov k pravnemu študiju ubrale tudi univerze v drugih delih sveta.

Drugo, nič manj pomembno spoznanje pa je povsod prisotna potreba po prenovi oziroma prilagajanju pravnega študija razmeram in siceršnjemu razvoju v družbi. To je morda nekoliko presenetljivo reči o pravu, ki praviloma velja za dokaj konzervativno vedo, pa tudi v slovenskem kontekstu o ljubljanski pravni fakulteti, ki je bila v preteklih desetletjih praviloma zelo zadržana do vseh načrtanih reform izobraževanja (ki jih je bilo menda samo med drugo svetovno vojno in osamosvojitvijo osem), od uvedbe stopenjskega študija v šestdesetih letih do bolonjske prenove v začetku novega tisočletja. A vendar se tudi ta za-

⁶ Glej J. Kranjc, nav. delo, str. 29 in 34.

⁷ Frank K. Upham: The Internationalization of Legal Education: National Report for the United States of America, v: The American Journal of Comparative Law, 2014, str. 97–126, str. 97–101.

držanost lahko razume na dva načina, bodisi kot splošen odpor do sprememb v zasnovi študija bodisi kot odpor do tistih sprememb, ki po presoji fakultete ne ustrezajo naravi pravnega poklica oziroma specifičnim zahtevam pravnega študija – prej omenjeni reformi so številni pravniki (tedaj in danes) ocenili za neživljenjski, kolikor sta pravni študij kot izobraževanje za opravljanje klasičnih pravnških poklicev silili deliti na dva dela.

To pa ne pomeni, da se pravni študij ne bi nikoli spreminjal skupaj z družbo, v kateri naj bi odigral svojo vlogo. Ker večina diplomantov praviloma pozneje tako ali drugače postane del pravosodja, pravni študij nemara bolj kot večina drugih narekuje usposabljanje študentov za opravljanje specifične družbene vloge,⁸ kar vodi v dva pomembna poudarka razprave o njegovi zasnovi.

Že dolgo se, prvič, del razprave posveča vprašanju povezave med teorijo in prakso oziroma praktičnega usposabljanja v času pravnega študija – med drugim je denimo na drugi strani Atlantika posebna delovna skupina Ameriške odvetniške zbornice leta 1992 pripravila obsežno poročilo o potrebni reformi pravnega študija za boljši stik teorije s prakso.⁹ V luči takih pobud tako tudi v ZDA nekateri razmišljajo o koristnosti podaljšanja študija na štiri leta (podiplomskega študija prava, po štirih letih dodiplomskega izobraževanja) z bolj praktično zasnovanim izobraževanjem v dodanem četrtem letniku.¹⁰ Nekatere univerze so že uvedle različne oblike povezovanja s prakso (na primer Arizona State University, Pace Law School, City University New York), o podobnih pobudah pa razmišljajo tudi v Kanadi.¹¹ Enaki razmisleki so prisotni drugod po svetu, recimo v Nigeriji, kjer imajo 36 pravnih fakultet in nato zgolj eno državno pravno šolo, ki diplomante z vseh teh fakultet (stežka) sprejema za praktični del usposabljanja,¹² s številnimi pozivi za reformo in večjo pozornost kliničnemu usposabljanju.¹³

⁸ Hannah McConkey: The academic(?) law degree: The case for reform, v: Holdsworth Law Review, 16 (1993), str. 170–183, str. 171.

⁹ American Bar Association, Section of Legal Education and Admissions to the Bar: Legal Education and Professional Development – An Educational Continuum, Report of The Task Force on Law Schools and the Profession: Narrowing the Gap. Chicago 1992.

¹⁰ Robert I. Reis: Law schools under siege: The challenge to enhance knowledge, creativity, and skill training, v: Ohio Northern University Law Review, 38 (2012), str. 855–883.

¹¹ Lorne Sossin: Experience the future of legal education, v: Alberta Law Review, 51 (2014) 4, str. 849–869.

¹² Bagoni A. Bukar: Legal education and challenges of contemporary developments in Nigeria, v: International Journal of Clinical Legal Education, 20 (2014), str. 593–601, str. 601.

¹³ Charles Olufemi Adekoya: Meeting the required reforms in legal education in Nigeria: Clinical legal education – ten years after, v: International Journal of Clinical Legal Education, 20 (2014), str. 603–613.

Na drugi strani pa so marsikje na bolj ali manj boleč način prišli do spoznanja, da se pretirano obrtniška specializacija brez široke pravne izobrazbe ne obnese in ni v interesu ne družbe ne stroke.¹⁴ Poveden je denimo primer Pakistana s (po oceni) 74 pravnimi šolami, ki so povezane s 16 univerzami in na katerih pretežno učijo (aktivni in upokojeni) sodniki in odvetniki, kar baje vodi v cehovsko, mehansko dojemanje (izobraževanja) prava, ki ga opazovalci in redki akademski profesorji močno kritizirajo.¹⁵

Tak sklep še poudarja drugi poudarek razprave o pravnem študiju, ki poudarja pomen etične komponente pravnega študija. V številnih razpravah po svetu prevladujejo spoznanja, da pravni študij ne sme biti osredotočen zgolj na praktično učenje veščin za tehnicistično opravljanje pravniskega poklica, ampak mora še vedno študente izobraziti v razmišljujoče, etične pravnike.¹⁶ Oba vidika sta povezana – razprave o pravnem študiju v Rusiji denimo med poglavitnimi slabostmi raznolikih pravnih fakultet poudarjajo, da težko vzpostavljajo stik s prakso in da jim primanjkuje tako ustreznega praktičnega usposabljanja kot tudi etične komponente pravnega študija.¹⁷

V tej luči je mogoče razumeti tudi težnje k spreminjanju študija ali že sprejete reforme zasnove študija prava. Snovalci teh reform razmišljajo o ciljih in želenih kompetencah diplomantov – tako je denimo povedno, da so poleg razmisleka o morebitnem podaljšanju študija v ZDA posveti o kritičnih vprašanjih pravnega študija v ZDA¹⁸ in študije o najboljših praksah pravnega izobraževanja¹⁹ vodili v več priporočil o spremembah, ki gredo v »evropsko« smer opredeljevanja učnih izidov, želenih kompetenc in izobraževanja učiteljev, čeprav so bili deležni tudi močne kritike.²⁰ (Na drugi strani je sicer tudi bolonjski proces mogoče razumeti kot spodbujanje razumevanja običajne sto-

¹⁴ H. McConkey, nav. delo, str. 182.

¹⁵ Osama Siddique: Legal Education in Pakistan: The Domination of Practitioners and the „Critically Endangered“ Academic, v: *Journal of Legal Education*, 63 (2014) 3, str. 499–513, str. 500–501.

¹⁶ Glej na primer Alice Woolley: Legal education reform and the good lawyer, v: *Alberta Law Review*, 51 (2014) 4, str. 801–818.

¹⁷ Glej Olga Shepeleva in Asmik Novikova: The quality of legal education in Russia: The stereotypes and the real problems, v: *Russian Law Journal*, 2 (2014) 1, str. 106–120.

¹⁸ Glej povzetek najpomembnejših in komentar v: Peter S. Vogel: The future of legal education: Preparing law students to be great lawyers, v: *Oregon Law Review*, 93 (2015), str. 893–900.

¹⁹ Roy Stuckey in drugi: Best practices for legal education: A vision and a road map. Clinical Legal Education Association, Baltimore 2007.

²⁰ Na primer Michael T. Gibson: A critique of best practices in legal education: Five things all law professors should know, v: *University of Baltimore Law Review*, 42 (2012) 1, Article 2, 1–80.

pnje pravne izobrazbe kot dvostopenjske, »podiplomske« stopnje izobrazbe z vsaj petimi leti študijskega programa.²¹⁾ Pomembnejši sklep ameriške izkušnje je morda ta, da so šole lahko različne glede na želene cilje in naslovnike svojih programov, a da šole z najboljšimi predmetniki vedno vsebujejo jasno pot od začetka do zaključka študija.²² Prav tako je poveden poudarek o pravnem izobraževanju na Irskem, da mora pravni študij študente naučiti, kako se bodo pozneje lahko sami soočali s sprejemanjem nove zakonodaje oziroma prilagajali na spremembe v pravni ureditvi, veščin pravnega razmišljanja in pisanja jih je treba aktivno naučiti (ne bodo jih pridobili z osmozo), pravo pa je treba tudi vrednostno ozemljiti.²³

Kakšne so torej izkušnje drugod s prenavljanjem pravnega študija v zadnjih letih? Na splošno je marsikje mogoče opaziti razvoj v smeri daljšanja pravnega študija oziroma organizacije enotnih ali podiplomskih magistrskih študijskih programov, ki vodijo do pridobitve diplome prava.

Taka je, prvič, vsekakor izkušnja več vodilnih fakultet v sosednjih in bližnjih državah, v katerih je pravni študij zasnovan v nam podobnih družbenih okoliščinah.²⁴ Praksa teh držav (tudi nekaterih, kot sta Hrvaška in Italija, ki sta sorazmerno hitro sprejeli bolonjski sistem dvostopenjskega študija 3+2, pa potem po slabih izkušnjah v praksi to obžalovali) jasno²⁵ nakazuje težnjo ali celo potrebo po organizaciji pravnega študija v obliki enovitega petletnega ma-

²¹ Prim. Laurel S. Terry: The Bologna process and its impact in Europe: It's so much more than degree changes, v: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 41 (2008), str. 107–228, str. 146; Leo P. Martinez: Legal education in a modern world: Evolution at work, v: *Charleston Law Review*, 9 (2015), str. 267–303, str. 299.

²² R. Stuckey in drugi, nav. delo, str. 205–213. Bolj razvito v: Deborah Maranville, Lisa Radtke Bliss, Carolyn Wilkes Kaas in Antoinette Sedillo López (ur.): *Building on best practices: Transforming legal education in a changing world*. Matthew Bender & Co, New Providence 2015.

²³ John Temple Lang: What should a law degree in Ireland be designed to do today?, v: *Dublin University Law Journal*, 34 (2011), str. 1–22, str. 5–12.

²⁴ Več o tradiciji in razpravi o(b) reformi pravnega študija v Evropi izpred desetih let v Christian Baldus, Thomas Finkenhauer in Thomas Rüdner (ur.): *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*. Mohr Siebeck, Tübingen 2008.

²⁵ Prizadevanja za zasnovo enovitih magistrskih študijev sicer niso povsem brez kritike – Siniša Rodin in Zoran Kurelić: Failure of the Croatian Higher Education Reform, v: *CEPS Journal*, 2 (2012) 4, str. 29–52, sta bila denimo zelo kritična do hrvaških prizadevanj za organizacijo univerzitetnega študija nasploh v obliki enotnega petletnega magistrskega študija, češ da je sistem, ki ni sposoben študentov usposobiti za trg delovne sile v štirih letih, tako neučinkovit kot tudi socialno nepravičen (na strani 48), vendar sta svojo ost uperila zoper hrvaško reformo študija na splošno, nista pa se posebej dotikala vprašanja študija prava (ali katerekoli druge discipline, ki bi si ali si je morda že zaslužila posebno obravnavo, kot na primer medicine, ki je mimogrede v ZDA tako kot pravo (vendar v trajanju štirih let) organizirana kot podiplomski študij).

gistrskega študija. Na tak način je pravni študij denimo organiziran v Italiji, na Hrvaškem, na Madžarskem, na Češkem in na Poljskem. Do podobnih spoznanj so prišli tudi na nekaterih drugih koncih Evrope – denimo v Španiji, kjer so pravni študij v skladu z bolonjsko prenovo na prelomu tisočletja zasnovali v obliki dvostopenjskega študija 3+2, vendar kjer drugače kot na drugih področjih študenti prava diplome ne dobijo že po koncu prve stopnje, ampak šele po uspešnem zaključku obeh.²⁶

Petletni študijski programi obstajajo tudi drugje po svetu, denimo na indijski pravni fakulteti *National Law School of India University* v Bangaloru, ki je bila ustanovljena leta 1986 in je združila dodiplomski in pravni študij v enotni petletni predmetnik²⁷ ter že več let slovi kot najuglednejša pravna fakulteta v Indiji. Ponekod obstajajo še daljši študijski programi kot (obvezna) kombinacija dodiplomskega in podiplomskega študija, kot na primer na Japonskem po sprejemu reforme leta 2004, po kateri je pravo postalo triletni podiplomski študij po štiriletnem dodiplomskem študiju po študentovi izbiri, ali pa v skupnem trajanju šest let, če je študent že za dodiplomski študij kot osrednjo usmeritev izbral pravo, kar torej nato za pridobitev diplome prava zahteva še dvoletni podiplomski pravni študij.²⁸ Podoben japonskemu je primer Južne Koreje,²⁹ kjer so do leta 2009 poznali štiriletni dodiplomski študij po evropskem vzoru, med letoma 1993 in 2007 pa so potekale burne razprave o reformi, ki so na koncu vodile v sprejetje ameriškega modela triletnega podiplomskega študija. Univerze, ki so sprejele novi model, so morale opustiti stare dodiplomske programe, druge univerze pa so jih lahko ohranile kot nekakšne programe splošne izobrazbe o pravu.

Prav tako je poučen primer Južne Afrike,³⁰ kjer je bil leta 1997 uveden štiriletni dodiplomski pravni študij, ki pa je vodil v kritiko delodajalcev, da so njegovi diplomanti preslabo usposobljeni. Konec leta 2014 je Univerza Witwatersrand (Wits), najboljša univerza v državi, po dolgi razpravi z akademsko skupnostjo in stroko opustila tak štiriletni pravni študij (*LL.B.*) in od leta 2015 naprej od kandidatov za pravno diplomu zahteva vpis podiplomskega pravnega študij-

²⁶ Glej Philip Leith in Fernando Galindo Ayuda: Legal education in Spain: Becoming a lawyer, judge, and professor, v: *International Journal of the Legal Profession*, 8 (2001) 2, str. 169–186, str. 172–174.

²⁷ Glej kratek opis v Deepa Badrinarayana: India's state of legal education: The road from NLSIU to Jindal, v: *Journal of Legal Education*, 63 (2014) 3, str. 521–523.

²⁸ L. P. Martinez, nav. delo, str. 283–288.

²⁹ Youngjoon Kwon: Recent reform in Korean legal education, v: *Journal of Korean Law*, 13 (2013), str. 1–39.

³⁰ M. A. (Riëtte) Du Plessis: Designing an appropriate and assessable curriculum for clinical legal education, v: *De Jure*, 49 (2016), str. 1–22, str. 1–2.

skega programa (*LL.B.*), ki traja tri leta po diplomi dodiplomskega študija oziroma dve leti, če je študent prej opravil dodiplomski študij z osredotočenjem na pravo (*BA in Law*).

Končno je poveden še primer Univerze v Melbourne. V letu 2006 je uvedla obsežno reformo, s katero se je nameravala uskladiti s prakso najboljših evropskih in ameriških univerz; pri tem je precej sledila tudi ideji bolonjske prenove v Evropi, vendar s priznavanjem posebnih okoliščin za posamezne poklice.³¹ Pravna fakulteta te univerze, v zadnjih letih prepoznana kot najboljša pravna fakulteta v Avstraliji (in tudi med najuglednejšimi na svetu), je z letom 2008 uvedla študij prava kot triletni podiplomski študij, ki prej zahteva še dokončan drug dodiplomski študij in torej za pridobitev pravnške diplome praviloma zahteva vsaj šest let univerzitetnega študija.

Zgornji pregled nas vodi v naslednje sklepe.

Prvič, razvojni trendi organizacije pravnega študija po svetu gredo v smeri daljšanja časa študija, ki se glede na siceršnjo ureditev izobraževanja v posamezni državi odraža bodisi v daljšem enotnem pravnem študiju bodisi v kombinaciji (praviloma triletnega) podiplomskega študija prava s predhodno pridobljeno dodiplomsko diplomo druge discipline. V vseh zgoraj navedenih primerih študijskih prenov pravnške diplome ni mogoče pridobiti že po treh ali štirih letih univerzitetnega študija.

Drugič, v državah z neenotnim sistemom o takih korakih še zlasti razmišljajo vodilne in najboljše pravne fakultete, ki morda (lahko) aktivneje razmišljajo o prilagoditvah svojih predmetnikov za boljši stik s prakso (potrebo po daljši in celovitejši izobrazbi so marsikje pokazali odzivi iz prakse oziroma stanovskih združenj, še zlasti zahteve dela v pravosodju), nemara pa tudi bolj o uveljavitvi svojih diplomantov v mednarodnem prostoru.

Ter, tretjič, medtem ko ponekod v svetu ob snovanju takih korakov (lahko) sledijo praksi ameriškega modela pravnega izobraževanja v obliki triletnega podiplomskega študija, je bil v številnih sistemih s sorodno tradicionalno organizacijo univerzitetnega študija v bližnji okolici Slovenije kot bolj logična in življenjska rešitev sprejet model enotnega petletnega študija prava.

Če skušam povedano strniti v popotnico svoji fakulteti ter njenim sogovornikom iz prakse pravnškega poklica, ko snuje(mo) operativne korake zamišlje-

³¹ Glej poročili omenjene univerze, tj. *Growing Esteem ...* iz leta 2005, <http://publications.unimelb.edu.au/docs/growing_esteem2005.pdf> (1. 2. 2017), in *Growing Esteem 2010*, <http://about.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0009/767016/Growing-Esteem2010.pdf> (1. 2. 2017).

ne prenove, pa je to prenovo po primerjalnih izkušnjah mogoče zastaviti na naslednjih temeljnih izhodiščih:

1. Zahteve pravniškega dela zahtevajo resen študij – za pravosodje in druge zahtevne pravniške poklice osrednja grožnja ni morebitno pomanjkanje prožne delovne sile v primeru daljšega enovitega magistrskega študijskega programa, ampak prej premalo usposobljeni diplomanti v primeru krajših študijskih programov. V jeziku bolonjske prenove je tako mogoče skleniti, da je za tradicionalne pravniške poklice običajna stopnja izobrazbe dokončana dodiplomska in magistrska stopnja pravnega študija.
2. Zaradi specifične družbene vloge prava in pravnikov je dober pravni študij tak, ki omogoča stik teorije s prakso in urjenje veščin pravnega dela, ne da bi pri tem pozabil na nujno širše splošnejše izobrazbe ter vrednostne in etične plati izobraževanja.
3. Najboljše pravne fakultete so tiste, ki že z zasnovo študija in predmetnikom študentom kažejo jasno pot od začetka do konca študijskega programa.

Za ljubljansko fakulteto to v danih razmerah – ob upoštevanju temeljnih značilnosti študija po bolonjski prenovi in tradicionalne organizacije univerzitetnega študija pri nas – narekuje prizadevanje za vzpostavitev enotnega petletnega študijskega programa, ki pa seveda ne sme zanemariti bistvenega razloga, zaradi katerega je tak enotni program bolj smiseln od alternative, recimo od obvezne zahteve po dokončanju dodiplomske in magistrske stopnje študija kot dveh ločenih študijskih programov. Enotni program namreč omogoča enotno zasnovo predmetnika z že omenjeno jasno potjo od začetka do konca študija, ki študenta opremi z vsemi zahtevanimi znanji, ne da bi ga obremenil z nepotrebnimi prekrivanji ali ponavljanji študijskih vsebin ter organizacijskih formalnosti ločenih študijskih stopenj. Tak enotni študijski program bi bolje služil svojim študentom, pa tudi osmislil smotre bolonjske prenove, ne da bi ogrozil posebno naravo klasičnih pravniških poklicev. Upam in verjamem, da je ljubljanska pravna fakulteta sposobna sestaviti ustrezen predmetnik takega petletnega študija, ki bo te opisane odlike udejanjal v praksi – toda to je že druga zgodba.

DOSTOJANSTVO KOT TEMELJ PRAVILNEGA RAZUMEVANJA USTAVNOPRAVNEGA KONCEPTA PREPOVEDI DISKRIMINACIJE GLEDE NA STAROST*

Nejc Brezovar,

univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, svetovalec predsednika Vlade Republike Slovenije in asistent na Univerzi v Ljubljani – Fakulteti za upravo

1. UVOD

Predsodki in stereotipi, povezani z različnimi starostmi, povzročajo diskriminacijo posameznikov ali skupin na podlagi njihove dejanske ali domnevne starosti in celo starostnih razlik. Starost se je razmeroma pozno – v drugi polovici 20. stoletja – pridružila skupini »prepovedanih podlag« oziroma »osebnih okoliščin«, na katerih je izrecno prepovedana diskriminacija.¹ Starost običajno ne najde svojega mesta v ustavah razen nekaj izjem,² vendar njena odsotnost v normativni obliki ne pomeni njenega neobstoja. Celó danes, ko je prepovedana v različnih pravnih sistemih, vključno s pravnim redom EU,³ je njen

* Prispevek je pripravljen na podlagi doktorske disertacije z naslovom *Ustavnopравни koncept prepovedi diskriminacije glede na starost* (angl. *The Constitutional Concept of Prohibiting Age Discrimination*), ki jo je avtor pod mentorstvom prof. dr. Cirila Ribičiča uspešno zagovarjal 23. januarja 2015 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

¹ Glej na primer M. Victor, J. Browne nav. delo.

² Ustave Finske, Kanade, Srbije, Brazilije, Švice, Tajske, Mehike, Južnoafriške republike itd., ki so bile večinoma sprejete oziroma spremenjene na prehodu v oziroma na začetku 21. stoletja. V EU so preostali konkretniji izvori prepovedi diskriminacije zaradi starosti predvsem novejšega datuma. Komisija EU je še leta 1999 v Poročilu *Legal Provisions to Combat Discrimination* (Pravne določbe za boj proti diskriminaciji) (podrobneje v M. Sargeant (ur.), nav. delo (2008)) javno zatrnila, da je »zelo malo zakonodaje s področja diskriminacije zaradi starosti v državah članicah«.

³ O razvoju koncepta prepovedi diskriminacije na ravni EU podrobneje v: H. Meenan in drugi, nav. delo.

koncept nejasen in skrivnosten. Kot »mlada« podlaga je še vedno v postopku odrasčanja. V dvajsetem stoletju je bil narejen velik korak za razvoj prepovedi diskriminacije⁴ in protidiskriminacijskega prava, ki se zdaj obravnava kot jedro oziroma temelj ustavnega sistema modernih, demokratičnih in pravnih držav. Preteklo stoletje je bilo v znamenju predvsem razlikovanja na podlagi spola in rase, v zadnjem času pa prihajajo v ospredje druge, »nove« podlage, kot sta spolna usmerjenost in starost.⁵

Pri normiranju in (ustavno)sodni presoji obstajajo različni pristopi in hkrati nekateri skupni imenovalci v povezavi s starostjo ne glede na to, ali je pristop bolj funkcionalen (ekonomski) ali nefunkcionalen (poudarek na načelu enakosti, človekovih pravicah in dostojanstvu). Uveljavitev starosti kot prepovedane podlage ne temelji le na razlogih, povezanih s težnjo družbe po zaščiti človekovih pravic in dostojanstva, temveč tudi na ekonomskih razlogih, saj demografske spremembe zahtevajo, da ostajajo posamezniki dlje časa delovno aktivni.⁶ Nekateri znanosti (na primer ekonomska) deloma celo spodbujajo neenakost, saj ta povzroča tekmovalnost.⁷

Razlikovanja glede na starost so bila dolgo upravičena in razumljena kot normalen del urejanja družbenih razmerij. Obstajajo različni primeri, ko je določena starost pogoj za pridobitev neke pravice. Tako v obsežni praksi Vrhovnega sodišča Kanade prevladuje stališče, da so razlikovanja glede na starost namenjena določanju različnih starostnih mej, pri katerih lahko posameznik na primer sklene zakonsko zvezo, voli, kupi in pije alkohol, kupi in kadi cigarete, pridobi vozniško dovoljenje, proda svojo lastnino oziroma postane poslovno sposoben, se zaposli.⁸ Nekatera »razlikovanja na podlagi starosti so tako pogost in nujen način urejanja naše družbe [...], vsa razlikovanja na podlagi starosti v zakonodaji pa imajo elemente dejanske arbitrarnosti, vendar to dejstvo ni dovolj za njihovo razveljavitev [...], vse dokler je izbrana starost razumno povezana z legitimnim ciljem.«⁹ Vsako razlikovanje torej ne pomeni

⁴ Beseda diskriminacija ima podlago v latinski besedi *discriminatio, discriminis, discriminare*, kar pomeni razlikovati oziroma mejo. Prvotni pomen je bil tako nevtralen in je negativni prizvok dobil šele pozneje, proti koncu 19. stoletja, predvsem v razmerju do rase.

⁵ O delovnopravnem pristopu in prepovedi diskriminacije glede na spol, ki sta pomembno pripomogla k razumevanju prepovedi diskriminacije glede na starost, glej M. Bell, nav. delo, str. 42–53.

⁶ M. Sargeant, nav. delo (2008), str. 5.

⁷ R. B. Freedman in drugi, nav. delo, str. 63.

⁸ Odločba Vrhovnega sodišča Kanade v zadevi *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181 z dne 26. junija 2009.

⁹ Sodnik C. J. McLachlin v odločbi Vrhovnega sodišča Kanade v zadevi *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, točki 31 in 57.

prepovedane diskriminacije. Nekateri avtorji prepričljivo zagovarjajo stališče, da vsaka diskriminacija ni protipravna, čeprav morda celo nasprotuje morali.¹⁰ To še toliko bolj velja za razlikovanje na podlagi starosti, saj je starost najpreprostejše merilo za razlikovanje med posamezniki in družbenimi skupinami. Razlikovanje je ponekod še vedno široko družbeno sprejemljivo, kar so zakonodajalci skozi zgodovino večkrat izrabili. Tako razumevanje počasi izgublja veljavo. Starostne meje dobivajo prizvok arhaičnosti in se jih povezuje z različnimi predsodki in stereotipi. Bistvena je sposobnost posameznikov in ne njihova kronološka starost. Posamezniki enakih starosti imajo različne lastnosti in sposobnosti ter zato določena starost ne more biti merilo, ki bi zagotavljalo sposobnost ali katero drugo lastnost posameznika. Ugotavljanje sposobnosti zahteva individualiziran pristop, ki se osredinja na posameznika in ne na starostne skupine. Starostne omejitve, ki posameznika na podlagi domneve nesposobnosti postavijo v slabši položaj zgolj na podlagi njegove starosti, kršijo posameznikovo dostojanstvo, saj temeljijo na neresnični domnevi. Tako se vsakokrat vrnemo k težnji po individualni obravnavi posameznikov, če želimo preprečiti diskriminacijo glede na starost.

Kadar je varstvo pred diskriminacijo zagotovljeno le na ustavni ravni, je dolžnost zakonodajalca, da splošno ustavno načelo prepovedi diskriminacije konkretizira s sekundarno zakonodajo ter načelu tako vdihne konkretnjšo in bolj določljivo vsebino. Odsotnost zakonodajalčevih normativnih aktivnosti odpre priložnost najvišjih nacionalnih, zlasti ustavnih sodišč, da sama razlagajo ustavno besedilo in mu dodelijo konkretnjšo vsebino s pomočjo odločb, ki imajo učinek *erga omnes*. Zakonodajalec bi lahko pustil ustavne določbe o prepovedi diskriminacije glede na starost samostojne, brez primerne izpeljave, vendar bi tvegala čezmerno aktivnost ustavnega (ali vrhovnega) sodišča pri razlagi in razvoju ustavne prepovedi diskriminacije. Običajno zato zakonodajalec sprejme sekundarno zakonodajo, s katero konkretizira splošno ustavno načelo, kar ustavnega sodišča nujno ne ustavi, da z lastnim razumevanjem ustavnega besedila poseže v zakonsko besedilo v postopkih presoje ustavnosti zakonskih in podzakonskih predpisov. Ustavna sodišča imajo pomembno vlogo pri razlagi ustavnih določb, iz katerih lahko z različnimi dinamičnimi in razvojno usmerjenimi razlagami pripomorejo k razvoju vsebine prepovedi diskriminacije glede na starost.

V prispevku bom preučil tezo, da v teoriji in praksi prevladuje usmeritev ustavnopravnega koncepta oziroma ustavnopravnega razumevanja prepovedi diskriminacije glede na starost, ki temelji na spoštovanju človekovega dostoj-

¹⁰ Tako lahko na primer pri izbiri partnerja posamezniki izločijo predstavnike posamezne rase, ali, če vzamemo starost, posameznike določene starosti, ker so po njihovem prepričanju premladi ali prestari, več v L. Alexander, nav. delo, str. 149–219 in 201.

janstva, pri razvoju katerega ima ključno vlogo pozitivni aktivizem nekaterih (ustavnih sodišč). Za ta namen bom predstavil prakso tistih sodišč, ki se že dlje časa srečujejo z vprašanji, povezanimi z diskriminacijo glede na starost (na primer Vrhovno sodišče Kanade), in prakso sodišč, ki svoje temelje razumevanja diskriminacije šele vzpostavljajo (na primer Sodišče EU in Ustavno sodišče RS). Odločitve teh sodišč temeljijo na splošnih in abstraktnih normah ustavnega ali zakonskega ranga, ki pogosto pustijo veliko maneverskega prostora zakonodajalcu, da področje podrobneje uredi. Po drugi strani pa dopuščajo razmeroma široke možnosti najvišjim sodiščem, da s svojimi razlagami bistveno pripomorejo k razumevanju prepovedi diskriminacije glede na starost. Slednja se v svojih argumentacijah največkrat sklicujejo na splošna pravna načela, človekove pravice in varstvo dostojanstva, saj je njihov pristop nefunkcionalen. Človekovo dostojanstvo je izvor človekovih pravic in se pogosto pojavi v preambulah mednarodnopravnih listin. Večkrat pa ga je v povezavi z različnimi človekovimi pravicami obravnavalo tudi Ustavno sodišče RS.¹¹ Prispevek argumentirano in empirično (s pomočjo sodb najvišjih sodišč) je prikaže, zakaj je sklicevanje na človekovo dostojanstvo ustrezen način za argumentacijo, ki nasprotuje neutemeljenemu in posplošenemu razlikovanju glede na starost.

2. IZVOR IN NAČELNA IZHODIŠČA

Prepoved diskriminacije glede na starost temelji na medsebojni povezanosti in soodvisnosti posameznih pravnih načel ter njihovem kaskadnem odnosu. Iz načela enakosti izvira načelo enakega obravnavanja, iz tega načelo enakega obravnavanja glede na starost in iz tega prepoved diskriminacije. O vrstnem redu od »izvornega načela« do zadnjega (pod)načela bi lahko razpravljali, vendar to tukaj ni bistveno. V vsakem primeru bi lahko vsebino vseh (pod)načel združili v enem samem splošnem načelu in to ne bi zmanjšalo pomena, kolikor bi to načelo pokrivalo vsebino več (pod)načel. (Pod)načela pokrivajo specifične vidike splošnega načela, vendar ni njihova veljava nič manjša, saj zaživijo z vzpostavitevijo (prek zakonodaje ali (ustavno)sodnih razlag) samostojno življenje in postanejo neločljiv del pravnega sistema. Sodišče EU (v nadaljevanju: SEU) je v zadevi *Mangold*¹² razvilo splošno načelo prepovedi diskriminacije glede na starost v pravu EU. Sčasoma je SEU razvilo obsežno sodno prakso in postalo vodilna sila evropske integracije na področju preprečevanja diskriminacije glede na starost. Na trenutke je pogumno, kot v odločitvi v zadevi *Mangold*, ki je marsikoga začudila.¹³

¹¹ L. Šturm nav. delo str. 362–367.

¹² Odločba SEU v zadevi C-144/04, *Werner Mangold proti Rüdigerju Helmu* z dne 22. novembra 2005.

¹³ A. Eriksson, nav. delo, str. 732.

S sprejetjem in prenosom Okvirne direktive¹⁴ so bili pred SEU postopoma sproženi prvi postopki, v katerih je slednje presojalo morebitne kršitve direktive in razlagalo njeno vsebino. Starost je bila, zanimivo, prva od »novih«¹⁵ podlag, ki jo je presojalo SEU, hkrati pa je bila tudi najpogostejše obravnavana.¹⁶ Krivec za to so predvsem nacionalna sodišča, ki so ob stiku z diskriminacijo zaradi starosti v spornih primerih velikokrat pošiljala predloge za sprejetje predhodne odločitve o nekem vprašanju na SEU. To je pripomoglo k podrobnejšemu vsebinskemu razčlenjevanju in razlagi določb evropske zakonodaje, ki ureja področje diskriminacije zaradi starosti. Prav ta »nejasnost«¹⁷ podlage je najverjetneje razlog za obsežno število primerov pred SEU v tako kratkem času po sprejetju in začetku veljavnosti Okvirne direktive.¹⁷ Sodbe SEU glede vprašanj za predhodno odločanje, v katerih razlaga evropsko zakonodajo, imajo učinek *erga omnes* in so še posebej pomembne zaradi svojega vpliva.¹⁸ Nekateri avtorji kot razlog številčnosti zadev navajajo širok obseg možnih naslovnikov, saj se starost, ki ni omejena na neko konkretno starost, veže ter velja za vse posameznike in člane družbe ter ne zgolj neko ožjo skupino.¹⁹ S to trditvijo se je mogoče strinjati zgolj z vidika števila vloženih (pri)tožb s strani posameznikov, nikakor pa ne z vidika razmeroma visokega števila ugotovljenih kršitev s strani SEU in upoštevajoč dejstvo, da na SEU veliko primerov napotijo nacionalna sodišča (in ne posamezniki), ki imajo težave pri razumevanju diskriminacije

¹⁴ Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu, UL L 303, 2. december 2000.

¹⁵ Nove podlage so razumljene kot podlage, na katerih je prepovedana diskriminacija urejena z direktivami, sprejetimi po letu 2000, kot so rasa, narodnost, vera ali prepričanje, spolna usmerjenost, hendikepiranost in starost.

¹⁶ Nekateri avtorji omenjajo, da so od sprejema in implementacije Okvirne direktive, ki se nanaša tudi na vprašanje diskriminacije zaradi starosti pri zaposlovanju in delu, primeri pred SEU »rasli kot gobe po dežju«: do novembra 2011 je bilo v bazi SEU zabeleženih že 12 primerov v povezavi z diskriminacijo zaradi starosti (osem jih je bilo obravnavanih pred velikim senatom), dodatnih šest pa jih je čakalo na odločitev, kar je razmeroma visoko število, sploh upoštevajoč preostale podlage za diskriminacijo. Povzeto iz Dagmar Schiek, nav. delo, str. 777. Zdaj je njihovo število še naraslo, kar je razvidno iz nadaljevanja, kjer so predstavljene nekatere sodbe SEU.

¹⁷ Prav tam. Avtor omenja, da lahko za primerjavo vzamemo določbo o načelu enakega plačila ne glede na spol, ki je bilo vključeno v Rimsko pogodbo (1957), vendar se je prvi primer pred sodiščem pojavil šele 23 let po sprejetju.

¹⁸ V. Trstenjak, nav. delo, str. 167.

¹⁹ D. Schiek, nav. delo, str. 777 in 778, kjer se sklicuje na delo avtorjev Peter A. Riach in Judy Rich »An Experimental Investigation of Age Discrimination in the English Labor Market«, IZA Discussion Paper št. 3029 (2007), ki v zaključku navedeta, da: »another significant distinction in respect of age-based affirmative action is that, whereas whites never become black, and only rarely do males become female, the young do become old. In other words we should expect lesser hostility from the 'majority' group, as in this case they stand to benefit in their turn.«

zaradi starosti. Diskriminacija glede na starost je prevzela vodilno vlogo med novimi podlagami, prvič zaradi števila obravnavanih zadev (nekajkrat presega vse druge podlage), drugič zaradi vodenja primerov, saj jih je veliko odločeno v velikem senatu, in tretjič zaradi ustavnih inovacij v zadevah diskriminacije glede na starost (ki je v evropski zakonodaji pomanjkljivo opredeljena) in izgradnje vsebinske diskriminacijske arhitekture. Sleherni obravnavani primer je del še nedokončane sestavljanke, ki je prepoved diskriminacije glede na starost.²⁰

Starost je specifična podlaga. Neenakost situacij v povezavi s starostjo zahteva celo »nespoštovanje« načela enakega obravnavanja oziroma najmanj njegovo prožno uporabo. Ne moremo na primer terjati, da se upokojenca in otroka v vseh situacijah obravnava enako, saj nista primerljiva v bistvenih elementih in lastnostih. Kjer je starost bistvenega pomena za razlikovanje in je to upravičeno – ker starost povzroči bistveno razliko in vzpostavi neprimerljive situacije –, tam načelo enake obravnave zahteva, da neenakega ne obravnavamo enako.

Posameznikom različne starosti pripada enako dostojanstvo, vendar za kršitev dostojanstva enemu ali drugemu zadoščajo različni dogodki oziroma pogoji oziroma ukrepi oziroma omejitve. Posledično mora biti presoja individualizirana in se za vse ne more uporabljati enakega testa kršitve dostojanstva.²¹

Namen načel, povezanih s konceptom prepovedi diskriminacije glede na starost, je predvsem izničenje stereotipov in predsodkov, povezanih s starostjo, ter sočasno povečanje participacije delavcev na trgu dela.

Kolikor bolj odnos zakonodajalca temelji na ekonomskem in delovnopravnem vidiku diskriminacije glede na starost, toliko bolj je presoja sodišč zadržana in razlage restriktivne. Tipičen primer je presoja Vrhovnega sodišča ZDA. Podobno tudi novejša presoja SEU, ki je vsebino prepovedi diskriminacije najprej razlagalo zelo razvojno naravnano, vendar je pozneje ta pristop opustilo. To je delno posledica restriktivne sekundarne zakonodaje, ki ureja prepoved diskriminacije glede na starost, iz katere jasno izhaja namen zakonodajalca po njenem prožnem urejanju.²²

²⁰ C. Kilpatrick, nav. delo, str. 282.

²¹ Individualno testiranje (po smiselnih sklopih) ni problematično, če je narava testa taka, da ne krši dostojanstva posameznika. Podobno stališče je zavzelo tudi Vrhovno sodišče Kanade v zadevi *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209 točka 217, ko je obravnavalo obvezno upokojevanje pilotov. Sodišče je menilo, da bi bilo tu primernejše individualno testiranje sposobnosti posameznih pilotov, ko dosežejo določeno starost, kot splošna blanketna norma, po kateri piloti po določeni starosti ne morejo opravljati več svojega poklica, saj se tako diskriminira pilote, ki so sicer svoj poklic sposobni še povsem kakovostno in varno opravljati.

²² V Okvirni direktivi 2000/78/SE z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu obstajajo izjeme oziroma upravičena razliko-

Zakonodaja je praviloma oziroma (bolje) večinoma omejena na osamljena družbena področja (zaposlovanje in delo); včasih se zaščita nudi le posameznim starostnim skupinam (na primer zaposlenim med 40. in 65. letom starosti). Izjem je veliko, prav tako možnosti za upravičeno različno obravnavanje glede na starost. Na drugi strani sodišča tam, kjer je pristop bolj ustavnopraven oziroma tesno povezan z vprašanji varstva človekovih pravic, načelom enakopravnosti in človekovega dostojanstva, presojuje področje prepovedi diskriminacije glede na starost bolj aktivistično in razvojno naravnano. Tako je na primer v Kanadi.

Ne glede na zakonodajalčev pristop je odnos sodišč – v primerjavi z nekaterimi drugimi podlagami – bolj zadržan, presoja upravičenih izjem pa ne pretirano stroga.²³ Za razvoj področja diskriminacijskega prava v povezavi s starostjo prek sodnih presoj je primernejši ustavnopravni pristop, pri katerem sodišča lažje utemeljijo vsebino prepovedi na podlagi abstraktnih, manj omejujočih ustavnih norm. Zakonodaja EU in sodna praksa SEU se ne sklicujeta toliko na prepoved diskriminacije kot na načelo enakega obravnavanja (angl. *equal treatment principle*), ki prepoveduje tako rekoč vse oblike diskriminacije, ki so prepovedane tudi drugod – neposredna in posredna diskriminacija ter še posebej nadlegovanje in navodilo, naj se neke osebe ne diskriminira.²⁴ Eden od najnovejših primerov je razvoj splošnega načela prepovedi diskriminacije starosti s strani SEU ali že ustaljena praksa Vrhovnega sodišča Kanade. Razumevanje obeh načel tako odpre široko polje proste presoje najvišjim sodiščem, ki skozi sodno presojo izražajo svoje politične poglede, ki jih mora zakonodajalec

vanja, ki se razlikujejo po različnih prepovedanih podlagah – starosti je namenjeno kar nekaj (največ) členov, ki upravičujejo razlikovanje na njeni podlagi. Če pustimo ob strani dejstvu, da je v hierarhiji starost »nižje«²⁵ že na podlagi dejstva, da je prepoved diskriminacije v skladu z Okvirno direktivo omejena le na področje zaposlovanja in dela ter da je starost ena od dveh podlag, na katerih so si države članice lahko izpogajale daljše (šestnamesto triletno implementacijsko obdobje), je v direktivi podvržena posebnemu režimu z mnogimi izjemami, na podlagi katerih je razlikovanje oziroma diskriminacija – celo neposredna – upravičena in dopustna.

²³ Tako je na primer presoja Vrhovnega sodišča ZDA v povezavi z diskriminacijo glede na starost zelo ohlapna v smislu, da dopušča veliko izjem, kdaj je razlikovanje oziroma diskriminacija na podlagi oziroma glede na starost dopustna, saj je za upravičenost razlikovanja glede na starost treba izkazati zgolj razumno povezavo do legitimnega javnega (državnega) interesa. Po mnenju sodišča spada starost v tretji razred podlag (*residual, normal class*), pri čemer je Vrhovno sodišče pri starosti v svojih odločitvah poudarilo (glej *Massachusetts Board of Retirement v Murgia*, 427 US 307, 1976, točka 313. Podrobneje tudi v H. Eglit, nav. delo, str. 884), da ta skupina ni bila izpostavljena »namernemu slabšemu obravnavanju skozi zgodovino ali bila podvržena predsodkom o nezmožnosti, ki so temeljili na nekih stereotipih, ki niso nujno izraz njihove sposobnosti«.

²⁴ Čeprav je lahko prav pri starosti upravičljiva tudi neposredna diskriminacija, kar nakazuje njen poseben status.

upoštevati v prihodnosti.²⁵ Odločitve najvišjih sodišč (na primer SEU) potrjujejo, da se je prepoved diskriminacije že uveljavila kot splošno pravno načelo.

3. ŠIROKE IZJEME IN UPRAVIČENO RAZLIKOVANJE KOT REZULTAT HIERARHIJE

Oblast si mora prizadevati vključevati posameznike brez nepotrebnih in arbitrarnih starostnih omejitev, ki bi jih izključile iz družbenega okolja ali jim kršile dostojanstvo.²⁶

Poenostavljeno je prepovedana diskriminacija nerazumna, nepravilna in neučinkovita.²⁷ Vendar je starost do neke mere bolj dovzetna za različno obravnavanje, kot enako. To nakazujejo tudi široke izjeme, kjer je diskriminacija (u) pravič(e)na, razumna in pripomore k učinkovitosti.

Trenutno prevladujoče razumevanje diskriminacije glede na starost (predvsem v Evropi, Kanadi, Avstraliji) je »slepo« za (konkretno) starost in se ne omejuje na določene starostne skupine oziroma meje. Prepoved diskriminacije glede na starost velja za vse starosti. Kljub temu dopušča veliko izjem, ko je razlikovanje upravičeno. S tem se manjša zavezanost načelu enakega obravnavanja v smislu enakega obravnavanja vseh, ne glede na starost. Ponekod dopušča celo slabše obravnavanje določene starostne skupine, saj je to velikokrat v korist druge starostne skupine, npr. obvezno upokojevanje v določenih primerih.²⁸ Po drugi strani v ZDA ADEA (*Age Discrimination in Employment Act*) omeju-

²⁵ J. Swift, nav. delo, str. 242.

²⁶ Zatrjevanje diskriminacije glede na starost se v praksi najpogosteje pojavi v povezavi z obveznim upokojevanjem (sodnikov, visokošolskih učiteljev, tožilcev, pilotov itd.), so primeri starostnih omejitev pogosti tudi na drugih področjih in niso omejeni zgolj na zgornjo starost. Starost kot predpogoj za pridobitev posamezne pravice ali opravljanje nekega poklica ali funkcije je poznana v povezavi z volilno pravico (običajno pogoj 18 let ali na primer 16 v Avstriji za splošne volitve), minimalno starostjo za nastop funkcije sodnika (sodniki rednih sodišč v Republiki Sloveniji 30 let in kandidati za sodnike mednarodnih sodišč ali Ustavnega sodišča RS 40 let (ZustS, Ur. l. RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12, 9. člen), sposobnostjo samostojnega odločanja o načinu zdravljenja (v Kanadi je meja 16 let, v zadevi *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181 z dne 26. junija 2009 pa je 14-letna deklica želela samostojno odločati). Podobni primeri se nanašajo na vprašanja delne in polne poslovne sposobnosti (praviloma so meje med 15 in 21 let), možnosti zaposlitve, nakupa nekaterih vrst izdelkov (alkohol in tobak) itd. Zakonodaja pogosto določa tudi, kdo je »mlad«. Zakon o javnem interesu v mladinskem sektorju (ZJIMS, Ur. l. RS, št. 42/10) na primer v 3. členu določa, da so »mladi« mladostniki in mlade odrasle osebe obeh spolov, stari od 15. do dopolnjenega 29. leta.

²⁷ J. Swift, nav. delo, str. 235.

²⁸ Prav tam, str. 242.

je zaščito na starejše od štirideset let. Večino zahtev na podlagi ADEA vložijo starejši beli moški, ki so zasedali dobre položaje, imeli visoke plače ter imajo politično in ekonomsko moč. ADEA je prvi trajnejši odmik od ustavnega modela diskriminacijskega prava na področju zaposlovanja in dela. To je razvidno iz širokih izjem (največ od vseh podlag), ki so dopustne pri starosti (pri rasi in spolu ne najdemo), in iz pomanjkanja stroge presoje s strani Vrhovnega sodišča ZDA. Prepoved diskriminacije glede na starost bo v prihodnosti ostala ožja od prepovedi diskriminacije glede na spol in raso, vse dokler bo starost družbeno bolj sprejemljiva v političnem in ekonomskem življenju. V ustavnem pravu ni potrebe po zaščiti starejših pred preostalo populacijo, saj bo slednja (večinoma) sama dočkala to starost.²⁹

EU je v preteklosti posvečala veliko pozornosti in aktivnosti predvsem podlagam, kot so rasa, invalidnost, državljanstvo, spol, kar je privedlo do pravne »hierarhije« med podlagami, kjer so bile naštete (še posebej zadnji dve) očitno privilegirane kategorije oziroma prepovedane podlage.³⁰ Omejitev prepovedi diskriminacije glede na starost na določena ožja področja, majhen obseg zakonodaje, ki jo opredeljuje skupaj z upoštevanjem veliko dopustnih izjem, ki dopuščajo zakonodajalcu, da razlikuje glede na starost (pri čemer uživa široko polje proste presoje), so jasen signal slehernega zakonodajalca o njegovem razumevanju starosti kot manj pomembne podlage, na kateri je prepovedana diskriminacija.³¹ Nacionalni zakonodajalci so zaradi širokega polja proste presoje, ki jim pripada lahko pri urejanju zadržani in konservativni. Vendar hierarhija enakosti, ki jo je vzpostavila EU, ni rezultat posebnega načrta, kako naj bo videti evropsko diskriminacijsko pravo, toliko kot je izraz politične pragmatičnosti (strah pred rasizmom, razpihovanjem nacionalnega sovraštva itd.).³²

Pristop, utemeljen na hierarhiji podlag (namesto horizontalnega pristopa), promovira tudi EU, kar izhaja iz Okvirne direktive, v kateri se prepoved diskriminacije glede na starost pogosto obravnava ločeno od preostalih podlag, zanj se predvideva daljše implementacijsko obdobje, široke izjeme, ima omejeno področje uporabe ipd. Pragmatičen pristop nudi različno stopnjo zaščite in način presoje podlag. Horizontalen pristop je mogoč le v odnosu do vprašanja kršitve dostojanstva posameznika. Tu ni bistvena podlaga za razlikovanje, ampak učinek tega (ne)upravičenega razlikovanja. Pri tem je treba vnovič omeniti, da ne gre za strogo hierarhičnost, temveč hierarhijo, utemeljeno na različnosti podlag in različni obravnavi pri presoji razlikovanj na različnih podlagah.

²⁹ George Rutherglen, *From Race to Age: The Expanding Scope of Employment Discrimination Law v Age and Equality Law*, M. Selmi (ur.), nav. delo, str. 121.

³⁰ M. Bell, nav. delo, str. 32.

³¹ Podobno opozarja S. Fredman, nav. delo (2001), str. 151.

³² L. Waddington in M. Bell, nav. delo, str. 610.

Izjeme prepovedi diskriminacije so praviloma določene bolj konkretno (na primer poklicne zahteve iz Okvirne direktive) in jih zakonodaja že sama izloči iz potrebe po sodni presoji, saj so jasnejše in določne ter ne povzročajo toliko dvomov kot abstraktno predvidene situacije upravičeno različnega obravnavanja, ki je podvrženo presoji, katere rezultat je odvisen od konkretnega primera. Za različno obravnavanje glede na starost velja, da se presoja zelo prožno – običajno je razmeroma preprosto prestati test, ki upravičuje diskriminacijo glede na starost.³³ Presoja upravičenega razlikovanja, ki sledi nekemu legitimnemu cilju, je posebej šibka – manj stroga. Izjeme služijo legitimiranju razlikovanja, namesto da bi ga naslavljal. Namen zakonodaje, ki ima veliko izjem, je očitno legitimirati večji obseg razlikovanja.³⁴ Ker ima zakonodaja, ki ureja prepoved diskriminacije glede na starost, veliko izjem, je vprašljiv namen zakonodajalca in njegova iskrenost pri poskusih preprečevanja diskriminacije glede na starost in težnja po zaščiti dostojanstvo posameznikov. To je lahko še posebej problematično, ker sta pri presoji zakonodaje s področja diskriminacije pogosto bistvena prav namen ali cilj zakonodajalca. Tudi izjeme in položaje, ki upravičujejo različno obravnavanje, je treba presojati od primera do primera, saj si med seboj niso enaki.³⁵ Legitimni cilji so deležni šibkejše, manj stroge presoje, vendar je legitimnost ciljev le prvi korak pri presoji, ali je različno obravnavanje glede na starost upravičeno, saj se podrejeno presojajo konkretni ukrepi – ali so nujni in primerni.³⁶ Ta presoja je strožja oziroma se

³³ V ZDA spada starost v (naj)manj zaščiteno skupino – nesumljiva podlaga –, saj nima negativnih zgodovinskih ozadij. Starost je kontinuum in lastnost, ki si jo vsi delimo in tako ne gre za vprašanje družbeno ogrožene, ranljive manjšine oziroma skupine. Posledično je sodna presoja soočena z odsotnostjo stroge presoje (ta je ohlapna, zadržana in elastična).

³⁴ V ZDA in EU obstajajo pri starosti široke izjeme. Te je treba razlagati ozko, restriktivno. Široke izjeme nakazujejo, da je starost najmanj problematična oziroma družbeno bolj sprejemljiva podlaga za razlikovanje.

³⁵ Tudi testi, ki presojajo upravičeno različnega obravnavanja glede na starost, morajo biti prilagojeni posamični situaciji, ki jo obravnavajo, saj so te lahko zelo različne. Vrhovno sodišče Kanade je večkrat opozorilo na potrebo po prilagajanju testov za ugotavljanje obstoja diskriminacije glede na starost konkretnim situacijam, ki se lahko med seboj bistveno razlikujejo. Tako stališče je Vrhovno sodišče zavzelo v več zadevah, na primer *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, [2008] 2 S.C.R. 604, 2008 SCC 45 z dne 18. julija 2008, *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297 z dne 21. decembra 1989 itd.

³⁶ SEU je v zadevi C-144/04, *Werner Mangold proti Rüdigerju Helmu*, z dne 22. novembra 2005 zavzelo stališče, da čeprav države članice uživajo široko diskrecijsko pravico pri določanju legitimnih ciljev, na primer socialne ali zaposlovalne politike, Okvirna direktiva nalaga obveznost, da države članice z veliko gotovostjo dokažejo legitimnost cilja, ki ga želijo doseči, in niso povsem svobodne niti pri določanju ciljev niti pri izbiri ukrepov, saj so vsi lahko podvrženi strogi presoji sodišč. Diskrecijska pravica namreč ne sme biti uprabljena na način, ki bi izničil bistvo izvajanja prepovedi diskriminacije glede na starost.

pri njej uporabi strogi test sorazmernosti, povezan z vprašanji, ali je razlikovanje potrebno oziroma nujno za zasledovanje oziroma doseg zasledovanega legitimnega cilja ter ali ukrep v najmanjši možni meri posega oziroma krši prepoved diskriminacije glede na starost. Tak test se uporablja v pravu EU, v katerem pa se praviloma ne presojuje kršitve dostojanstva.

Test obstoja diskriminacije glede na starost (upoštevajoč prakse različnih sodišč) ima dva izraza – prvi temelji na presoji kršitve človekovega dostojanstva in drugi na kršitvi bolj določnih zakonskih določb.³⁷ Ustavnopravno razumevanje bi moralo temeljiti na vprašanju kršitve dostojanstva posameznikov, kot izhaja iz presoje predvsem kanadskega Vrhovnega sodišča. Upoštevajoč, da je dostojanstvo zelo abstrakten pojem, načelo in človekova pravica, je ugotavljanje njegove kršitve (če sploh lahko govorimo o kršitvi, nekateri omenjajo le nespoštovanje) s pomočjo različnih testov težavno. Nekateri testi, ki so bili razviti v povezavi s kršitvijo dostojanstva in preostalimi prepovedanimi podlagami, niso primerni, saj ima starost nekatere posebnosti, na primer nima zgodovinskega ozadja. Starostne omejitve – da bi ustrezale zahtevi po spoštovanju človekovega dostojanstva – bi morale biti postavljene:

1. nearbitrarno – obstajati bi morali upravičeni, razumni, primerni in nujni razlogi, zakaj neke postaviti mejo, in
2. tako kot so možne široke izjeme od prepovedi diskriminacije glede na starost, bi morale obstajati izjeme, ki dopuščajo »spregled« neke starostne omejitve na individualni ravni. To se lahko doseže z individualnim testiranjem, ki ni problematično, dokler poteka na način, ki ne krši človekovega dostojanstva.³⁸ Individualno testiranje omejujejo predvsem pomisleki o

³⁷ Pri presoji diskriminacije glede na starost oziroma pri presoji upravičenega razlikovanja je bistveno predvsem, ali je starost bistveni in prevladujoči razlog za razlikovanje. Njene značilnosti so, da je zunaj kontrole posameznika (odsotnost izbire), nima zgodovinskega ozadja, je povezana s sposobnostjo posameznika (vendar se učinek na posameznike razlikuje) in je močno povezana s predsodki. Skupne značilnosti uporabljenih testov v odnosu do diskriminacije glede na starost so, da sodišča presojujejo 1. ali obstaja razlikovanje glede na starost; 2. ali je starost bistveni, ključni razlikovalni element; 3. ali ukrepi, ki so podlaga za razlikovanje, sledijo legitimnemu cilju in so nujni, potrebni in sorazmerni za doseg cilja; in 4. ali ukrep krši dostojanstvo skupine ali posameznika. Če je starost podlaga za razlikovanje, je treba ugotoviti, ali razlikovanje sledi legitimnemu cilju, je potrebno, nujno in sorazmerno za doseg cilja, ter ugotoviti, ali krši dostojanstvo skupin in posameznikov, na katere se ukrep, ki uvaža oziroma podpira razlikovanje, nanaša.

³⁸ Absolutnega pravila v povezavi z individualnim testiranjem ni. Potrebna je presoja od primera do primera, od poklica do poklica, od situacije do situacije. »Testiranje« bi lahko v nekaterih situacijah posameznike podvrglo različnim ponižujočim oblikam testiranja, ki bi v primeru uspešno prestopa, še toliko bolj pa neuspešno opravljenega testa okrnili oziroma kršili dostojanstvo posameznika, kar pa je prav ena od bistvenih stvari, ki jih prepoved diskriminacije želi preprečiti – kršitev dostojanstva posameznika. Po mnenju Vrhovnega

problemu praktične izvedbe, ki je težavna in stroškovno neugodna, in ne toliko razmišljanja o kršitvi dostojanstva. Brez individualnega pristopa (v nekaterih primerih testiranja) lahko pridemo v situacijo, v kateri bo veliki večini, ki se ji sposobnost z leti ni toliko zmanjšala, kršeno dostojanstvo zaradi manjšine, ki ji je sposobnost (zaradi starosti) res toliko upadla, da morada na primer ni več sposobna (varno in kakovostno) opravljati poklica.³⁹

Na mestu je pomislek, ali bi bila sodišča zaradi manj stroge presoje preveč pripravljena sprejeti različna obravnavanja glede na starost kot upravičljiva, brez zadovoljivih dokazov na podlagi nekega »razumnega upravičenja razlikovanja«. SEU je zavzelo stališče, da čeprav države članice uživajo široko polje proste presoje, to ne pomeni, da niso podvržene visokim standardom dokazovanja legitimnosti zasledovanega cilja.⁴⁰ Kot že omenjeno, legitimni cilji niso dovolj – tudi ukrepi za njihovo uresničevanje morajo biti nujni in primerni.

Težnja po enakem obravnavanju glede na starost ni bistvena, saj obstajajo (široke) možnosti upravičenega razlikovanja med posamezniki in skupinami različnih starosti. Zakonodaja je tudi bolj »tolerantna« pri dopustnosti pozitivnih ukrepov kot tradicionalna zakonodaja s področja prepovedi diskriminacije. Pozitivni ukrepi na področju prepovedi diskriminacije glede na starost še dodatno razširijo krog možnih (upravičenih) izjem in so tako ena od podskupin upravičenega razlikovanja, ki so na področju prepovedi diskriminacije glede na starost bolj sprejemljivi kot druge.⁴¹ Tako je pri različnih starostnih skupinah upravičeno in dopustno (ne)enako obravnavanje na podlagi starosti, če neenako obravnavanje predstavljajo različni pozitivni ukrepi, ki so namenjeni uresničevanju načela (dejanske oziroma vsebinske) enakosti.⁴²

sodišča Kanade mora na primer delodajalec zadovoljivo izkazati, zakaj ni bila možna individualna obravnavna posameznikom med drugim na primer z individualnim testiranjem. Če obstajajo praktične rešitve ali alternative diskriminatorni praksi, ki bi jih delodajalec lahko uporabil, slednji ni ravnal razumno in upravičeno pri določanju poklicnih pogojev oziroma zahtev. Taka stališča (odvisno od obravnavane) je Vrhovno sodišče zavzelo v več obravnavanih zadevah, na primer *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209, *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854 ipd.

³⁹ To povzroči situacijo, ko se omejuje sposobne posameznike zaradi domnev in fiktivnih posplošitev o nesposobnosti skupine. Sposobni postanejo žrtve – manjšina oziroma večina postane žrtev (domnevno) nesposobne večine, s čimer je pripadnikom manjšine oziroma večine kršeno dostojanstvo, saj so prikazani kot nesposobni, čeprav je to lahko daleč od resnice.

⁴⁰ B. Hepple, nav. delo, str. 64.

⁴¹ L. Barmes, nav. delo, str. 623, 633 in 634.

⁴² G. Strban, nav. delo, str. 372.

Diskriminacija glede na starost ni vedno prepovedana, vendar obstaja široko polje izjem, ki jo upravičujejo (upravičeno razlikovanje, pozitivna diskriminacija, poklicne zahteve, omejitve pri konkretnih pravicah, na primer pri volilni pravici itd.). Izjem je veliko več kot pri preostalih prepovedanih podlagah, vendar težko trdimo, da prevladujejo. Na normativnem področju so izjeme določene zelo abstraktno in široko. Njihova konkretizacija bo odvisna od zakonodajalčevih nadaljnjih aktivnosti in predvsem od presoje sodišč v konkretnih primerih. Sodna praksa se še razvija in nima celovito izdelanega odnosa do prepovedi diskriminacije glede na starost. Koncept je izmuzljiv, manjka pa mu natančnejša opredelitev. Sodišča ne smejo biti preveč zagnana pri poskusih opredeljevanja njegove vsebine, kar potrjuje spremenljiv odnos SEU in preostalih sodišč do starosti. Ker je razlikovanje večinoma širše družbeno sprejemljivo, ne pride vsako problematično razlikovanje v presojo sodišč. Vendar vsako razlikovanje glede na (konkretno) starost vzbudi dvom, medtem ko je razlikovanje glede na sposobnost ali zasluge posameznika redko opredeljeno kot diskriminatorno. Sodni presoji so podvržena le najbolj problematična različna obravnavanja in izjeme od prepovedi diskriminacije glede na starost. Razlikovanja, ki pridejo pred sodišče, so presojana manj strogo, ugotovljenih kršitev pa je malo.⁴³ Prevladujoči rezultati ohlapne sodne presoje širokih izjem prepovedi diskriminacije so dejansko postavili obrnjeno pravilo – razlikovanje glede na starost je dopustno, razen v situacijah, ki so arbitrarne, nerazumne in neupravičene. Teh je zaradi narave starosti kot prepovedane podlage malo, prepoved diskriminacija pa se nanaša na omejene situacije. Vendar to ne zadostuje za spregled splošnega in abstraktnega pravnega načela »prepovedi diskriminacije glede na/zaradi starosti«.

4. RAZUMEVANJE KONCEPTA STAROSTI

Starost je osebna okoliščina *sui generis*, ki je zunaj kontrole posameznika, kar bi praviloma zahtevalo strožjo presojo, vendar je okoliščina, ki zgodovinsko ni potisnila nobene družbene skupine v slabši položaj, kot velja na primer za pod-

⁴³ To še zlasti velja za presojo pred Vrhovnim sodiščem ZDA, saj je za upravičenost razlikovanja glede na starost treba izkazati zgolj razumno povezavo do legitimnega javnega (državnega) interesa. To je tudi posledica dejstva, da sodi starost v tretji razred prepovedanih podlag za diskriminacijo, kjer je presoja upravičenega razlikovanja manj stroga, normalna. Te podlage nimajo zgodovinskega ozadja, prav tako pa obstaja povezava med podlago in sposobnostjo posameznika. Vrhovno sodišče ZDA je v še vedno aktualni zadevi *Massachusetts Board of Retirement proti Murgia*, 427 U.S. 307, 1976 (v M. Sargeant, nav. delo (2006), str. 4.) celo sprejelo stališče, da »**starost** [kronološko višja starost] ne opredeljuje ločene, samostojne ali omejene skupine [...], ki potrebuje posebno zaščito pred večinskim političnim procesom. Je namreč stopnja, ki jo bo dosegel vsak od nas, če živimo normalno življenjsko dobo.«

lage, kot sta spol in rasa. Vrhovno sodišče Kanade je pri starosti kot prepovedani podlagi celo poudarilo, da ta skupina ni bila izpostavljena »namerni slabši obravnavi skozi zgodovino ali bila podvržena predsodkom o nezmožnosti, ki so temeljili na nekih stereotipih, ki niso nujno izraz njihove sposobnosti«. ^{44, 45}

Starost je tudi abstraktna in kompleksna lastnost slehernega posameznika, saj nihče ne more uiti poteku kronološke ure. Kot podlaga je spremenljiva, dinamična in statična – staranje kot proces je gotovo, neizbežno dejstvo. Vsi smo deležni tako pozitivnih kot tudi negativnih posledic (vendar različno, saj je staranje, čeprav poteka z isto hitrostjo, nepredvidljivo v učinkih na posameznike) različnih življenjskih obdobj, zato ne sproža toliko negativnih čustev kot nekatere druge podlage, ki so kulturno in zgodovinsko pogojene, na primer versko prepričanje ali spol.

Zaradi lastnosti, ki bodo predstavljene v nadaljevanju, se diskriminacija glede na starost presoja manj strogo. Starost velikokrat deluje negativno v povezavi s preostalimi prepovedanimi podlagami in kot pospeševalec (in povzročitelj) večkratne diskriminacije (na primer starejše ženske ali starejši istospolno usmerjeni). Na to je treba biti pozoren, saj je treba to upoštevati pri presoji, da ne bo starost izgovor za manj strogo presojo tam, kjer ta ni na mestu. Ker nam zakonodaja ne ponudi opredelitve starosti, jo je treba razumeti v najširšem možnem smislu. Tako je prepovedana diskriminacija na konkretni, dejanski, absolutni, relativni, kronološki, biološki, domnevni in še kateri vrsti starosti. Starosti tako ne gre razumeti kot absolutne (ali konkretne) starosti, temveč je slednja lahko tudi relativna, na primer starostna razlika ali razkorak med posamezniki. ⁴⁶ Obstajajo izjeme, pri katerih je zaščita omejena na določeno starostno strukturo ali skupino (na primer že omenjena ADEA v ZDA ⁴⁷). Presoja je posledično prožna, starost pa ni zaščiten.

Najširša možna zaščita se zrcali v dejstvu, da je starost edina prepovedana podlaga za diskriminacijo, po kateri je zaščiten sleherni posameznik, saj spada sleherni posameznik v krog zaščitenе skupine – tako bi moralo veljati vsaj za zakonodajo, ki temelji na ustavnopravnem razumevanju prepovedi diskriminacije brez nepotrebnih omejitev. Vendar je namen zaščititi šibkejše pripadnike družbe pred neupravičenim razlikovanjem in ne vseh. Vsaka starostna (pod)skupina se sooča s svojimi težavami – posameznik v nekem časovnem

⁴⁴ *Massachusetts Board of Retirement v Murgia*, 427 US 307, 1976, točka 313. Podrobneje v H. Eglit, nav. delo, str. 884.

⁴⁵ M. Connolly, nav. delo, str. 22–24.

⁴⁶ Podobno trditev je zagovarjala pravobranilka Sharpston v mnenju k zadevi C-427/06, *Bartsch*, z dne 23. septembra 2008, točke 96–98.

⁴⁷ Age Discrimination in Employment Act of 1967 (Pub. L. 90-202).

obdobju lahko pripada zgolj eni. Starostne skupine med seboj so zelo različne – po sposobnostih (na primer nimajo vse poslovne sposobnosti), izkušnjah, pridobljenih pravicah itd. Edino logično je, da je razlikovanje med njimi dopustno; navsezadnje je treba različno obravnavati različno. Seveda se posamezniki po izkušnjah, sposobnostih itd. razlikujejo tudi znotraj starostnih skupin. Iz te preproste logike izhaja dejstvo, da so razlikovanja med starostnimi skupinami dopustna, kolikor niso arbitrarna oziroma kolikor meja, ki je določena za razlikovanje, ni arbitrarno določena, temveč je razumna, sledi nekemu legitimnemu cilju in razlikovanje ni nesorazmerno v smislu, da je tako, ki je nujno potrebno in primerno.

Vrhovno sodišče Kanade razume starost kot enako pomembno prepovedano podlago vendar narava starosti zahteva drugačno, različno obravnavo. Ne gre za razmerje bolj/manj pomembne, hierarhično višje/nizje, več/manj vredne podlage, temveč za različnost med podlagami. Načelo enakosti med različnimi podlagami se zrcali v tem, da se lahko različne podlage obravnava različno. Vrhovno sodišče Kanade starost obravnava kot enakovredno preostalim podlagam, presoja upravičenosti različnega obravnavanja na njeni podlagi pa je presojana manj strogo in bolj prožno, upoštevajoč njeno specifično naravo.

5. SPREMEMBA V PRISTOPU IN STAROSTNE OMEJITVE

Primarno so bile različne oblike pozitivne diskriminacije in varstvo pred diskriminacijo vezani na ogrožene in šibkejše družbene skupine, kot so otroci (oziroma ponekod tudi mladoletne – v odnosu do polne poslovne sposobnosti) in starejši (na primer starejši delavci). Demografske spremembe zahtevajo premislek o tem, katere starostne skupine v družbi, v kateri prevladujejo starejši posamezniki, so tiste, ki potrebujejo (dodatno) zaščito, saj so starejši posamezniki tisti, ki bodo imeli (oziroma že imajo) tako politično kot tudi materialno moč v družbi in nikakor niso več »ogrožena« manjšina, temveč družbena večina. Zavržiti je treba stereotype o nesposobnosti ali nezmožnosti starejših, saj to ne more biti več merilo za dodatno zaščito.

Starost ima časovni in univerzalni element ter ne spada v kategorijo zaščite šibkejših manjšin.⁴⁸ S potekom časa gre namreč vsak posameznik (praviloma) skozi celotno življenjsko obdobje normalnih starosti.

Odstranitev »konkretne« starosti (na primer nad 40 let) pomeni odstop od klasičnega delovnopravnega odnosa do diskriminacije glede na starost, katerega poglobljena namena sta spodbujanje ohranitve in participacije na aktivnem

⁴⁸ C. Jolls, nav. delo, str. 64.

trgu dela starejših ali vzpostavitev starostno mešane delovne sile (na primer z obveznim upokojevanjem in ohranitvijo zaposlitve starejših). Odstranitev starostnih omejitev je korak v smeri ustavnopravnega koncepta prepovedi diskriminacije, ki razume prepoved diskriminacije glede na starost neodvisno od starosti, saj priznava, da je lahko sleherni posameznik žrtev svoje dejanske ali domnevne starosti ali mladosti na različnih družbenih področjih na način, ki krši njegovo dostojanstvo – cilj je zaščita dostojanstva posameznika pred različnimi stereotipi in predsodki.

Problem ni v starostnih mejah tam, kjer so te upravičene, problem so starostne meje, ki niso upravičene in za katere ni nobene prepričljive potreba po njihovem obstoju. Drugi problem je v situacijah, v katerih je starostna meja upravičena v določitvi konkretne starosti. Tu je potrebna določena mera diskrecije, pri čemer je treba paziti, da se ne ruši družbeno medgeneracijsko ravnotežje – da se čezmerno ne obremeni zgolj ene generacije. Danes so te generacijske delitve presežene. Pristop, ki nekaterim starostnim skupinam zagotavlja privilegije, drugim pa obveznosti, je zastarel.

Kako je mogoče, da smo v različnih obdobjih svojega življenja podvrženi različni zaščiti pred zakonom? Včasih se je ščitilo le določeno starostno skupino, na primer otroke, starejše delavce kot ranljivo oziroma šibkejšo družbeno skupino – zdaj so po ustavah zaščiteni vsi. Kronološka starost posameznika ni nikoli abstraktna ali relativna, temveč je konkretna, njeni učinki na posameznike pa so lahko relativni, saj starost na različne posameznike različno učinkuje, različno pa se lahko oziroma celo mora obravnavati različno. Starost kot merilo oziroma podlaga za razlikovanje temelji predvsem na domnevah in posploševanju ter ocenjevanju učinkov na vse brez upoštevanja konkretnih in posamičnih situacij. Tako povzroči prav to, čemur se prepoved diskriminacije poskuša izogniti, in sicer razlikuje na podlagi nekih stereotipov in predsodkov, ki so pri posameznikih lahko daleč od resničnega stanja, in povzroči na ravni posameznika neupravičeno razlikovanje, saj slednji trpi negativne posledice na podlagi neresničnih domnev. Posledično sposobnejši posamezniki postanejo žrtve »manj oziroma nesposobne« večine. Primerno bi bilo, da prvi dokažejo svojo sposobnost, da se jim prizna določene pravice brez posega v njihovo dostojanstvo zaradi neupravičenega pripisovanja nesposobnosti. To je svojevrsten pristop, ko štiti večino na račun manjšine.

6. PRESOJA USTAVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE

Ustavo sodišče se je večkrat srečalo z vprašanjem diskriminacije glede na starost. Običajno je starost pomenila omejitev za zasedbo nekega delovnega mesta

ali funkcije (visokošolskega učitelja, sodnika mednarodnih sodišč, tožilca).⁴⁹ Nedvomno najpomembnejša zadeva je U-I-146/12-35,⁵⁰ ki jo je sprožil Varuh človekovih pravic, ki je izpodbijal 188. člen Zakona za uravnoteženje javnih financ (ZUJF)⁵¹ zaradi kršitve prepovedi diskriminacije na podlagi spola in starosti iz 14. člena (načelo enakopravnosti) Ustave RS v povezavi z 49. (svo-boda dela) in 66. členom (avtonomija državnih univerz in visokih šol) Ustave RS. Ustavno sodišče je ugotovilo diskriminacijo glede na spol, ne pa glede na starost. Ustavno sodišče je poudarilo, da je »prepoved diskriminacije univer-zalno mednarodnopravno načelo«⁵² ter da:

»je obstoj načela prepovedi diskriminacije na podlagi starosti kot splošno načelo prava Unije, ki je bilo na področju zaposlovanja in dela konkretizirano z Direktivo 2000/78/SE in Direktivo 2006/54/ES, [...] priznalo tudi SEU«

in da Okvirna direktiva:

»državam članicam pušča široko polje presoje za upravičeno različno obravnavanje na podlagi starosti na področju zaposlovanja in trga dela, saj se v nacionalnem pravu lahko predvidijo primeri različnega obravnavanja zara-di starosti«,

če so ti objektivno in razumno utemeljeni z legitimnim ciljem, načini uresničevanja pa so nujni in primerni. Ključna za presojo sta bila 1. ustavno dopusten cilj in 2. skladnost z načelom sorazmernosti⁵³ kot enim od načel pravne države. Ustavno sodišče vidi temeljni namen ZUJF v »zagotovitvi vzdr-žnosti javnih financ in zmanjšanju izdatkov proračuna«. Cilj zakonodajalca naj bi bil deloma doseči zmanjšanje števila zaposlenih v javnem sektorju, deloma pa spremeniti starostno strukturo javnih uslužbencev.⁵⁴ Obstoj več ciljev ne

⁴⁹ Tako se je Ustavno sodišče Republike Slovenije srečalo z vprašanjem obveznega upokojevanja univerzitetnih profesorjev in tožilcev v zadevah U-I-22/94 z dne 25. maja 1995, Ur. l. RS, št. 13/94, 39/95, Odl. US IV, 52, U-I-292/05 z dne 14. decembra 2006 in U-I-146/12-35 z dne 14. novembra 2013. Zgornja dovoljena starost za opravljanje poklica pa ni edina sporna starostna omejitev. Včasih so sporne tudi spodnje oziroma minimalne omejitve za zasedbo nekega položaja ali delovnega mesta. Glede minimalnega starostne-ga pogoja v Republiki Sloveniji za sodnike mednarodnih sodišč glej zadevo U-I-120/04, z dne 1. julija 2004, Ur. l. RS, št. 82/04 in Odl. US XIII, 52.

⁵⁰ Odločba U-I-146/12-35 z dne 14. novembra 2013.

⁵¹ Ur. l. RS, št. 40/2012. Člen 188 ZUJF je določil novo obliko prenehanja pogodbe o zaposlitvi za javne uslužbenke.

⁵² Odločba U-I-146/12-35 z dne 14. novembra 2013, točka 28.

⁵³ Podrobneje o načelu sorazmernosti v ustavnosodni presoji glej Aleš Novak, Predpostavke načela sorazmernosti v ustavnosodnem odločanju, v (Ustavno)sodno odloča-nje, Matej Acceto, Marijan Pavčnik in Aleš Novak (ur.), GV Založba, Ljubljana 2013, str. 103–182.

⁵⁴ Odločba U-I-146/12-35 z dne 14. novembra 2013.

sme odvrniti od dejstva, da je varčevanje prevladujoči cilj, rdeča nit ZUJF, kar izhaja že iz naslova zakona. Morda ZUJF zasleduje tudi druge cilje, ki jih je mogoče najti z inventivno razlago, vendar je dejstvo, da je varčevanje prevladujoči. Za druge bi morali obstajati prepričljivi argumenti, ki bi jih dejstva in izkazane posledice podpirale (česar pri uravnoteženju starostne strukture ni). Podatki iz Centralne kadrovske evidence organov državne uprave (so pomanjkljivi, saj zajemajo le približno četrtino vseh javnih uslužbencev) ne govorijo v prid medgeneracijski razporeditvi delovnih mest ter ugodni in spremenjeni starostni strukturi javnih uslužbencev. Kot legitimen cilj, ki upravičuje različno obravnavanje glede na starost, pa je vzdržnost javnih financ lahko le v komplementarnem odnosu z drugimi legitimnimi cilji, ki morajo biti prepričljivo izkazani in ne nepomembni. Ustavno sodišče je zavzelo stališče o obstoju več ciljev, saj po praksi SEU sklicevanje oziroma »soobstoj več ciljev ne ovira obstoja legitimnega cilja«, kar pomeni, da je Ustavno sodišče poleg cilja zagotovitev vzdržnih javnih financ upoštevalo tudi cilj vzpostavitve ugodne starostne strukture javnih uslužbencev in cilj preprečitve morebitnih sporov o sposobnosti zaposlenega za opravljanje dela po določeni starosti.⁵⁵ Poleg varčevanja in menjave generacij je po mnenju sodišča tretji cilj »preprečitev sporov o tem, ali je zaposleni sposoben opravljati delo po določeni starosti«, kar:

»lahko pomeni hud poseg v osebno integriteto zaposlenih, ki so bili v svoji aktivni dobi lahko zelo uspešni, pa jim pešanje moči v starosti onemogoča doseganje minimalnih delovnih rezultatov, s čimer se težko sprijaznijo«.⁵⁶

Ustavno sodišče je zgrešeno določilo za legitimni cilj nekaj, kar ščiti manjšino, ki morda ni več sposobna kakovostno opravljati svojega dela in je stereotipno sklepalo ter posplošilo domnevo, da sposobnost upade pri vseh starejših delavcih. Starost ne sme biti merilo za sposobnost; če nekdo ni sposoben opravljati dela, je po Zakonu o delovnih razmerjih razlog za redno odpoved pogodbe o zaposlitvi nesposobnost. Težko zagovarjam stališče, da je cilj legitimen, saj s tem izgubimo kakovostne javne uslužbenke zgolj zaradi dejstva, ker so dosegli neko starost. Tako je kršena osebna integriteta (in dostojanstvo) sposobnim javnim uslužbencem, ki so se prisiljeni upokojiti (ali zaposliti zunaj javnega sektorja) na podlagi golega dejstva, da so dosegli neko starost. Ustavno sodišče v odločbi meni, »da poseg v pravico do nediskriminacijskega obravnavanja sledi ustavno dopustnim ciljem in s tega vidika ni nedopusten«.⁵⁷ Ukrep obveznega upokojevanja bi bil primeren, če ne bi bilo hkratne omejitve zaposlovanja, kar ima negativne posledice predvsem za mlade, ki vstopajo na trg

⁵⁵ Prav tam, točka 48.

⁵⁶ Prav tam, točka 54.

⁵⁷ Prav tam, točka 55.

zaposlovanja in dela, ter za že zaposlene mlade, ki se jih dodatno obremenjuje. Poleg tega se dodatno obremenjuje pokojninsko blagajno, ki jo bodo morali vzdrževati mladi.

Zanimiva in vredna podrobnejše obravnave so tri odklonilna ločena mnenja, ki nakazujejo na neenotno razumevanje prepovedi diskriminacije in služijo s svojimi argumenti kot pomemben prispevek k morda različnemu razumevanju prepovedi diskriminacije od večinskega stališča Ustavnega sodišča. Sodnica dr. Etelka Korpič-Horvat meni, da prenehanje delovnega razmerja (obvezna upokojitve) ni nujna niti potrebna, temveč celo škodljiva in nesorazmerna. Nesorazmernost ukrepa se ne kaže zgolj v finančnih posledicah, temveč je treba upoštevati tudi »nepremoženjski vidik, ker gre za poseg v ustvarjalne sposobnosti človeka, v njegovo bistvo, v osebnost, v poseg v njegovo dostojanstvo.«⁵⁸ Po mnenju sodnice dr. Jadranke Sovdat v obravnavani zadevi gre za diskriminacijo glede na starost, »ki z večinsko odločitvijo ostaja v pravnem redu.«⁵⁹ Ustavno sodišče je zadržano oziroma restriktivno presojalo vsebino prepovedi diskriminacije glede na starost. Kljub obsežni razpravi in razlagam, ki so nam na voljo v obravnavani zadevi, iz odločbe ni mogoče razbrati bistvenih ustavnopravnih konceptov prepovedi diskriminacije glede na starost, saj je večina razprave usmerjena v (selektivno) uporabo prakse SEU. Na posameznih delih – predvsem tistih, ki se sklicujejo na človekovo dostojanstvo, razmerje in ravnotežje med generacijami in starostnimi skupinami ipd. – je mogoče zaznati indice, ki nakazujejo smer za prihodnje razprave. Prepričljivo argumentirana ločena mnenja najmanj vzbujajo dvom v sprejeto večinsko odločitev, ki bi bila verjetno v spremenjenih družbenih okoliščinah (neobstoj finančne in gospodarske krize) drugačna.

7. DOSTOJANSTVO, STAROST, INDIVIDUALIZIRANA OBRAVNAVA IN SKLEPNE UGOTOVITVE

Koncept dostojanstva je bil vedno (vsaj) v delu temelj modernih političnih in moralnih teorij vse od časa razsvetljenstva.⁶⁰ Človeška bitja so si enaka po dostojanstvu in enakovredna, kar je moderno razumevanje enakosti. Moralna enakost človeških bitij pa izhaja iz pridobitev razsvetljenstva.⁶¹ Vsem ljudem, ne glede na morebitne biološke ali drugačne razlike, pripada enako dostojan-

⁵⁸ Prav tam, točka 18.

⁵⁹ Odklonilno ločeno mnenje sodnice dr. Jadranke Sovdat k odločbi št. U-I-146/12 z dne 14. novembra 2013, točka 1.

⁶⁰ Herbert Spielberg, *Human Dignity: A Challenge to Contemporary Philosophy*, 9 *Philosophy Forum* 39, 1971, v: D. G. Réaume, nav. delo, str. 675.

⁶¹ R. Etinski, I. Krstić, nav. delo, str. 31.

stvo. Hkrati se poskuša »vsebinsko« vsebinske enakosti zapolniti s sklicevanjem na človekovo dostojanstvo, saj naj bi diskriminacija pomenila kršitev dostojanstva tistim posameznikom, ki so različno obravnavani na podlagi nekaterih osebnih okoliščin.⁶² Včasih lahko v poskusu podajanja opredelitve enakosti s pomočjo dostojanstva izgubimo kompas ter se znajdemo v blodnjaku še bolj abstraktnega pojma in njegovih pomenov. Abstraktnost človekovega dostojanstva ima tako različne pomene za različne sodnike.⁶³

Dostojanstvo, ki pripada slehernemu človeku, ima pomembno vlogo pri pojasnjevanju naše zavezanosti k načelu enakosti. Ker vsem pripada (enako) dostojanstvo, nam to daje povod, da vse posameznike obravnavamo enako. Človekove lastnosti (na primer razum) so tiste, zaradi katerih se človeku pripisuje dostojanstvo.⁶⁴ Bistvo ustavnopravne prepovedi diskriminacije glede na starost pa je prav v varovanju posameznikovega dostojanstva, ki ga slednji uživa in mu pripada ne glede na starost.⁶⁵ Je temelj pri analizi (predvsem vsebinske) enakosti.⁶⁶ Starost sama po sebi kot podlaga za razlikovanje ne povzroča (pre) močnih negativnih čustev.

Veliko starostnih mej je ključnih v posameznikovem življenju, saj vplivajo na njegove pravice in obveznosti. Meje so praviloma široko družbeno sprejemljive in imajo dolgo časovno oziroma zgodovinsko ozadje. Zrelost, ki je tesno povezana s polnoletnostjo, ima zgodovinske vzroke. V določeni starosti – polnoletnosti – se posameznik na podlagi domneve zrelosti šteje za zrelega in polnopravnega člana družbe v smislu, da mu pripadajo pravice in dolžnosti v najširšem obsegu – postane polno poslovno sposoben. Od takrat dalje v celoti sam odgovarja za svoje počette in dejanja. Obstajajo nekatere izjeme, na primer delna poslovna sposobnost. To se spremeni le, če se posamezniku dokaže nesposobnost, ki zanika domnevo sposobnosti. Posameznik lahko namreč kljub izpolnjevanju starostnih pogojev na podlagi odločitve sodišča (p)ostane poslovno nesposoben – tu se pojavi individualiziran pristop oziroma obravnava posameznika. Na abstraktni in splošni zakonski ravni je nemogoče individualizirati starostne meje, saj gre za splošne norme. Te iz takih ali drugačnih praktičnih razlogov temeljijo na posploševanju in domnevah obstoja zrelosti oziroma sposobnosti ob nastopu določene starosti. S tem se nekaterim posameznikom tudi krši dostojanstvo, saj se jih kljub njihovi morebitni dejanski

⁶² Glej S. Fredman, nav. delo (2002), str. 568; in D. G. Réaume, nav. delo, str. 645.

⁶³ E. Grabham, nav. delo, str. 653.

⁶⁴ N. M. Smith, nav. delo, str. 122.

⁶⁵ O transcendentnem oziroma metafizičnem izvoru človekove enake vrednosti in dostojanstva glej tudi M. Cerar, nav. delo, str. 17–29.

⁶⁶ D. G. Réaume, nav. delo, str. 671.

zrelosti šteje za nezrele ali nesposobne. To velja tako za mlajše posameznike, ki se jim ne prizna volilna pravica, kot tudi za starejše, ki se jih »obvezno« upo-koji. Nekateri posamezniki v obeh starostnih skupinah so zato prikrajšani za nekatere pravice na podlagi domnev o njihovi (ne)sposobnosti, ki niso nujno resnične. Posledica posploševanja, ki temelji na predsodkih in stereotipih, je kršitev dostojanstva teh posameznikov, ki so v družbi označeni za nesposobne (na primer opravljati neko delo), čeprav je to morda daleč od resnice. Edina možna rešitev (v praksi sicer težje izvedljiva) je individualiziran pristop, v katerem bi se s testiranjem ali kako drugače pri slehernem posamezniku preverilo njegove sposobnosti za opravljanje nekaterih nalog. Tak pristop je bil vpeljan na primer v povezavi s pridobitvijo vozniškega dovoljenja, ki ga posameznik ne dobi samodejno ob dopolnitvi določene starosti, temveč mora uspešno opraviti tudi »preizkus sposobnosti«. Ti pomisleki jasno pokažejo, zakaj je v razmerju do starosti toliko pomembnejše vprašanje dostojanstva posameznikov kot vprašanje načela enakosti. V odnosu do starosti namreč ni primerno, da posameznike iste starosti obravnavamo enako, saj se posamezniki iste starosti razlikujejo v svojih sposobnostih. Zakonsko predviden individualni pristop je tako edina rešitev, ki bi odpravila kršitve dostojanstva posameznikov, ki so prisotne v družbi zaradi pravno oziroma zakonsko predpisanih splošnih starostnih mej. Dostojanstvo je kršeno posameznikom, ki so različno obravnavani zaradi nekaterih osebnih lastnosti, toda ker pripada vsem posameznikom enako dostojanstvo, moramo praviloma obravnavati vse posameznike enako, ne glede na nekatere osebne lastnosti, ki jih imajo. Starost različno vpliva na sposobnosti posameznikov. Razlikovanje oziroma različno obravnavanje je tu lahko upravičeno. Posledično bi morali v odnosu do starosti dati večjo težo dostojanstvu kot načelu enakosti.

Problem sklicevanja na dostojanstvo je, da je samo dostojanstvo abstrakten pojem. Vprašanje se poraja predvsem v razmerju starost–sposobnost–dostojanstvo. Zanimiv je pristop Vrhovnega sodišča Kanade, ki se vedno, ko ugotovi obstoj diskriminacije glede na starost, sklicuje na dostojanstvo oziroma njegovo kršitev.⁶⁷ Po mnenju Vrhovnega sodišča Kanade:

»enakost pomeni, da naša družba ne more tolerirati zakonskih razlikovanj, ki obravnavajo nekatere ljudi kot drugorazredne državljane, jih ponižujejo, jih imajo za manj sposobne brez dobrega razloga, ali drugače žalijo osnovno človekovo dostojanstvo.«⁶⁸

⁶⁷ D. G. Réaume, nav. delo, str. 648 in 659; in M. Connolly, nav. delo, str. 9.

⁶⁸ Odločba Vrhovnega sodišča Kanade v zadevi *Law v Canada* [1999] 1 SCR 497 točka 51, v: Sandra Fredman, Evropska komisija, Comparative study of anti-discrimination and equality laws of the US, Canada, South Africa and India, str. 51.

Isto sodišče je zavzelo stališče, da je:

»človekovo dostojanstvo ranjeno z nepravilno obravnavo, utemeljeno na osebnih okoliščinah ali lastnostih, ki niso povezane s posameznikovimi potrebami, sposobnostmi ali zaslugami«

in s svojo prakso prepričljivo opredelilo dostojanstvo kot temelj enakosti. Presoja kršitev dostojanstva je neločljiv del ustavne presoje kršitve prepovedi diskriminacije glede na starost.

SEU v svoji praksi, ko presoja prepoved diskriminacije glede na starost, dostojanstvo redko omenja. SEU se zaveda, da podlage vendarle niso enake in so lahko stereotipi, povezani s starostjo, v posamičnih primerih upravičeni – potreba po individualni obravnavi obstaja, vendar je EU ubrala bolj pragmatičen pristop posploševanja (celo) na račun kršenja dostojanstva nekaterih posameznikov. Razlikovanja glede na starost so v družbi (upoštevajoč prakso SEU) potrebna in pogosto upravičena, celo za ceno kršitve dostojanstva posameznikov ali skupine (na primer obvezno upokojevanje), če različno obravnavanje sledi objektivno in razumno utemeljenemu legitimnemu cilju ter so načini uresničevanja tega nujni in primerni.

Individualni testi sposobnosti spremljajo posameznika pravzaprav skozi vse življenje, od različnih testov fizične sposobnosti do preizkusov, izpitov, različnih izpolnjevanj pogojev za vpise na želene izobraževalne ustanove, testov pred zaposlitvijo, ocenjevanja dela med zaposlitvijo, za ugotavljanje možnosti napredovanja itd. V času življenja je posameznik soočen s preizkusi in preizkušnjami, ki jih mora prestati, če želi ohraniti svoj položaj ali napredovati. Taki preizkusi spodbujajo posameznikov razvoj, da ne pride do stagnacije. Težava ni v testiranju posameznikov, na primer pri obveznem upokojevanju, ali so še sposobni opravljati poklic, težava je (lahko) v naravi preizkusa, če bi bil ta sestavljen oziroma oblikovan tako, da bi kršil dostojanstvo posameznikov, ki bi mu bili podvrženi. Ne gre le za dostojanstvo posameznikov, katerih dostojanstvo bi bilo lahko kršeno, če testov ne bi uspešno prestali, temveč je v vsakem primeru kršeno dostojanstvo posameznikov, ki se jim odvzame sama možnost udeležbe na testu, na katerem bi lahko dokazali svojo sposobnost. Tako se tem posameznikom dejansko krši dostojanstvo, saj se jim odvzame neka pravica na podlagi domneve, da so nesposobni opravljati delo, izpitov se ne opravlja, ker bi lahko posegli v dostojanstvo tistih, ki jih ne bi prestali. Ker smo posamezniki skozi vse življenje podvrženi različnim oblikam testiranja, ni nobenega razloga, da se na primer pred upokojitvijo ne bi udeležili še enega testa – vendar bi moral biti ta prostovoljen. Posameznik bi se lahko brez testa upokojil po lastni izbiri, če bi izpolnjeval pogoje za polno pokojnino, lahko pa bi se odločil opraviti test – če bi bili rezultati uspešni, bi posameznik lahko nadaljeval delo.

Taki testi se v samem bistvu ne razlikujejo od testov sposobnosti in ocenjevanj dela v zgodnejših življenjskih in delovnih obdobjih.

V družbi si je treba prizadevati zavreči stereotipe in iskreno poskusiti obravnavati posameznike neodvisno od starosti, kot posameznike, ki si zaslužijo priznanje na podlagi njihovih talentov in sposobnosti, saj spoštovanje dostojanstva slehernega člana družbe zahteva vsaj to.⁶⁹ Namen ustavnega varstva pred diskriminacijo je preprečevanje kršitve osnovnega človekovega dostojanstva in svobode, skozi uvajanje slabših pogojev, stereotipov, družbenih ali političnih predsodkov ter za spodbujanje nastanka družbe, v kateri vsi posamezniki uživajo enako veljavo pred zakonom, kot človeška bitja in člani družbe, enako sposobni in enako vredni skrbi, spoštovanja in upoštevanja.⁷⁰

Kot smo videli, enakost ni enoten koncept, temveč obstajajo različni koncepti, ki se razlikujejo v opredelitvah, odvisno od ciljev, ki jih zasledujemo – Fredman (2003) trdi, da je v odnosu do starosti »temeljni cilj enakosti zagotavljanje enake (možnosti) participacije vseh v družbi, utemeljen na spoštovanju dostojanstva slehernega posameznika.« Enakost v odnosu do starosti vzbudi še posebej kompleksna vprašanja, saj je prepoved diskriminacije na različnih podlagah zgodovinsko služila ukinitvi predsodkov in zaščiti družbeno slabše stoječih manjšin brez politične ali ekonomske moči (temnopolti prebivalci ZDA, ženske itd.). Starost tem merilom ne ustreza. Nekatera razlikovanja niso diskriminatorna, zato je glavni izziv diskriminacije glede na starost spoznanje ločnice med še upravičenim razlikovanjem in diskriminacijo. Cilji enakosti bi morali slediti težnji po uresničevanju možnosti avtonomne odločitve posameznika, varstvu posameznikovega dostojanstva, povečanju participativne demokracije in socialne vključenosti.⁷¹ Bistvo načela enakosti ne glede na starost je tako v spodbujanju človekovega dostojanstva, izbire in participacije.

»V srcu prepovedi diskriminacije se skriva priznanje, da je po naši ustavi treba vsem človeškim bitjem, neodvisno od položaja v družbi, priznati enako dostojanstvo. To je kršeno, ko se posameznika neupravičeno diskriminira.«⁷²

Pragmatičen ekonomski pristop (ohranitev delavcev v zaposlitvi) in vidik človekovih pravic (konec stereotipov in predsodkov ter varstvo dostojanstva) sta pogosto odvisna od situacij, ki jih urejata. Edina alternativa, ki ne krši člove-

⁶⁹ Odločba Vrhovnega sodišča Kanade v zadevi *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483 z dne 6. decembra 1990.

⁷⁰ Sodnik J. Iacobucci v obrazložitvi odločbe Vrhovnega sodišča Kanade v zadevi *Law v. Canada*, [1999] 1 SCR 497, točka 51.

⁷¹ S. Fredman, nav. delo (2003), uvod in str. 37.

⁷² *Kate O'Regan v. S. proti Makwanyane*, 1995 (6) BCLR 665 (CC), točka 329 v B. Hepple, nav. delo, str. 15.

kovega dostojanstva zaradi njegove starosti, je individualna obravnava posameznika ne glede na starost – vse drugo je posploševanje, ki vsaj za manjši del prebivalstva pomeni kršitev dostojanstva. Starost je mlada podlaga brez zgodovinskega ozadja, kompleksna, zapletena, njena vsebina je večinoma še neznanka. Razvoj ustavnopravne prepovedi diskriminacije glede na starost, ki je z roko v roki s človekovim dostojanstvom, je neizogiben.

To, da v teoriji in praksi zadnjih let vse bolj prevladuje ustavnopravno razumevanje prepovedi diskriminacije glede na starost, ki se pri presoji sklicujejo tudi na človekovo dostojanstvo, potrjuje praksa nekaterih najvišjih sodišč (na primer Vrhovno sodišče Kanade),⁷³ ki upošteva spoštovanje človekovega dostojanstvo kot ključen element vsebine prepovedi diskriminacije glede na starost. Do ustaljene prakse nas tako loči le še nekaj korakov.

Literatura:

- Larry Alexander: What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes and Proxies, v: University of Pennsylvania Law Review, 141 (1992) 1.
- Lizzie Barmes: Equality Law and Experimentation: The Positive Action Challenge, v: Cambridge Law Journal, 68 (2009) 3.
- Mark Bell: Anti-Discrimination Law and the European Union. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Allan R. Brewer-Carias: Constitutional Courts as Positive Legislators – A Comparative Law Study. Cambridge University Press, Cambridge 2011.
- Miro Cerar: Narava in pomen človekovih pravic, v: Miro, Cerar, Maja Smrkolj in Jon Jamnikar (ur.): Dokumenti človekovih pravic z uvodnimi pojasnili. Mirovni Inštitut in Društvo Amnesty International Slovenije, Ljubljana 2002.
- Michael Connolly: Discrimination Law. Sweet & Maxwell Ltd., London 2006.
- Howard Eglit: Old Age and the Constitution, v: Chicago-Kent Law Review, 57 (1981) 4.

⁷³ Vrhovno sodišče Kanade je dostojanstvo postavilo kot temelj vsebinske presoje kršitev prepovedi diskriminacije glede na starost, saj je zaščita človekovega dostojanstva temeljni namen zakonodaje, ki prepoveduje diskriminacijo. Tako na primer J. McLachlin v: *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418 o namenu, točka 131: »to prevent the violation of human dignity and freedom by imposing limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics rather than on the basis of merit, capacity, or circumstance.«

- Andrea Eriksson: European Court of Justice: Broadening the Scope of European Nondiscrimination Law, v: *International Journal of Constitutional Law* (Oxford Journals), 7 (2009) 4.
- Rodoljub Etinski, Ivana Krstić: *EU Law on the Elimination of Discrimination*. Maribor, Beograd 2009.
- Sandra Fredman: *Equality: A New Generation*, v: *Industrial Law Journal* (Oxford Journals), 30 (2001) 2.
- Sandra Fredman: *Discrimination Law*. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Sandra Fredman: *Age as an Equality Issue – Legal and Policy Perspectives*. Hart Publishing, Oxford in Portland, Oregon 2003.
- Richard B. Freedman: (Some) Inequality Is Good for You, v: David B. Grusky in Tamar Kricheli – Katz (ur.): *The New Guilded Age – The Critical Inequality Debates of Our Time*. Stanford University Press, Stanford 2012.
- Emily Grabham: *Law v. Canada: New Directions for Equality Under the Canadian Charter*, v: *Oxford Journal for Legal Studies*, 22 (2002).
- Bob Hepple: *Equality – The New Legal Framework*. Hart Publishing, Oxford in Portland, Oregon 2011.
- Cristine Jolls: *Hands-Tying and the Age Discrimination in Employment Act*, v: Michael Selmi (ur.): *Age and Equality Law*, Ashgate Publishing Ltd., London 2013.
- Claire Kilpatrick: *The Court of Justice and Labour Law in 2010: A New EU Discrimination Law Architecture*, v: *Industrial Law Journal* (Oxford Journals), 40 (2011)3.
- Helen Meenan in drugi: *Equality Law in an Enlarged European Union: Understanding the Article 13 Directives*. Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Denise G. Réaume: *Discrimination and Dignity*, v: *Louisiana Law Review*, 63 (2003).
- Malcolm Sargeant: *Age Discrimination in Employment*. Gower Publishing Ltd., London 2006.
- Malcolm Sargeant: *The Law on Age Discrimination in the EU, Studies in Employment and Social Policy*. Kluwer Law International, 2008.
- Dagmar Schiek: *Age Discrimination before the ECJ – Conceptual and Theoretical issues*, v: *Common Market Law Review*, 48 (2011) 3, str. 777–799.
- Steve Scrutton: *Ageism, The Foundation of Age Discrimination*, v: Evelyn McEwen: *AGE – the Unrecognised Discrimination – Views to Provoke a Debate*. Age Concern. London 1990.

Nicholas Mark Smith: Basic Equality and Discrimination – Reconciling Theory and Law, 2011.

Jonathan Swift: Justifying Age Discrimination, v: Industrial Law Journal (Oxford Journals), 35 (2006) 3.

Grega Strban, v: Matej Accetto, Marijan Pavčnik in Aleš Novak (ur.): (Ustavno)sodno odločanje. GV Založba, Ljubljana 2013.

Lovro Šturm (ur.): Komentar Ustave Republike Slovenije. Fakulteta za državne in evropske študije, Kranj 2010.

Verica Trstenjak: Novejša sodna praksa Sodišča EU na področju prepovedi diskriminacije pri zaposlovanju, v: Delavci in delodajalci, X (2010) 2-3.

Minichiello Victor, Jan Browne, Hal Kendig: Perceptions and Consequences of Ageism: Views of Older People, v: Ageing and Society, 20 (2000) 3.

Lisa Waddington in Mark Bell: More Equal Than Others: Distinguishing European Union Equality Directives, v: Common Market Law Review, 38 (2001).

UREDITEV ZASTARANJA ODŠKODNINSKIH TERJATEV ZARADI KRŠITEV KONKURENČNEGA PRAVA V DIREKTIVI 2014/104/EU IN NJENA IMPLEMENTACIJA V PRAVNE REDE DRŽAV ČLANIC

Ana Vlahek,

univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, izredna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

Karmen Lutman,

univerzitetna diplomirana pravnica, LL. M. (Zvezna republika Nemčija), asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

1. UVOD

Dne 26. novembra 2014 sta Evropski parlament in Svet sprejela novo Direktivo 2014/104/EU o nekaterih pravilih, ki urejajo odškodninske tožbe po nacionalnem pravu za kršitve določb konkurenčnega prava držav članic in Evropske unije¹ (v nadaljevanju: Direktiva). Rok za njen prenos v nacionalne zakonodaje se je iztekel 27. decembra 2016. Režim iz Direktive v nekaterih delih pomembno posega v veljavne nacionalne sisteme odškodninskega prava in v ureditev nekaterih, z odškodninskim pravom neločljivo povezanih institutov. Mednje spada tudi zastaranje. Čeprav primerjalnopravni trendi na področju zastaranja težijo k preprosti ureditvi s čim manjšim številom posebnih zastaralnih rokov, bodo pravni redi držav članic, med njimi tudi slovenski, z implementacijo Direktive pridobili nov niz pravil o zastaranju, ki se nanašajo na terjatve za povračilo škode, ki je nastala zaradi kršitev konkurenčnega prava (tj. 101. in 102. člena PDEU in ustrežajočih nacionalnih določb).²

¹ UL L 349, 5. december 2014, str. 1–19.

² V Sloveniji sta to 6. in 9. člen Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-1, Ur. l. RS, št. 36/08 in nasl.). Pri tem je treba opozoriti, da se Direktiva nanaša

Namen prispevka je predstaviti novo ureditev okvirov zastaranja v Direktivi ter analizirati slovensko in primerjalnopravne ureditve zastaranja terjatev zaradi kršitev konkurenčnega prava *de lege lata* in *de lege ferenda*. V ta namen bodo z analizo sodne prakse Sodišča EU in relevantnih dokumentov mehkega prava, izdanih v slabem desetletju pred sprejemom Direktive, prikazani razvoj okvirov zastaranja zaradi kršitev konkurenčnega prava v pravu EU ter ureditev instituta v novi Direktivi in njegov pomen za učinkovito zasebnopravno izvajanje antitrusta. Osrednja vprašanja bodo tako zadevala vrste, začetek teka in dolžino zastaralnih rokov ter zadržanje in pretrganje zastaranja. V delu, ki se nanaša na zastaranje, bodo analizirana aktualna določila (ali njihovi osnutki) implementacijske zakonodaje v različnih državah članicah. Zaradi podaje ocene o stopnji intenzitete »posega« Direktive v obstoječe gabarite zastaranja odškodninskih terjatev zaradi kršitev antitrusta bo predstavljena tudi veljavna (večinoma splošna) ureditev zastaranja odškodninskih terjatev v izbranih državah. Posebno poglavje je namenjeno analizi ureditve zastaranja odškodninskih terjatev zaradi kršitev konkurenčnega prava v veljavni in v načrtovani slovenski zakonodaji.

2. UREDITEV ZASTARANJA V DIREKTIVI

Pred sprejetjem Direktive, ki je določila okvire nacionalnih ureditev zastaranja odškodninskih zahtevkov zaradi kršitev konkurenčnega prava, je na pravila o zastaranju s tega področja pomembno vplivalo Sodišče EU s sodbo iz leta 2006 v zadevi *Manfredi*.³ V njej je poudarilo, da je določitev rokov za zastaranje odškodninskih zahtevkov zaradi kršitev konkurenčnega prava zaradi odsotnosti pravil Skupnosti v domeni držav članic, pri čemer morajo te upoštevati načeli enakovrednosti in učinkovitosti. Ozirajoč se na okoliščine predložitvenega primera, je dodalo, da morajo v tem pogledu nacionalna sodišča preveriti, ali nacionalni predpis, na podlagi katerega začne teči zastaralni rok za vložitev odškodninskega zahtevka za škodo, ki jo je povzročil omejevalni sporazum ali ravnanje, prepovedano z 81. členom PES (danes 101. člen PDEU), od dneva sprejetja omejevalnega sporazuma ali prepovedanega ravnanja, zlasti če je v tem nacionalnem predpisu določen tudi kratek zastaralni rok, ki ga ni mogoče prekiniti, praktično onemogoča ali bistveno oteži izvrševanje pravice do odškodninskega

samo na primere kršitev evropskega (in hkrati nacionalnega) antitrusta, ne pa tudi na primere, ko je kršen samo nacionalni antitrust, pri čemer je treba dodati, da države članice unijsko ureditev na področju antitrusta praviloma razširijo tudi na primere izključne uporabe nacionalnega antitrusta. Več o tem glej Ana Vlahek: Novosti na področju odškodninskih tožb zaradi kršitev evropskega antitrusta, v: *Pravnik*, 71 (2016) 7-8, str. 553–555.

³ Sodba z dne 13. julija 2006, *Vincenzo Manfredi proti Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461.

zahtevka za nastalo škodo. Pojasnilo je, da pri takih trajajočih in ponavljajočih se kršitvah ni izključeno, da zastaralni rok preteče celo, preden je kršitve konec, in da v tem primeru za oškodovanca ne bi bilo mogoče, da bi po izteku tega roka še lahko vložil tožbo.⁴ V procesu oblikovanja ustrezne ureditve zastaranja v Direktivi je bilo večkrat poudarjeno, da imajo zastaralni roki pomembno vlogo pri zagotavljanju pravne varnosti, vendar hkrati deloma ovirajo uspešno uveljavitev odškodninskih zahtevkov.⁵ Bela knjiga iz leta 2008 je pri tem (očitno po vzoru sodbe v zadevi *Manfredi*) opozarjala zlasti na primere trajajočih ali ponavljajočih se ravnanj,⁶ pri katerih oškodovanec razmeroma pozno izve za kršitev. Komisija je zato v Beli knjigi predlagala tako ureditev, po kateri zastaranje ne začne teči, dokler kršitev ne preneha in oškodovanec ne ve in tudi ne bi mogel vedeti za kršitev in nastanek škode.⁷ Drugi sklop obravnave zastaranja v Beli knjigi pa se je nanašal na vpliv teka javnopravnega postopka na zastaralni rok. Komisija se je tu (drugače kot v Zeleni knjigi iz leta 2005,⁸ ki je obravnavala le zadržanje⁹) zavzela za pretrganje zastaranja in zapisala, da bi moral nov zastaralni rok, ki traja najmanj dve leti, začeti teči po pravnomočnosti javnopravne odločbe.¹⁰

Nova direktiva vprašanje zastaranja odškodninskih zahtevkov zaradi kršitev evropskega antitrusta ureja v 10. členu. Komisija in evropski zakonodajalec sta očitno presodila, da nacionalna pravila o zastaranju (čeprav so omejena z načeloma učinkovitosti in enakovrednosti) ne zadoščajo za učinkovito zasebnopravno izvajanje evropskega antitrusta in da je treba ureditve zastaranja na tem področju po državah članicah vsaj deloma poenotiti. Čeprav se na področju konkurenčnega prava sicer sprejemajo uredbe, je bil izbor vrste sekundarnega akta pričakovan, saj je EU z urejanjem tega področja posegla v tradicionalno vsebino nacionalnih sistemov civilnega prava.

Direktiva v prvem odstavku 10. člena državam članicam nalaga obveznost, da v skladu z njo uzakonijo pravila o zastaranju odškodninskih zahtevkov, ki

⁴ Točke 77–82 obrazložitve in točka 4 izreka sodbe v zadevi *Manfredi*. Enako splošno opredelitev je podal generalni pravobranilec Geelhoed v sklepnih predlogih v tej zadevi z dne 26. januarja 2006, točka 61.

⁵ Tako na primer v Beli knjigi o odškodninskih tožbah zaradi kršitve protimonopolnih pravil ES, {SEC(2008) 404 SEC(2008) 405 SEC(2008) 406}, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52008DC0165>> (12. 1. 2017), str. 8.

⁶ Pri tem Bela knjiga primeroma navaja kartelne dogovore.

⁷ Bela knjiga, str. 8.

⁸ Zelena knjiga Odškodninske tožbe zaradi kršitve protimonopolnih pravil ES {SEK(2005) 1732}, 19. december 2005, KOM(2005) 672 konč., <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52005DC0672>> (12. 1. 2017).

⁹ To je bilo njeno edino vprašanje v zvezi z zastaranjem (vprašanje M). Zelena knjiga, str. 11.

¹⁰ Bela knjiga, str. 9.

določajo začetek teka zastaralnih rokov, njihovo dolžino in okoliščine, v katerih je zastaranje zadržano oziroma pretrgano. Drugi odstavek se nanaša na začetek teka zastaralnih rokov in določa, naj zastaranje ne začne teči, dokler kršitev konkurenčnega prava ne preneha in upnik ne ve oziroma mu ni mogoče očitati, da bi moral in mogel vedeti za ravnanje dolžnika, okoliščino, da tako ravnanje pomeni kršitev konkurenčnega prava, nastanek škode ter identiteto kršitelja. Direktiva tako za začetek teka zastaranja določa kombinacijo objektivnega in subjektivnega trenutka. Kot objektivno navezno okoliščino za začetek teka zastaranja Direktiva določa, naj zastaranje ne teče, dokler kršitev ne preneha. Kot subjektivni element za začetek teka zastaranja Direktiva predpostavlja upnikovo zavedanje o navedenih okoliščinah, alternativno pa določa t. i. kriterij možnosti odkritja (angl. *discoverability criterion*).¹¹ V skladu s tem kriterijem za začetek teka zastaranja zadošča, da je od upnika razumno pričakovati, da bi vedel za obstoj kršitve, škodo in povzročitelja. Na področju evropske zakonodaje vsebuje podobno dikcijo 10. člen Direktive o odgovornosti za proizvode z napako,¹² v skladu s katerim začne teči (triletni) zastaralni rok z dnem, ko je oškodovanec izvedel ali bi moral izvedeti za škodo, napako in identiteto proizvajalca. Ureditev, po kateri začne zastaranje teči ne le takrat, ko upnik dejansko ve za okoliščine, ki utemeljujejo nastanek zahtevka, temveč tudi takrat, ko bi zanje moral vedeti, precej olajša dolžnikovo breme v zvezi z dokazovanjem začetka teka zastaranja. Za začetek teka zastaranja določajo »kriterij možnosti odkritja« številne nacionalne zakonodaje držav članic, pri teku zastaralnih rokov pa ga upoštevajo tudi smernice modelnih zakonikov (Načela evropskega pogodbenega prava – PECL¹³ in Osnutek skupnega referenčnega okvira – DCFR¹⁴).

Direktiva nadalje v tretjem odstavku določa, da znaša zastaralni rok najmanj pet let. Petletni zastaralni rok, kot spodnja meja predpisanega trajanja, je v skladu s primerjalnopravnimi smernicami, ki narekujejo razmeroma kratke subjektivne splošne zastaralne roke v trajanju od dveh do šestih let.¹⁵ Direktiva kot sredstvo harmonizacije določa le minimalno trajanje zastaralnega roka, pri čemer je dokončna določitev dolžine zastaralnega roka v gabaritih pet ali več let prepuščena nacionalnim zakonodajalcem. Na prvi pogled se zdi, da

¹¹ Reinhard Zimmermann: *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge University Press, Cambridge 2002, str. 92.

¹² Direktiva 85/374 Sveta z dne 19. julija 1985 o približevanju zakonov in drugih predpisov držav članic v zvezi z odgovornostjo za proizvode z napako, UL L 210.

¹³ Člen 14.301 PECL.

¹⁴ Člen III. – 7:301 DCFR.

¹⁵ Glej Karmen Lutman: *Primerjalni vidiki zastaranja terjatev*, v: *Pravni letopis*, (2015), str. 220.

bodo ti lahko dolžino zastaralnega roka vsaj v tem okviru prilagodili veljavnim nacionalnim sistemom zastaranja, vendar natančnejša analiza, ki je predstavljena v nadaljevanju, pokaže, da so se države večinoma odločile za določitev najkrajšega dopustnega roka, tj. petletnega roka, saj daljših primerljivih rokov večinoma niti ne poznajo.

Četrty odstavek 10. člena Direktive določa, naj države članice določijo tako ureditev, v kateri je zastaranje zadržano ali pretrgano (izbira je s tem prepuščena nacionalnemu zakonodajalcu), če organ, pristojen za konkurenco, sprejme ukrep za namen preiskave ali postopka zaradi kršitve konkurenčnega prava, s katerim je povezana odškodninska tožba. Pretrganje oziroma zadržanje zastaranja preneha najprej eno leto po pravnomočnosti odločbe o kršitvi ali drugačnem zaključku postopka.

Na sistem zastaranja se nanaša tudi 36. uvodna izjava Direktive, ki poudarja, naj nacionalna pravila o zastaranju čezmerno ne otežijo vlaganja odškodninskih tožb po tej direktivi. Preambula posebej izpostavlja, da je to pomembno pri tistih tožbah, ki temeljijo na ugotovitvi pristojnih organov ali sodišča, da je prišlo do kršitve konkurenčnega prava (t. i. *follow-on* tožbe). Zaradi tega naj države članice zagotovijo tako ureditev zastaranja, po kateri bo mogoče vložiti odškodninsko tožbo tudi po koncu postopka pred pristojnimi organi za varstvo konkurence. Direktiva v tej uvodni izjavi dopušča tudi možnost, da države uzakonijo »absolutni zastaralni rok«, vendar pod pogojem, da ta ne onemogoči ali bistveno oteži uveljavitve pravice do polne odškodnine.

V nadaljevanju tega prispevka so najprej na kratko predstavljeni obstoječi sistemi zastaranja odškodninskih zahtevkov izbranih držav, nato pa osnutki implementacije pravil o zastaranju iz Direktive. Taka primerjava namreč omogoča lažje razumevanje posameznih odločitev nacionalnih zakonodajalcev za ureditev pravil o zastaranju odškodninskih terjatev zaradi kršitev konkurenčnega prava. Omogoča tudi presojo intenzitete »posega« Direktive v veljavne nacionalne ureditve zastaranja odškodninskih terjatev.

3. PRIMERJALNOPRAVNI VIDIKI ZASTARANJA ODŠKODNINSKIH TERJATEV

Splošne ureditve zastaranja v posameznih državah se med seboj precej razlikujejo, kar je zlasti posledica drugačnih pogledov na vprašanje, kateremu od interesov, ki jih zasleduje institut zastaranja, dati v posameznem primeru večjo težo. Zastaranje tradicionalno zasleduje javni interes ter interes dolžnika v smislu varnosti pred večno negotovostjo, nekateri instituti v okviru zastaranja, kot so na primer zadržanje, pretrganje in subjektivne okoliščine za začetek teka

zastaralnega roka, pa upoštevajo tudi interese upnika in so v različnih pravnih redih različno poudarjeni. Pravni redi se razlikujejo tudi glede na to, kako razpršena je ureditev zastaranja in koliko posebna pravila zastaranja odstopajo od splošnih. Primerjalnopravni trendi na področju zastaranja govorijo v prid čim večjega poenotenja zastaralnih rokov, tako da bi splošni zastaralni rok veljal za čim več različnih zahtevkov, med drugim tudi za odškodninske zahteve. Smernice evropskih modelov nakazujejo, da naj bi se ta gibal med dvema in šestimi leti,¹⁶ pri čemer naj bi bil najustreznejši triletni splošni zastaralni rok.¹⁷ Ta naj bi začel teči s subjektivno določenim trenutkom (ko upnik izve za okoliščine, ki utemeljujejo nastanek zahtevka, in osebo dolžnika). Protiutež krajšemu subjektivnemu roku je daljši objektivni zastaralni rok (angl. *long-stop period*), ki naj bi znašal od deset do trideset let, pri čemer naj bi bil tridesetletni rok primeren le za zahteve zaradi posega v osebne dobrine.¹⁸ Objektivni rok, po poteku katerega zahtevek zastara v vsakem primeru (tj. ne glede na obstoj subjektivnih okoliščin, ni pa povsem jasno, ali tudi ne glede na obstoj razlogov za zadržanje in pretrganje), zasleduje zlasti interes pravne varnosti in hkrati ščiti dolžnika pred večno negotovostjo o tem, ali bo upnik uveljavljal svoj zahtevek. Čeprav objektivni rok zasleduje pravno varnost, saj je razmeroma jasno, kdaj bo zastaranje nastopilo, Zimmermann navaja obstoj vsaj dveh primerov, v katerih je utemeljeno zadržanje tudi tega objektivnega roka. To sta zadržanje zastaranja za čas sodnega postopka in za čas upnikove mladostnosti za terjatve, ki jih ima ta do svojega zastopnika. Upnik namreč ne more vplivati na tek sodnega postopka in bi bilo neustrezno, če bi zastaranje nastopilo kljub pravočasno vloženi tožbi.¹⁹ Podobno velja za terjatve mladostnega upnika do njegovega zastopnika, saj bi lahko zastaranje nastopilo, še preden bi ta postal polnoleten in bi lahko uveljavljal svojo terjatev.²⁰ Pri tem Zimmermann dopušča možnost obstoja drugih primerov, v katerih bi bilo prav tako treba priznati zadržanje zastaranja objektivnega roka.

Če primerjamo ureditve zastaranja odškodninskih zahtevkov v pravnih redih evropskih držav in se osredotočimo na dolžino zastaralnih rokov ter njihov začetek, lahko ugotovimo, da med njimi prihaja do nekaterih razlik. Teorija pri

¹⁶ Ole Lando, André Prüm, Eric Clive, Reinhard Zimmermann (ur.): *Principles of European Contract Law*, Part 3. Kluwer Law International, Haag, London in New York 2003, str. 164.

¹⁷ Reinhard Zimmermann v: Jürgen Basedow, Reinhard Zimmermann, Klaus J. Hopt (ur.): *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Band II (Kau-Z). Mohr Siebeck, Tübingen 2009, str. 1638.

¹⁸ R. Zimmermann, v: Basedow, Zimmermann, Hopt, nav. delo, str. 1638.

¹⁹ R. Zimmermann, nav. delo (2002), str. 147 in 148.

²⁰ Prav tam.

tem poudarja, da so določbe o začetku teka zastaralnih rokov temeljna težava zastaranja odškodninskih zahtevkov.²¹ Začetek teka krajšega, subjektivnega zastaralnega roka je običajno vezan na trenutek, ko upnik izve za škodo in za tistega, ki jo je povzročil, ureditve pri daljšem, objektivnem zastaralnem roku – če ga poznajo – pa niso enotne. Nekatere ga vežejo na škodni dogodek, druge na nastanek škode,²² pri čemer je prva rešitev problematična v primerih latentne škode, ki se lahko pokaže šele nekaj desetletji po škodnem dogodku in lahko zahtevke zastara, še preden škoda sploh nastane. V nadaljevanju so najprej prikazane splošne ureditve zastaranja odškodninskih zahtevkov v Nemčiji, Avstriji, Franciji, na Poljskem in v Angliji, nato pa so predstavljeni osnutki implementacije pravil o zastaranju odškodninskih terjatev po Direktivi v posameznih državah (ponekod so med pripravo tega članka že postali veljavna zakonodaja).

3.1. Splošno o zastaranju odškodninskih terjatev

Če primerjamo ureditve zastaranja odškodninskih terjatev v pravnih redih evropskih držav, lahko ugotovimo, da večina ureditev pri odškodninskih terjatvah pozna t. i. dvotirni sistem zastaralnih rokov, ki kombinira kratki subjektivni in daljši objektivni zastaralni rok. Številne države pri tem poudarjajo, da mora biti začetek teka zastaralnih rokov določen tako, da zahtevki ne bi zastarali, še preden bi upnik svojo terjatev lahko uveljavljal pred sodiščem. V primeru odškodninskih zahtevkov to pomeni, da začne zastaranje teči šele takrat, ko so podane vse predpostavke odškodninske odgovornosti, torej (v večini primerov) tudi obstoj škode. Nacionalni sistemi zastaranja običajno ne predvidevajo zgolj enega (univerzalnega) roka za zastaranje vseh odškodninskih zahtevkov, temveč se zastaralni roki razlikujejo glede na pomen prizadete dobrine (na primer škoda na osebi, okoljska škoda, škoda zaradi kaznivega dejanja).

V nemškem pravu, katerega ureditev zastaranja v *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) je bila reformirana leta 2002,²³ je za zastaranje odškodninskih zahtevkov predvidena kombinacija krajšega (splošnega) in daljšega zastaralnega roka. Krajši, triletni subjektivno-objektivni zastaralni rok začne teči s koncem leta, v katerem je zahtevek nastal in je oškodovanec izvedel za okoliščine, ki

²¹ Helmut Koziol: *Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen*, v: Helmut Koziol (ur.): *Grundfragen des Schadensersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*. Jan Sramek Verlag, Dunaj 2014, str. 905.

²² Prav tam, str. 905.

²³ Podrobneje o nemški ureditvi zastaranja v: Karmen Lutman: *Institut zastaranja in reforma nemškega obligacijskega prava* (2002), *Podjetje in delo*, 38 (2012) 8, str. 1732–1743.

utemeljujejo obstoj zahtevka, in za povzročitelja škode, oziroma bi za to mogel izvedeti.²⁴ Poleg krajšega zastaralnega roka je za odškodninske zahtevke, ki se nanašajo na življenje, telo, zdravje ali prostost, predviden tridesetletni »maksimalni« zastaralni rok (nem. *Maximalfrist*, *Höchstfrist*), ki začne teči od kršitve dolžnosti ali drugega dogodka, ki je sprožil nastanek škode.²⁵ Za preostale zahtevke sta določena dva »maksimalna« zastaralna roka. Prvi znaša deset let in začne teči z nastankom zahtevka (ki predpostavlja obstoj škode), drugi pa trideset let in teče od škodnega ravnanja, kršitve dolžnosti ali drugega dogodka, ki je sprožil nastanek škode, pri čemer je odločilen tisti rok, ki se je prej iztekel.²⁶ Določbe o zadržanju in pretrganju zastaranja se uporabijo tako za subjektivni rok kot tudi za objektivne »maksimalne« roke, tako da se v določenih okoliščinah lahko zgodi, da zahtevek zastara še pozneje kot v desetih oziroma tridesetih letih.²⁷ Po dosednji nemški ureditvi se je za zastaranje odškodninskih zahtevkov zaradi kršitve konkurenčnega prava uporabljal omejenjeni triletni splošni zastaralni rok²⁸ v povezavi z desetletnim in tridesetletnim maksimalnim zastaralnim rokom.

V avstrijskem pravu je za zastaranje odškodninskih zahtevkov določen triletni subjektivni zastaralni rok, ki začne teči s trenutkom, ko je nastal zahtevek (pogoj je nastanek škode) in je upnik izvedel za škodo in povzročitelja škode.²⁹ V vsakem primeru zastara odškodninski zahtevek v tridesetih letih, pri čemer zakon ne določa, kdaj ta rok začne teči.³⁰ Po prevladujočem stališču začne teči z nastankom prve škode, pri čemer mora upnik, da prepreči zastaranje zahtevka za povrnitev bodoče škode, že z nastankom prve škode vložiti ugotovitveno tožbo.³¹

Francija, ki je sistem zastaranja posodobila leta 2008, pozna petletni subjektivni splošni zastaralni rok, ki se uporablja tudi za odškodninske terjatve in začne teči z dnem, ko je upnik izvedel za okoliščine, ki utemeljujejo nastanek zahtev-

²⁴ Prvi odstavek § 199 BGB.

²⁵ Drugi odstavek § 199 BGB.

²⁶ Tretji odstavek § 199 BGB.

²⁷ Helmut Grothe v: Franz Jürgen Säcker (ur.): *Münchener Kommentar zum BGB*, AT, Band 1a, 4. izdaja. Verlag C. H. Beck, München 2003, § 199, r. št. 42, str. 132.

²⁸ Katri Havu: *Limitation Periods in Damages Claims: Notes on a Finnish Supreme Court Precedent in the Context of the European Landscape*, v: *Journal of European Competition Law & Practice*, 7 (2016) 6, str. 403.

²⁹ § 1489 ABGB.

³⁰ Prav tam.

³¹ Helmut Koziol, Rudolf Welser, Andreas Kletečka: *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, 14. izdaja. Manz Verlag, Dunaj 2014, str. 252.

ka.³² Gre za t. i. enotirni sistem,³³ saj objektivni (»maksimalni«) zastaralni rok ni predviden. Tak sistem zastaranja odškodninskih terjatev brez maksimalnega zastaralnega roka pozna tudi italijansko pravo.³⁴ Francosko pravo predvideva nekatere izjeme, tako na primer tridesetletni zastaralni rok za okoljsko škodo, ki začne teči s škodnim dogodkom,³⁵ dvajsetletni zastaralni rok za škodo, do katere je prišlo zaradi mučenja, spolnega nasilja ali napada na mladoletno osebo,³⁶ ter desetletni zastaralni rok za zastaranje telesne škode,³⁷ ki začneta oba teči s trenutkom, ko se (zdravstveno) stanje ustali. Reforma je poenotila ureditev zastaranja poslovne in neposlovne odškodninske odgovornosti, tako da se petletni subjektivni zastaralni rok uporabi za obe obliki.

Poljska, ki je ureditev zastaranja posodobila leta 2007, pozna za zastaranje odškodninskih zahtevkov kombinacijo triletnega subjektivnega zastaralnega roka, ki začne teči s trenutkom, ko dolжник izve za škodo in povzročitelja, ter desetletnega objektivnega zastaralnega roka, ki teče od škodnega dogodka.³⁸ Predvidene so tudi nekatere izjeme, tako na primer objektivni dvajsetletni zastaralni rok, če je škoda nastala zaradi kaznivega dejanja, ki začne teči z izvršitvijo kaznivega dejanja. Škoda na osebi zastara v triletnem subjektivnem zastaralnem roku, ki začne teči s trenutkom, ko je upnik izvedel za škodo in povzročitelja. V tem primeru je predviden le subjektivni zastaralni rok, saj je poljsko ustavno sodišče odločilo, da je ureditev, v kateri je za zastaranje osebne škode predviden tudi desetletni objektivni zastaralni rok, ki začne teči s škodnim dogodkom, protiustaven, saj posamezniku na nesorazmeren način omejuje pravico zahtevati povrnitev škode.³⁹ Poljska sicer v posodobljeni ureditvi zastaranja za odškodninske zahteve na splošno še vedno predvideva tudi desetletni objektivni zastaralni rok, ki začne teči s škodnim dogodkom, vendar velja, da se ta maksimalni rok, zaradi bojazni, da bi zahtevek zastaral še pred nastankom škode, ne uporabi za primere, ko so ogrožene posebej zavarovane

³² Člen 2224 *Code civil*.

³³ Izraz »enotirni« sistem pomeni, da je za zastaranje zahtevka predviden le en zastaralni rok (in ne kombinacija dveh ali več zastaralnih rokov, kot je značilno za »dvotirni« sistem).

³⁴ Reinhard Zimmermann in Jens Kleinschmidt: Prescription: General Framework and Special Problems Concerning Damages Claims, v: Helmut Koziol, Barbara C. Steininger (ur.): *European Tort Law* (2008). Springer, New York, Dunaj 2009, str. 55.

³⁵ Oliver Moreteau: Grundfragen des Schadensersatzrechts aus französischer Sicht, v: H. Koziol, nav. delo (2014), str. 109.

³⁶ Drugi odstavek člena 2226 *Code civil*.

³⁷ Prvi odstavek člena 2226 *Code civil*.

³⁸ Prvi odstavek člena 442 *Kodeks Cywilny*.

³⁹ Glej Katarzyna Ludwichowska-Redo: Grundfragen des Schadenersatzrechts aus polnischer Sicht, v: H. Koziol, nav. delo (2014), str. 273.

dobrine, tako kot je škoda na osebi.⁴⁰ Dosedanja poljska ureditev ni poznala posebnih pravil glede zastaranja odškodninskih zahtevkov zaradi kršitev konkurenčnega prava, tako da se je uporabljala kombinacija (splošnega) triletnega zastaralnega roka, ki je začel teči s trenutkom, ko je upnik izvedel za škodo in povzročitelja, in desetletnega zastaralnega roka od škodnega dogodka.⁴¹

Angleška ureditev zastaranja, ki jo ureja zakon iz leta 1980 (*Limitation Act*) in ki v zadnjih dvajsetih letih teži k reformi, predvideva za zastaranje odškodninskih zahtevkov splošni šestletni zastaralni rok, ki začne teči z nastankom zahtevka.⁴² Običajno se za odškodninske zahtevke zahteva tudi obstoj škode, zato bo nastanek škode tisti, ki bo običajno relevanten tudi za začetek teka zastaralnega roka. Angleško pravo pozna tudi primere zahtevkov, pri katerih ni treba dokazati obstoja škode (tako na primer *trespass*) in začne teči zastaralni rok že z nedopustnim ravnanjem.⁴³ V primerih, kadar gre za škodo na telesu, je za zastaranje odškodninskih zahtevkov predviden triletni zastaralni rok, ki začne teči z nastankom škode ali škodnim ravnanjem oziroma s trenutkom, ko oškodovanec izve za okoliščine, ki utemeljujejo tožbeni zahtevek, ali bi zanje mogel izvedeti.⁴⁴ Namen krajšega zastaralnega roka v primeru škode na telesu je v tem, da se sodni postopek čim prej začne, ko se stranke in priče dogodka še dobro spominjajo.⁴⁵ Angleško pravo pozna tudi možnost, da sodišče po poteku zastaralnega roka dopusti zahtevek, če gre za škodo na telesu ali smrt.⁴⁶ Poseben zastaralni rok je predviden tudi za primere latentne škode, tako da taki odškodninski zahtevki zastarajo v roku šestih let od škodnega ravnanja oziroma v roku treh let, odkar je oškodovanec izvedel za škodo in druge okoliščine, ki utemeljujejo zahtevek, pri čemer je relevanten tisti rok, ki se izteče pozneje.⁴⁷ Po ureditvi, ki je veljala do oktobra 2015, so odškodninski zahtevki zaradi kršitev konkurenčnega prava, vloženi na *Competition Appeals Tribunal* (CAT) – vloženi so bili lahko le v primerih *follow-on* tožb – zastarali v roku dveh let od dneva, ko so nastale okoliščine, ki utemeljujejo tožbeni zahtevek, oziroma od poteka roka za vložitev pritožbe zoper odločitev pristojnega organa glede ob-

⁴⁰ Prav tam.

⁴¹ K. Havu, nav. delo, str. 403, glej tudi <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/poland_en.pdf> (8. 1. 2017).

⁴² Splošni šestletni zastaralni rok je določen tudi v Walesu (tudi tam velja *Limitation Act 1980*) in Severni Irski, splošni zastaralni rok na Škotskem pa je petletni.

⁴³ Glej Ken Oliphant: Grundfragen des Schadenersatzrechts aus der Sicht Englands und des Commonwealth, v: H. Koziol, nav. delo (2014), str. 474.

⁴⁴ Člena 11 in 14 *Limitation Act 1980*.

⁴⁵ K. Oliphant, v: H. Koziol, nav. delo (2014), str. 474.

⁴⁶ Člen 33 *Limitation Act 1980*.

⁴⁷ Člen 14A *Limitation Act 1980*.

stoja kršitve oziroma od dneva, ko je bilo o taki pritožbi odločeno, pri čemer je relevanten poznejši datum.⁴⁸ Od oktobra 2015, ko so začele veljati spremembe Zakona o konkurenci,⁴⁹ pa tudi za zahteve pred CAT,⁵⁰ ki so po novi ureditvi lahko tudi v *stand-alone* tožbah, velja šestletni zastaralni rok, kakršen je kot splošni zastaralni rok tudi sicer veljal za odškodninske zahteve zaradi kršitev antitrusta, vložene na *High Court of Justice* (in ne na CAT).⁵¹ Posebna pravila o zastaranju veljajo za primere kolektivnih tožb zaradi kršitev antitrusta, ki so lahko od oktobra 2015 dalje vložene na CAT.⁵²

Sklepno lahko ugotovimo, da se splošna pravila o zastaranju odškodninskih zahtevkov v različnih državah razlikujejo, opaziti pa je mogoče prevladujoč trend po kombinaciji kratkega subjektivnega in daljšega objektivnega zastaralnega roka. Pri tem številne države poudarjajo pomen take ureditve zastaranja, po kateri ni mogoče, da bi zahtevek zastaral, še preden bi ga bilo mogoče uveljavljati pred sodiščem. Bojazen obstaja zlasti v ureditvah, v katerih začnejo zastaralni roki teči že pred nastankom škode. To je pri odškodninskih zahtevkih mogoče zlasti takrat, kadar je začetek teka zastaranja neodvisen od nastanka škode, tako da lahko zahtevek zastara, še preden bi ga bilo mogoče sodno uveljavljati, saj je obstoj škode običajno pogoj za uveljavitev odškodninskega zahtevka. Tako ureditev v nekaterih primerih poznajo tudi Združene države Amerike, kritiko zoper tako ureditev pa je slikovito izrazil sodnik Frank v primeru *Dincher proti Marlin Firearms Co.*,⁵³ ko je zapisal:

»Samo v deželi, v kateri je vse postavljeno na glavo, lahko človek umre, preden se rodi, se razveže, preden se poroči, požanje žito, ki ga ni nikoli posejal, požge hišo, ki je ni nikoli zgradil, ali zamudi vlak, za katerega ni tirov. Iz bi-

⁴⁸ <<http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Litigation/United-Kingdom/RPC/Supreme-Court-clarifies-limitation-period-for-damages-claim-under-Competition-Act>>, <http://www.catribunal.org.uk/files/The_CAT_Rules_2003_SI_2003_No_1372.pdf>, <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmeuleg/83-xii/83xxii.pdf>> (8. 1. 2017).

⁴⁹ *Competition Act 1998* je bil 1. oktobra 2015 reformiran s *Consumer Rights Act 2015*. Več o tem glej v Predlog Zakona o kolektivnih tožbah, EVA 2016-2030-0007.

⁵⁰ Tj. če so okoliščine, ki utemeljujejo tožbeni zahtevek, nastale po 1. oktobru 2015.

⁵¹ Nekoliko nejasnosti obstaja glede primerov, ko so *stand-alone* tožbe na CAT vložene po 1. oktobru 2015, vendar so okoliščine, ki utemeljujejo tožbeni zahtevek, nastale pred tem. Glej Bernardine Adkins, Samuel Beighton: Private antitrust litigation in the UK (England and Wales): Overview, <<http://us.practicallaw.com/1-633-1531?q=&qp=&qo=&qe=#a322141>> (22. 1. 2017). Avtorja opozorita tudi na novost ureditve, po kateri bo zastaranje v nekaterih primerih zadržano, na primer takrat, ko je toženec načrtno prikril kakšno dejstvo, ki ga tožnik potrebuje za ugotovitev tožbenega zahtevka.

⁵² Več o tem glej v Predlog Zakona o kolektivnih tožbah, EVA 2016-2030-0007.

⁵³ Glej 198 F.2d 821 (2d Cir. 1952).

stveno podobnih razlogov mora veljati, kar je nesporno načelo, pravzaprav aksiom, da zastaranje ne začne teči, preden zahtevek ne nastane, kar pomeni tako dolgo, dokler tožnik nima na voljo pravnega sredstva.«⁵⁴

3.2. Zastaranje odškodninskih terjatev zaradi kršitev konkurenčnega prava pred implementacijo Direktive

Primerjalno gledano so evropske države pred implementacijo Direktive zastaranje odškodninskih terjatev zaradi kršitev konkurenčnega prava urejale na tri načine,⁵⁵ pri čemer so bili ti zahtevki najverjetneje večinoma podvrženi splošni ureditvi zastaranja odškodninskih terjatev posameznih držav. V prvo skupino spadajo države, ki so za zastaranje takih zahtevkov poznale le objektivni zastaralni rok, ki je začel teči neodvisno od oškodovančevega vedenja o obstoju zahtevka (tako Madžarska, Irska, Luksemburg, Malta in Švedska). Ti roki so se gibali od pet do trideset let.⁵⁶ V drugo skupino spadajo države, ki so za zastaranje predvidevale le subjektivni zastaralni rok, ki je začel teči, ko je oškodovanec za škodo izvedel ali bi zanj mogel izvedeti (tako Finska, Francija, Italija, Latvija, Litva in Portugalska). Ti roki so znašali od tri do deset let.⁵⁷ Preostale države so poznale kombinacijo subjektivnega in objektivnega zastaralnega roka (tako Avstrija, Belgija, Češka, Danska, Estonija, Nemčija, Grčija, Nizozemska, Poljska in Slovaška).⁵⁸ Kot je prikazano v nadaljevanju, so bili odškodninski zahtevki zaradi kršitev konkurenčnega prava do zdaj tudi pri nas podvrženi dvotirnemu sistemu kombinacije subjektivnega in objektivnega zastaralnega roka.

3.3. Implementacija pravil o zastaranju odškodninskih terjatev zaradi kršitev konkurenčnega prava

V nadaljevanju prispevka so prikazane bistvene poteze osnutkov implementacijskih predlogov v posameznih državah, ki se nanašajo na vprašanje zastaranja. Direktivo, rok za implementacijo katere je potekel 27. decembra 2016, bodo v svoj nacionalni pravni red poleg držav članic Evropske unije kot članice Evropskega gospodarskega prostora prenesle tudi Islandija, Lihtenštajn

⁵⁴ Prevedli avtorici prispevka. Povzeto po: Michael D. Green, W. Jonathan Cardi: Grundfragen des Schadenersatzrechts aus US-amerikanischer Sicht, v: H. Kozziol, nav. delo (2014), str. 572.

⁵⁵ Povzeto po študiji Ashurst z dne 31. avgusta. 2014, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf> (12. 1. 2017).

⁵⁶ Študija Ashurst, str. 87 in 88.

⁵⁷ Prav tam.

⁵⁸ Prav tam.

in Norveška.⁵⁹ Kot izhaja iz javno dostopnih podatkov Evropske komisije, so do vključno 27. decembra 2016 implementacijsko zakonodajo sprejele Finska, Madžarska, Latvija (le delno), Luksemburg in Švedska.⁶⁰ V začetku januarja se je tem državam pridružilo še Združeno kraljestvo.⁶¹

3.3.1. Zastaralni roki in začetek teka zastaranja

Kot je bilo prikazano pred tem, se države pri splošnih ureditvah zastaranja odškodninskih zahtevkov običajno odločajo za dvotirni sistem zastaralnih rokov, tako da predvidevajo krajši (praviloma subjektivni) in daljši (objektivni) zastaralni rok, pri čemer obstajajo tudi ureditve, ki predvidevajo enotirni sistem zastaralnih rokov in za zastaranje odškodninskih zahtevkov določajo le en zastaralni rok (na primer Francija in Italija). Direktiva predpisuje za zastaranje odškodninskih zahtevkov zastaralni rok v trajanju najmanj petih let, pri čemer (tako jasno izhaja iz uvodnih izjav direktive) dopušča možnost, da države članice poleg tega zastaralnega roka določijo tudi »absolutni zastaralni rok«, če s tem ne onemogočijo ali bistveno otežijo izvrševanja pravice do odškodnine.⁶² Predlog Evropske komisije z dne 11. junija 2013 ni določal niti omenjal možnosti uvedbe dvotirnega sistema,⁶³ Odbor za pravne zadeve pa je v mnenju z dne 27. januarja 2014 predlagal dopolnitev, da bi lahko države poleg petletnega zastaralnega roka uzakonile tudi »absolutni zastaralni rok«, pri čemer izraza »absolutni« ni pojasnil.⁶⁴ Ta predlog je bil pozneje z manjšimi spremembami prevzet v 36. uvodno izjavo Direktive. Odbor za ekonomske in monetarne zadeve je v svojem poročilu z dne 3. oktobra 2013 podal še konkretnější predlog, in sicer dopolnitev s strani Komisije predlagane določbe o zastaranju⁶⁵ z novim odstavkom, ki določa, da je treba, ne glede na pravila o dolžini, začetku in zadržanju petletnega zastaralnega roka (Odbor se je sicer zavzel za skrajšanje tega na tri leta), odškodninsko tožbo vložiti v roku desetih let od

⁵⁹ Podatki so dostopni na <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html> (25. 11. 2016).

⁶⁰ <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html> (28. 12. 2016).

⁶¹ <<https://clients.clearygottlieb.com/rs/alertmemos/2017-3.pdf>> (9. 1. 2017).

⁶² Uvodna izjava 36 Direktive.

⁶³ <[http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2013/0404/COM_COM\(2013\)0404_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2013/0404/COM_COM(2013)0404_EN.pdf)> (8. 1. 2017).

⁶⁴ Predlog za spremembo se je glasil: »Member States should be allowed to maintain or introduce absolute limitation periods that are generally applicable«. Glej: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-524.711+03+DOC+PDF+V0//EN&language=EN>> (8. 1. 2017).

⁶⁵ Člen 10 Predloga Direktive.

škodnega dogodka.⁶⁶ Tak predlog je podal tudi Odbor za notranji trg in varstvo potrošnikov v svojem mnenju z dne 9. januarja 2014.⁶⁷ Iz predlogov teh dveh odborov jasno izhaja težnja po uvedbi dodatnega, objektivnega zastaralnega roka, v katerem bi bilo treba vložiti odškodninski zahtevek, sicer bi ta zastaral. Iz dikcije predlaganega odstavka⁶⁸ nadalje izhaja, da trajanje postopka za ugotovitev kršitve konkurenčnega prava pred pristojnim organom ne bi zadržalo ali pretrgalo tega desetletnega zastaralnega roka. V tem smislu desetletni zastaralni rok ne bi bil podvržen zadržanju ali pretrganju zastaranja iz navedenega razloga. Kljub temu pa iz predlogov obeh odborov ni razvidno, ali bi bil tak zastaralni rok podvržen zadržanju ali pretrganju zastaranja v drugih primerih, tj. iz razlogov, ki jih za zadržanje ali pretrganje zastaranja predvidevajo splošne ureditve zastaranja v državah članicah (običajno je tak razlog vložitev tožbe pred sodiščem). Iz primerjalnopravnih smernic na področju zastaranja izhaja, da na primer začetek teka sodnega postopka z zadržanjem vpliva tudi na daljše, »maksimalne« zastaralne roke (angl. *long-stop period*).⁶⁹ Direktiva sicer ne pojasnjuje izraza »absolutni zastaralni rok« iz 36. uvodne izjave, tako da ni povsem jasno, ali naj bi bil tak absolutni rok, če bi ga države članice določile v svoji implementacijski zakonodaji, povsem imun na zadržanje in pretrganje zastaranja, kljub temu pa je iz predlogov navedenih odborov razvidno, da so se zavzemali za rešitev, da vsaj zadržanje iz razloga trajanja postopka za ugotovitev kršitve konkurenčnega prava ne bi vplivalo nanj. Ob odsotnosti posebne določbe v Direktivi, ki bi določala dolžino in preostala pravila absolutnega zastaralnega roka, je mogoče sklepati, da lahko države članice uzakonijo različna pravila v zvezi z dolžino, trajanjem in morebitnim zadržanjem oziroma pretrganjem maksimalnega, po dikciji Direktive »absolutnega« zastaralnega roka, pri čemer morajo spoštovati splošno vodilo iz 36. uvodne izjave Direktive, da s tem ne smejo onemogočiti ali bistveno otežiti izvrševanja pravice do popolne odškodnine. Prav tako je mogoče, da bo Sodišče EU v prihodnje pojasnilo pojem »absolutni zastaralni rok« iz preambule Direktive.

Iz osnutkov implementacijske zakonodaje držav članic izhaja, da so se številne med njimi odločile za enotirni sistem, tako da določajo le en zastaralni rok. Implementacijski osnutki v Bolgariji, Estoniji, Italiji, Litvi, Malti, na Češkem,

⁶⁶ <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-516.968+01+DOC+PDF+V0//EN&language=EN>> (8. 1. 2017).

⁶⁷ <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-519.553+04+DOC+PDF+V0//EN&language=EN>> (8. 1. 2017).

⁶⁸ Predlog dodatnega odstavka 10. člena Direktive obeh odborov se je glasil zelo podobno, in sicer: »*Notwithstanding paragraphs 1 to 4 of this Article, actions for damages shall be instituted within 10 years of the events that gave rise to them.*«

⁶⁹ R. Zimmermann, nav. delo (2002), str. 147 in 148.

v Romuniji, na Slovaškem, v Španiji in na Švedskem določajo za zastaranje odškodninskih zahtevkov zgolj petletni zastaralni rok, ki začne teči s trenutkom, ko kršitev konkurenčnega prava preneha in upnik izve oziroma bi mogel izvedeti za škodno ravnanje, škodo in storilca, kot to določa drugi odstavek 10. člena Direktive.⁷⁰

Tukaj je treba omeniti, da tako kot Direktiva, tudi določbe implementacijske zakonodaje držav članic ne določajo, ali je za začetek teka petletnega zastaralnega roka potrebno, da kršitev konkurenčnega prava preneha zoper vse naslovnike ali zgolj zoper konkretnega oškodovanca (tožnika). Zastaranje je institut, ki v prvi vrsti zasleduje interes dolžnika, zato širjenje pogojev za začetek teka zastaranja, če niso nujni za varstvo upnika, ni ustrezno. Pri tem je treba ugotoviti, da je interes upnika ustrezno zavarovan tudi v primeru, ko sprejememo restriktivnejšo razlago, da začne zastaranje teči s trenutkom, ko kršitev preneha v razmerju do njega, zato je taka razlaga ustrežnejša.

Nemški zvezni svet je izrazil pomislek tudi glede razlage subjektivnega pogoja za začetek teka petletnega zastaralnega roka, in sicer glede merila skrbnosti, ki naj se uporabi za presojo, ali bi upnik mogel vedeti za škodno ravnanje, škodo in storilca. Ni namreč jasno, kakšno merilo skrbnosti naj se pri tem uporabi, pri čemer nemški parlament pojasnjuje, da se v splošni nemški ureditvi zastaranja uporablja merilo hude malomarnosti.⁷¹ Razlaga, po kateri začne zastaranje teči takrat, ko bi povprečen naslovnik mogel izvedeti za škodno ravnanje, škodo in storilca (huda malomarnost), se zdi tudi za slovenski pravni red ustrezna.⁷² Na Finskem se je v zvezi s presojo dolžne skrbnosti oškodovanca kot merilom za začetek teka zastaranja v sodni praksi postavilo vprašanje (šlo je za primer kartela na področju neobdelanega lesa),⁷³ ali je za začetek teka zastaranja dovolj obstoj javne objave finskega organa za varstvo konkurence o sumu kršitve konkurenčnega prava ali pa mora biti v javnosti dostopna natančnejša informacija o obstoju protipravnih ravnanj, vključno s časovnimi

⁷⁰ V navedenih državah implementacijski predlogi vsebujejo le en (subjektivni) zastaralni rok, pri čemer avtorici dopuščava možnost, da se v teh državah z ustrezno razlago nacionalnega prava za zastaranje zahtevkov zaradi kršitev konkurenčnega prava uporablja splošni objektivni, »maksimalni«, »absolutni« (odvisno od poimenovanja v posamezni državi članici) zastaralni rok, če ga splošne ureditve zastaranja v teh državah predvidevajo.

⁷¹ <[www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2013/0501-0600/514-13\(B\).pdf?__blob=publicationFile&v=3](http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2013/0501-0600/514-13(B).pdf?__blob=publicationFile&v=3)> (8. 1. 2017).

⁷² V naši sodni praksi se je pri zastaranju nepogodbenih odškodninskih zahtevkov po splošni ureditvi v OZ izoblikovalo stališče, da je pogoj seznanitve s škodo izpolnjen, ko je oškodovanec mogel ob običajni vestnosti izvedeti za vse elemente odškodninskega zahtevka. Glej Damjan Možina: Zastaranje nepogodbenih odškodninskih zahtevkov, v: *Pravni letopis*, (2015), str. 232.

⁷³ K. Havu, nav. delo, str. 404.

in geografskimi okviri in vključenimi podjetji, ki stranki omogoča, da oceni, ali je zaradi kršitve utrpela škodo. Finsko vrhovno sodišče se je drugače kot prvo- in drugostopenjsko sodišče, ki sta zavzeli povsem drugačni razlagi, v navedenem primeru odločilo za slednjo možnost in svojo odločitev obrazložilo s tem, da je v konkretnem primeru oškodovanec šele na podlagi javne informacije o predlogu za prisoditev globe kršitelju, ki ga je organ za varstvo konkurence vložil pri pristojnem sodišču, izvedel za natančen opis prepovedanih aktivnosti, vključno s časovno in krajevno komponento, kar mu prej ni bilo znano.⁷⁴ Po mnenju sodišča je zato lahko v obravnavanem primeru oškodovanec šele takrat ocenil, da mu je zaradi kršitve konkurenčnega prava nastala škoda, zato je tudi takrat začel teči zastaralni rok. Glede na to, da je finsko sodišče bistven pomen pripisalo sami vsebini javne informacije o kršitvi, s katero se je seznanil oškodovanec, bi bilo povsem mogoče, da bi zastaranje v nekaterih primerih začelo teči šele s koncem postopka za ugotovitev kršitve ali celo pravnomočnostjo odločitve o obstoju kršitve, pod pogojem, da bi šele takrat v javnost prišla dovolj podrobna informacija o kršitvi, oškodovanec pa se prej z njo ni mogel seznaniti.

Za dvotirni sistem zastaranja so se odločili na Hrvaškem, Danskem, Finskem, Nizozemskem in v Avstriji, kjer so, poleg petletnega (subjektivno-objektivnega) zastaralnega roka, katerega začetek teka je določen enako kot v prej naštetih državah, določili še daljši (objektivni) zastaralni rok.⁷⁵ Dolžine daljših, objektivnih zastaralnih rokov se v teh državah razlikujejo. Tako na primer hrvaški predlog Zakona o postopkih povrnitve škode zaradi kršitev konkurenčnega prava⁷⁶ poleg petletnega (subjektivno-objektivnega) zastaralnega roka predvi-

⁷⁴ Prav tam, str. 404 in 405. Finsko trgovinsko sodišče, ki je bilo pristojno za presojo odločitev finskega organa za varstvo konkurence, je leta 2009 ugotovilo kršitev finskega in evropskega konkurenčnega prava – kršitev naj bi trajala najmanj od leta 1997 do leta 2004. V odškodninskem postopku se je postavilo vprašanje zastaranja odškodninskih terjatev, in sicer kdaj naj bi oškodovanec vedel za škodo. Helsinško okrožno sodišče je odločilo, da je zastaranje začelo teči 25. maja 2004 (takrat je finski organ za varstvo konkurence prvič objavil informacijo glede preiskovalnih dejanj domnevnega kartela), helsinško prizivno sodišče pa je odločilo, da je zastaranje začelo teči 4. januarja 2010, ko je odločitev trgovinskega sodišča postala pravnomočna. Po mnenju finskega vrhovnega sodišča pa je zastaranje začelo teči 21. decembra 2006, ko je finski organ za varstvo konkurence na trgovinsko sodišče poslal predlog za naložitev globe, saj naj bi bile že takrat oškodovancu jasne vse glavne informacije (ta informacija je bila namreč javno dostopna).

⁷⁵ V prispevku je uporabljen pojem »daljši, objektivni zastaralni rok«, saj iz implementacijskih predlogov ni razvidno, ali gre za »absolutne« roke v smislu, da nanje zadržanje in pretrganje zastaranja ne vpliva.

⁷⁶ Glede načina implementacije je Hrvaška, tako kot tudi Švedska, ena redkih držav, ki je za potrebe implementacije Direktive predvidela poseben zakon, večina držav pa je določbe Direktive vključila v že veljavne zakone. Glej <<https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=4305>> (25. 11. 2016).

deva še presenetljivo dolg objektivni petnajstletni zastaralni rok, ki začne teči, ko kršitev konkurenčnega prava preneha.⁷⁷ Dvotirni sistem zastaralnih rokov predvideva tudi Danska, ki poleg petletnega subjektivnega zastaralnega roka določa še desetletni zastaralni rok, ki začne teči s prenehanjem kršitve.⁷⁸ Desetletni objektivni zastaralni rok pozna tudi Finska, in sicer določa, da terjatev ne zastara, če je tožba vložena v desetih letih od kršitve oziroma prenehanja kršitve.⁷⁹ Kombinacijo petletnega in desetletnega zastaralnega roka določa tudi avstrijski predlog, in sicer začne teči petletni zastaralni rok s trenutkom, ko upnik izve za kršitev, storilca ter okoliščino, da ravnanje pomeni kršitev konkurenčnega prava, desetletni zastaralni rok pa od nastanka škode, pri čemer noben od njiju ne začne teči, dokler škodno ravnanje ne preneha.⁸⁰ Nizozemska pozna poleg petletnega zastaralnega roka dvajsetletni zastaralni rok, ki začne teči, ko kršitev preneha. Tako lahko ugotovimo, da so države, ki so se odločile za dvotirni sistem zastaralnih rokov, določile poleg petletnega zastaralnega roka še daljši »absolutni« (kot ga imenuje Direktiva) desetletni, petnajstletni ali dvajsetletni zastaralni rok, ki začne teči s prenehanjem kršitve ali z nastankom škode, vendar v slednjem primeru šele potem, ko kršitev preneha.

Primerjalnopravno gledano posebna je nemška ureditev, ki predvideva namesto dveh tri zastaralne roke. Petletni zastaralni rok začne teči s koncem leta, v katerem je nastal zahtevek in je upnik izvedel za okoliščine, ki utemeljujejo zahtevek, ter je kršitev prenehala. Poleg tega predvideva nemška ureditev še dva objektivna, »maksimalna« zastaralna roka, in sicer desetletni ter tridesetletni rok. Desetletni zastaralni rok začne teči s trenutkom, ko je nastal zahtevek in je kršitev prenehala, tridesetletni pa teče od škodnega dogodka dalje. Po nemški ureditvi nastopi zastaranje takrat, ko se izteče eden od teh treh zastaralnih rokov.⁸¹

⁷⁷ Člen 12 predloga *Zakona o postopcima naknade štete zbog povreda prava tržišnog natjecanja*, <<https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=4305>> (25. 11. 2016).

⁷⁸ <http://www.ft.dk/Rlpdf/samling/20161/lovforslag/L21/20161_L21_som_fremsat.pdf> (25. 11. 2016). Taka ureditev je v skladu s splošno ureditvijo zastaranja na Danskem, ki za zastaranje odškodninskih zahtevkov predvideva subjektivni triletni in objektivni desetletni zastaralni rok.

⁷⁹ Osnutek finskega predloga, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html> (25. 11. 2016).

⁸⁰ Osnutek je dostopen na: <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00230/fname_555916.pdf> (25. 11. 2016).

⁸¹ § 33h predloga nemškega Zakona o spremembi Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence, <<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/entwurf-eines-neunten-gesetzes-zur-aenderung-des-gesetzes-gegen-wettbewerbsbeschaenkungen,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>> (25. 11. 2016).

3.3.2. Zadržanje in pretrganje zastaranja

Institut zastaranja primarno zasleduje interese dolžnika, pretrganje in zadržanje zastaranja pa sta določena v korist upnika. Direktiva v četrtem odstavku 10. člena določa, da je zastaranje zadržano ali pretrgano v času, ko pred pristojnimi organi poteka javnopravni postopek za ugotovitev kršitve konkurenčnega prava, pri čemer zadržanje oziroma pretrganje traja še najmanj eno leto po dokončni odločitvi v tem postopku oziroma drugačnem zaključku postopka. Čeprav so se nekateri odbori zavzemali za krajši (šestmesečni)⁸² ali daljši (dvoletni) rok⁸³ po dokončni odločitvi, je obveljal prvotni predlog Komisije, ki določa enoletni rok.⁸⁴

Četudi iz Bele knjige izhaja, da je bila Komisija bolj naklonjena pretrganju zastaranja, je po primerjalnopravni analizi mogoče ugotoviti, da se je večina držav članic odločila za zadržanje zastaranja.⁸⁵ Razlog za to, da se je Komisija zavzemala za institut pretrganja, je v tem, da naj bi bilo upniku pogosto težko natančno ugotoviti, koliko časa mu je preostalo za vložitev tožbe, saj v številnih državah članicah informacija, kdaj se je postopek pred javnimi organi začel oziroma končal, ni javno objavljena. Prav tako bi se pri zadržanju zastaranja, kadar bi bil zastaralni rok zadržan bolj pri koncu, pogosto lahko zgodilo, da bi po prenehanju zadržanja ostalo premalo časa za pripravo tožbe.⁸⁶ Države članice so se kljub temu večinoma odločile za institut zadržanja. Zakonske določbe teh držav so si med seboj precej podobne in določajo, da je zastaranje zadržano v času teka javnopravnega postopka ter še eno leto od pravnomočne odločitve, ki jo v postopku sprejme pristojni organ. Čeprav Direktiva dopušča možnost, da bi zadržanje trajalo dlje kot eno leto od zaključka postopka, se nobena od držav ni odločila za tako možnost. Za pretrganje zastaranja pa so se odločili na primer na Hrvaškem, Slovaškem, Švedskem, v Bolgariji in Španiji.

⁸² Tako predlog Odbora za ekonomske in monetarne zadeve z dne 3. oktobra 2013.

⁸³ Tako predlogi Odbora za notranji trg in varstvo potrošnikov z dne 9. januarja 2014, Odbora za pravne zadeve z dne 27. januarja 2014 in Evropskega ekonomskega in socialnega odbora z dne 16. oktobra 2013.

⁸⁴ Tako je bilo tudi stališče Evropskega parlamenta v Resoluciji z dne 25. aprila 2007 o Zeleni knjigi: Odškodninske tožbe zaradi kršitve protimonopolnih pravil ES (2006/2207(INI)), ki je temu v točki 24 dodal še stališče, da bi moralo biti v primeru, ko ni javnopravne odločitve, možno vložiti odškodninsko tožbo za kršitev evropskega antitrusta kadarkoli znotraj obdobja, v katerem je Komisija pooblaščen za sprejemanje odločitev, ki nalagajo kazen za take kršitve, ter da bi čas moral prenehati teči v obdobju kakršnihkoli formalnih razprav ali mediacije med strankama.

⁸⁵ Tako na primer Češka, Danska, Estonija, Finska, Italija, Litva, Luksemburg, Malta, Portugalska, Romunija, Nizozemska, Nemčija in Avstrija.

⁸⁶ Bela knjiga, str. 9. Evropski parlament se je na primer v točki 25 Resolucije o Zeleni knjigi opredelil za zadržanje zastaranja.

Le redke države so v implementacijske določbe jasno zapisale, da se zastaranje zadrži oziroma pretrga s trenutkom, ko pristojni organ uvede javnopravni postopek,⁸⁷ večina držav pa pozna manj jasno dikcijo, da je zastaranje zadržano oziroma pretrgano v času, ko teče javnopravni postopek. Natančnejša interpretacija, kateri trenutek je relevanten za začetek zadržanja oziroma pretrganje zastaranja, bo v teh državah očitno prepuščena nacionalnim sodiščem.⁸⁸ Nedvomno pa bi bila v prihodnosti dobrodošla tudi razlaga tega dela Direktive s strani Sodišča EU.

Države, ki so se pri implementaciji Direktive odločile za dvotirni sistem zastaralnih rokov, ne vsebujejo posebnih določb glede vprašanja, ali se določbe o zadržanju oziroma pretrganju zastaranja uporabljajo tudi za daljše, »absolutne« zastaralne roke, tako da se tudi v tem primeru uporabljajo splošna pravila o zastaranju posamezne države. Glede na zgornja navajanja bo tako na primer v nemški ureditvi zadržanje verjetno vplivalo tudi na tek maksimalnih zastaralnih rokov. Ni pa pri tem nepomembna preambula direktive, ki pri omembi absolutnih rokov (čeprav bi te glede na zgoraj predstavljene *travaux préparatoires* lahko šteli za roke, na katere zadržanje oziroma pretrganje ne vpliva) dodaja, da mora biti trajanje absolutnega roka določeno tako, da ne onemogoči oziroma znatno oteži izvrševanja pravice do popolne odškodnine, kot jo zagotavlja direktiva. V primeru krajših absolutnih rokov je njihovo zadržanje v tem oziru zagotovo relevanten element. Pogoju iz uvodne izjave direktive bi tako zadostili bodisi z dovolj dolgim pravi absolutnim rokom (ki torej ne bi mogel biti zadržan ali pretrgan) bodisi s krajšim objektivnim rokom, ki bi bil lahko zadržan. To lahko razberemo tudi iz Zelene knjige Komisije iz 2005.⁸⁹

4. IMPLEMENTACIJA DOLOČB O ZASTARANJU V SLOVENSKI PRAVNI RED

Splošno ureditev zastaranja neposlovne odškodninske odgovornosti pri nas ureja Obligacijski zakonik (OZ), ki v prvem in drugem odstavku 352. člena določa triletni subjektivni zastaralni rok, ki začne teči, ko oškodovanec izve za škodo in tistega, ki jo je povzročil, ter petletni objektivni zastaralni rok, ki začne teči z nastankom škode. Poleg splošne ureditve pozna slovenski pravni

⁸⁷ Tako na primer Hrvaška in Nemčija.

⁸⁸ Pritožbeno sodišče Anglije in Walesa (*Court of Appeal*) je na primer glede vprašanja, ali pritožba zoper sankcijo (ne pa samo ugotovitev kršitve antitrusta) tudi zadrži zastaranje, odločilo, da ne (*BCL Old Co Ltd v BASF plc & Others* [2009] EWCA Civ 434).

⁸⁹ Pri obrazložitvi vprašanja M Komisija zapiše: »Prekinitev zastaralnih rokov ali daljši zastaralni roki igrajo pomembno vlogo pri zagotavljanju uspešne vložitve odškodninskega zahtevka, zlasti pri primeru nadaljnjih tožb.« (poudarili A. V. in K. L.).

red za zastaranje nekaterih odškodninskih zahtevkov posebne zastaralne roke. Tako na primer zastarajo zahtevki za povrnitev škode, ki je bila povzročena s kaznivim dejanjem, v roku, ki je predpisan za zastaranje kazenskega pregona, če je ta rok daljši od siceršnjega zastaralnega roka.⁹⁰ Kadar je škoda povzročena z dejanjem spolne zlorabe mladoletne osebe, zastara odškodninska terjatev po četrtem odstavku 352. člena OZ v petnajstih letih po polnoletnosti oškodovanca. Desetletni objektivni zastaralni rok je predviden za zastaranje odgovornosti proizvajalca za škodo, ki jo je povzročil izdelek z napako, pri čemer teorija opozarja na pomanjkljivo implementacijo Direktive 85/374/ES o odgovornosti proizvajalca, ki predvideva poleg objektivnega tudi triletni subjektivni zastaralni rok.⁹¹ V tridesetih letih zastara odgovornost za okoljsko škodo, zastaralni rok pa začne teči s škodnim ravnanjem.⁹² Poseben zastaralni rok za odškodninske terjatve zaradi kršitev konkurenčne prepovedi predvideva določba 42. člena Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1),⁹³ po kateri zastara odškodninski zahtevek družbe do osebe, ki je odgovorna za kršitev konkurenčne prepovedi, v roku treh mesecev, odkar družba izve za kršitev in kršilca, ter v objektivnem roku petih let od kršitve.

Čeprav primerjalnopravni trendi na področju zastaranja težijo k preprosti ureditvi s čim manj posebnih zastaralnih rokov,⁹⁴ bo slovenski pravni red z implementacijo Direktive pridobil nov niz pravil o zastaranju, ki se nanašajo na terjatve za povračilo škode, ki je nastala zaradi kršitev konkurenčnega prava. Do zdaj so se za zastaranje teh terjatev uporabljala splošna pravila OZ, torej triletni subjektivni in petletni objektivni zastaralni rok iz 352. člena OZ,⁹⁵ splošna pravila o zadržanju in pretrganju zastaranja v OZ⁹⁶ ter 62. člen ZPOmK-1, ki predvideva zadržanje zastaranja za čas trajanja postopka pred organom za varstvo konkurence.⁹⁷ Predlagatelj ZPOmK-1G je za potrebe implementacije

⁹⁰ Člen 353 OZ.

⁹¹ D. Možina, nav. delo, str. 230.

⁹² Člen 110.i Zakona o varstvu okolja (ZVO-1, Ur. l. RS, št. 41/04 s spremembami).

⁹³ Ur. l. RS, št. 42/06 s spremembami.

⁹⁴ Več K. Lutman, nav. delo (2015), str. 213–225.

⁹⁵ Tako tudi Matija Damjan: Pretrganje in zadržanje zastaranja terjatev, v: Pravni lektoris, (2015), str. 201.

⁹⁶ Določbe od 358 do 370. člena OZ.

⁹⁷ Pred sprejetjem 62. člena ZPOmK-1 je veljalo, da postopek pred organom za varstvo konkurence ne vpliva na tek zastaralnih rokov za odškodninske terjatve, saj splošna ureditev zadržanja oziroma pretrganja zastaranja v OZ take možnosti ni predvidevala. Vrhovno sodišče je v sodbi III Ips 101/2015 z dne 29. marca 2016 zavrnilo tudi možnost uporabe 365. člena OZ in poudarilo, da se po določbi 365. člena OZ zastaranje pretrga samo z dejanjem, ki se nanaša na terjatev samo in ki je namenjeno ugotovitvi, zavarovanju ali izterjavi terjatve, medtem ko »upravni postopek pred UVK ali Direktoratom za

Direktive zastaranje uredil v novem 62.j členu,⁹⁸ ki je bil v procesu prenosa Direktive v naš pravni red deležen največ kritik in je bil zato predmet revidiranja.⁹⁹ V nadaljevanju so predstavljene in analizirane temeljne značilnosti nove ureditve zastaranja, kot izhajajo iz Osnutka predloga ZPOmK-1G z dne 6. junija 2016, Delovnega gradiva z dne 6. septembra 2016¹⁰⁰ ter Osnutka predloga ZPOmK-1G z dne 16. novembra 2016.

4.1. Zastaralni roki in začetek teka zastaranja

Predlagatelj se je pri implementaciji določb o zastaranju odločil za t. i. dvotirni sistem, ki predvideva kombinacijo krajšega subjektivnega in daljšega objektivnega zastaralnega roka. V tem pogledu se slovenski predlog približa predlogom večine držav članic, ki so izrabile možnost uvedbe »absolutnega zastaralnega roka«, kot jo dopušča preambula Direktive. Večina držav se je najverjetneje tako odločila zato, ker tudi njihova splošna ureditev zastaranja odškodninskih zahtevkov predvideva dvotirni sistem.¹⁰¹ Tudi pri nas je uvedba dvotirnosti skladna s splošno ureditvijo zastaranja zahtevkov iz neposlovne odškodninske odgovornosti.

Tako kot druge države se je tudi Slovenija odločila za uvedbo petletnega (in ne daljšega, kot to dopušča Direktiva) subjektivno-objektivnega zastaralnega roka, ki začne teči s trenutkom, ko kršitev konkurenčnega prava preneha in je tožnik seznanjen ali se od njega razumno pričakuje, da je seznanjen z ravnanjem kršitelja, ki pomeni kršitev konkurenčnega prava, škodo, ki mu je nastala zaradi kršitve, in identiteto kršitelja.¹⁰² V primerjavi z besedilom Direktive je pri zadnjem osnutku ZPOmK-1G z dne 16. novembra 2016 mogoče opaziti, da ta za začetek teka zastaranja izrecno ne zahteva upnikovega vedenja o tem, da škodno ravnanje pomeni kršitev konkurenčnega prava, kar je v nasprotju z zahtevami Direktive. Glede na to, da so predhodni osnutki tako dikcijo vsebovali, ni jasno, zakaj je zakonodajalec zadnji predlog spremenil na način, ki ne

konkurenco Evropske komisije ni postopek, ki bi bil namenjen ugotovitvi, zavarovanju ali izterjavi odškodninske terjatve zaradi kršitve pravil konkurenčnega prava«.

⁹⁸ Predlog ZPOmK-1G z dne 16. novembra 2016.

⁹⁹ Glej pisni stališči Odvetniške zbornice Slovenije (str. 44) in Odvetniške pisarne Zdolsek (str. 4), smiselno pa tudi v razpravi sodelujočih zbornic in družb.

¹⁰⁰ Oba dokumenta sta dostopna na: <http://www.mgrt.gov.si/si/zakonodaja_in_dokumenti/notranji_trg/predlogi_predpisov/sektor_za_varstvo_potrošnikov_in_konkurenc> (29. 11. 2016).

¹⁰¹ Tako na primer Avstrija in Nemčija, slednja z uvedbo dveh maksimalnih zastaralnih rokov, kot ju pozna tudi splošna ureditev zastaranja v BGB.

¹⁰² Osnutek prvega odstavka 62.j člena ZPOmK-1, kot izhaja iz zadnjega implementacijskega osnutka ZPOmK-1G z dne 16. novembra 2016.

ustreza določbam Direktive. Zapis tega dela določbe Direktive, torej dela točke a drugega odstavka 10. člena Direktive, sicer odstopa od običajnih zapisov okoliščin, na katere je vezan subjektivni rok in med katerimi ni védenja o tem, da ravnanje pomeni kršitev prava, vendar bo glede na specifičen tip kršitev v teh primerih v praksi oškodovanec za škodo in za tistega, ki jo je povzročil, verjetno res izvedel šele, ko bo izvedel, da škodno ravnanje pomeni kršitev konkurenčnega prava. V praksi bo treba to določbo vendarle razlagati v skladu z Direktivo, tako da se zahteva tudi upnikovo védenje o tem, da gre za kršitev konkurenčnega prava. Vprašanje nadaljnje interpretacije pa je, ali za tako védenje zadošča na primer javna informacija o sumu kršitve, poročanje medijev o potencialno protipravnem ravnanju, javna informacija o sproženem postopku za ugotavljanje kršitve ali pa o (pravnomočni) odločbi o obstoju kršitve. Tu velja omeniti, da se zdijo določila o zadržanju petletnega roka v primeru, ko začetek teka tega roka »pade« v obdobje zadržanja zastaranja (tj. v obdobje po izvedbi ukrepa organa za varstvo konkurence za namen preiskave ali postopka zaradi kršitve konkurenčnega prava) – kar bo glede na dikcijo točke a drugega odstavka 10. člena Direktive verjetno pravilo – nekoliko nenavadna, saj v takih primerih petletni rok pred začetkom okna zadržanja sploh še ne začne teči (temveč začne teči šele eno leto po pravnomočnem končanju javnopravnega postopka, torej v trenutku zaključka zadržanja).¹⁰³

Dolžina subjektivno-objektivnega zastaralnega roka, kot jo predvideva novela ZPOmK-1G, je skladna z zahtevo iz 10. člena Direktive. Tu države članice niso imele maneverskega prostora, da bi določile rok, krajši od pet let, zato predlog novega 62.j člena ZPOmK-1, čeprav dolžina roka odstopa od splošnega, triletnega subjektivnega zastaralnega roka za zahtevke iz neposlovne odškodninske odgovornosti, v tem delu ni bil predmet kritike.

Na ostre odzive pa je naletel objektivni (maksimalni) zastaralni rok, ki je po prvotnem predlogu (verjetno z nekritičnim povzemanjem dolžine roka v nemški ureditvi) znašal trideset let in je začel teči s prenehanjem kršitve.¹⁰⁴ Na neskladnost tako dolgega objektivnega zastaralnega roka z obstoječim sistemom zastaranja sta opozorili tako teorija¹⁰⁵ kot tudi praksa,¹⁰⁶ zato je predlagatelj pozneje v tem delu predlog umaknil in zapisal, da »primerno dolžino absolutnega zastaralnega roka še preučuje«.¹⁰⁷ Po zadnjem predlogu ZPOmK-1G z dne 16.

¹⁰³ Primerno so oblikovana za primere, ko države članice določijo še »absolutni zastaralni rok«, ki začne teči pred zadržanjem.

¹⁰⁴ Drugi odstavek 62.f člena osnutka novele ZPOmK-1G z dne 6. junija 2016.

¹⁰⁵ A. Vlahek, nav. delo (2016), str. 573.

¹⁰⁶ Glej pisni stališči Odvetniške zbornice Slovenije (str. 44) in Odvetniške družbe Zdolšek (str. 4), smiselno pa tudi v razpravi sodelujočih zbornic in družb.

¹⁰⁷ Delovno gradivo novele ZPOmK-1G z dne 6. septembra 2016.

novembra 2016, ki v času priprave tega prispevka še ni bil javno dostopen, je predlagatelj objektivni zastaralni rok po predlogih teorije in prakse¹⁰⁸ skrajšal. Določil je desetletni objektivni zastaralni rok, ki teče od nastanka škode, vendar ne preden kršitev ne preneha. Ureditev spominja na avstrijski implementacijski osnutek, ki prav tako pozna kombinacijo petletnega subjektivno-objektivnega in desetletnega objektivnega zastaralnega roka ter določa, da noben od rokov ne začne teči, dokler kršitev ne preneha. Prav tako je zakonodajalec v zadnjem implementacijskem osnutku ZPOmK-1G jasno določil, da zadržanje zastaranja v času teka postopka za ugotovitev kršitve (kot ga predvideva Direktiva) vpliva tako na petletni subjektivno-objektivni zastaralni rok kot tudi na desetletni objektivni zastaralni rok (zato se postavlja vprašanje, ali ni desetletni rok pretirano dolg). To sicer odstopa od predlogov Odbora za ekonomske in monetarne zadeve in Odbora za notranji trg in varstvo potrošnikov, po katerih naj zadržanje v tem primeru ne bi vplivalo na »absolutne« roke, ki sicer niso bili upoštevani v Direktivi, vendar pa taka ureditev ne odstopa od veljavne ureditve zastaranja neposlovnih odškodninskih zahtevkov v OZ, po kateri sta tako triletni subjektivni kot tudi petletni objektivni zastaralni rok podvržena zadržanju in pretrganju zastaranja.¹⁰⁹ Pri tem je treba poudariti, da slovenska civilnopravna ureditev zastaranja pravzaprav ne pozna »absolutnih« zastaralnih rokov, na katere zadržanje in pretrganje zastaranja ne bi vplivala. Vendar je na mestu poudarek, da so razlogi za zadržanje (vseh vrst zastaralnih rokov) po OZ (poleg nekaterih posebnosti razmerja med strankama ali osebnih okoliščin na strani ene stranke) neke zares izjemne okoliščine, ki upniku onemogočajo vložitev tožbe (nepremagljive ovire, mobilizacija, neposredna vojna nevarnost, izredno ali vojno stanje), za kar v primeru poteka javnopravnega postopka gotovo ne gre. Upnik s tem, da pred organom za varstvo konkurence teče postopek, ni v ničemer oviran pri vložitvi odškodninske *stand-alone* tožbe na pristojnem sodišču. Naša sodišča imajo popolno pristojnost za uporabo antitrusta, torej za ugotavljanje kršitev konkurenčnega prava, intenziviranje

¹⁰⁸ Glej A. Vlahek, nav. delo (2016), str. 573.

¹⁰⁹ Vesna Kranjc, v: Miha Juhart in Nina Plavšak (ur.): *Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem*, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2003, str. 478. To je veljalo tudi po ureditvi v ZOR, ki je prav tako predvidevala triletni subjektivni in petletni objektivni zastaralni rok (Borislav T. Blagojevič, Valeta Krulj: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, 1. knjiga, 2. izdaja. Savremena administracija, Beograd 1983, str. 1138). V jugoslovanski teoriji sta se za petletni zastaralni rok uporabljala oba izraza, tako objektivni kot tudi absolutni zastaralni rok (glej B. T. Blagojevič, V. Krulj, nav. delo, str. 1138, Stojan Cigoj: *Komentar obligacijskih razmerij*, 2. knjiga. Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1984, str. 1168 in 1169). Cigoj pojasnjuje, da je petletni rok absoluten, ker zahtevek zastara, ne glede na to, ali je v tem času oškodovanec izvedel za škodo in za njenega storilca. Absolutnosti petletnega zastaralnega roka torej jugoslovanska teorija ni razlagala v smislu, da ta ne bi bil podvržen zadržanju ali pretrganju, temveč v smislu, da je ta začel teči neodvisno od oškodovančevega vedenja o obstoju terjatve.

katere je bilo celo bistvo velike reforme izvajanja antitrusta v EU z Uredbo 1/2003 leta 2004.

Če se osredotočimo na začetek teka petletnega subjektivno-objektivnega zastaralnega roka, lahko ugotovimo, da se v nekaterih pogledih razlikuje od začetka teka triletnega subjektivnega roka po splošni ureditvi zastaranja zahtevkov iz neposlovne odškodninske odgovornosti v 352. členu OZ. Začetek teka triletnega subjektivnega zastaralnega roka po OZ je vezan na trenutek, ko oškodovanec izve za škodo in povzročitelja, petletni subjektivno-objektivni rok pa po razlagi predlaganega 62.j člena ZPOmK-1, skladni z dikcijo drugega odstavka 10. člena Direktive (kot je bilo pojasnjeno v zgornjih navajanjih), začne teči s trenutkom, ko kršitev preneha in oškodovanec izve (oziroma bi mogel izvesti) ne zgolj za škodo in povzročitelja, kot po splošni ureditvi, temveč tudi za to, da to ravnanje predstavlja kršitev konkurenčnega prava in da je kršitev vzrok za škodo (vzročna zveza). Začetek teka zastaranja mora v postopku dokazati tisti, ki se nanj sklicuje, torej dolžnik, zato je širitev nabora okoliščin, ki so potrebne, da začne zastaranje teči, v oškodovančevo (upnikovo) korist, dolžniku pa nalaga dodatno dokazno breme. Novost je zagotovo tudi dikcija, da začneta tako petletni subjektivno-objektivni zastaralni rok kot tudi desetletni objektivni zastaralni rok teči najprej takrat, ko kršitev preneha. Ta pogoj bo v praksi prišel do izraza pri kršitvah, ki ne predstavljajo enkratnega dejanja, ampak trajajo dalj časa (trajajoče kršitve), kot je na to opozorila že Komisija v Beli knjigi. Pri trajajočih kršitvah je običajno, da vzporedno s kršitvijo nastaja škoda (t. i. sukcesivno nastajajoča škoda). V praksi gre na primer za situacije kartelnih dogovorov, na katere je opozorila že Komisija, ali zlorab prevladujočega položaja, ki trajajo dalj časa, rednemu odjemalcu blaga pa zaradi preplačanih izdelkov v tem času sukcesivno nastaja škoda. Možen je tudi nastanek škode v obliki izgubljenega dobička.¹¹⁰ Po implementacijskem predlogu začneta teči petletni subjektivno-objektivni in desetletni objektivni zastaralni rok najprej takrat, ko škodno ravnanje preneha. Kot je bilo pojasnjeno zgoraj, ni jasno, ali mora kršitev prenehati zoper vse ali zgolj zoper konkretnega oškodovanca, pri čemer se zdi slednja možnost ustrežnejša. Splošna ureditev zastaranja zahtevkov iz neposlovne odškodninske odgovornosti v 352. členu OZ sicer za začetek teka zastaranja ne zahteva, da kršitev preneha, vendar lahko v teoriji in sodni praksi zasledimo stališče, da začne teči zastaranje pri trajajočih dejanjih, ko trajajoča

¹¹⁰ Tako v primeru *ABM proti Telekom Slovenije* (sodba Vrhovnega sodišča RS, št. III Ips 98/2013 z dne 23. maja 2014), v katerem je imel Telekom Slovenije prevladujoč položaj na relevantnem trgu ter 3 leta in 9 mesecev svojim ISDN 3000 paketom ni želel dodajati CD-jev konkurenta, zaradi česar je po mnenju sodišča konkurentu (tožniku) nastala škoda v obliki izgubljenega dobička.

kršitev preneha, kar je od nastanka zadnjih škodnih posledic dalje.¹¹¹ Tako je odločilo tudi Vrhovno sodišče RS v sodbi II Ips 68/2011 z dne 30. junija 2011 in v obrazložitvi zapisalo, da v primerih, ko škoda izvira iz trajajočega ravnanja in se pojavlja zrcalno z njenim vsakokratnim vzrokom, začne zastaranje teči šele s prenehanjem trajajoče kršitve. Tako stališče je teorija poimenovala kot koncept enotnosti škode št. 2¹¹² in pomeni izjemo od splošno uveljavljenega koncepta enotnosti škode št. 1, po katerem začne teči zastaranje že takrat, ko postane (bodoča) škoda predvidljiva in je pravočasno uveljavljanje prve take škode pogoj za uveljavljanje nadaljnjih škod.¹¹³ Pri trajajočih škodnih ravnanjih teorija podpira stališče, da bi tako subjektivni kot tudi objektivni zastaralni rok začela teči šele od konca trajajočih škodnih ravnanj.¹¹⁴ Tudi v kazenskem pravu velja, da začne teči zastaranje kazenskega pregona šele, ko protipravno stanje preneha.¹¹⁵ Glede na povedano lahko ugotovimo, da način začetka teka zastaranja po noveli ZPOMK-1G, po kateri začne teči zastaranje pri trajajočih ravnanjih najprej s prenehanjem kršitve, pri splošni ureditvi zastaranja odškodninskih terjatev podpira tudi slovenska teorija, nekatere odločitve v tej smeri pa je mogoče zaslediti tudi v sodni praksi.

Tukaj je treba še omeniti, da čeprav OZ tega izrecno ne določa, je tudi po splošni ureditvi teka subjektivnega zastaralnega roka pri nas sprejeto stališče, da začne teči že takrat, ko bi oškodovanec ob ustrezni skrbnosti mogel izvedeti za škodo in storilca (angl. *discoverability criterion*),¹¹⁶ tako da v tem pogledu implementacija Direktive ne prinaša novosti.

4.2. Protipravno omejevanje konkurence kot kaznivo dejanje

Direktiva in predlog novele ZPOMK-1 ne predvidevata posebnih zastaralnih rokov, kadar je kršitev konkurenčnega prava hkrati tudi kaznivo dejanje. Kazenski zakonik (KZ-1)¹¹⁷ namreč v 225. členu določa kaznivo dejanje proti-

¹¹¹ D. Možina, nav. delo, str. 237. Tako tudi Boris Strohsack: Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti, Obligacijska razmerja II. Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1990, str. 166 in 167. Na tem mestu Strohsack navaja primer iz sodne prakse, v katerem je bil oškodovanec dalj časa izpostavljen imisijam in je Vrhovno sodišče Srbije odločilo, da začne teči zastaralni rok od konca škodnih dejanj, ko ima oškodovanec možnost, da zve za obseg škode.

¹¹² Več glej: D. Možina, nav. delo, str. 235–238.

¹¹³ D. Možina, nav. delo, str. 235–238.

¹¹⁴ Prav tam, str. 237.

¹¹⁵ Sodba Vrhovnega sodišča RS I Ips 7/2005 z dne 3. marca 2005.

¹¹⁶ D. Možina, nav. delo, str. 232.

¹¹⁷ Ur. l. RS, št. 55/08 s spremembami.

pravnega omejevanja konkurence,¹¹⁸ Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja (ZOPOKD)¹¹⁹ pa v 25. členu za to kaznivo dejanje določa tudi odgovornost pravne osebe.¹²⁰ Čeprav je ureditev zastaranja odškodninskih zahtevkov zaradi kršitev konkurenčnega prava v ZPOmK-1 v razmerju do ureditve zastaranja zahtevkov iz neposlovne odškodninske odgovornosti v OZ novejša in osredinjena na zahtevke zaradi kršitev konkurenčnega prava, meni-va, da je določba 353. člena OZ, ki določa zastaranje odškodninskih terjatev za škodo, povzročeno s kaznivim dejanjem, specialnejša in jo je zato treba upora-biti v takih primerih. Člen 353 OZ v prvem odstavku določa, da v primeru, ko je bila škoda povzročena s kaznivim dejanjem, za kazenski pregon pa je pred-pisan daljši zastaralni rok, zastara odškodninski zahtevek proti odgovorni ose-bi, ko izteče čas, ki je določen za zastaranje kazenskega pregona. Za zastaranje kazenskega pregona pri kaznivem dejanju protipravnega omejevanja konku-rence je določen desetletni zastaralni rok,¹²¹ ki začne teči od storitve kaznivega dejanja¹²² oziroma pri trajajočih ravnanjih s trenutkom, ko protipravno stanje preneha.¹²³ Kateri zastaralni rok je za upnika ugodnejši, bo treba preveriti gle-de na konkretne okoliščine primera. Po drugem in tretjem odstavku 353. člena OZ povzročita pretrganje in zadržanje zastaranja kazenskega pregona tudi pre-trganje in zadržanje zastaranja odškodninskega zahtevka.

4.3. Zadržanje zastaranja

Tako kot večina držav se je tudi slovenski predlagatelj odločil, da tek postop-ka pred organi za varstvo konkurence povzroči zadržanje in ne pretrganja za-staranja, kot to dopušča Direktiva. Po zadnjem predlogu novele ZPOmK-1 je določeno, da:

»zastaranje odškodninske terjatve ne teče v času od dneva, ko organ, pristojen za varstvo konkurence, izvede dejanje za namene preiskave ali postopka

¹¹⁸ Zagrožena zaporna kazen za fizično osebo je od šest mesecev do pet let.

¹¹⁹ Ur. l. RS, št. 59/99 s spremembami.

¹²⁰ V skladu z zelo nenavadnim 26. členom ZOPOKD se pravne osebe za kazniva de-janja, za katera je za storilca predpisana kazen zapora nad tri leta, kaznujejo z denarno kaznijo najmanj 50.000 evrov ali največ do zneska dvestokratne povzročene škode ali protipravne premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem. Namesto denarne kazni se v primerih kršitve 225. člena KZ-1 lahko izreče kazen odvzema premoženja, izreče pa se lahko tudi kazen prenehanja pravne osebe, če so izpolnjeni pogoji iz 15. člena ZOPOKD.

¹²¹ Ta glede na 22. člen ZOPOKD velja tudi za pravne osebe.

¹²² Člen 90 KZ-1 v povezavi z 225. členom KZ-1. Več o vsebini 225. člena KZ-1 glej Ana Vlahek v: Andrej Fatur, Klemen Podobnik, Ana Vlahek: Competition Law in Slove-nia. Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2016, str. 130–138.

¹²³ Sodba Vrhovnega sodišča RS I Ips 7/2005 z dne 3. marca 2005.

zaradi kršitve konkurenčnega prava do dneva, ko preteče eno leto po pravnomočnosti odločbe o kršitvi ali drugačnem zaključku postopka; čas, ki je pretekel pred zadržanjem, pa se všteje v zastaralni rok».¹²⁴

Ena od kritik predlaganega besedila se je nanašala na opredelitev nastopa za držanja (»ko organ, pristojen za varstvo konkurence, izvede dejanje za namene preiskave ali postopka zaradi kršitve konkurenčnega prava«), saj naj bi bilo tako pravilo v nasprotju z načeli pravne varnosti in predvidljivosti in naj ne bi zadostilo zahtevi po določnosti zakonskih norm.¹²⁵ Predlagatelj se zaradi sledenja Direktivi kljub kritiki ni odločil za spremembo. Direktiva v četrtem odstavku 10. člena kot relevanten trenutek določa trenutek, ko organ »sprejme ukrep za namen preiskave ali postopka zaradi kršitve konkurenčnega prava, s katerim je povezana odškodninska tožba«.¹²⁶ Pričakovati je, da bo ta določba predmet razlage ali celo presoje veljavnosti na Sodišču EU.

Nadalje je v praksi zelo pomembno tudi, kakšna je časovna veljavnost določil o zastaranju, tj. na katere primere se ta nanašajo. Slovenski zakonodajalec je to zelo pomembno vprašanje pri pripravi ZPOmK-1, vsaj zdi se tako, povsem prezrl. ZPOmK-1, ki je začel veljati 26. aprila 2008, namreč ni določil, na katere primere se nanaša novo pravilo o zadržanju zastaranja, predvsem ali se nanaša tudi na primere, v katerih je zastaralni rok začel teči pred 26. aprilom 2008, pa do takrat še ni potekel; ali je lahko torej zastaranje tudi v teh primerih zadržano v skladu s tretjim odstavkom 62. člena ZPOmK-1 (od 26. aprila 2008 dalje) ali ne (sklicujoč se na prepoved (v tem primeru nepravne) retroaktivnosti).¹²⁷ Vse, kar je glede tega določeno v ZPOmK-1, je, da zakon začne veljati 15. dan po objavi,¹²⁸ tj. 26. aprila 2008. Direktiva v 22. členu določa tudi časovno veljavnost implementacijske zakonodaje in pravi, da se nacionalni ukrepi, sprejeti za usklajitev z materialnimi določbami direktive, ne uporabljajo retroaktivno, drugi ukrepi (očitno tisti procesni) pa se ne uporabljajo za odškodninske tožbe, ki so bile vložene pred 26. decembrom 2014. Ena od različic predloga ZPOmK-1G je določala, da se nova materialnopravna

¹²⁴ Osnutek tretjega odstavka 62.j člena ZPOmK-1.

¹²⁵ Glej pripombe Odvetniške družbe Zdolšek z dne 15. julija 2016, <http://www.mgrt.gov.si/si/zakonodaja_in_dokumenti/notranji_trg/predlogi_predpisov/sektor_za_varstvo_potrošnikov_in_konkurence/> (23. 1. 2017), str. 4, kjer je kot primerna navedena veljavna ureditev v 62. členu ZPOmK-1, ki v tretjem odstavku začetek zadržanja veže na »začetek postopka pred agencijo ali Evropsko komisijo«.

¹²⁶ Angl. *takes action*, hr. *poduzme radnje*, nem. *Massnahmen trifft* in fr. *tout acte*.

¹²⁷ Glej Lovro Šturm (ur.): Komentar Ustave Republike Slovenije. Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002, str. 1040 in 1057. Glej tudi odločbo Ustavnega sodišča RS št. U-I-382/02-14 z dne 15. aprila 2004.

¹²⁸ Člen 84 ZPOmK-1.

določila (in s tem določila o zastaranju) uporabljajo za civilnopravne zahtevke, ki so posledica kršitev konkurenčnega prava, ki so nastale po uveljavitvi zakona. Zadnja različica predloga prehodnih določb o tem ne vsebuje več.

Na tem mestu velja omeniti tudi dileme, ki so se pojavile v tuji teoriji in praksi glede odgovora na vprašanje, ali se zadržanje zastaranja v primeru več naslovnikov odločbe obravnava enotno ali za vsakega naslovnika – kršitelja posebej. To je aktualno v primerih, ko del kršiteljev zoper odločbo organa uporabi pravna sredstva, del pa ne. V primeru neenotne aplikacije zadržanja, ki se zdi pravilna (pravnomočnost se presoja glede na vsakega posameznega naslovnika odločbe),¹²⁹ bi zastaralni roki za različne kršitelje tekli različno, na kar morajo biti oškodovanci posebej pozorni.¹³⁰ Morda zaradi jasnosti oziroma različnih razlag (ki so glede na razvoj v tujini očitno verjetne) ne bi bilo odveč, če bi zakonodajalec to izrecno navedel. V primeru tožb zoper prejemnike imunitete s strani oškodovancev, ki niso njihovi neposredni ali posredni kupci ali dobavitelji, pa ne gre prezreti določil drugega odstavka 62.i člena iz trenutnega predloga ZPOmK-1G, po katerem zastaranje odškodninske terjatve zaradi kršitev konkurenčnega prava, ki jo je povzročilo več oseb skupaj, ne teče med kršiteljem, ki mu je odpuščena globa, in oškodovancem, ki ni njegov neposreden ali posreden kupec ali dobavitelj, v času od dneva, ko je oškodovanec vložil odškodninski zahtevek zoper druge kršitelje, in se nadaljuje naslednji dan, odkar oškodovanec ni mogel pridobiti popolne odškodnine od drugih solidarnih dolžnikov.

Predlagatelj je v osnutku ZPOmK-1G v skladu z 18. členom Direktive, ki ureja odložilne in druge učinke sporazumnega reševanja sporov,¹³¹ predvidel tudi zadržanje zastaranja v primeru sporazumnega reševanja spora. Predlagani

¹²⁹ Tak primer omenja tudi 38. uvodna izjava Direktive: »Podjetja, ki sodelujejo z organi, pristojnimi za konkurenco, v okviru programa prizanesljivosti, imajo ključno vlogo pri odkrivanju kršitev skrivnih kartelov in pri zaustavljanju takšnih kršitev, s čimer se pogosto ublaži škoda, ki bi jo lahko povzročilo nadaljnje izvajanje kršitve. Zato je primerno uvesti določbo za podjetja, ki jim je organ, pristojen za konkurenco, v okviru programa prizanesljivosti priznal imuniteto pred globami, da se zaščitijo pred neupravičeno izpostavljenostjo odškodninskim zahtevkom, pri tem pa se upošteva, da odločba organa, pristojnega za konkurenco, o obstoju kršitve lahko postane pravnomočna za osebo z imuniteto, preden postane pravnomočna za druga podjetja, ki jim imuniteta ni bila priznana, kar pomeni, da je oseba z imuniteto lahko prednostno obravnavana v pravnem postopku.«

¹³⁰ Glej na primer Pinar Akman: *Period of Limitations in Follow-on Competition Cases: The Elephant in the Room?*, CCP Working Paper 13-8, ki prikazuje, kako so se s tem vprašanjem soočila sodišča v Združenem kraljestvu. Predvsem zanimiv je primer *Morgan Crucible (Deutsche Bahn AG & Others v Morgan Advanced Materials plc [2014] UKSC 24)*, v katerem je Vrhovno sodišče leta 2014 potrdilo razlogovanje prvostopenjskega Competition Appeals Tribunal in zavrnilo razlogovanje pritožbenega *Court of Appeal*.

¹³¹ Več o tem glej v A. Vlahek, nav. delo (2016), str. 581–584.

62.n člen ZPOmK-1 določa, da lahko sodišče na predlog strank, ki soglašajo, da se opravi poskus sporazumne rešitve spora glede uveljavljanja odškodninskega zahtevka, kadarkoli prekine pravdni postopek za čas trajanja sporazumnega reševanja spora, vendar največ za dve leti. Namen take ureditve je, kot pojasni uvodna izjava 49 Direktive, dati strankama dejansko priložnost za sporazumno rešitev spora.

Najnovejši predlog ZPOmK-1G vsebuje v četrtem odstavku 62.j člena določbo, ki pojasnjuje, da zadržanje iz tretjega odstavka 62.j člena vpliva na tek zastarnega roka iz prvega in drugega odstavka tega člena. S tem zakonodajalec odpravlja morebitno dilemo, ali se zadržanje zastaranja uporablja za subjektivni ali objektivni rok, in določa, da vpliva na oba. Implementacijski predlogi drugih držav ne vsebujejo podobnih določb, saj se najverjetneje zgledujejo po splošni nacionalni ureditvi zastaranja. Na tem mestu velja pripomniti, da pri nas tudi splošna ureditev zastaranja v OZ ne pozna podobne določbe, iz komentarja 352. člena OZ (sicer zgolj skopo in brez obrazložitve) pa izhaja, da zadržanje in pretrganje zastaranja vplivata tako na subjektivni kot tudi na objektivni rok.¹³²

5. SKLEP

Na podlagi predstavljenega lahko sklenemo, da:

- določila Direktive o zastaranju pomembno posegajo v že tako preveč neenotno urejene obstoječe nacionalne sisteme zastaranja, ki z novo ureditvijo pridobivajo povsem nov niz specialnih pravil o zastaranju;
- je nova ureditev zastaranja primerjalnopravno prijazna do upnikov, čeprav ni (vsaj v trenutno veljavnem sistemu zasebnopravnega uveljavljanja evropskega antitrusta) podanega prepričljivega razloga, zakaj bi (v državah članicah, ki v primerjavi z Direktivo določajo za dolžnike ugodnejša pravila) upnike odškodninskih terjatev zaradi kršitev konkurenčnega prava obravnavali ugodneje od upnikov preostalih odškodninskih terjatev;
- bodo nekatera določila 10. člena Direktive verjetno predmet razlage ali celo presoje veljavnosti na Sodišču EU;
- je večina držav članic že pripravila vsaj predloge implementacijske zakonodaje;
- je do poteka implementacijskega roka zakonodajo sprejelo le manjše število držav članic;
- se je Slovenija implementacije Direktive lotila resno in s pomočjo predlogov teorije in prakse postopoma izoblikovala z 10. členom Direktive domala v celoti skladen predlog implementacijske zakonodaje;

¹³² Glej V. Kranjc, nav. delo, str. 478. V zvezi z uporabo zadržanja na objektivne roke glej tudi zgoraj predstavljeno nemško ureditev.

- so nekatere rešitve Direktive in posledično naše implementacijske zakonodaje deležne utemeljenih kritik; itd.

Ugotoviti pa je mogoče tudi, da EU z novo direktivo deloma ruši, kar je na osnovi reforme izvajanja evropskega antitrusta iz leta 2004 v zadnjih desetih letih gradila. Eden temeljnih ciljev Uredbe 1/2003 je bil namreč decentralizacija uporabe evropskega antitrusta s podelitvijo popolne pristojnosti nacionalnim organom, tudi nacionalnim sodiščem, za uporabo evropskega antitrusta ter s tem povezano povečanje zasebnopravnega uveljavljanja evropskega antitrusta (tudi na račun javnopravnega, ki naj bi bilo preobremenjeno).¹³³ Nacionalna sodišča naj bi bila povsem kompetentna za uporabo 101. in 102. člena PDEU, torej za ugotavljanje kršitev evropskega antitrusta. Z novo direktivo (čeprav naj bi bila odraz želje po povečanju zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta) daje evropski zakonodajalec prav nasprotno sporočilo, tj. da mora biti oškodovancem zagotovljeno predhodno javnopravno varstvo, saj je v nasprotnem primeru njihova pravica do odškodnine ogrožena. Celo tako zelo ogrožena, da je na mestu potencialno več desetletij trajajoče zadržanje ali celo pretrganje zastaranja odškodninskih zahtevkov. Zdi se, da nacionalna sodišča po mnenju evropskega zakonodajalca evropskega antitrusta (kljub vsem mehanizmom, ki so jim pri tem lahko v pomoč: *amicus curiae* in druge formalizirane oblike sodelovanja s Komisijo in nacionalnimi organi za varstvo konkurence, pa postopek predhodnega odločanja, programi izobraževanja sodnikov o uporabi evropskega konkurenčnega prava idr.) ne zmorejo uporabljati in naj presojujejo le izpolnjevanje preostalih predpostavk odškodninske odgovornosti kršitelja, kršitve pa naj se primarno presojujejo pred nacionalnimi organi za varstvo konkurence. Če je tako, potem so zamajani temelji pred desetletjem reformiranega sistema izvajanja antitrusta v EU. Za doseg prvotnega cilja bi jih veljalo utrjevati tako, da bi v državah članicah, v katerih je zasebnopravno varstvo v povojih, zagotovili kakovostno, učinkovito in suvereno delo sodišč s pristojnostjo uporabe antitrusta, ustrezne postopkovne gabarite za učinkovito izvajanje antitrusta ter kakovostno in hitro delo organov za varstvo konkurence. Mogoče pa je tudi – in to nova ureditev zastaranja v Direktivi sporoča – da sta Komisija in evropski zakonodajalec ocenila, da reforma iz leta 2004 ni bila uspešna, da nacionalni sodniki svojega dela ne zmorejo opravljati in da so dolgi javnopravni postopki dejstvo, s katerim se je treba sprijazniti in temu prilagajati zakonodajo. Bolj verjetno je najbrž, da se zaradi osredinjenja na posamezne podrobnosti nove ureditve s ciljem čim večjega varstva oškodovanca opisane ga problema samo ne zavedata.

¹³³ Več o tem glej Ana Vlahek: Reforma antitrusta v Evropski uniji, v: Podjetje in delo, 30 (2004) 2, str. 230–272.

RAZPRAVA O DOPUSTNOSTI ČEZMEJNEGA PRENOSA DEJANSKEGA SEDEŽA DRUŽBE

Petra Weingerl,

univerzitetna diplomirana pravnica, diplomirana ekonomistka (UN), Magister Juris (Oxon), doktorska kandidatka na Pravni fakulteti Univerze v Oxfordu in na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

1. UVOD

Prispevek obravnava vprašanje dopustnosti čezmejnega prenosa dejanskega sedeža slovenske¹ družbe. Pri takem prenosu sedeža je ključno vprašanje, kateremu pravnemu redu pripada družba, ki spremeni svoj sedež in ki prenese poslovanje v drugo državo. Gre za eno najspornejših vprašanj v evropskem pravu družb, ki je tesno povezano z vprašanjem svobode ustanavljanja, zagotovljene s Pogodbo o delovanju EU (PDEU).² Vprašanje čezmejnega prenosa sedeža se nanaša tako na dejanski sedež kot tudi na statutarni sedež. V zvezi s prenosom dejanskega sedeža lahko govorimo o *fizični* mobilnosti (sprememba države poslovanja), pri prenosu statutarnega sedeža pa gre za *pravno* mobilnost (sprememba statusnopravne pripadnosti).^{3, 4} Ta prispevek se omejuje zgolj na prenos dejanskega sedeža, ki je v praksi aktualnejši.⁵ S prispevkom želim prikazati, da je na podlagi razlage veljavnih pravil in sodne prakse mogoče sklepati, da je čezmejni prenos dejanskega sedeža slovenske družbe (že) dopusten.

¹ Izraza »slovenske družbe« in »domače družbe« uporabljam za družbe, ki so ustanovljene z vpisom v register v Sloveniji.

² UL C 326 z dne 26. oktobra 2012.

³ B. Rajgelj, nav. delo (2008), str. 50.

⁴ O. Mörsdorf, nav. delo, str. 630.

⁵ Za razpravo o prenosu statutarnega sedeža glej, na primer, S. Prelič in J. Prostor, nav. delo (2016).

Slovenska pravna teorija zavzema stališče, da slovenska zakonodaja domačim družbam čezmejnega prenosa dejanskega sedeža ne dopušča.⁶ To je podkrepljeno z razlago, da slovensko pravo za domače družbe sprejema teorijo dejanskega sedeža kot navezno okoliščino za presojo pripadnosti družbe slovenskemu pravnemu redu.⁷ Teorija dejanskega sedeža zahteva teritorialno skladnost statutarnega in dejanskega sedeža družbe, prenos enega ali drugega (ali morda obeh) pa vodi do izgube pravne subjektivitete družbe.⁸ Ta teorija je tako domnevno glavni razlog, da domače družbe ne morejo biti tako mobilne kot na primer družbe, ki so ustanovljene v državah, ki sprejemajo teorijo ustanovitve. S tem prispevkom želim nadgraditi dosedanje razprave o prenosu dejanskega sedeža družbe. V ta namen bom predstavila tezo, da z materialnimi pravili v Zakonu o gospodarskih družbah (ZGD-1)⁹ zakonodajalec za domače družbe ni sprejel teorije dejanskega sedeža, vsaj v taki obliki ne, da bi jim s tem preprečil čezmejni prenos dejanskega sedeža, saj lakonične zakonske določbe ne napeljujejo na sklep, da se zahteva teritorialna skladnost statutarnega in dejanskega sedeža. Ker je zahteva po teritorialni skladnosti statutarnega in dejanskega sedeža v svojem bistvu prepovedna določba, saj prepoveduje njihovo razdružitev, bi morala biti izrecno določena, če bi jo zakonodajalec v resnici želel uzakoniti. Materialne določbe v ZGD-1 so skladne s teorijo ustanovitve in ne pomenijo (bistvenega) odmika od nje.

Tezo, da v slovenskem pravnem redu ni »čiste« teorije dejanskega sedeža, bom predstavila v treh delih. Razprava najprej obravnava vprašanja, povezana z zakonodajno konkurenco, sedežem družbe in svobodo ustanavljanja v EU. Namen tega poglavja je prikazati, da se na ravni prava EU pri čezmejni mobilnosti razlikujeta vstopna in izstopna situacija. Svoboda ustanovitve je (za zdaj) relevantna le za vstopne situacije, saj morajo države članice tolerirati obstoj družb, ki prenesejo dejanski sedež na njihovo ozemlje. Pri izstopnih situacijah pa so države članice ustanovitve tiste, ki določajo pogoje za nastanek, obstoj in prenehanje družb, ustanovljenih na njihovem ozemlju – s tem pa tudi o dopustnosti čezmejnega prenosa sedeža teh družb. Temu sledi poglavje, v katerem z razlago relevantnih določb v Zakonu o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP)¹⁰ in ZGD-1 zavrnem obstoj »čiste« teorije dejanskega

⁶ Glej B. Rajgelj, nav. delo (2006). Glej tudi J. Prostor, nav. delo (2014).

⁷ Obe teoriji, ki se v mednarodnem zasebnem pravu najpogosteje uporabljata za določitev merodajnega prava, teorija ustanovitve in teorija dejanskega sedeža, sta predstavljeni v razdelku 2.2.

⁸ Glej B. Rajgelj, nav. delo (2006). Glej tudi J. Prostor, nav. delo (2014).

⁹ Ur. l. RS, št. 42/06 s spremembami.

¹⁰ Ur. l. RS, št. 56/99 in 45/08.

sedeža v slovenskem pravu. V tretjem delu razprave bom osvetlila nekatere terminološke in pojmovne zagate v pravni teoriji in praksi.

2. O SEDEŽU DRUŽBE

2.1. Zakonodajna konkurenca

Vprašanje sedeža družbe je zanimivo predvsem v luči zakonodajne konkurence (tudi konkurence med pravnimi redi). Pri zakonodajni konkurenci gre za oblikovanje zakonodaje na več ravneh, na ravni več posameznih držav (horizontalna zakonodajna konkurenca) ali na nadnacionalni oziroma federalni ravni in na ravni posameznih držav (vertikalna zakonodajna konkurenca), tako da imajo družbe možnost izbire, kje želijo biti ustanovljene. Pomemben element zakonodajne konkurence je, da družbe to možnost izbire uporabljajo v praksi.¹¹ Gre za t. i. zakonodajno arbitražo, ki je predpogoj za obstoj zakonodajne konkurence. Drug pomemben predpogoj za zakonodajno konkurenco je, da države na trgu prava družb tekmujejo med seboj ali z nadnacionalnimi entitetami v oblikovanju najprivlačnejše zakonodaje, da bi si čim več družb za ustanovitev izbralo njihov pravni red. Kadar države oblikujejo in prilagajajo zakonodajo z namenom, da bi privlačile re/inkorporacije družb, je pravo, ki ga ponujajo družbam, produkt na trgu prava, ki je poseben trg, na katerem države ponujajo javne dobrine v obliki korporacijskih zakonodaj.¹²

Še nedavno vprašanju zakonodajne konkurence v EU ni bilo namenjene večje pozornosti, saj kljub načelni svobodi ustanavljanja na podlagi primarnega prava EU ni pogosto prihajalo do čezmejne mobilnosti družb, ker je bilo to na podlagi nacionalnih pravil številnih držav članic praktično nemogoče. Zakonodajna konkurenca je bila predmet številnih razprav predvsem v ZDA, kjer je to že dobro uveljavljen koncept. Tam obstaja jasni zmagovalec tekme na ravni posameznih držav, to je majhna zvezna država Delaware, v kateri je ustanovljenih večina ameriških družb kot posledica številnih konkurenčnih prednosti, ki jih Delaware ponuja in ki jih druge države lahko le s težavo posnemajo.¹³ Ta pojav je poimenovan kot »učinek Delawara« (angl. *Delaware effect*).

Zaradi vse bolj jasnih in poenostavljenih pravil na področju čezmejne mobilnosti družb v EU, k čemur pripomore predvsem sodna praksa Sodišča EU, je vprašanje zakonodajne konkurence čedalje pomembnejše tudi v EU in gospodarstvu ponuja različne možnosti za optimizacijo organizacijske strukture. Po-

¹¹ R. Kraakman in drugi, nav. delo, str. 25.

¹² Glej A. Saydé, nav. delo, str. 20.

¹³ E. Kamar, nav. delo.

sledica načela proste izbire sedeža v povezavi s pravico do svobodnega ustanavljanja v EU je večja elastičnost pri odločanju o določitvi sedeža družbe, s tem pa tudi pravnega režima, ki je v skladu s splošnimi pravili vezan na ta kraj, prav tako pa pri čezmejnem poslovanju, ki v praksi pomeni na primer le čezmejni prenos kraja poslovanja ali opravljanja dejavnosti. Možnost za ustanovitev družbe v katerikoli drugi državi članici ali pa ustanovitev njene podružnice, prenos sedeža ali preoblikovanje v tujo družbo odpira pot tekmi med državami za ponujanje čim privlačnejšega korporacijskega okolja za čim številčnejše ustanovitve družb na svojem ozemlju.¹⁴

Vendar pa lahko družbe prenesejo sedež zgolj, če jim to dopuščajo tako kolizijska pravila obeh držav – države izselitve in države priselitve oziroma gostiteljice – kot tudi materialnopravne zahteve v eni in drugi državi. Od teh pravil bo namreč odvisna nacionalna pripadnost družbe – po katerem pravu se bo presojalo, ali družba obstaja, torej osebni statut družbe. Ta se v kolizijskem pravu določi glede na navezno okoliščino v skladu s teorijo ustanovitve ali s teorijo dejanskega sedeža. Pri tem je teorija dejanskega sedeža, ki je uveljavljena v večini kontinentalnih držav, dejanska ovira pri čezmejnem prenosu sedeža družbe.

2.2. Navezni okoliščini v kolizijskem pravu družb: teorija ustanovitve in teorija dejanskega sedeža

Temeljni nalogi kolizijskega prava družb sta začrtanje kroga vprašanj, ki se presojajo po merodajnem pravu (osebni statut), in izbira navezne okoliščine, ki je odločilna za določitev merodajnega prava.¹⁵ V osebni statut družbe na splošno spadajo vprašanja nastanka, delovanja in prenehanja družbe – torej tudi vprašanja postopka in pogojev ustanovitve – ter vprašanja pravne in poslovne sposobnosti družbe.¹⁶ V zvezi z določitvijo merodajnega prava države sprejemajo bodisi teorijo ustanovitve bodisi teorijo dejanskega sedeža.¹⁷

Skladno s teorijo ustanovitve se statut družbe presoja po pravu tiste države, po katerem je bila družba ustanovljena. Ta teorija se uporablja v državah s tradicijo *common law* in na Nizozemskem, v Švici, v Lihtenštajnu in v skandinavskih državah.¹⁸ Določitev navezne okoliščine po tej teoriji v praksi ne predstavlja te-

¹⁴ Eden od ciljev harmonizacije prava družb v EU naj bi bila prav preprečitev konkurenice sistemov evropskega prava družb. Glej B. Rajglej, nav. delo (2007), str. 26.

¹⁵ B. Rajglej, nav. delo (2006), str. 5.

¹⁶ Prav tam.

¹⁷ V teoriji se je poleg statutarnega in dejanskega sedeža (predvsem v davčnem pravu) uveljavil tudi koncept t. i. sedeža izkoriščanja (angl. *seat of exploitation*), kjer družba opravlja svojo dejavnost.

¹⁸ M. Gelter, nav. delo, str. 2; Baelz in Baldwin, nav. delo.

žav, saj države, ki jo sprejemajo, za ustanovitev in obravnavo po svojem pravu od družb zahtevajo le statutarni sedež na svojem ozemlju.¹⁹ Tako lahko družba opravlja svojo dejavnost oziroma lahko to družbo poslovodstvo upravlja kjerkoli.²⁰ Podobno velja glede vprašanja priznavanja družb, ki so ustanovljene po tujem pravu – pravna sposobnost jim je priznana, če so veljavno ustanovljene po pravu države ustanovitve.²¹ Če taka tuja družba prenese svoj dejanski sedež v državo, ki sprejema teorijo ustanovitve, to nima nikakršnih pravnih posledic za njeno pravno subjektiviteto.

Po teoriji dejanskega sedeža pa se statut družbe presoja po pravu države, v kateri ima ta družba svoj dejanski sedež. Tradicionalno se uporablja na primer v Avstriji, Belgiji, Franciji, Nemčiji, Italiji in Luksemburgu.²² Ta teorija je manj objektivizirana in stabilna navezna okoliščina v primerjavi s teorijo ustanovitve, hkrati pa je pomembna ovira za čezmejno mobilnost.²³ Če družba, ki je ustanovljena v državi, ki sprejema teorijo dejanskega sedeža, prenese svoj dejanski sedež v drugo državo, ji država ustanovitve po navadi več ne priznava pravne subjektivitete, saj se praviloma zahteva, da sta tako statutarni kot tudi dejanski sedež v isti državi. Podobno velja glede družb, ki so ustanovljene v drugi državi, pa prenesejo svoj dejanski sedež v državo gostiteljico, ki sprejema teorijo dejanskega sedeža. Država gostiteljica ji po »klasični« teoriji dejanskega sedeža v takem primeru ne bo priznala pravne subjektivitete. Prav ta dva vidika teorije dejanskega sedeža, torej izguba pravne subjektivitete družbe bodisi pri izselitvi bodisi pri priselitvi dejanskega sedeža, sta problematična v luči svobode ustanavljanja in pomenita oviro čezmejni mobilnosti družb.

2.3. Poskus razmejitve med dejanskim sedežem in lokacijami poslovanja ter opravljanja dejavnosti

Dejanski sedež načeloma nima posebnega pomena v materialnem pravu, temveč le v kolizijskem pravu družb, torej v razmerjih z mednarodnim elementom. Temu sledi tudi slovenska ureditev. Tako ga ZGD-1 izrecno ne ureja, najdemo pa ga v tretjem odstavku 17. člena ZMZPP. Ker je dejanski sedež okoliščina, po kateri se presoja pripadnost družbe v državah, ki sprejemajo teorijo dejanskega sedeža, sta ključni vprašanji, kaj je s tem konceptom sploh mišljeno in ali ga slovenska ureditev zares uzakonja. Podrobneje se bom teh vprašanj dotaknila v nadaljevanju v 3. poglavju. Za zdaj naj zadostuje podatek, da ZGD-1 ureja

¹⁹ B. Rajgelj, nav. delo (2005), str. 54; M. Siems, nav. delo, str. 48.

²⁰ B. Rajgelj, nav. delo (2005), str. 54; J. Prostor, nav. delo (2014).

²¹ B. Rajgelj, nav. delo (2006).

²² M. Gelter, nav. delo, str. 2; Baelz in Baldwin, nav. delo.

²³ B. Rajgelj, nav. delo (2007), str. 198.

»sedež« v 29. in 30. členu.²⁴ Člen 29 določa, da je sedež družbe »kraj, ki je kot sedež vpisan v register«. Člen 30 pa to določbo konkretizira z navedbo treh možnih lokacij, ki se lahko kot sedež družbe vpišejo v register – te lokacije se v teoriji razlagajo kot določitev dejanskega sedeža družbe.²⁵

Ima potemtakem družba lahko več »dejanskih sedežev« in ali ima prenos vseh teh sedežev enake posledice za navezno okoliščino in s tem pravno subjektiviteto družbe? V luči dejstva, da ZGD-1 določa tri različne lokacije kot kraj, kjer je družba vpisana v register, je že iz same določbe mogoče sklepati, da lahko družba v praksi opravlja del svojih poslov in dejavnosti na različnih lokacijah. Povedano drugače, družba lahko ima več lokacij, ki ustrezajo enemu ali več alternativno določenim krajem v 30. členu ZGD-1.

Dejanski sedež je navezna okoliščina, ki se težko presoja v praksi, sploh v času, ko družbe čedalje pogosteje poslujejo na globalni ravni in imajo svojo dejavnost razpršeno po različnih krajih in celo državah. Tako ni presenečenje, da je pojem »dejanski sedež« težko opredeliti, še težje pa preverjati v praksi. Za potrebe te razprave bom uporabljala izraz »dejanski sedež«, da s tem označim prenos kraja poslovanja oziroma dejavnosti družbe. Ni pa nujno, da s tem mislim na glavno upravo družbe (angl. *head office*), ki se v tujini navadno uporablja kot sopomenka za »dejanski sedež« (angl. *real seat*), v ZGD-1 pa ni niti izrecno omenjena med alternativnimi lokacijami za določitev statutarne sedeža.

2.4 Kratko o razvoju svobode ustanavljanja v pravu EU – teorija dejanskega sedeža kot ovira svobodi ustanavljanja

Vzpostavitev območja brez notranjih meja, na katerem je zagotovljen prost pretok blaga, oseb, storitev in kapitala, je eden pglavitnih ciljev EU.²⁶ Mobilnost družb v EU se zagotavlja s svobodo ustanavljanja, ki je urejena v 49. in 54. členu PDEU. Člen 49 PDEU določa, da se:

»omejitve glede pravice do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice prepovejo. Ta prepoved se uporablja tudi za omejitve pri ustanavljanju agencij, podružnic ali hčerinskih družb državljanov katere koli države članice s sedežem na ozemlju katere koli države članice.«

Ta člen nadalje določa, da pravica do ustanavljanja zajema pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba ter pravico do ustanovitve in

²⁴ Ti določbi sta podrobneje predstavljeni v nadaljevanju, glej razdelek 3.2.

²⁵ B. Rajgelj, nav. delo (2006), str. 16; J. Prostor, nav. delo (2014), str. 35.

²⁶ Glej 26. člen PDEU.

vodenja podjetij.²⁷ PDEU tako ureja primarno in sekundarno ustanovitev. Pri primarni ustanovitvi gre za pravico, da se ustanovi družba ali druga pravna oseba v državi gostiteljici, pri sekundarni ustanovitvi pa za pravico, da se odstranijo vse ovire za vzpostavljanje in organiziranje podružnic v gostujočih državah članicah.²⁸ Na podlagi teh določb je Sodišče EU razvilo sodno prakso, ki je družbam olajšala čezmejno mobilnost, svoboda ustanavljanja pa v EU še vedno ni popolnoma uveljavljena. Države članice nimajo vzpostavljenega enotnega režima za čezmejno mobilnost družb in uporabljajo različne teorije za določitev navezne okoliščine. Tako danes še vedno obstajajo pravila na ravni držav članic, ki ovirajo čezmejno mobilnost družb.

EU je začela projekt harmonizacije na področju prava družb že v šestdesetih letih prejšnjega stoletja, vendar so rezultati skromni.²⁹ Kako težko je doseči soglasje na tem področju, priča dejstvo, da se je Uredba o statutu evropske delniške družbe (SE)³⁰ sprejemala celih trideset let, delo na številnih projektih pa se je končalo brez sprejetih zakonodajnih aktov, na primer v zvezi z direktivo o čezmejnem prenosu sedeža³¹ ali statutom evropske zasebne družbe (SPE – *Societas Privata Europaea*).³² Ta počasni in vsebinsko omejen proces harmonizacije ter kolizijska pravila držav članic naj bi bila neposredno pove-

²⁷ Prvi odstavek 49. člena PDEU.

²⁸ Točka 57 sodbe v zadevi C-438/05, *Viking Line*, ECLI:EU:C:2007:772. Glej J. Hojnik in R. Knez, nav. delo, str. 390.

²⁹ Več o harmonizaciji na področju prava družb v EU glej B. Rajgelj, nav. delo (2007), str. 25.

³⁰ Uredba Sveta (ES) št. 2157/2001 z dne 8. oktobra 2001 o statutu evropske družbe (SE), UL L 294, 10. november 2001.

³¹ Glej s tem povezane dokumente na spletni strani Komisije <http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm> (1. 4. 2016). Komisija je že leta 2004 odprla javno razpravo o 14. direktivi na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb. Po oceni učinka v letu 2007 je Komisija odločila, da preneha aktivnosti na tem področju, saj naj ne bi bilo potrebe po sprejetju zakonodajnega akta. Več o tem glej J. Prostor, nav. delo (2011), ki meni, da je stanje na tem področju nevzdržno in se zato zavzema za urgenten sprejem navedene direktive. Glej tudi S. Rammeloo, nav. delo. Leta 2013 pa je Komisija vnovič sprožila javno razpravo na to temo, na katero je prejela 86 odgovorov, od tega zgolj 28 od gospodarskih družb (glej <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/docs/summary-of-responses_en.pdf> (1. 4. 2016)). Največ jih je bilo iz Nemčije, iz Slovenije pa ni bilo nobenega. Po tej javni razpravi so aktivnosti Komisije na tem področju spet zamlrle.

³² Predlog statuta za evropsko zasebno družbo je bil uradno umaknjen iz programa dela Komisije v oktobru 2013. Glej Regulatory Fitness and Performance (REFIT): Results and Next Steps, COM(2013) 685 final, str. 9.

zana – od šestih držav članic ustanoviteljic EU³³ je le Nizozemska sprejemala teorijo ustanovitve kot navezno okoliščino za določitev merodajnega prava.³⁴

V nadaljevanju bo na kratko predstavljen razvoj pravil na tem področju skozi sodno prakso Sodišča EU, ki je glavni motor napredka ob odsotnosti harmonizacije.³⁵ Zdi se, da sodna praksa Sodišča EU daje prednost teoriji ustanovitve, vendar kljub vsemu upošteva in spoštuje obstoj teorije dejanskega sedeža, ki je glavna ovira čezmejni mobilnosti. Sodna praksa razlikuje med dvema situacijama – med »vstopno« situacijo oziroma »imigracijo« družb v državo članico gostiteljico ter »izstopno« situacijo oziroma »emigracijo« iz države članice ustanovitve. Čeprav je Sodišču EU s sodno prakso uspelo doseči, da teorija dejanskega sedeža ni več ovira družbam, ki »imigrirajo« v državo, ki uporablja to teorijo kot navezno okoliščino, pa še vedno obstajajo ovire za družbe, ki bi iz take države želele »emigrirati«. Tako Sodišče EU pravico do ustanavljanja razlaga kot relevantno zgolj glede »priznavanja« tujih družb (oziroma njihove pravne subjektivitete) na ozemlju drugih držav članic, torej v državah gostiteljicah. Pravica do »zapustitve« ozemlja države članice ustanovitve brez poprejšnje likvidacije pa (še?) ne spada pod okrilje te svoboščine notranjega trga.

Sodišče EU je zaoralo ledino na področju mobilnosti družb v zadevi *Daily Mail*, ki je bila v osnovi pravzaprav davčna zadeva, vendar se je razlagala kot zadeva s področja prava družb.³⁶ Ta sodba se nanaša na razmerje med državo članico ustanovitve in družbo, ki želi to državo zapustiti in ob tem ohraniti pravno osebnost, ki ji jo je podelila zakonodaja navedene države, torej gre za »izstopno« situacijo oziroma za »emigracijo« družbe. Sodišče EU je odločilo, da svoboda ustanavljanja družbam ne daje pravice do prenosa dejanskega sedeža v drugo državo članico, če želi družba ohraniti svoj status po pravilih države ustanovitve. Sodišče EU je navedlo, da so družbe – drugače kot fizične osebe – pravna fikcija, ustanovljena na podlagi zakonodaje države članice, in obstajajo le na podlagi te nacionalne zakonodaje, ki določa njihovo ustanovitev in delovanje.

S to sodbo je Sodišče EU podalo zelo restriktivno razlago določb o svobodi ustanavljanja, saj je potrdilo veljavnost teorije dejanskega sedeža in s tem tudi prepovedi prenosa dejanskega sedeža v drugo državo. Sodišče EU pa v

³³ Te države članice ustanoviteljice so Belgija, Francija, Italija, Luksemburg, Nemčija in Nizozemska.

³⁴ M. Gelter, nav. delo, str. 7.

³⁵ Podrobneje o razvoju v pravu EU in o sodni praksi na tem področju glej J. Hojnik in R. Knez, nav. delo, str. 390 in nasl. Za predstavitev navedenih sodb glej tudi J. Prostor, nav. delo (2013), in B. Rajgelj, nav. delo (2007).

³⁶ Zadeva 81/87, *Daily Mail*, 27. september 1988, ECLI:EU:C:1988:456.

tej zadevi ni obravnavalo vprašanja, ali bi morala država članica gostiteljica priznati družbo, ki je veljavno ustanovljena po pravu druge države članice, torej o »vstopnih« situacijah. O tem je Sodišče EU odločalo v zadevah, ki so predstavljene v nadaljevanju.

Desetletje po sodbi v zadevi *Daily Mail* je Sodišče EU v znameniti zadevi *Centros*³⁷ odločalo prav o tem vprašanju. Družba Centros je bila registrirana v Združenem kraljestvu, kjer je uveljavljena teorija ustanovitve, vendar od svoje ustanovitve tam ni nikoli opravljala dejavnosti. Bila je v lasti danskega para, ki je želel ustanoviti podružnico na Danskem, da bi tam izvajal vse svoje poslovne dejavnosti. Danske oblasti so zavrnille njun poskus ustanovitve podružnice, saj so menile, da je njun cilj na Dansko prenesti dejanski sedež družbe, ki naj bi jo ustanovila v Združenem kraljestvu z namenom izogniti se danski zakonodaji, ki zahteva vplačilo minimalnega osnovnega kapitala. Sodišču EU se taka praksa ni zdela sporna, saj je navedlo, da:

»dejstvo, da državljani države članice, ki želi ustanoviti družbo, to ustanovi v državi članici, katere pravila prava družb se mu zdijo manj strožja, in v drugih državah članicah odpre podružnice, samo po sebi ne more pomeniti zlorabe pravice ustanavljanja. Pravica ustanoviti družbo v skladu z zakonodajo države članice in odpreti podružnice v drugih državah članicah je neločljivo povezana z izvrševanjem svobode ustanavljanja na enotnem trgu, kot to zagotavlja Pogodba.«³⁸

Sodišče EU meni, da »družbe nabiralniki« (angl. *letterbox companies*) same po sebi niso v nasprotju s pravom EU,³⁹ morebitne zlorabe ali goljufije pa se lahko poskušajo preprečiti tudi z ukrepi, ki ne kršijo pravice do svobodne ustanovitve sedeža, pa kljub temu dosežejo cilj, ki mu sledi na primer minimalni osnovni kapital, ki naj bi bil po stališču danskih oblasti glavni mehanizem za varstvo upnikov.

Na podlagi sodbe v zadevi *Centros* so ovire držav članic gostiteljic zoper družbe, ustanovljene v drugi državi, ki želijo na ozemlju države gostiteljice

³⁷ Zadeva C-212/97, *Centros*, 9. marec 1999, ECLI:EU:C:1999:126.

³⁸ Glej točko 27 sodbe v zadevi *Centros*.

³⁹ Glej sicer točko 55 sodbe v zadevi C-196/04, *Cadbury Schweppes*, ECLI:EU:C:2006:544: »Torej mora biti za to, da bi se omejitev svobode ustanavljanja lahko upravičila z razlogi boja proti zlorabam, poseben namen take omejitve oviranje ravnanj, ki vsebujejo ustvarjanje povsem umetnih konstruktov, brez gospodarske resničnosti, z namenom, da se obide davek na dobiček, ustvarjen z dejavnostjo na nacionalnem ozemlju, ki bi ga bilo običajno treba plačati.« Pri tem ni jasno, kaj je imelo Sodišče EU v mislih z besedno zvezo »povsem umetnimi konstruktmi«, predvsem v luči sodbe v zadevi *Centros*. O zlorabi prava v luči svobode ustanavljanja glej W. G. Ringe, nav. delo (2011). Glej tudi Roth, nav. delo, str. 607–611.

ustanoviti podružnico (t. i. sekundarna ustanovitev), prepovedane. Tak »liberalni« pristop Sodišča EU do koncepta »zlorabe prava« je odprl pot zakonodajni konkurenci v EU, s tem pa tudi večji čezmejni mobilnosti družb.⁴⁰

V teoriji in praksi je bilo veliko razprave o tem, ali velja zadeva *Centros* za vse »vstopne« situacije ali zgolj takrat, ko želijo družbe prenesti dejanski sedež v državo gostiteljico, ki kot navezno okoliščino sprejema teorijo ustanovitve (Danska, ki je bila država gostiteljica, namreč sprejema teorijo ustanovitve).⁴¹ Odgovor je bil podan v zadevi *Überseering*.⁴² Ta zadeva se je prav tako nanašala na obravnavo, ki naj jo država članica gostiteljica zagotovi družbi, ustanovljeni po pravu druge države članice, ki izvršuje svojo pravico do ustanavljanja. Šlo je za družbo z omejeno odgovornostjo, ki je želela prenesti dejanski sedež iz Nizozemske (teorija ustanovitve) v Nemčijo (teorija dejanskega sedeža), tako da bi še naprej veljala za nizozemsko družbo in bi se njen pravni status še naprej presojal po nizozemskem pravu. Družba *Überseering* je v Nemčiji vložila tožbo proti drugi družbi, sodišče pa je tožbo zavrglo, saj je ugotovilo, da je svoj dejanski sedež prenesla v Nemčijo. S tem kot družba nizozemskega prava v Nemčiji ni imela pravne sposobnosti in zato tudi ne procesne sposobnosti. Sodišče EU je ugotovilo, da tako odrekanje pravne sposobnosti pomeni omejitev svobode ustanavljanja. Odločilo je, da izvrševanje svobode ustanavljanja nujno predvideva priznavanje družb v vseh državah članicah, v kateri želijo izvrševati svojo pravico do sekundarne ustanovitve.⁴³

V zadevah *Centros* in *Überseering* je šlo za situaciji, v katerih sta zadevni državi članici gostiteljici preprečevali (in ne le omejevali) tujim družbam sekundarno ustanovitev na njunem ozemlju. Naslednja pomembna sodba na področju čezmejne mobilnosti družb je bila izdana v zadevi *Inspire Art*.⁴⁴ V tej zadevi Nizozemska sicer ni preprečevala tuji družbi sekundarne ustanovitve, temveč je bila taka ustanovitev zaradi ovir v obliki pogojev, ki jih je predpisovala nizozemska zakonodaja, manj privlačna.⁴⁵ *Inspire Art* je bila družba s sedežem v Veliki Britaniji, ki je poslovala izključno prek svoje nizozemske podružnice. Nizozemska je želela, da ta družba upošteva nekatere materialne določbe, ki

⁴⁰ W. G. Ringe, nav. delo (2011), str. 108. V praksi v EU prihaja večinoma do »defenzivne« zakonodajne konkurence, saj države prilagajajo svojo zakonodajo, da ne bi že ustanovljene družbe pobegnile čez mejo v državo članico s privlačnejšo zakonodajo. Redko pa je razlog za prilagajanje zakonodaje želja, da bi bil pravni red države čim bolj privlačen za nove ustanovitve. Za več o tem glej na primer M. Gelter, nav. delo.

⁴¹ Glej na primer Lehmann, nav. delo, str. 816–823.

⁴² Zadeva C-208/00, *Überseering*, 5. november 2002, ECLI:EU:C:2002:632.

⁴³ Točka 59 sodbe v zadevi *Überseering*.

⁴⁴ Zadeva C-167/01, *Inspire Art*, 30. september 2003, ECLI:EU:C:2003:512.

⁴⁵ A. Johnston in P. Syrpis, nav. delo, str. 385.

veljajo za družbe, ustanovljene po nizozemskem pravu, predvsem v zvezi z varstvom upnikov. Sodišče EU je odločilo, da so take zahteve načeloma nezdržljive s svobodo ustanavljanja.

Trojček zadev *Centros*, *Überseering* in *Inspire Art* se je nanašal na »vstopne« situacije oziroma imigracije (angl. *entry*), ko družba, ki je zakonito ustanovljena po pravu ene države članice, svoj dejanski sedež prenese v drugo državo članico. Na podlagi sodne prakse Sodišča EU so države članice gostiteljice v takem primeru dolžne tem družbam priznavati pravno subjektiviteto, hkrati pa načeloma niso upravičene, da od njih zahtevajo, da izpolnjujejo njihove materialne pogoje, na primer o minimalnem osnovnem kapitalu. Tako je teorija dejanskega sedeža za družbe, ki »imigrirajo«, pravzaprav izgubila pomen. Vendar pa so države, ki sprejemajo to teorijo, na podlagi sodbe v zadevi *Daily Mail* še vedno »upravičene«, da ovirajo mobilnost družbam, ustanovljenim na njihovem ozemlju, ko želijo te »emigrirati« v drugo državo članico (angl. *exit*).⁴⁶ Sodišče EU je o čezmejni mobilnosti družb, ki so ustanovljene v državah, ki sprejemajo teorijo dejanskega sedeža, odločalo v zadevi *Cartesio*.⁴⁷

Cartesio je madžarsko podjetje, ki želi prenesti svoj dejanski sedež v Italijo, vendar želi ostati subjekt madžarskega prava. Po madžarskem pravu to ni bilo mogoče, saj je to zahtevalo, da družba najprej preneha obstajati na Madžarskem in se nato vnovič ustanovi po italijanskem pravu. Kljub velikim pričakovanjem pravne teorije je Sodišče EU odločilo, da bo sledilo sodbi v zadevi *Daily Mail*, s tem pa državam članicam še nadalje dopuščalo, da družbam, ki so ustanovljene po njihovem pravu, preprečujejo čezmejno mobilnost. Odločilo je, da:

»Glede na trenutno stanje prava Skupnosti [zdaj EU] je treba člena 43 in 48 PES [zdaj člena 49 in 54 PDEU] razlagati tako, da ne nasprotujeta predpisom države članice, ki družbi, ustanovljeni na podlagi nacionalnega prava te države članice, preprečujejo prenos njenega sedeža v drugo državo članico, pri čemer bi ohranila subjektiviteto družbe nacionalnega prava države članice, v skladu z zakonodajo katere je bila ustanovljena.«⁴⁸

Tako je teorija dejanskega sedeža preteklost le za družbe, ki vstopajo na ozemlje določene države članice, ne pa za tiste družbe, ki želijo emigrirati v drugo državo članico.⁴⁹ Tako je svoboda ustanovitve zares »svobodna« le za tiste

⁴⁶ Podrobneje o tem glej na primer F. M. Mucciarelli, nav. delo; W. G. Ringe, nav. delo (2005).

⁴⁷ Zadeva C-210/06, *Cartesio*, 16. december 2008, ECLI:EU:C:2008:723. Za podrobno analizo sodbe v tej zadevi glej na primer J. Hojnik in R. Knez, nav. delo, str. 405; J. Prostor, nav. delo (2013), str. 30.

⁴⁸ Točka 124 sodbe v zadevi *Cartesio*.

⁴⁹ Za kritiko takega razlikovanja glej na primer W. G. Ringe, nav. delo (2005).

družbe, ki so ustanovljene v državah, ki sprejemajo teorijo ustanovitve. Družbe, ki so ustanovljene v državah, ki sprejemajo teorijo dejanskega sedeža, pa svojega sedeža še vedno ne morejo prenesti čez mejo brez predhodne likvidacije družbe.

Vendar je Sodišče EU v zadevi *Cartesio* vendarle šlo korak dlje, s tem ko je odločilo, da mora država članica ustanovitve družbi dovoliti, da prenese dejanski sedež v drugo državo članico, če se pri tem preoblikuje v pravno osebo države članice gostiteljice.⁵⁰ Države ustanovitve morajo torej dopuščati »pravno« mobilnost. V zadevi *VALE* je Sodišče EU odločilo, da morajo tako preoblikovanje tolerirati tudi države članice gostiteljice.⁵¹ Tako je Sodišče EU vsaj delno pripomoglo k čezmejni mobilnosti družb, ki so ustanovljene v državah teorije dejanskega sedeža, s tem, ko je prepovedala diskriminacijo med »notranjimi« in »čezmejnimi« situacijami v primeru preoblikovanj družb, torej v primeru alternativnih oblik mobilnosti.⁵² Že v zadevi *SEVIC* je odločilo, da tako:

»kot druge vrste preoblikovanja družb čezmejne združitve izhajajo iz potrebe po sodelovanju in konsolidaciji med družbami s sedežem v različnih državah članicah. So poseben način izvrševanja pravice do ustanavljanja, ki je pomemben za pravilno delovanje notranjega trga, in so torej del gospodarskih dejavnosti, v zvezi s katerimi so države članice dolžne spoštovati pravico do ustanavljanja.«⁵³

⁵⁰ Točka 111 sodbe v zadevi *Cartesio*: »Vendar je treba tak primer prenosa sedeža družbe, ustanovljene po pravu države članice, v drugo državo članico – brez menjave prava, ki se uporabi zanjo, – razlikovati od primera, ki se nanaša na preselitev družbe prava ene države članice v drugo državo članico z menjavo nacionalnega prava, ki se uporabi zanjo, ker se družba preoblikuje v družbo, za katero se uporabi nacionalno pravo države članice, v katero se je preselila.« Več o tem glej M. Gelter, nav. delo, str. 27–28; J. Prostor, nav. delo (2014), poglavji 3 in 4.

⁵¹ Zadeva C-378/10, *VALE*, 12. julij 2012, ECLI:EU:C:2012:440. Za predstavitev sodbe glej J. Prostor, nav. delo (2013a). Podobno je Sodišče EU odločilo tudi v zadevi C-411/03, *SEVIC*, 13. december 2005, ECLI:EU:C:2005:762, v kateri je država članica (Nemčija) razlikovala med čezmejnimi in notranjimi združitvami družb. Sodišče EU je odločilo, da svoboda ustanavljanja nasprotuje temu, »da se v državi članici vpis v nacionalni trgovinski register združitve s prenehanjem ene družbe, ne da bi bila pri tem opravljena njena likvidacija, in s prenosom celotnega premoženja te družbe na drugo družbo na splošno zavrne, če ima ena od dveh družb sedež v drugi državi članici, medtem ko je tak vpis ob spoštovanju določenih pogojev mogoč, če imata obe družbi, ki se združujeta, sedež na ozemlju prve države članice«. Glej tudi W.-H. Roth, nav. delo (2013), str. 965–995.

⁵² Rajgljeva navaja, da so čezmejne združitve pravzaprav podvrsta čezmejnega prenosa statutarne sedeža, saj gre za hkratno združitev in spremembo merodajnega prava ene od udeleženih strank. B. Rajgelj, nav. delo (2008), str. 50–53.

⁵³ Točka 19 sodbe v zadevi *SEVIC*.

2.5. Primerjava dometa svobode ustanavljanja s preostalimi svoboščinami notranjega trga

Primerjava svobode ustanavljanja z drugimi svoboščinami notranjega trga kaže, da so preostale svoboščine zasnovane širše, saj njihov domet načeloma zajema tako situacije prostega pretoka »v« kot tudi »iz« držav članic. Najočitnejši primer je prost pretok blaga.⁵⁴ Člen 28 PDEU določa, da:

»Unija vključuje carinsko unijo, ki zajema vso blagovno menjavo in med državami članicami prepoveduje carine pri uvozu in izvozu ter vse dajatve z enakim učinkom, poleg tega pa uvaja skupno carinsko tarifo v odnosih s tretjimi državami.«

Tako že iz samega besedila izhaja, da so carine in dajatve z enakim učinkom prepovedane tako pri uvozu kot tudi izvozu. Podobno lahko sklepamo v zvezi s prostim pretokom kapitala, saj prvi odstavek 63. člena PDEU določa, da so prepovedane vse omejitve pretoka kapitala med državami članicami ter med državami članicami in tretjimi državami. V zvezi s pravico delavcev do prostega pretoka je Sodišče EU že večkrat poudarilo, da imajo

»državljeni držav članic zlasti pravico, ki jo pridobijo neposredno na podlagi Pogodbe, in sicer da zapustijo svojo državo izvora, da gredo na ozemlje druge države članice in tam prebivajo zaradi opravljanja gospodarske dejavnosti«.⁵⁵

Druge svoboščine notranjega trga tako zagotavljajo »dvojno« varstvo – tako »navznoter« (angl. *inbound*) kot tudi »navzven« (angl. *outbound*).⁵⁶ Bi se lahko taka logika uporabila tudi pri svobodi ustanavljanja? Sodišče EU je v zadevi *Gebhard* poudarilo, da bi bilo treba vse temeljne svoboščine notranjega trga podobno razlagati. Pri tem je odločilo, da nacionalni ukrepi:

»ki bi lahko ovirali izvajanje temeljnih svobod, ki jih zagotavlja Pogodba, ali bi naredili to izvajanje za manj privlačno, morajo izpolnjevati štiri pogoje: da se uporabljajo nediskriminatorno, da jih upravičujejo nujni razlogi v splošnem interesu, da so primerni za zagotovitev cilja, ki ga zasledujejo, in da ne presegajo tega, kar je nujno potrebno za uresničitev tega cilja«.⁵⁷

Gre za t. i. štiristopenjski test opravičljivosti ovir prostemu pretoku. Sodišče EU je sicer imelo v mislih, da je treba vse temeljne svoboščine enako obravna-

⁵⁴ Za podrobno primerjavo svobode ustanovitve s preostalimi svoboščinami notranjega trga glej W. G. Ringe, nav. delo (2005), str. 635.

⁵⁵ Točka 95 sodbe v zadevi C-415/93, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463.

⁵⁶ W. G. Ringe, nav. delo (2005), str. 639.

⁵⁷ Točka 39 sodbe v zadevi C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411.

vati z vidika opravičljivosti njihovih ovir, vendar bi bilo mogoče tako sklepanje analogno uporabiti tudi za vsebino svoboščin.⁵⁸ Toda s strogo jezikovno razlago ne moremo priti do takega sklepa. Besedilo 49. člena PDEU, ki ureja svobodo ustanavljanja, namreč implicitno nakazuje na razlikovanje v razmerju do drugih svoboščin, saj izrecno omenja državljane ene države članice na ozemlju druge države članice,⁵⁹ torej zgolj varstvo »navznoter«.

Tako je razlikovanje med enimi in drugimi situacijami v zvezi s svobodo ustanavljanja v sodni praksi Sodišča EU posledica takega domnevnega razlikovanja na ravni primarnega prava EU, v PDEU. Ringe tako razlikovanje kritizira kot umetno, arbitrarno in zelo nelogično.⁶⁰ Morebitna rešitev bi lahko bila sekundarna zakonodaja, vendar so aktivnosti na področju sprejemanja 14. direktive na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb zamrle že pred skoraj celim desetletjem.⁶¹ Tako bodo morale družbe, ki so ustanovljene v državi članici s teorijo dejanskega sedeža, še nadalje uporabljati druge mehanizme za doseg podobnega cilja (na primer čezmejno združitev ali možnosti, ki jih ponuja SE, ali pa se podvreči postopku prenehanja in vnovične ustanovitve v drugi državi), ki so zelo kompleksni in družbam povzročajo nesorazmerne stroške.⁶²

3. ZAVRNITEV OBSTOJA TEORIJE DEJANSKEGA SEDEŽA V SLOVENSKEM PRAVU IN POSLEDIČNA DOPUSTNOST ČEZMEJNEGA PRENOSA SEDEŽA

3.1. Teorija ustanovitve v ZMZPP

V slovenskem pravu najdemo temeljna kolizijska pravila, ki odkazujejo na uporabo merodajnega prava za presojo pravnega položaja tako fizične kot tudi pravne osebe, v ZMZPP. Za presojo statusa družbe pa so poleg kolizijskih pravil v ZMZPP pomembna tudi materialna pravila v ZGD-1, ki bodo predstavljena v nadaljevanju. ZMZPP v prvem odstavku 17. člena določa, da se za »pravni položaj pravne osebe uporabi pravo države, ki ji pravna oseba pripada«. Pripadnost pravne osebe se po drugem odstavku 17. člena ZMZPP določi »po pravu države, po katerem je bila ustanovljena«. S tem slovensko pravo sprejema teorijo ustanovitve in ne teorije dejanskega sedeža.⁶³ Tako je

⁵⁸ W. G. Ringe, nav. delo (2005), str. 639.

⁵⁹ »V okviru določb, navedenih v nadaljevanju, se omejitve glede pravice do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice prepovejo.«

⁶⁰ W. G. Ringe, nav. delo (2005), str. 640.

⁶¹ Glej opombo 31.

⁶² J. Prostor, nav. delo (2011).

⁶³ Tako tudi B. Rajgelj, nav. delo (2007), str. 214; J. Dolžan, nav. delo, str. 737.

navezna okoliščina za določitev osebnega statuta družbe kraj, v katerem ima družba statutarni sedež.

V tretjem odstavku 17. člena ZMZPP najdemo določbo, ki je razumljena kot izjema od teorije ustanovitve, saj naj bi v nekaterih primerih uzakonjala teorijo dejanskega sedeža.⁶⁴ Ta odstavek namreč določa, da če:

»ima pravna oseba svoj dejanski sedež v drugi državi, ne pa v tisti, kjer je bila ustanovljena, in ima po pravu te druge države tudi njeno pripadnost, se šteje, da pripada tej drugi državi.«

Rajgljeva meni, da ta določba »ne upošteva nekaterih osnovnih zakonitosti mednarodnega kolizijskega prava družb in je zato nesmiselna in odvečna«.⁶⁵ Težko si je namreč zamisliti praktični primer, v katerem bi lahko prišlo do take situacije. Težko si je tudi zamisliti, kakšen je bil namen zakonodajalca pri uzakonitvi takega pravila. Če je bil namen te določbe preprečiti ustanavljanje in delovanje slamnatih podjetij, potem je sredstvo za doseg tega namena izbrano dokaj nepremišljeno. V praksi si lahko namreč zamislimo alternativne scenarije, v katerih je ta določba lahko le redko, če sploh, uporabna. Mero-dajno pravo bo namreč odvisno od vprašanja, ali država dejanskega sedeža to družbo šteje za »svojo«. Če družba prenese svoj dejanski sedež v državo, v kateri je uzakonjena teorija ustanovitve, ta država te družbe ne bo štela za svojo. Če družba prenese svoj dejanski sedež v državo, v kateri je uzakonjena teorija dejanskega sedeža, je tudi ta država skoraj gotovo ne bo štela za svojo, saj bo najverjetneje zahtevala, da ima družba v tej državi tudi svoj statutarni sedež. S tem je vprašanje o smiselnosti take določbe popolnoma na mestu.

Kot izjemo od teorije ustanovitve lahko razlagamo tudi določbo prvega odstavka 2. člena ZMZPP, ki določa, da se pravo:

»na katerega napotujejo določbe tega zakona, izjemoma ne uporabi, kadar je glede na vse okoliščine primera očitno, da razmerje s tem pravom nima pomembnejše zveze, obstoji pa bistveno tesnejša zveza z nekim drugim pravom.«

Gre torej za izjemo najtesnejše zveze, ki je splošna izjema slovenskega kolizijskega prava, urejena v splošnih določbah ZMZPP. Ta izjema bi lahko v praksi pripeljala do *de facto* teorije dejanskega sedeža, vendar se v praksi ne uporablja.

Glede na ugotovitve, da je izjema iz tretjega odstavka 17. člena ZMZPP praktično neuporabna, izjema iz prvega odstavka 2. člena ZMZPP pa se kljub

⁶⁴ B. Rajgelj, nav. delo (2007), str. 213, M. Ilešič, A. Polajnar-Pavčnik, D. Wedam-Lukić, nav. delo, str. 43.

⁶⁵ B. Rajgelj, nav. delo (2007), str. 214.

morebitni uporabnosti dejansko ne uporablja v praksi, lahko trdimo, da je v slovenskem kolizijskem pravu učinkovito uveljavljena čista teorija ustanovitve. Navezna okoliščina je torej kraj statutarnega sedeža.

S teorijo ustanovitve so skladne tudi materialne določbe, ki se nanašajo na tuja podjetja v ZGD-1. V poglavju o tujih podjetjih je v 674. členu ZGD-1 določeno, da je tuje podjetje fizična ali pravna oseba:

»ki opravlja pridobitno dejavnost in ima prebivališče ali sedež zunaj Republike Slovenije v državi članici (v nadaljnjem besedilu: tuje podjetje iz ES) ali v državi, ki ni država članica (v nadaljnjem besedilu: tuje podjetje iz tretje države)«.

Ta določba govori zgolj o »sedežu«, na podlagi splošnega pravila o sedežu, ki je podano v 29. členu ZGD-1, pa izhaja, da gre za statutarni sedež.⁶⁶ Taka ureitev je skladna s teorijo ustanovitve – če ima družba statutarni sedež v drugi državi, je torej »tuja«, njen položaj pa se presoja po tistem pravu, kjer ima statutarni sedež. Pri tem kraj dejanskega sedeža ni pomemben, niti ni omenjen v ZGD-1 ali (v tem kontekstu) v ZMZPP.⁶⁷ Temu pritrjujeta tudi Knez in Prostorjeva, ko trdita, da bo – če bo dejanski sedež podjetja v Sloveniji, statutarni pa zunaj Slovenije –, še vedno šlo za tuje podjetje.⁶⁸

3.2. Skladnost materialnopravnih določb o sedežu družbe v ZGD-1 s teorijo ustanovitve

V teoriji se pojavlja stališče, da je za tuje družbe v slovenskem pravu sicer sprejeta teorija ustanovitve, vendar pa je zaradi materialnih določb v ZGD-1 za domače družbe sprejeta teorija dejanskega sedeža.⁶⁹ Do takega sklepa naj bi napeljevali določbi 29. in 30. člena ZGD-1, ki vsebujeta splošna pravila o sedežu družbe.⁷⁰ Ti določbi naj bi zahtevali teritorialno skladnost statutarnega in dejanskega sedeža, posledično pa domačim družbam ni omogočeno, da bi prenesle dejanski sedež čez mejo. Teorija dejanskega sedeža je tako domnevno glavni razlog, da domače družbe ne morejo biti tako mobilne kot na primer družbe, ki so ustanovljene v državah, ki sprejemajo teorijo ustanovitve.

⁶⁶ Tako tudi R. Knez in J. Prostor, nav. delo, str. 767.

⁶⁷ ZGD-1 ne govori izrecno o dejanskem sedežu. Ta pojem se uporabi v izjemi od teorije ustanovitve v tretjem odstavku 17. člena ZMZPP.

⁶⁸ R. Knez in J. Prostor, nav. delo, str. 767.

⁶⁹ B. Rajgelj, nav. delo (2006). Rajgljeva zavzema stališče, da je teorija ustanovitve sprejeta kot pravilo, teorija dejanskega sedeža pa je »(ne tako redka) izjema«.

⁷⁰ B. Rajgelj, nav. delo (2006); B. Rajgelj, nav. delo (2007).

Ob analizi zakonskih določil in sodne prakse se zdi, da slovensko materialno pravo ne zahteva, da ima družba tako statutarne kot tudi dejanski sedež v Sloveniji – s tem pa tudi ne uzakonja teorije dejanskega sedeža za domače družbe, vsaj v taki obliki ne, da bi jim s tem preprečilo čezmejni prenos dejanskega sedeža.

Sedež je opredeljen v 29. členu ZGD-1, ki določa, da je sedež »kraj, ki je kot sedež družbe vpisan v register«. Tako je imel zakonodajalec v mislih statutarne sedež.⁷¹ Člen 30 ZGD-1 pa določa, kaj se lahko določi kot (statutarne) sedež – kot sedež družbe je **mogoče**⁷² določiti kraj:

1. kjer družba opravlja dejavnost, ali
2. kjer se v glavnem vodijo njeni posli, ali
3. kjer deluje poslovodstvo družbe.

Nekateri menijo, da se s tem določi dejanski sedež družbe.⁷³ Družba ima lahko v praksi več takih »dejanskih sedežev«, kot (statutarne) sedež družbe pa mora določiti enega od njih. Če so te lokacije na različnih mestih, naj bi se kot dejanski sedež upošteval kraj sedeža glavne uprave družbe,⁷⁴ vendar to ni izrecno zakonsko opredeljeno.⁷⁵

Za tak sklep ni zakonske podlage, saj nas do tega ne pripeljeta niti jezikovna niti teleološka razlaga. Če bi zakonodajalec želel poudariti sedež glavne uprave

⁷¹ Tako tudi na primer R. Knez in J. Prostor, nav. delo, str. 767; B. Rajgelj, nav. delo (2006). ZGD-1 nikjer ne določa, da mora biti sedež na ozemlju Slovenije. To je sicer mogoče domnevati (za statutarne sedeži!), ker je v slovenski sodni register mogoče vpisati le družbe s sedežem v Sloveniji (glej B. Rajgelj, nav. delo (2006), str. 16; J. Prostor, nav. delo (2014), str. 35). Primerjaj z nemško ureditvijo. Sedež delniške družbe je urejen v § 5 nemškega zakona, ki ureja delniške družbe (*Aktiengesetz* – AktG). Ta določa, da je sedež družbe kraj v državi (nem. *Inland*), kot je določeno s statutom (»Sitz der Gesellschaft ist der Ort im Inland, den die Satzung bestimmt.«). Tudi nemška družba z omejeno odgovornostjo mora imeti sedež v državi (§ 4a *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, GmbHG). Nemška ureditev torej izrecno določa (v nasprotju z ZGD-1), da mora biti sedež nemške družbe na ozemlju Nemčije.

⁷² Na tem mestu želim opozoriti na dvoumen jezik v ZGD-1. Slovenska teorija meni, da ta določba določa, da je kot sedež družbe mogoče določiti zgolj te tri kraje. Temu stališču ne oporekam, vendar bi bilo morda v prihodnje dobro premisliti o smiselosti uporabe besede »mogoče« v primeru kogentne norme. Besede, kot sta »mogoče« in »lahko«, bolj kažejo na primeroma naštetih alternative. Primerneje bi bilo uporabiti besedo »mora« ali poved oblikovati tako, da iz nje jasno izhaja, da gre za kogentno normo (v tem primeru na primer: »Za sedež se **določi** kraj ...« namesto »Za sedež **je mogoče** določiti kraj ...«).

⁷³ B. Rajgelj, nav. delo (2006), str. 16; J. Prostor, nav. delo (2014), str. 35.

⁷⁴ B. Rajgelj, nav. delo (2005), str. 59; J. Prostor, nav. delo (2014). Sklicuje se na Š. Ivanjko, v: M. Kocbek, nav. delo (2002), str. 1286. V slovenski sodni praksi je dejanski sedež opredeljen kot kraj, kjer deluje uprava ali kraj, kjer se opravlja pglavitna dejavnost pravne osebe. Odločba VS RS, št. III Ips 123/2006 z dne 22. aprila 2008

⁷⁵ Tako tudi J. Prostor, nav. delo (2014), str. 37.

kot primarni kraj, ki ga je treba določiti kot sedež družbe, zakaj ne bi tega storil izrecno? Še več, v takem primeru ne bi ponudil treh alternativnih možnosti za določitev sedeža družbe, pri čemer nobeni od njih ni dana prednost, izbira pa je prepuščena ustanoviteljem družbe. Pri tem pa kot prvo alternativno lokacijo, ki se lahko določi kot statutarni sedež, določa kraj, v katerem družba opravlja svojo dejavnost. Taka ureditev se bistveno razlikuje od ureditve v Uredbi o statutu evropske delniške družbe (Uredba o statutu SE),⁷⁶ ki v 7. členu določa, da je statutarni sedež evropske delniške družbe (SE):

»v isti državi članici, v kateri je tudi njena glavna uprava. Država članica lahko poleg tega SE, ki je registrirana na njenem ozemlju, naloži obveznost imeti statutarni sedež in glavno upravo v istem kraju.«

Tako Uredba o statutu SE izrecno določa, da je sedež SE tam, kjer je njena »glavna uprava«. Hkrati določa tudi, da lahko zakonodajalec taki družbi »naloži obveznost imeti statutarni sedež in glavno upravo v istem kraju«. Slovenski zakonodajalec z ZGD-1 take obveznosti družbam ni naložil.

Na podlagi dikcije v ZGD-1 ne moremo govoriti o tem, da je uzakonjena zahteva po teritorialni skladnosti statutarnega in dejanskega sedeža. Ker je zahteva po teritorialni skladnosti statutarnega in dejanskega sedeža v svojem bistvu prepovedna določba, saj prepoveduje razdružitev le-teh, bi morala biti v ZGD-1 izrecno določena (tako kot je izrecno določena v 7. členu Uredbe o statutu evropske delniške družbe), če bi jo zakonodajalec v resnici želel uzakoniti. Sklepanje na tako prepoved na podlagi ohlapnih členov o sedežu, ki jih najdemo v 29. in 30. členu ZGD-1, presega meje teleološke razlage.

V Sloveniji torej 30. člen ZGD-1 alternativno določa tri lokacije, ki lahko predstavljajo sedež slovenske družbe, ki bo vpisan v register, torej statutarni sedež. Če družba v matični državi zadrži le eno lokacijo, in sicer katerokoli od alternativno navedenih, se lahko sklicuje, da je njen dejanski sedež še vedno v državi statutarnega sedeža.⁷⁷ Do takega sklepa je prišla tudi Rajgljeva, ki sicer meni, da je za domače družbe sprejeta teorija dejanskega sedeža:

»To pomeni, da ob izselitvi dejanskega sedeža slovenske družbe v drugo državo članico družba izgubi pravno sposobnost. [...] Pri tem je treba upoštevati, da je kraj dejanskega sedeža v 30. členu ZGD določen alternativno, zato bo za ohranitev pravne sposobnosti družbe dovolj, da bo družba v RS

⁷⁶ UL L 294 z dne 10. novembra 2001.

⁷⁷ Tako tudi J. Prostor, nav. delo (2014). Kot je opozorila Prostorjeva, taka dikcija vzbuja pomisleke v zvezi z razlikovanjem med krajem, v katerem se v glavnem vodijo posli družbe, in krajem, v katerem deluje poslovodstvo družbe, pri prvem kriteriju pa vprašanje obsega opravljanja dejavnosti na eni lokaciji. Ti pomisleki so še posebej pomembni pri presoji, ali je družba prenesla dejanski sedež v tujino.

še naprej bodisi opravljala dejavnost bodisi pretežno vodila svoje posle. Za odvzem pravne sposobnosti torej ne zadostuje, da se v tujino prenese sedež uprave oziroma drugega poslovodečega organa.«⁷⁸

Na podlagi takih zaključkov slovensko pravo za domače družbe ne sprejema teorije dejanskega sedeža, ki bi zahtevala, da je statutarni in dejanski sedež znotraj države, ker bi sicer to pripeljalo do izgube pravne subjektivitete. Če se zahteva po teritorialni skladnosti vzame v obzir zgolj hipotetično za potrebe razprave, pa menim, da bo domača družba z lahkoto zadostila pogoju, da bo vsaj ena od treh alternativno določenih lokacij v 30. členu ZGD-1 na slovenskem ozemlju.

S tako ureditvijo je »volk sit, koza pa cela«, saj je bil najverjetneje zakonodajalčev namen, da se z izbiro ene od navedenih lokacij za statutarni sedež družbe poskuša preprečiti ustanavljanje slamnatih podjetij – s čimer je volk sit. Koza pa je cela, ker po drugi strani taka široka opredelitev sedeža družbam omogoča, da preselijo svoj dejanski sedež v tujino, če jim tako ustreza – potencialno ob predpostavki, da ne preselijo kraja, ki je vpisan v register kot sedež družbe. Tako bi lahko rekli, da imamo v slovenskem pravu – največ – hibridno ureditev. Ključno za gospodarstvo je, da družbam ta ureditev v praksi ne onemogoča čezmejnega prenosa dejanskega sedeža. Dopustnost takega prenosa je dobrodošla, saj lahko tako družbe čezmejno optimizirajo svoje poslovanje, pri čemer ohranijo statutarni sedež in s tem status rezidentke v Sloveniji ter s povečanjem svetovnih dohodkov še vedno polnijo slovenski proračun.⁷⁹

3.3. Poštni nabiralnik kot dokaz »poslovanja« po ZFPPIPP

Kot izhaja iz tega prispevka, pravilna razlaga pravnih pravil ne vodi do sklepanja, da slovenska zakonodaja zahteva teritorialno skladnost statutarnega in dejanskega sedeža. Vendar pa prenos dejanskega sedeža tudi na podlagi take razlage določb o sedežu ni popolnoma »brezpogojni«, saj je treba upoštevati tudi materialne določbe v drugih področnih zakonih. Ključna zahteva v tem kontekstu je v 427. členu Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP), ki ureja postopke prisilnega prenehanja družb.⁸⁰ Ta med drugim določa, da se družba izbriše iz sodnega registra brez likvidacije, če ne posluje na poslovnem naslovu, ki je vpisan v

⁷⁸ B. Rajgelj, nav. delo (2006).

⁷⁹ J. Prostor, nav. delo (2014), str. 42. Kot je opozorila Prostorjeva, »bi lahko nedopustnost čezmejnega prenosa zgolj dejanskega sedeža sprožila njihov odhod iz matične države ali pa bi ob ohranitvi dejanskega sedeža družbe v Sloveniji povzročila njihov slabši konkurenčni položaj na trgu oziroma celo propad.«

⁸⁰ Ur. l. RS, št. 13/14 in nasl.

sodni register. Ta določba, ki se nanaša na poslovni naslov družbe, na prvi pogled morda ni neposredno relevantna za prenos dejanskega sedeža družbe. Vendar je pomembna za to razpravo, saj ta določba kaže na to, da mora družba kljub prenosu sedeža družbe ohraniti vsaj minimalni stik z državo ustanovitve, torej Slovenijo, in sicer v obliki »poslovanja na poslovnem naslovu«. Temu pa je zadoščeno že s »sprejemanjem pošte« na tem poslovnem naslovu. Posledično prenos vse preostale aktivnosti oziroma poslovanja družbe, in tudi sedeža glavne uprave, ne predstavlja neskladnosti s 427. členom ZFPPIPP in s tem ne predstavlja tveganja za izbris družbe iz sodnega registra brez likvidacije. Razlago, ki me pripelje do tega sklepa, podajam v nadaljevanju.

Poslovni naslov je urejen v Zakonu o sodnem registru (ZSReg).⁸¹ Ta v 4. členu določa, da se pri subjektih vpisa v sodni register vpiše tudi podatek o sedežu (kraju) in poslovnem naslovu v kraju sedeža. Poslovni naslov mora torej biti v istem kraju, kot je kraj sedeža družbe, pri čemer je mišljen statutarni sedež družbe (glej 29. člen ZGD-1). Prenos dejanskega sedeža torej sam po sebi ne vpliva na poslovni naslov, ki mora biti določen v kraju statutarnega sedeža (kraju, ki je kot sedež družbe vpisan v register). Kljub vsemu pa bi lahko prenos dejanskega sedeža družbe vplival na izpolnjevanje pogojev za izbris družbe iz registra brez likvidacije, če bi tak prenos zajemal prav vse aktivnosti družbe, torej tudi sprejemanje pošte na poslovnem naslovu.

ZFPPIPP v prvem odstavku 427. člena ureja, da se pravna oseba izbriše iz sodnega registra brez likvidacije v naslednjih primerih:

- »1. če je prenehala poslovati, nima premoženja in je izpolnila svoje obveznosti, ali 2. če ne posluje na poslovnem naslovu, vpisanem v sodni register, ali 3. če obstajajo drugi zakonski pogoji za izbris pravne osebe iz sodnega registra brez likvidacije«.

Ti izbrisni razlogi so samostojni in med seboj neodvisni.⁸² Iz izbrisnega razloga, urejenega v 2. točki te določbe, izhaja, da je poslovanje družbe na registriranem sedežu tako pomembna okoliščina z vidika poslovanja in varnosti pravnega prometa, da je zakonodajalec določil, da je neposlovanje na poslovnem naslovu, vpisanem v sodni register, samostojni (in neodvisni) izbrisni razlog za izbris družbe iz sodnega registra brez likvidacije.⁸³

Pri tem se postavi vprašanje, kaj pomeni »poslovati«, torej kakšne vrste dejavnosti mora družba opravljati na poslovnem naslovu, da zadosti zahtevam varnosti pravnega prometa in s tem ni v nasprotju z namenom te določbe?

⁸¹ Ur. l. RS, št. 54/07 in nasl.

⁸² Glej na primer odločbo Višjega sodišča v Kopru št. Cpg 292/2013 z dne 16. januarja 2014.

⁸³ Prav tam.

Če družba izpolni obveznosti po tej določbi že s tem, da ima kot poslovni naslov naveden kraj, v katerem opravlja le del dejavnosti, čezmejni prenos sedeža ne bi smel biti sporen. Vendar je ureditev v ZFPPIPP v resnici še veliko bolj »permisivna«. V drugem odstavku 427. člena ZFPPIPP najdemo (izpodbojno) domnevo, da izbrisni razlog iz 2. točke te določbe obstaja, če je kot družbin poslovni naslov v sodni register vpisan naslov:

1. na katerem ne sprejema uradnih poštinih pošiljk ali je na tem naslovu neznana;
2. na katerem je objekt, katerega lastnik je druga oseba, ki ji ni dala dovoljenja za poslovanje na tem naslovu, ali
3. ki ne obstaja.

Zdi se, da je bil zakonodajalčev namen, da se izbrišejo tiste družbe, ki so dejansko fiktivne – torej tiste, katerih poslovni naslov ne obstaja ali pa ga družba ne »uporablja« niti toliko, da bi na njem (vsaj občasno) sprejemala poštne pošiljke. Višje sodišče v Ljubljani je na primer odločilo:

»Družba je že s prevzemom sklepa, s katerim je registrsko sodišče ugotovilo, da obstaja razlog za izbris subjekta vpisa iz sodnega registra brez likvidacije, izkazala, da na poslovnem naslovu, ki je vpisan v sodni register, ni neznana in da na njem sprejema uradne pošiljke. Iz podpisane vročilnice, pripete k sklepu je razvidno, da je družba na tem naslovu sklep prevzela dne 16. 12. 2010, kar kaže, da ne obstaja razlog za izbris subjekta vpisa iz sodnega registra brez likvidacije iz 2. točke 1. odstavka 427. člena ZFPPIPP.«⁸⁴

Na podlagi tega lahko domnevamo, da naša zakonodaja ne nasprotuje ustanovitvi družbe po modelu v zadevi *Centros* – t. i. poštne nabiralnika⁸⁵ (angl. *letterbox company*). Kot je navedlo Sodišče EU v tej sodbi, je pravica ustanoviti družbo:

»v skladu z zakonodajo države članice in odpreti podružnice v drugih državah članicah je neločljivo povezana z izvrševanjem svobode ustanavljanja na enotnem trgu, kot to zagotavlja Pogodba. [...] Dalje iz točke 16 zgoraj navedene sodbe Segers izhaja, da dejstvo, da družba ne opravlja nobene dejavnosti v državi članici, v kateri ima sedež, a opravlja dejavnosti samo v državi članici, v kateri ima podružnico, še ni zadosten dokaz o obstoju zlorabnega

⁸⁴ Odločba Višjega sodišča v Ljubljani št. IV Cpg 197/2011 z dne 25. maja 2011; glej tudi odločbi istega sodišča št. IV Cpg 1422/2010 z dne 22. decembra 2010 in IV Cpg 1300/2011 z dne 30. novembra 2011 ter odločbo Višjega sodišča v Kopru št. Cpg 77/2014 z dne 10. aprila 2014.

⁸⁵ Glej na primer odločbo Višjega sodišča v Ljubljani št. II Cp 2520/2013 z dne 2. oktobra 2013.

ali goljufivega ravnanja, da bi v tej drugi državi članici lahko tej družbi zavrnilo uporabo določb Skupnosti v zvezi s pravico ustanavljanja.«⁸⁶

Če je družba ustanovljena v Sloveniji, v drugi državi članici EU pa ustanovi podružnico, pri čemer je »namen podružnice družbi omogočiti opravljanje vseh njenih poslovnih dejavnosti v državi gostiteljici«, bi tako poslovanje moralo biti skladno s slovensko zakonodajo, ob predpostavki, da bo družba poskrbela, da bo redno praznila svoj poštni nabiralnik v Sloveniji.

4. POZIV K TERMINOLOŠKI IN POJMOVNI DOSLEDNOSTI

V tem delu razprave se bom dotaknila terminološke zagate, na podlagi katere je v tujih dokumentih mogoče zaslediti, da je v slovenskem pravnem redu sprejeta teorija dejanskega sedeža.⁸⁷ Kot sem prikazala v prejšnjem poglavju, menim, da je v slovenskem kolizijskem pravu sprejeta teorija ustanovitve. Dejstvo, da so v materialnem zakonu (pri nas potencialno v ZGD-1) določene zahteve za domače družbe, ki vplivajo na status družbe in s tem njeno pravno subjektiviteto, ne vpliva na dejstvo, da je sprejeta teorija ustanovitve. Pri tem se ne zanika, da je treba pri presoji statusa domačih družb ob prenosu dejanskega sedeža upoštevati tako kolizijsko kot tudi materialno pravo, vendar je za potrebe terminološke in pojmovne doslednosti ter natančnosti nujno, da se pojmi ne mešajo.

To nedoslednost pri uporabi relevantnih pojmov lahko ponazorim z odsekom iz predloga ZGD-1. V njem je navedeno:

»Vprašanje je povezano s pravili mednarodnega zasebnega prava in z vprašanjem uporabe različnih teorij glede pripadnosti pravnih oseb ali gospodarskih družb – teorije inkorporacije ali teorije sedeža. Slednjo uporablja tudi ZGD za gospodarske družbe, medtem ko so splošna pravila za pravne osebe nekoliko drugačna.«⁸⁸

Ta odsek je primer terminološke in pojmovne nedoslednosti v slovenskem pravu družb, ki vodi do zmede tudi v mednarodnem prostoru.

Prvič, v tem besedilu predlagatelj zakona najprej pravilno poudari, da je vprašanje možnosti prenosa sedeža (zapis se nanaša na SE) povezano s pravili med-

⁸⁶ Točki 27 in 29 sodbe v zadevi *Centros*.

⁸⁷ Glej na primer dokument Komisije, dostopen na <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/ia_transfer_122007_part1_en.pdf> (1. 4. 2016), posebej opombo 18.

⁸⁸ Predlog ZGD-1, str. 10, <http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/katalog/pred_predpisov/predlog_zgd1.doc> (1. 4. 2016).

narodnega zasebnega prava, vendar v nadaljevanju ugotovi, da ZGD uporablja »teorijo sedeža«. Niti stari ZGD niti ZGD-1 ne vsebujeta kolizijskih pravil, ta so vsebovana v ZMZPP. Predlagatelj je verjetno želel izraziti, da materialne določbe v ZGD (oziroma danes ZGD-1) zahtevajo teritorialno skladnost statutarnega in dejanskega sedeža, vendar tega ni podkrepil s konkretno pravno podlago. Kot želim prikazati v tem prispevku, pravilna razlaga veljavnih pravil ne vodi do takega sklepa.

Drugič, do nedoslednosti prihaja pri uporabi besedne zveze »teorija sedeža«, ki se včasih uporablja za statutarni sedež, torej teorijo ustanovitve, včasih pa za teorijo dejanskega sedeža. Iz navedenega odseka predloga ZGD-1 lahko sklepamo, da ima predlagatelj v mislih »teorijo dejanskega sedeža«. Kot primer uporabe besedne zveze »teorija sedeža« za teorijo ustanovitve pa navajam sodno prakso s področja denacionalizacije. V tem kontekstu je Upravno sodišče odločilo, da je »teorija sedeža podjetja« uveljavljena v »559. členu zdaj veljavnega Zakona o gospodarskih družbah.«⁸⁹ Gre za določbo iz poglavja o tujih družbah, zato se zdi, da ima sodišče v mislih teorijo »statutarnega« sedeža, torej teorijo ustanovitve.⁹⁰

5. SKLEP

S to razpravo sem želela predstaviti tezo, da slovensko pravo za domače družbe ne sprejema teorije dejanskega sedeža, ki bi zahtevala, da je statutarni in dejanski sedež znotraj države, ker bi sicer to pripeljalo do izgube pravne subjektivitete družbe. Kot je bilo predstavljeno v članku, na podlagi dikcije v ZGD-1 ne moremo govoriti o tem, da je uzakonjena zahteva po teritorialni skladnosti statutarnega in dejanskega sedeža. Ker je zahteva po teritorialni skladnosti statutarnega in dejanskega sedeža v svojem bistvu prepovedna določba, saj prepoveduje razdružitev le-teh, bi morala biti v ZGD-1 izrecno določena (tako kot je izrecno določena v 7. členu Uredbe o statutu evropske delniške družbe), če bi jo zakonodajalec v resnici želel uzakoniti. Sklepanje na tako prepoved na podlagi ohlapnih členov o sedežu, ki jih najdemo v 29. in 30. členu ZGD-1, po

⁸⁹ Odločbo Vrhovnega sodišča RS št. I Up 633/2003 z dne 6. oktobra 2005 in odločbi Upravnega sodišča RS št. U 108/2001 z dne 15. januarja 2003 in št. U 1926/2001 z dne 20. novembra 2001.

⁹⁰ Glej tudi odločbo v zadevi Upravnega sodišča RS, št. U 1926/2001 z dne 20. novembra 2001: »Ker po teritorialnem principu predpisi Republike Slovenije veljajo le na območju Republike Slovenije, se določbe ZDen o vračanju v naravi po mnenju sodišča lahko nanašajo le na vračanje podržavljenega premoženja, ki je v sredstvih domačih pravnih oseb, ki se do uveljavitve ZDen še niso v celoti lastninile, to pa so po prej veljavnem Zakonu o podjetjih (Ur. l. SFRJ, št. 77/88, 40/89, 46/90 in 61/90), le pravne osebe, ki imajo sedež na območju Republike Slovenije.«

mojem mnenju presega meje teleološke razlage. Na podlagi zaključkov menim, da je največ, kar lahko trdimo, da imamo v slovenskem pravu pravzaprav hibridno ureditev. Ključno za gospodarstvo pa je, da družbam ta hibridna ureditev v praksi ne onemogoča čezmejnega prenosa dejanskega sedeža.

Družbe, ki so ustanovljene v državah članicah, ki tudi v praksi sprejemajo teorijo dejanskega sedeža, pa se bodo morale tudi v prihodnje odločati za alternativne možnosti za čezmejno mobilnost. Na dejstvo, da na področju »izselitve« sedeža družbe v EU ni niti zakonodajne iniciative niti sodne prakse, ki bi bila ugodna za družbe, ki si želijo čezmejne mobilnosti, lahko pogledamo tudi skozi bolj optimistična očala. To je lahko priložnost za razvoj nacionalnih ureditev, ki bodo privlačne za ustanovitve družb, s tem pa tudi za zakonodajno konkurenco na področju prava družb. Tako pa bi lahko sčasoma prišlo tudi do spontane harmonizacije ključnih vidikov, če bi države članice prilagajale svojo zakonodajo tisti, ki je najuspešnejša pri pritegovanju družb. Kot primer lahko navedemo težnje k odpravi pravil ali k zmanjšanju zahtevanega minimalnega osnovnega kapitala družb. Pri tem bi zakonodajna konkurenca lahko vodila do oblikovanja bolj funkcionalnih pravil na področju prava družb. To vprašanje bo še zlasti aktualno v primeru morebitnega »brexita«, izstopa Združenega kraljestva iz EU, ki ga je napovedal referendum junija 2016. V tem primeru bodo številne družbe, ustanovljene v Združenem kraljestvu, iskale alternativne pravne rede za svojo reinkorporacijo.

Literatura

Kilian Baelz in Theresa Baldwin: The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie): the European Court of Justice Decision in Ueberseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law, v: German Law Journal, 3 (2002), <http://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56bacf1407eaa040332cbaa8/1455083284392/GLJ_Vol_03_No_12_Baldwin.pdf> (20. 4. 2016).

Jurij Dolžan: Republic of Slovenia, v: Dirk Van Gerven (ur.): Capital Directive in Europe: The Rules on Incorporation and Capital of Limited Liability Companies. CUP, Cambridge 2014, str. 735–783.

Martin Gelter: Centros, the Freedom of Establishment for Companies, and the Court's Accidental Vision for Corporate Law, v: ECGI – Law Working Paper No. 287/2015, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2564765> (20. 4. 2016).

Janja Hojnik in Rajko Knez: Svoboščine notranjega trga EU. GV Založba, Ljubljana 2015.

- Marko Ilešič, Ada Polajnar-Pavčnik in Dragica Wedam-Lukić: Mednarodno zasebno pravo, komentar zakona. II. dopolnjena izdaja. Časopisni zavod Uradni list SRS, Ljubljana 1992.
- Andrew Johnston in Phil Syrpis: Regulatory Competition in European Company Law After Cartesio, v: *European Law Review*, 34 (2009) 3, str. 378–404.
- Ehud Kamar: A Regulatory Competition Theory of Indeterminacy in Corporate Law, v: *Columbia Law Review*, 98 (1998), str. 1908–1959.
- Reiner Kraakman in drugi: *The Anatomy of Corporate Law*. Druga izdaja. Oxford University Press, Oxford 2009.
- Rajko Knez in Jerneja Prostor, v: Marijan Kocbek (ur.): *Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah*, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2014.
- Marijan Kocbek (ur.): *Zakon o gospodarskih družbah (ZGD) s komentarjem*, Druga dopolnjena in spremenjena izdaja, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2002.
- Matthias Lehmann: Fällt die Sitztheorie jetzt auch international? – Zur Vereinbarkeit der kollisionsrechtlichen Anknüpfung an den Gesellschaftssitz mit dem GATS, v: *Recht der internationalen Wirtschaft* (2004), str. 816–823.
- Oliver Mörsdorf: The Legal Mobility of Companies within the European Union through Cross-Border Conversion, v: *Common Market Law Review*, 49 (2012) 2, str. 629–270.
- Federico M. Mucciarelli: Company ‘Emigration’ and EC Freedom of Establishment: Daily Mail Revisited, v: *European Business Organization Law Review*, 9 (2008) 2, str. 267–303.
- Saša Prelič in Jerneja Prostor: Čezmejni prenos sedeža gospodarske družbe, v: *Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij.*, 37 (2016) 1, str. 449–466.
- Jerneja Prostor: Dopustnost čezmejnega prenosa sedeža ter razdružitve statutarnega in dejanskega sedeža družbe v Evropski uniji. Magistrska naloga. Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor 2013.
- Jerneja Prostor: Razdružitev statutarnega in dejanskega sedeža slovenske družbe, v: *Pravnik*, 69 (2014) 1-2, str. 33–60.
- Jerneja Prostor: Sodišče EU odločalo o čezmejnem prenosu statutarnega sedeža družbe: zadeva VALE, v: *Podjetje in delo*, 39 (2013a) 3-4, str. 458–472.
- Jerneja Prostor: Za normativno ureditev čezmejnega prenosa sedeža na ravni EU, v: *Podjetje in delo*, (2011) 8, str. 1706–1719.
- Barbara Rajgelj: Mobilnost gospodarskih družb v sodni praksi Sodišča ES, v: *Pravna praksa*, (2008) 12, str. 50–53.
- Barbara Rajgelj: *Pravo gospodarskih družb v Evropski uniji*. GV Založba, Ljubljana 2007.

- Barbara Rajgelj: Slovensko mednarodno zasebno pravo družb, v: Podjetje in delo, (2006) 1, str. 5–24.
- Barbara Rajgelj: Vloga prostega prenosa sedeža in Societas Europaea pri harmonizaciji in konkurenci sistemov prava družb v EU. Doktorska disertacija. Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor 2005.
- Barbara Rajgelj: Vpliv evropske delniške družbe na razvoj regulatorne konkurence evropskega prava družb, v: Pravna praksa, (2010) 12, str. 41–43.
- Stephan Rammeloo: The 14th Company Law Directive on the cross-border transfer of the registered office of limited liability companies: now or never?, v: Maastricht Journal of European and Comparative Law, 15 (2008) 3, str. 359–394.
- Wolf-Georg Ringe: No Freedom of Emigration for Companies?, v: European Business Law Review, 16 (2005) 3, str. 621–642.
- Wolf-Georg Ringe: Sparking Regulatory Competition in European Company Law: The Impact of the Centros Line of Case Law and its Concept of 'Abuse of Law', v: Rita de la Feria in Stefan Vogenauer (ur.): Prohibition of Abuse of Law: A New Principle of EU Law?. Hart Publishing, Oxford 2011, str. 107–125.
- Wulf-Henning Roth: From Centros to Ueberseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law, v: ICLQ, 52 (2003) 177, str. 180–186.
- Wulf-Henning Roth: Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel nach VALE, v: Festschrift für Michael Hoffmann-Becking. C. H. Beck, München 2013.
- Günter H. Roth: Die Bedeutung von Cadbury-Schweppes für die Centros-Judikatur des EuGH, v: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, (2010), str. 607–611.
- Alexandre Saydé, Abuses of European Law, Regulatory Mobility and the Law of the Internal Market. CELS Paper.
- Mathias Siems: Convergence, competition, "Centros" and conflicts of law: European company law in the 21st century, v: European Law Review, 27 (2002) 48, str. 47–59.

AN ESSAY ON THE CROSS-BORDER TRANSFER OF A COMPANY'S REAL SEAT

Petra Weingerl,

Bachelor of Laws, BSc (Econ), Magister Juris (Oxon), DPhil Candidate at the Faculty of Law, University of Oxford, and the Faculty of Law, University of Ljubljana

The paper addresses the issue of the admissibility of the cross-border transfer of a real seat of a Slovenian company. It argues that laconic statutory provisions governing the seat of a company do not require that the company's statutory seat and real seat coincide, i.e. that the principle of coincidence between the statutory seat and the real seat is not applicable to domestic companies.

Slovene legal scholarship takes the position that the cross-border transfer of the real seat of domestic companies is not admissible under the Slovene regulation. This is reinforced by the interpretation that the theory of real seat applies to domestic companies as a connecting factor for the determination of rules applicable to them. This theory is also the main reason that domestic companies are not, allegedly, as mobile as the companies which are established in countries that accept the theory of incorporation. In contrast, this paper offers an original interpretation of the existing rules and case law that points to a conclusion that the cross-border transfer of the real seat of a Slovenian company is (already) admissible and does not lead to the loss of legal personality of the company. To substantiate this claim, I will demonstrate that the substantive rules in the Companies Act do not govern the real seat theory, at least not in the form that would prevent companies to transfer their real seats abroad. The substantive provisions of the Companies Act are consistent with the theory of incorporation and do not constitute a (substantial) deviation from it.

The key issue in discussing the cross-border transfer of the real seat is the determination of the domicile of the company that moved its headquarters and/or transferred operations to another country. This is one of the most contentious issues in European company law, closely linked to the freedom of establishment guaranteed by the Treaty on the Functioning of the EU.

The paper is structured as follows. Firstly, I examine issues pertaining to regulatory competition, the seat of a company, and the freedom of establishment within the EU. EU law treats entry and exit situations in the cross-border mobility context differently. Freedom of establishment is (currently) only relevant for the entry situations, since the Member States have a duty to tolerate the existence of companies that transferred their real seat to their territory. As regards exit situations, the Member State of establishment are those that define the conditions for the creation (incorporation), existence and functioning of companies, established in their territory - and hence the admissibility of the cross-border transfer of the seat of these companies. This is followed by a subsection in which the new interpretation of the relevant provisions of the Act on Private International Law and Procedure and the Companies Act rejects the existence of a 'pure' theory of real seat in Slovene company law. In the third part of the discussion I highlight some terminological and conceptual dilemmas in Slovene legal theory and practice, especially the inconsistent use of notions 'real seat theory' and 'incorporation theory'.

The issue of cross-border transfer of the seat concerns both the real seat and the statutory seat (registered office). In connection with the transfer of the real seat we can talk about *physical* mobility (change of a state in which the company operates its business activities), while the transfer of the registered office amounts to *legal* mobility (change in legal status). This contribution is limited to examination of transfer of the real seat transfer, which is more pertinent in practice.

General rules on conflict of laws determining the law applicable to companies in Slovenia are found in the Private International Law and Procedure Act. Article 17 of the Private International Law and Procedure Act provides that the law of the country to which a legal entity belongs (in this context, this is a country in which the company is registered) shall be used in matters concerning the legal status of this entity. Similar provision is found in Article 674(2) of the Companies Act, which provides that the status of a foreign-incorporated company shall be considered under the law of the country under which the company is initially registered, unless otherwise provided by the law. Furthermore, article 17(2) of the Private International Law and Procedure Act provides that 'to whom a legal entity belongs shall be determined under the law of the country in which this entity was founded'. Consequently, the Slovene legal order applies the theory of incorporation, as the country of incorporation is the main connecting factor for determining the applicable company law. Thus, the Slovene regulation is generally in accordance with the right of establishment jurisprudence of the Court of Justice of the EU.

The primary connecting factor is only exceptionally not to be used, if it is clear that the relation with that law is not the most important one and there is an

essentially closer link to some other law. The latter exception is governed by Article 2 of the Private International Law and Procedure Act. Thus, it is a 'general' conflict of laws exception, governed under the heading 'Basic Provisions'. Hitherto, there is no case law that would rely on this exception in this context (apart from being mentioned in a judgment).

There is an additional exception to the incorporation theory in cases of *de facto* domicile governed by Article 17(3) of the Private International Law and Procedure Act. It provides that 'if the actual head office of a legal entity is in a country other than the country in which it was founded, and under the law of this other country also belongs to it, it shall be considered that it belongs to this other country'. This provision engages the real seat theory also in cases of foreign companies. However, this option has been rightly dismissed by some academics as pointless and not applicable in practice, since it does not take into account some of the crucial conflict of laws principles.¹

Regarding companies that are incorporated in Slovenia, the Companies Act provides that companies need to have their registered office (in Slovenian *statutarni sedež*) in Slovenia. Article 29 of the Companies Act defines registered office as 'the place entered in the register as its registered office'. Article 30 of the Companies Act provides that a company's registered office may be the 'location where a company pursues its activity or the location where it predominantly carries out its operations, or where its management operates, may be determined as its registered office.'

Based on Articles 29 and 30 of the Companies Act, the traditional position of the Slovene legal scholarships is that also the real seat or head office (in Slovenian *dejanski sedež*) has to be in Slovenia. According to this view, a cross-border transfer of the real seat is not possible for domestic companies because of a substantive rule providing the duty for Slovene companies to keep their 'real seat' on the Slovenian territory. However, it is submitted in this article that there is no rule that would require the headquarters to be situated at the same place as the registered office. The Companies Act governs such an arrangement only as an alternative option in Article 30.

Thus, this article offers an alternative interpretation of legislation and the case law, which demonstrates that there is no substantial requirement of the 'real seat' or 'headquarters' to be in Slovenia. It needs to be stressed that the Companies Act does not contain the same substantial requirement as the one found in Article 7 of the SE Regulation, providing that the 'registered office of an SE shall be located within the Community, in the same Member State as its head

¹ Barbara Rajgelj, 'Slovensko mednarodno zasebno pravo družb' (2006) *Podjetje in delo* 1.

office. A Member State may in addition impose on SEs registered in its territory the obligation of locating their head office and their registered office in the same place'. This is in contrast with the Companies Act's approach, since Article 30 merely sets out three alternative options that may be chosen for determination of the registered seat and it is at founder's discretion to decide which of these three options will be entered in the register as the registered seat. Thus, companies should be allowed to freely transfer their headquarters (also to another jurisdiction) if some other location is entered into the register – one out of other two possibilities listed in Article 30 of the Companies Act. At the same time, it is believed that the location where a company pursues its activity or the location where it predominantly carries out its operations can be transferred abroad. Transferring the seat of the management abroad should not automatically lead to non-recognition of the legal capacity of this company in the domicile country. Moreover, even if it is accepted that headquarters need to be in Slovenia as well, it is doubtful whether the registration body will ever scrutinise whether the place of the headquarters of the (domestic) company is in fact in the territory of Slovenia, as such activity seems to be difficult to be carried out in practice.

Nevertheless, this interpretation still implies that the company is required to carry out *some* operations at the registered office (or be managed from that place). Article 427(2) of the Financial Operations, Insolvency Proceedings and Compulsory Dissolution Act provides that a company shall be deleted from the register without liquidation if it does not carry out business activities at the 'business address' entered into the register. However, well-established case law shows that the simple fact that mail is being regularly received at that address suffices to fulfil the requirement of 'carrying out business activities at the 'business address' entered into the register'. In relation to the fact that there are three different locations that can be chosen to be entered in the register as the registered office (Article 30 of the Companies Act), and based on the generous interpretation of what amounts to a company 'pursuing its activity', it is submitted that letterbox companies do not violate the Slovene regulation.

In contrast to the situation in Slovenia, companies that are established in Member States which in practice accept the real seat theory still need to consider alternative options for cross-border mobility. This could be seen as an opportunity for the development of national laws to attract companies' (re)incorporations, and thus also for regulatory competition between company laws. The latter will be especially relevant in case of 'Brexit' (the United Kingdom leaving the EU), which has been upheld by the referendum in June 2016. Arguably, a number of companies established in the UK would sought alternative legal systems for their reincorporation.

NAKLEP IN MALOMARNOST TER MOTIVI

Andrej Ferlinc,

univerzitetni diplomirani pravnik, magister pravnih znanosti, vrhovni državni tožilec, svetnik

1. UVOD

Naklep in malomarnost sta elementa krivde, ki je eden osrednjih pojmov kazenskega prava in temeljni element v strukturi splošnega pojma kaznivega dejanja.¹ Sama po sebi brez kaznivega ravnanja sta vrednostno nevtralna, ker ne omogočata negativne vrednostne sodbe, ki jo predstavlja možnost očitka. Slovenski zakonodajalec je sprejel normativno – psihološko pojmovanje krivde, ki zajema tudi njen materialni pojem, ker skuša zajeti vse okoliščine, ki omogočajo negativno vrednostno sodbo o storilčevem ravnanju. V 16. členu Kazenskega zakonika (KZ-1)² je namreč upošteval, da je kriv storilec, ki je storil kaznivo dejanje z naklepom ali iz malomarnosti. Podlago za negativno vrednostno sodbo pa je poiskal tudi v zavesti o protipravnosti kot samostojni sestavini krivde v zvezi z možnostjo očitka storilcu, da ni ravnal po veljavnih pravnih normah, čeprav je zanje vedel ali bi vsaj moral in mogel vedeti in čeprav bi se po teh normah mogel ravnati.³ Toda prav materialno pojmovanje krivde, ki poleg tradicionalnih elementov, kot so prištevnost, naklep, malomarnost in zavest o protipravnosti, išče socialno etično in moralno utemeljenost krivde, nam pokaže, da so psihološki elementi le merilo očitka in ne očitek sam. Ta vidik krivde pa ne usmerja pozornosti le na naklep in malomarnost, temveč odpira pot tudi k drugim subjektivnim elementom in zato tudi k pomembnosti motivov. Prav motivi pogosto izražajo tudi storilčev odnos do pravnih vrednot. Ne more biti vseeno, ali storilec ravna v silobranu ali pa izvrši hudo

¹ C. Roxin, nav. delo, str. 195, 196 in 197.

² Ur. l. RS, št. 55/08, 66/08, 39/09, 91/09.

³ Več L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, M. Ambrož, K. Filipčič, nav. delo (2013), str. 266 in 295.

kaznivo dejanje zoper življenje in telo zaradi koristoljubja, na primer zaradi pridobitve premoženja zapustnika.

Ne le na področju krivde, temveč tudi na področju biti ali zakonskega bistva kaznivega dejanja je sodobna teorija kazenskega prava sprejela stališče, po katerem pomeni izpolnjenost biti vsoto **vseh** objektivnih in subjektivnih znakov kaznivega dejanja,⁴ od katerih so slednji v duševnem območju storilca v zvezi z njegovim ravnanjem. To pa je lahko tudi eno od izhodišč za proučitev razmerja med naklepom, malomarnostjo ter motivi, ne da bi pri tem prezrli že od rimskega klasičnega pravnika Ulpijana znano in še zdaj aktualno misel »*cogitationis poenam nemo patitur*«, da torej nihče ne more biti kaznovan za svoje misli ali zgolj motive (brez kaznivega ravnanja).⁵

2. RAZMERJE MED NAKLEPOM IN MOTIVOM

Za namene tega prispevka motiv opredelimo kot psihološko pobudo, ki je storilca spodbudila, usmerila, vzdrževala in opravičila njegovo aktivnost, da je izvršil kaznivo dejanje. Razprava o razmerju med naklepom in motivom odpira nekaj značilnih vprašanj, ki jih ni mogoče spregledati niti tedaj, kadar so lahko odgovori različni. Odvisni so predvsem od razlagalca, kakor bo to razvidno iz razprave, vendar pa je za vsakršno razpravo nujno prikazati nekaj možnih izhodišč:

1. razpravljati je treba o tem, koliko je motiv ne le psihološki, ampak tudi pravni pojem. Tako kakor nekateri vidijo naklep zgolj kot pravno kategorijo in niti ne pomišljajo na psihološke razsežnosti, je motiv po drugi strani dojet kot pretirano psihološki pojem brez pravnih razsežnosti;
2. če priznamo, da motiva in naklepa ne moremo izenačevati, je naslednji korak iskanje najmanjšega skupnega imenovalca za motiv in naklep na pravnem (in deloma tudi psihološkem) področju. Tako je možno proučiti tudi razlike;
3. če volja za storitev kaznivega dejanja združuje tako naklep kot tudi motiv, se je treba vsaj dotakniti še vprašanja, koliko je človekova volja še vedno svobodna in ni determinirana z zunanjimi okoliščinami ter z okoliščinami, ki jih prav v zadnjem času skuša vsiliti del nevroznosti. Ali ima to kakšen vpliv na stališča o razmerju med naklepom in motivom?
4. izhajajoč iz skupnih elementov je treba pokazati na razlike ter poiskati mesto motiva v krivdi, če sprejememo normativno psihološko koncepcijo krivde, v kateri je eno od meril možnost očitka ali graje.

⁴ D. Kienapfel (nav. delo, str. 23–28) je zapisal: »*Tatbestand ist die Summe aller objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale eines Delikts*«.

⁵ J. Kranjc, nav. delo, str. 46.

2.1. Naklep in motiv – pravni ali psihološki kategoriji?

Kadar razpravljamo o naklepu in motivu v pravu, pomeni prvo merilo rešitev vprašanja, koliko oba pojma posegata v pravno področje. Skrajna stališča je mogoče slutiti na obeh straneh: naklep in motiv tisti, ki niso pravniki, štejejo zgolj kot pojma iz psihologije, nekateri pravniki pa zgolj naklepu pripisujejo pravno relevantnost in pri tem skoraj prezrejo njegov psihološki izvor. Ko pa razpravljajo o motivu, prav nasprotno, kakor je to v zvezi z naklepom, motivu niso pripravljeni priznati kakega večjega pravnega pomena.⁶ Taka in podobna stališča je mogoče ponazoriti z nekaterimi posameznimi primeri iz sodne prakse. Že pred časom je na primer Vrhovno sodišče RS v sodbi I Ips 48/95 izreklo, da za izvršitev kaznivega dejanja nasilniškega obnašanja motiv ni pomemben, ker ne pomeni konstitutivnega znaka tega kaznivega dejanja. Tudi Višje sodišče v Mariboru je na primer v sodbi Kp 736/2000 izrecno zapisalo, da je napačno stališče, da tam, kjer ni (dokazanega – op. A. F.) motiva, tudi ni kaznivega dejanja. Izreklo je, da je motiv pomemben le pri kaznivih dejanjih, ki so storjena z naklepom, ki je obarvan z motivom (*dolus coloratus*), sicer pa je pomemben (le) za izbiro kazenske sankcije in odmero kazni. Zoper skrajna stališča pa je tako na splošni kot tudi na konkretni ravni veliko nasprotnih argumentov.

Najprej je treba opozoriti, da tudi del nemške pravne literature razlikuje pravni pojem naklepa od »življenjskega ali naravnega« pojma naklepa (nem. *natürlichen Vorsatz*).⁷ V svojem ontološkem naturalističnem psihološkem bistvu naj bi naklep vseboval vse notranje dejavnike, vse kar utrjuje storilčevo prepričanje, da stori kaznivo dejanje. Med te dejavnike pa bi lahko spadali tudi motivi, za katere je značilna načrtovana ciljna usmerjenost k motivacijskim ciljem, ki so lahko identični s prepovedano posledico (na primer premoženjska korist brez storilčeve odločitve o njeni porabi) ali pa sicer ne pomenijo prepovedane posledice, vendar pa odločilno vplivajo na usmerjenost storilčeve volje (na primer motiv nakupa nepremičnine s pridobljeno protipravno premoženjsko koristjo). Nekoliko poenostavljeno bi lahko argumentirali, da motiv – podobno kot naklep – smiselno krmili dogajanje v smeri določenega cilja. S tem pa se pravzaprav vključuje v Welzlovo finalno koncepcijo ravnanja, ki poudarja, da je človekovo ravnanje ciljno usmerjena dejavnost in ne naključna rezultanta vsakokratnih komponent vzročnosti.⁸

Toda če je za motiv značilno ciljno usmerjeno ravnanje, potem je kazensko-pravno relevanten le tisti cilj, ki je enak v zakonu določeni posledici, motiv pa

⁶ Nekaj o teh o teh stališčih Celine, nav. delo.

⁷ H. H. Jescheck, nav. delo, str. 427; R. Maurach, nav. delo, str. 183.

⁸ H. Welzel je na tem mestu smiselno povzet po M. Ambrožu, nav. delo (2007), str. 17, 32 in 33.

največkrat presega v zakonu določeno posledico.⁹ Ker sodišče v zvezi z naklepom vrednoti predvsem psihični odnos do pravno relevantne posledice (in ravnanja), lahko to stori le po vnaprej predpisanih pravnih merilih, s pomočjo katerih presoja tiste dokaze, ki zapuščajo dokazljivo konkretno in specifično sled v zaznavnem svetu. Ta sled pa pogosto kaže tudi na ustrezen motiv, ki zato lahko naklep dokazuje in ga – če je dokazan – posebej utrjuje. Toda v zvezi s presojo psihičnega odnosa storilca do kaznivega dejanja v zvezi s krivdo se naklep vključuje predvsem v psihološko pojmovanje krivde, ki se izraža v stališču, da je krivda le skupni višji pojem (*genus proximum*) za naklep in malomarnost, ne pa tudi vrednostna sodba o kaznivem dejanju in storilcu.¹⁰ Naklep je s tega vidika le eno od meril intenzivnosti očitka, ne pa očitek sam. Prav tako stališče pa po drugi poti – prek normativnega pojmovanja krivde kot možnosti očitka ali graje – pripelje do motiva. Zavržni ali slabi motivi namreč kot del volje storilca (prav tako, kakor naklep) dajejo podlago za utemeljitev očitka ali graje: na podlagi naklepa (zlasti če gre za z motivom obarvan naklep) zaradi večje intenzivnosti enega od elementov krivde, na podlagi zavržnega ali slabega motiva pa zaradi možnosti večje intenzivnosti oziroma jakosti očitka samega.¹¹ Motivi tako pridobivajo na svoji »pravnosti«, ki presega njihovo (sicer tudi pravno) vlogo zgolj pri odmeri kazni oziroma izbiri kazenske sankcije. Že na tem mestu je zato mogoče utemeljiti sklep, da je tudi motiv pomembna pravna kategorija, ki marsikdaj ni deležna zadostne pozornosti.

2.2. Najmanjši skupni imenovalec med motivom in naklepom

Razprava v pravkar nakazani smeri zahteva iskanje najmanjšega skupnega imenovalca med naklepom in motivom kot naslednjega merila za proučitev razmerja med motivom in naklepom. To je nedvomno **voljno ravnanje**, ki pomeni tisto posebno razliko (*differentia specifica*), ki ločuje kazenskopravno ravnanje od celotnega spektra človekovega vedenja.¹² Bližnjici za potrditev takega stališča že takoj na začetku tega podpoglavja sta že prikazana opredelitev

⁹ Storilec, ki ima možnost razpolagati s tujim denarjem, izvršuje katerega od premoženjskih deliktov (na primer poneverbo) zgolj zato, da bi zbral sredstva za zdravljenje hude bolezni bližnje osebe. Brez takega motiva (kavze kaznivega dejanja) tudi ne bi imel naklepa storiti katero od premoženjskih kaznivih dejanj in je motiv za storitev kaznivega dejanja odločilen.

¹⁰ Podrobno o tem P. Novoselec, nav. delo (1987), str. 57–63.

¹¹ S. Beltrani, nav. delo, str. 273. Avtor opozarja na etično ozadje, ki je podlaga normativno – psihološkemu pojmovanju krivde in ki utemeljuje grajo (tako v zvezi z naklepom kot merilom za intenzivnost očitka kakor tudi v zvezi z motivom kot merilom za utemeljitev očitka ali graje). Normativno – psihološko pojmovanje krivde pa sprejema tudi naš Kazenski zakonik (KZ-1).

¹² M. Ambrož, nav. delo (2007), str. 32.

motiva (pod točko 1.) in zahteva, da le izvršeno kaznivo dejanje pomeni enotnost psihičnih in fizičnih elementov tako, da nam prepreči ugotavljanje zgolj nevarnosti potencialnega storilca brez kaznivega dejanja. Če namreč za motiv na področju kazenskega prava sprejmemo opredelitev, da je motiv psihološka pobuda, ki v samem storilcu spodbudi, usmerja, vzdržuje in opraviči njegovo aktivnost za storitev kaznivega dejanja, ter sprejmemo še stališče, da motiv zaradi enotnosti fizičnega in psihičnega proučujemo le v zvezi z že izvršenim kaznivim dejanjem, potem lahko brez težav utemeljimo sklep, da lahko v voljnosti ravnanja najdemo tako naklep kakor tudi motiv. To pa ne daje še nikakršnega opravičila, da bi motiv in naklep v pravnem pogledu tudi (povsem) izenačili.

Motiv in naklep lahko iščemo v volji zato, ker sta oba pojma del t. i. »psihologije hotenja«, ¹³voljno ravnanje pa je pogoj za krivdno kaznivo dejanje. ¹⁴Ugotovljena motiv in naklep jasno kažeta na vsebino volje, katere konstitutivni del sta oba elementa. In če je krivda neločljivo povezana s hotenjem, ¹⁵naklep in motiv pa sta bistvena elementa hotenja, potem ne more biti dvoma, da volja prepričljivo kaže na povezanost motiva z naklepom in je tudi njun skupni imenovalac. Značilnost obeh je s posameznikovo voljo načrtovana (naklepna) usmerjenost storilca k motivacijskemu cilju. Če je motivacijski cilj zunaj kaznivega dejanja, je naklepno kaznivo dejanje **zgolj sredstvo**, da tak cilj storilec doseže. Večina ciljev zunaj kaznivih dejanj je namreč poštenih in za doseg te ciljev niso potrebna kazniva dejanja. Gledališkemu igralcu na primer ni treba storiti kaznivega dejanja umora konkurenta, da bi prevzel naslovno vlogo, ker to lahko stori s svojim lastnim boljšim delom in prepričljivostjo svojega umetniškega prispevka.

Drugače pa je, če gre za motivacijski cilj, ki je identičen s kazenskopravno relevantno posledico in je naklepno ravnanje motivirano prav s tako kazenskopravno relevantno posledico. V tem primeru nam lahko povod za iskanje skupnih elementov – kot je bilo bežno že prikazano – daje tudi finalizem, ki ga je v pravno teorijo uvedel Hans Welzl. ¹⁶Za finalistični splošni pojem kaznivega

¹³ Več A. Trstenjak, nav. delo, str. 467. Avtor poudarja, da v psihologijo hotenja lahko poleg motiva štejem pojme in izraze, kot so potreba, gon, vzgib, nagib, nagnjenje, želja, hotenje, stremljenje, med katerimi ni ostrih mej.

¹⁴ C. Roxin, nav. delo, str. 316 in 317. Za pojme, kakor jih navaja Trstenjak, v nemški pravni literaturi ne najdemo povsem vzporednih pojmov, hkrati pa je nekatere podobne težko ustrezno prevesti v slovenski jezik, na primer *Absicht*, *Zweck*, *Beweggrund*, *Gessinnung* itd.

¹⁵ C. Roxin, nav. delo, str. 307. Avtor tudi na tem mestu razpravlja o subjektivnih elementih kaznivih dejanj kot posledici »vedeti in želei« (nem. *wissen und wollen*), torej zavestne in voljne usmerjenosti k storitvi kaznivega dejanja.

¹⁶ M. Ambrož, nav. delo (2007), str. 34 in 33. Avtor poleg značilnosti finalizma, s katerim je Welzel povzročil premik v kazenskopravni dogmatiki in ki so prikazane takoj

dejanja je namreč značilno, da si storilec kaznivega dejanja izbira cilje in načrtovano usmerja svoje dejavnosti v smeri teh ciljev. Le taka, s posameznikovo voljo v smeri določenega cilja smiselno krmiljena ravnanja so značilnost naklepa, pa tudi motiva. Finalistično teorijo upoštevajo tudi sodobni italijanski avtorji, na primer Mantovani, ki razlikuje realni finalizem od potencialnega. Pri realnem finalizmu storilec doseže cilj, pri potencialnem pa usmeritev volje kaže, kateri cilj želi storilec doseči tudi tedaj, kadar cilja ne doseže.¹⁷ To je pomembno zlasti pri institutu poskusa, saj je verodostojnost sklepanja o usmerjenosti storilčeve volje (naklepa) mogoče pogosto ugotoviti le prek motiva. Po Mantovaniju je že (italijanska) zakonodaja dovolj jasna: nihče ne more biti kaznovan, če ne stori dejanja z zavestjo in voljo,¹⁸ sestavina volje pa je tudi motiv. Ugotoviti je mogoče, da hotenje in volja sicer združujeta naklep in motiv, vendar pa bi razlage, ki bi skušale izenačevati naklep in motiv s poenostavitvami, da je tudi motiv mogoče preprosto subsumirati pod kazenskopravno normo, v vsakem primeru pomešale odnos cilja in sredstva.

Drugače kot naklep motivi pokažejo na resnični »intimni« odnos storilca do kaznivega dejanja.¹⁹ Tako na primer umor izvrši storilec zaradi brezobzirnega maščevanja, sovraštva, neutemeljenega političnega nasprotovanja, koristoljubja itd. Motivi so torej del psihološke realnosti, ki konstituira voljo za umor in v tej zvezi jakost in trdovratnost volje na eni strani, na drugi strani pa lahko celo s »prekomerno voljo« storjeno kaznivo dejanje. To se namreč ne kaže le v naklepu, ampak v jakosti volje, ki lahko naklep tudi presega ali ga močno utrjuje. Na področju prava se s takim utrjevanjem naklepa srečamo tudi pri vseh tistih kaznivih dejanjih, pri katerih je potreben t. i. obarvan naklep, to je naklep, ki mora vsebovati tudi motiv, s katerim je »obarvan« (*dolus coloratus*). Tako na primer ni kaznivega dejanja goljufije, če ga storilec ne izvrši z obarvanim naklepom, ki ga izraža namen pridobitve protipravne premoženjske koristi. Zato neplačilo terjatve kot sicer protipravno dejanje nikakor ne zadošča. Motiv ali namen pridobitve protipravne premoženjske (ali tudi nepremo-

v nadaljevanju njegovega dela, opozarja na okoliščino, da je utemeljevanje finalnosti na kazenskopravno nerelevantnem cilju problematično. Toliko bolj se zato pokaže, da je kaznivo dejanje le sredstvo za doseg motivacijskega cilja, do katerega bi lahko storilec v večini primerov prišel pošteno in neprotipravno.

¹⁷ F. Mantovani, nav. delo, str. 316. Po avtorju niso z voljo in k ciljem usmerjena ravnanja, ki so rezultata navade in rutine (na primer hoja ali igra klavirja), refleksov, instinktov in avtomatizmov.

¹⁸ F. Mantovani, nav. delo, str. 316. Avtor tukaj navaja podobno stališče, kot Roxin (v nav. delu, I. Carracioli (nav. delo, str. 292) pa naklep in motiv (namen) pripiše isti »psihološki (subjektivni) realnosti«. Poudari, da brez zavesti in volje nihče ne more biti **kaznovan** (*Nessuno può essere punito [...] se non l'ha commessa con coscienza e volontà*).

¹⁹ I. Carracioli, nav. delo, str. 292.

ženjske) koristi kot motivacijski cilj pa je potreben tudi pri različnih zlorabah položaja kot kaznivih dejanjih tako na področju gospodarskega poslovanja kot tudi uradnih dolžnosti.²⁰ V slovenski literaturi prof. Bele zastopa stališče, da taka »utrditvena« funkcija motiva zgolj še bolj kaže, da mora storilec ravnati z direktnim naklepom.²¹ Nemška teoretika Beulke in Wessels pa naklep, ki je obarvan z motivom, obravnavata kot samostojno kategorijo, ker naj bi pomenil najvišjo stopnjo naklepne subjektivne strani dejanskega stanu kaznivega dejanja in takim kaznivim dejanjem priznavata ločeni samostojni status t. i. namenskih deliktov,²² čemur se Bele v slovenski literaturi sicer upira.

Če torej v zvezi s pravkar navedenim delom razprave sprejmemo sklepe o tem, da je z motivom lahko presežena tista kakovost in količina volje, ki že zadoštuje za oceno, da je bilo kaznivo dejanje storjeno naklepno, je utemeljeno tudi stališče, da prav motiv omogoča določnejšo prepoznavo storilčevega naklepa. Toda če napravimo še korak naprej in upoštevamo, da je volja usmerjena v določen »dodatni cilj« (na primer protipravno premoženjsko korist), ki je zunaj izvršitvenega kaznivega ravnanja in mora biti obsežena s storilčevim namenom oziroma motivom, potem je treba za ugotovitev storilčeve krivde ugotoviti tudi tak element, ki odraža storilčevo notranjo naravnost k storitvi kaznivega dejanja in zato tudi njegov vzrok (na primer prav pridobitev protipravne premoženjske koristi).

2.3. Determinizem in motivi

V sodobnem svetu pa postaja obstoj svobodne volje čedalje pogostejše predmet živahnih razprav, češ da ljudje v svojem okolju ne delujejo kot nepopisan list, ki se svobodno giblje v svetu in odloča brez omejitev.²³ V skrajnosti naj bi bilo nejasno celo to, kolikšen del zavestnega jaza ima storilec glede na sestavo ogromnega zapletenega omrežja, ki ga predstavljajo človeški možgani in ki posamezniku omogočijo, da v povsem podobnem položaju nima motiva za storitev kaznivega dejanja, drugi storilec pa je močno motiviran in ravna tudi

²⁰ A. Ferlinc, nav. delo (2016), str. 6–9. Avtor je kritičen do možnosti zakonodajalčeve odprave naklepa, obarvanega z motivom (*dolus coloratus*) pridobitve protipravne premoženjske koristi v zvezi s kaznivimi dejanji, ki predstavljajo zlorabo gospodarskega poslovanja zaradi ogrožitve spoštovanja načela *lex certa*. Pri tem se sklicuje tudi na nekatera avstrijska stališča, da je treba kljub zadostnosti eventualnega naklepa upoštevati doktrino o namenu kršitve (nem. *Zweckverfehlungslehre*).

²¹ I. Bele, nav. delo (2001), str. 158. Pojmu »namerni delikt« ne daje veljave samostojne kategorije, ampak je njegov komentar mogoče razumeti v pomenu še večje utrditve direktnega naklepa.

²² Beulke in Wessels sta povzeta po A. B. Đurić, nav. delo, str. 101.

²³ D. Eagleman, nav. delo (2014), str. 176, 177, 185 in 186.

z naklepom, da stori kaznivo dejanje.²⁴ Stališča, da t. i. nevroznanost lahko daje skoraj popolne odgovore o zavesti in vseh duševnih procesih, neutemeljeno v skrajni obliki vodi k čistemu determinizmu. Sprejetje takih stališč kot izhodišč za oblikovanje ustreznega kazenskega prava bi privedla do položaja, v katerem bi odpadla tudi možnost očitka ali graje v skladu z normativnim pojmovanjem krivde, ker od storilca ne bi bilo mogoče zahtevati »drugačnega ravnanja« (nem. *Unzumutbarkeit*, angl. *lack of fair expectability*). Zaničanje sposobnosti za duševno samoodločbo je sicer videti danes kot eno odločilnih vprašanj kazenskega prava, vendar pa se t. i. nevroznanosti pripisujejo odgovori na vprašanja, za katera tudi sama (za zdaj) še trdi, da zanje nima odgovorov.²⁵ Če ne moremo posameznikom pripisati,²⁶ da je bila izbira njihovega ravnanja zares njihova, kljub temu ni mogoče zanikati, da so nekaj hoteli in imeli dobre ali slabe motive in motivacijske cilje. Toda na sodišču je pri večini kaznivih dejanj treba dokazovati naklep,²⁷ pri katerem je zavestna sestavina naklepa tudi storilčeva zavest, da izvršuje kaznivo dejanje.²⁸ Če pa bi v nasprotju s tem sprejeli stališča o determiniranosti kaznivih dejanj, bi po drugi strani morali ugotoviti, da bi bila taka ravnanja slabo motivirana, ker jakost in intenzivnost volje ne bi bili odvisni od storilca, ampak bi bila volja determinirana z vnaprej določenimi duševnimi procesi. Vsebina storilčeve volje in hotenja bi

²⁴ Več o tem M. Hafner, nav. delo (2014). Zavedanje o zamotanosti problematike svobodne volje v povezavi z ugotovitvami nevroznanosti je začelo prodirati tudi v slovensko pravno literaturo. Tudi avtor se provokativno v enem od podnaslovov sprašuje, ali morda nismo talci svojih možganov.

²⁵ D. Eagleman, nav. delo, str. 207. Avtor nekoliko resignirano ugotavlja, da se nevroznanost šele začenja lotevati vprašanj, ki so bila doslej v izključni domeni filozofov in psihologov. Gre za vprašanja o tem, kako ljudje sprejemajo odločitve in ali so pri tem resnično »svobodni«. Po avtorju v zvezi s krivdo to niso le neproduktivna vprašanja, ampak naj bi v prihodnosti sooblikovala teorijo kazenskega prava.

²⁶ M. Ambrož, nav. delo (2012). Avtor opozarja na slabšalni učinek pripisovanja, ki je v nasprotni skrajnosti, da namreč takrat, kadar ne poznamo psihičnih dejstev, z neustreznim sklepanjem »iz zunanjih okoliščin« ta dejstva storilcu (tudi neutemeljeno) pripišemo.

²⁷ D. Eagleman, nav. delo, str. 176. Avtorju se zdi vendarle potrebno poudariti to, kar je znano vsakemu kazenskemu pravniku, ker – očitno v prisposobi – poudarja, da ni dovolj le »krivda dejanja«, ampak je potrebna »krivda razuma«. Stališče odraža pravzaprav sintezo med nepravom in krivdo, ki jo v nemški teoriji označujejo kot kršitve »dolžnosti kot norme« (nem. *Pflichtwidrigkeit*, *Pflichtnorm* – slednje povzeto po P. Novoselec, nav. delo, str. 65).

²⁸ H. H. Jescheck, T. Weigend, nav. delo 1996, str. 429. Avtorja naklep označujeta kot splošni subjektivni znak neprava in hkrati tudi predmet očitka krivde, zaradi česar se je v nemški teoriji deloma uveljavilo stališče o dvojnem položaju naklepa (nem. *Doppelstellung des Vorsatzes*). Za motiv, ki je zunaj kaznivega dejanja, podobnih zaključkov ni mogoče sprejeti in je v tem pomembna razlika med naklepom in motivom. Pomisleki pa so, če je motiv hkrati tudi subjektivni znak kakega kaznivega dejanja ali celo utrjuje naklep z obarvanostjo naklepa z motivom.

postala nepomembna, kaznivo ravnanje pa bi kot zgolj kavzalno dejanje postalo »naključna rezultanta vsakokratno obstoječih komponent vzročnosti.«²⁹ Tak pogled pa vzpostavlja povezavo med naklepom in motivom na negativni strani, saj nobeden od njiju v skrajnosti ne bi bil podan in bi tako naklep in motiv delila enako usodo.

2.4. Manj določne razmejitve med naklepom in motivom v teoriji *common law* in praksi v razmerju do kontinentalnega pristopa

Za ustrezne sklepe o razmerju med naklepom in motivom je treba proučiti še del t. i. anglosaške (*common law*) literature. Za obravnavanje razmerja med naklepom in motivom ni treba sprejeti nekoliko tveganih opredelitev, ali je splošni pojem kaznivega dejanja drugače zgrajen kot v kontinentalni Evropi.³⁰ Zadostuje že ustaljena delitev na *actus reus*, ki zajema vse objektivne prvine kaznivega dejanja, in *mens rea* kot *culpable, guilty state of mind*, ki zajema vse subjektivne prvine kaznivega dejanja, med katere spada tudi motiv.³¹ Če bi tako – na prvi pogled preprosto – delitev nekritično prenašali v prakso, ki se želi zgledovati po vzoru kontinentalne Evrope, bi lahko zanemarili dejstvo, da brez poznavanja motivacijskega cilja v zvezi s hotenjem storilca tudi ni mogoče vselej presoditi, ali je storilec uresničil objektivne znake kaznivega dejanja. Od poznavanja motivacijskega cilja je namreč odvisna tudi ocena pravne kvalifikacije kaznivega dejanja (na primer katerega od kaznivih dejanj zoper življenje in telo). Zato bi lahko poenostavljen pogled na shemo (in njeno nekritično aplikacijo), ki jo povzroča delitev na *actus reus* in *mens rea* in po kateri sodišča v anglosaškem sistemu tradicionalno najprej odločajo o objektivnih elementih in šele na to o subjektivnih, povzročal težave. Vendar pa lahko večje težave glede razlikovanja in povezav med naklepom in motivom povzroča okoliščina, da je meja med naklepom in motivom pogosto zabrisana oziroma nejasna (angl.

²⁹ M. Ambrož, nav. delo (2007), str. 32 in 33.

³⁰ Podrobneje o tem S. Beltrani, nav. delo, str. 72–76. Avtor opisuje postopen razvoj strukture splošnega pojma kaznivega dejanja v evropskem kontinentalnem pravu z vidika razvoja italijanskega kazenskega prava, v katerem razmejitve med posameznimi elementi strukture sprva niso bile natančno določene. V italijanskem pravu na primer je najprej teorija o bipartitnosti elementov splošnega pojma kaznivega dejanja (it. *teoria della bipartizione*) skušala poudariti mejo med objektivnimi in subjektivnimi elementi, med katere spada tudi motiv. Teorija o tripartitnosti splošnega pojma kaznivega dejanja (it. *teoria della tripartizione*), ki je nato v razvoju sledila, je subjektivne elemente zožila na krivdo (it. *colpevolezza*), izhajajoč pri tem iz naturalističnega objektivnega pojma dejanja (it. *il fatto*), tema dvema elementoma pa je dodala še protipravnost (it. *l'antigiuridicità*). Ko je tem trem elementom bila dodana še kaznivost (it. *punibilità*) kot posledico krivde, je nato prišlo do razvoja teorije o štiripartitnosti (it. *teoria della quadripartizione*).

³¹ J. K. Mason, R. A. Mc. Call Smith, nav. delo (1987), str. 346.

blurry). Pojem *intent* ali na primer *specific intent*³² lahko razumemo največkrat kot naklep, včasih pa tudi kot motiv. Razmerje med motivom in naklepom je namreč odvisno od precedenčnega reševanja posameznih zadev. To pa ni podvrženo težnjam po taki dogmatični natančnosti, kot jo srečamo v nemški pravni teoriji, ki naj bi bila za kontinentalno Evropo referenčna. Koliko gre za preplet naklepa in motiva, je prepuščeno predvsem sodni praksi. Jorgensen na primer navaja kot primer genocidno ravnanje pri uničenju narodnostne, etične, rasne ali verske skupnosti kot značilen primer, pri katerem je potreben »specifični naklep«,³³ ki zaradi točno določene posledice (uničenja kake etnične skupnosti) hkrati pomeni tudi motiv. Na povezavo naklepa z motivom naj bi kazal tudi t. i. zadnji specifični naklep (angl. *ultimate intent*), kadar je ravnanje storilca vseskozi usmerjeno (le) v prepovedano posledico in je s tako posledico tudi motivirano. Kadar storilec napade ali ogrozi življenje ali telo, lahko pogosto le motiv pokaže, kaj je storilec pravzaprav hotel storiti, saj »telesnih poškodb storilec drugemu ne prizadene po meri« (*vulnera non dantur ad mensuram*). To zadnje seveda ni razlikovalna značilnost anglosaksonskega pravnega prostora, ampak kvečjemu skupna značilnost kontinentalnega in anglosaksonskega. Velja tudi za dejanski in pravni položaj v zadevah, pri katerih *dolus generalis* ne dosega povsem natančno določene škodljive posledice, ampak storilec pristane na posledico, »karkoli se bo pač zgodilo«. Ima pa sicer motiv, da naklepno povzroči nevarnost, na primer zaradi postavljaštva, bahaštva itd. V takih primerih je lahko ustvarjanje rizika zaradi motiva naklepno, sodni praksi pa je prepuščeno, ali bo pri odločanju v posameznih zadevah ugotovila, da je storilec tudi privolil v nastanek prepovedane posledice in je tedaj šlo za storitev kaznivega dejanja z eventualnim naklepom.³⁴ Kljub skupnim značilnostim sodne prakse pa je vendarle utemeljeno zatrjevati, da je ugotavljanje prepleta motiva in naklepa v anglosaksonskem prostoru bolj prepuščeno sodni praksi. Avtorja J. Smith in B. Hogan predlagata, da je včasih, ko ob odločanju v konkretnih zadevah razpravljamo o motivu, primerneje govoriti o naklepu.³⁵

Ob delitvi na *actus reus* in *mens rea* (angl. *culpable, guilty state of mind*),³⁶ in *actus reus* je posebej pomembno ugotavljanje vzročne zveze,³⁷ ker kljub njeni

³² Več o tem S. L. Emanuel, nav. delo (1993), str. 17 in 21; ter W. R. La Fave, A. W. Scott, nav. delo (2000), str. 324.

³³ N. H. B. Jorgensen, nav. delo (2002), str. 308.

³⁴ W. R. La Fave, A. W. Scott, nav. delo (2000), str. 326. Tudi v svojem novejšem delu avtorja obravnavata vprašanje naklepnega in motiviranega ustvarjanja velikega tveganja za nastanek prepovedane posledice.

³⁵ J. Smith, B. Hogan, nav. delo, str. 82.

³⁶ J. K. Mason, R. A. Mc. Call Smith, nav. delo (1987), str. 346.

³⁷ Več J. Samaha, nav. delo (1997), str. 115 in 117.

tradicionalni umestitvi na področje ugotavljanja objektivnih elementov kaznivega dejanja (torej *actus reus*) mora storilec vzročno zvezo poznati in jo tudi hoteti prav tako, da objektivno in tudi po njegovi predstavi privede do motivacijskega cilja. Tudi če ta ni zakonski znak kaznivega dejanja (predvsem prepovedana posledica), lahko šele ugotavljanje motiva v posameznih zadevah omogoča – kakor je bilo to že prikazano – ustrezno pravno kvalifikacijo kaznivega dejanja.³⁸ Tudi to je lahko razlog, da teorija proučuje motiv in naklep glede na značilnosti vsakega posameznega kaznivega dejanja od primera do primera. Kljub temu pa tudi tak pristop privede do splošnih pojmov v zvezi z motivi. Tako na primer naklep kot pojem na splošni ravni označuje včasih tudi »zlobni namen« (angl. *malice aforethought*). Podrobneje pa se moralna motivacijska podlaga kaže pri posameznih kaznivih dejanjih, na primer v zvezi s kaznivimi dejanji, ki so storjena z goljufivim namenom ali motivom (angl. *fraudulently, with intent to defraud, wilfully* – naklepno).³⁹ Motiv se močno približa naklepu, kadar je ravnanje storilca motivirano z zadovoljitvijo spolnega nagona pri spolnih deliktih, čeprav gre za spolne delikte lahko tudi tedaj, kadar je motiv za storitev spolnega delikta ponižanje žrtve, manifestacija premoči nad žrtvijo ali celo genocidno ravnanje, ki je obseženo s storilčevim naklepom itd.⁴⁰ Zaradi tako velikih razlik glede teže kaznivih dejanj, ki jih lahko sprožajo različni motivi ne le pri spolnih kaznivih dejanjih, ampak tudi pri drugih kaznivih dejanjih, lahko prav motivi po K. S. Williams, vplivajo na »nesimpatično ali celo simpatično predstavo« o storilcu in kaznivem dejanju,⁴¹ kar lahko povzroči neenakost obravnave pred sodiščem.

Da motivi in z njimi povezani subjektivni elementi ne bi prevladali, večina avtorjev najprej zahteva odločno ločitev *mens rea* in motivov. Zakonodaja in praksa pa ta stališča postopoma precej ublažita. Do delnega umika od togih stališč, ki zahtevajo pozornost predvsem do *actus reus*, proučevanje elementov glede *mens rea* pa prepuščajo šele naslednji fazi presoje, prihaja najprej na formalni ravni preko posebej motiviranih oziroma ciljnih kaznivih dejanj. Parker's 1995 California Penal Code⁴² je na primer v 467. paragrafu kazni-

³⁸ Dopolni z L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, M. Ambrož, K. Filipčič, nav. delo, str. 279, 281 in 284.

³⁹ Avtorja R. La Fave in A. W. Scott (v nav. delu – 1986), str. 13, navajate še izraze, kot so na primer *maliciously* – z naklepom, z zlobnim ali hudobnim namenom, *corruptly* – poleg koruptivnih namenov izraz označuje tudi splošen pojem kaznivih dejanj kot ne-poštenih in kriminalnih, storjenih s kriminalnimi motivi.

⁴⁰ D. Korošec, nav. delo (2008), str. 126. Po avtorju (na podlagi analize tujih zakonodaj) zadostujejo zunanje značilnosti, objektivne značilnosti dejanja kot spolnega, vendar pa mora izražati tudi zadosten pomen.

⁴¹ K. S. Williams, nav. delo (1997), str. 12.

⁴² Parker's 1995 California Penal Code, Butterworth, Legal Publishers, Carlsbad 1994.

vo dejanje posesti orožja in kaznivost tega kaznivega dejanja obravnaval le v povezavi z namenom ali motivom, da se to tudi uporabi (angl. *with intent to use*).⁴³ Motiv pranja denarja po Parker's 1995 Penal Code obsega namen poslovanja z denarjem, ki izvira neposredno ali posredno iz katerekoli kriminalne aktivnosti, motiv prenašanja (angl. *carry*), motiv delitve, motiv ustanovitve skladov itd.⁴⁴ Pri eksplozivnih snoveh, ki jih Parker's California Penal Code v paragrafu 190.2 obravnava posebej,⁴⁵ mora biti uporaba teh sredstev usmerjena k učinkom ki jih »ta sredstva redno dosegaajo«.

Zmanjševanje meje med *actus reus* in *mens rea*, v katere spadajo še nekateri motivi, ki izhajajo iz posameznih tipov kaznivih dejanj in je motivacijski cilj že v končni kazenskopravno relevantni posledici, ki jo obsega t. i. *specific intent*.⁴⁶ Za kontinentalni pogled so posebej vprašljivi motivi v zvezi s kaznivimi dejanji zoper življenje in telo, pri katerih posamezni avtorji vzpostavljajo pravzaprav pravno domnevo o tem, kaj je imel v mislih storilec in s kakšnim končnim motivom je ravnal. Tako imenovana *deadly-weapon doctrine* ali doktrina smrtno nevarnega orožja zlasti v primerih, kadar ni prič ali drugih dokazov v zvezi z voljo storilca, vzpostavlja pravzaprav (pravno) domnevo, da če storilec ustreli oškodovanca v okoliščinah, ko je orožje napolnjeno in pripravljeno na strel, oškodovanec pa je v neposrednem dosegu orožja (angl. *line of fire*), ravna tudi z motivom ali namenom, da želi doseči oškodovančevo smrt, če je orožje uperjeno v vitalne dele telesa. Vzpostavitev domneve, da je storilec ravnal z motivom, kakršnega kaže samo dejanje, postane vprašljiva le v primeru, če je realna možnost, da storilec povzroči določeno motivirano posledico, razmeroma majhna.⁴⁷ Ne glede na navidezno prepričljivost sklepanja na storilčevo motiviranost za povzročitev smrti in zato tudi na njegov naklep, v okviru kontinentalnih sistemov sprejetje kakršnihkoli formalnih miselnih vzorcev, kako je treba odločati, ni videti običajno. Odstopajo namreč od načela individualne in osebne krivdne odgovornosti, hkrati pa odvrčajo od natančne proučitve vseh podrobnosti, ki jih je treba ugotoviti za oceno o storilčevi krivdi in med katere lahko spadajo tudi motivi. Toda treba je priznati, da omogoča prikazan pogled v zvezi s posameznimi manj značilnimi primeri tudi razmislek o stapljanju naklepa in motiva. Prav motiv, ki je odločilen in kot zadnji usmerjen v oškodovančevo smrt ali drugo prepovedano posledico, pravzaprav v življenjskem smislu s konkretno usmeritvijo k cilju, kaže na utemeljenost ocene o tesni zvezi motiva z naklepom. Zato je na tem mestu primerno opozoriti na

⁴³ Parker's 1995 California Penal Code, str. 180.

⁴⁴ Parker's 1995 California Penal Code, str. 47.

⁴⁵ Parker's 1995 California Penal Code, str. 56.

⁴⁶ Glej W. R. La. Fave, A. W. Scott, nav. delo (2000), str. 324.

⁴⁷ W. R. La Fave, A. W. Scott, nav. delo (1986), str. 217.

pomislek oziroma kritiko profesorja dr. Bavcona v zvezi z naklepom in motivom, »da stoji na trhljih nogah kar preveč splošna domneva, da naklep ne pomeni posebnih težav in ne povzroča problemov, češ da je kar na prvi pogled razviden«,⁴⁸ če le imamo dejanje in storilca. Razumeti jo je namreč mogoče tudi tako, da naklepa pogosto ni mogoče ustrezno presojati, če ne poznamo storilčevega motiva.

Ni presenetljivo, da zato avtorja J. Smith in B. Hogan – kakor je bilo to že prikazano v tem prispevku – predlagata (na podlagi analize konkretnega primera), da je včasih, kadar razpravljamo o motivu, primerneje govoriti o naklepu.⁴⁹ Šele z ugotavljanjem cilja in storilčevega hotenja, ki ga kaže usmeritev storilčeve volje, lahko ugotavljamo, katero kaznivo dejanje je storilec hotel storiti in ali so tiste posledice, do katerih se je želel dokopati, kazenskopravno relevantne posledice.⁵⁰ Vendar pa so avtorji tudi v angleški literaturi spoznali nevarnost, da bi »kriminalizacija mentalnih elementov«⁵¹ brez kazenskoprnega ravnanja ali zunaj ravnanja lahko vodila k tendenci, da se kazensko pravo pretvori v sredstvo totalitarnega sistema, ker bi sodišča ocenjevala le storilčeve domnevno nevarne motive. Toda izhodišče bi lahko bilo tudi drugačno: upoštevaje motivov (zlasti še, če gre za naklep, ki je obarvan z motivom) koristi vsakokratnemu storilcu, saj mu je treba dokazati ne le direktni naklep, temveč tudi motiv tako, da eventualni naklep niti ne pride v poštev in se za naklep, obarvan z motivom, zahteva »najvišja stopnja krivde«.⁵² Znani angleški avtor A. Asworth, se je celo izrecno vprašal, kaj se skriva v frazi, da storilec izvrši kaznivo dejanje z naklepom (angl. *with purpose*) in z namenom, da ga tudi izvrši (angl. *with intent to commit*),⁵³ in ali je tak namen podan tudi pri blažjih oblikah krivde.⁵⁴ Tukaj je videti pomislek predvsem v nevarnosti pomanjkanja zavedanja, da je tudi motiv treba proučevati v enotnosti fizičnega in psihičnega, kakor je to uresničeno v že izvršenem kaznivem dejanju. Slabi motivi ne morejo biti zadostna podlaga za kazenskopravno grajo, saj se šele v ravnanju objektivizira to, kar je v storilcu subjektivnega.

⁴⁸ L. Bavcon, A. Šelih, nav. delo (1996), str. 228.

⁴⁹ J. Smith, B. Hogan, nav. delo (1996), str. 82.

⁵⁰ Glej še J. Smith, B. Hogan, nav. delo (1996), str. 58.

⁵¹ T. Morawetz, nav. delo, str. 6

⁵² T. Morawetz (red.), nav. delo (2000 – P. H. Robinson), str. 6. Avtor govori o četrtri – najvišji stopnji kazenske odgovornosti (krivde, angl. *culpability*) v okviru pojma *mens rea*, v katero uvršča še *negligence* (malomarnost), *recklessness* (zavestna malomarnost, brezobzirnost), *knowledge* (zavest o prepovedanosti dejanja) in *purpose (intention* – naklep, namen).

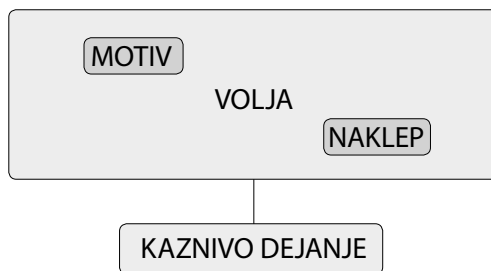
⁵³ A. Asworth, nav. delo (1999), str. 464 in 465.

⁵⁴ Na tem mestu citiram sklic na Aswortha tako, kakor sem ga povzel v: A. Ferlinc, nav. delo (2010), str. 162.

2.5. Motiv zunaj ali znotraj kaznivega dejanja – dva različna pogleda

Če se končno povrnemo k značilnostim slovenske zakonodaje, potem vidimo, da ciljno usmerjenost, ki ga vsebuje zakonsko napotilo, kaj mora vsebovati naklep, pogosto kaže besedna zveza »... zato, da bi ...«, ki je zamenjala izraz »z namenom« (na primer pri kaznivem dejanju goljufije po 211. členu KZ-1, ali pridobitve protipravne premoženjske koristi ali izoginitve plačila davkov in drugih finančnih obveznosti po 249. členu KZ-1). Tudi taka zakonodajna tehnika kaže, da v zvezi z razmerjem med motivom in naklepom ne ugotavljamo le usmerjenosti k motivacijskim ciljem, temveč tudi, s koliko volje mora biti podprto ali »podloženo« kaznivo dejanje. Razmerje med naklepom in motivom bi lahko grafično ponazorili, kot predstavlja slika 1.

Slika 1 – Razmerje med naklepom in motivom.



Po tej shemi je naklep vključen v pojem motiva tako, da je zajet v celotnem obsegu motiva in predstavlja delni obseg širšega pojma, pri čemer sta motiv in naklep znotraj področja volje za storitev kaznivega dejanja; motiv je v ozadju naklepa.⁵⁵ Tudi če v okviru take ponazoritve štejemo, da sta si motiv in naklep v razmerju vzroka in posledice ter ne upoštevamo, da sta že Hegel in Jung zahtevala enotnost objektivnega in subjektivnega tako, da naj bi le ravnanje odražalo človekove misli, ne more biti dvoma, da le motiv kot širši pojem od naklepa lahko pokaže vse razloge, ki konstituira voljo (in so tudi del vsebine volje) za storitev kaznivega dejanja.

Ravnanje – seveda kaznivo ravnanje – je zato treba v zvezi z grafično predstavljeno shemo v ta del razprave pritegniti kot povezovalni element za druge elemente v strukturi splošnega pojma kaznivega dejanja (nem. *Verbindungselement*),⁵⁶ med katerimi je odločilna krivda. In če imamo v mislih vse elemente krivde, krivdo pa predvsem v skladu z normativnim pojmovanjem štejemo zlasti kot

⁵⁵ Glej E. Schneider, nav. delo (1995), str. 106, 107 in 110. Glej še L. Bavcon, A. Šelih, nav. delo (1996), str. 228; in Celine, nav. delo.

⁵⁶ C. Roxin, nav. delo (2006), str. 239.

možnost očitka ali graje, potem najdemo več razlogov za stališče, da tudi (nizkotni, zavržni) motiv spada v okvir krivde. Toda to še ne pomeni, da bi ga lahko kar na splošno izenačili z naklepom, če namreč vztrajamo pri že predstavljenem stališču, da je kaznivo dejanje le sredstvo za dosego motivacijskega cilja, do katerega bi storilec lahko največkrat prišel tudi s poštenimi sredstvi. Predmet vrednotenja v zvezi z naklepom je torej lahko le storilčev psihični odnos do dejanja in do kazensko pravno relevantne posledice, v zvezi s katerima so dokazi, ki kažejo na motiv, lahko ena od najpomembnejših za ugotovitev naklepa. Do neutemeljene zamenjave naklepa in motiva prihaja tedaj, kadar sodišče upošteva kot naklep za storitev kaznivega dejanja psihični odnos storilca, ki ni neposredno usmerjen v elemente, ki bi jih bilo mogoče subsumirati pod kazensko pravno normo in torej niso del (biti) kaznivega dejanja. **Ne more pa biti dvoma, da je motiv izenačen z naklepom tedaj, kadar je motivacijski cilj povsem identičen s tistim ciljem, ki je v zakonskem opisu označen kot prepovedana posledica** (na primer preprečitev uradnega dejanja uradni osebi kot motiv in motivacijski cilj).

Največje število kaznivih dejanj srečujemo z motivacijskimi cilji, ki sami po sebi niso del biti kaznivega dejanja, vendar pa so odločilni za prehod h kaznivemu dejanju (fr. *pasage a l'acte*, angl. *acting out*). »Motiv motivira k motivu« (!), kar se odraža v doseganju tistih (tudi motivacijskih) ciljev, ki so v zakonskem opisu kakega kaznivega dejanja zakonski znaki. Kadar prav motiv vpliva na usmerjenost storilca k določenemu cilju, ki je v inkriminaciji kaznivega dejanja zakonski znak (največkrat kot škodljiva in prepovedana posledica), lahko govorimo zato o **sekundarno organiziranem motivu**,⁵⁷ ki predstavlja del faze konkretnega »ovrednotenja« cilja s kaznivim dejanjem. Na tej točki pa se vnovič srečata motiv in naklep.

Nasprotno argumentacije glede poudarjene bližine naklepa in motiva ni mogoče spregledati v zadevah, v katerih do kaznivega dejanja pripelje sklop motivov, ki ga nekateri imenujejo tudi motivacijski snop. Če storilec po daljšem premisleku (motivaciji) drugega umori zato, ker skuša pomagati tretjemu, ki ga je pred tem umorjeni grobo trpinčil in je bilo življenje neznosno,⁵⁸ je sprva motiv videti zunaj prepovedane posledice, saj je motiv predvsem v težnji storilca, kako pomagati tretjemu, da ne bo več trpinčen. Šele v procesu določitve konkretnega cilja ob usmerjenem ravnanju (enotnost psihičnega in fizičnega) pride do notranje in zunanje manifestacije **odločilnega** (prevalentnega) **motiva** za storitev kaznivega dejanja, saj bi za dosego enakega cilja bilo mogo-

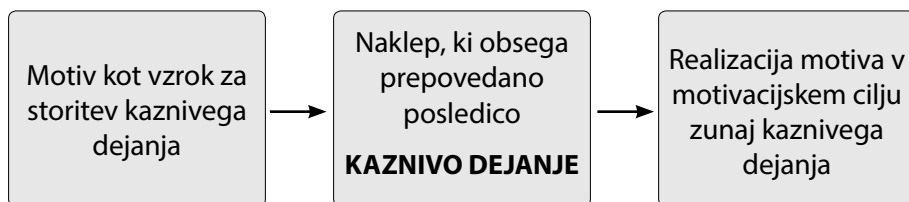
⁵⁷ Poleg I. Carracciolijsa, nav. delo, str. 292, kakor je bilo že pojasnjeno, več o podlagah za sekundarni motiv še G. Meško, nav. delo (1998) in A. Trstenjak, nav. delo (1069), str. 398.

⁵⁸ Primer je svobodno povzet po znamenitem romanu Johna Knittla: *Via Mala*.

če priti brez kaznivega dejanja (na primer s pritegnitvijo socialnih služb ali z drugimi oblikami preventivne družbene reakcije). Ker hkrati delujeta motiv in naklep, ni mogoče brez pomislekov slediti stališču, da je motiv tisti vzrok v samem storilcu, ki določa izbiro cilja oziroma posledice, naklep pa pomeni izbiro cilja samega,⁵⁹ kar bi bilo sicer na prvi pogled povsem priročen merilo za proučevanje razmerij med motivom in naklepom.

Na razmerje med motivom in naklepom je mogoče pogledati tudi z drugega vidika, kadar imamo povsem jasno in pregledno situacijo, v kateri je motiv videti zunaj kaznivega dejanja in zato tudi zunaj področja, ki ga obsega naklep. Grafično si tak položaj lahko poenostavimo približno tako, kot je predstavljeno na sliki 2.

Slika 2 – Razmerje med motivom in naklepom.



V tej shemi se motiv pojavlja na začetku in na koncu motivacijskega ciklusa, čeprav je vseskozi navzoč tudi v svoji usmerjevalni vlogi v skladu z opredelitvijo motiva in enotnostjo objektivnih in subjektivnih znakov kaznivega dejanja. Iz sheme je jasno razvidno, da pri naklepnih kaznivih dejanjih naklep obstaja v vsakem primeru, ne glede nato, ali je volja storilca skozi motiv močno izražena ali pa je le v obliki brezbržnega odnosa do tega, do česar se storilec lahko dokoplje s kaznivim dejanjem. Storilec je lahko močno motiviran za nakup dragocenega prestižnega avtomobila zaradi domnevnega napredovanja na družbeni lestvici, zaradi česar sploh stori kaznivo dejanje, ki mu omogoča pridobitev premoženjske koristi v ustrezni višini. Lahko pa je tudi malo in slabo motiviran za kaznivo dejanje. Tudi če mu gre le za pridobitev premoženjske koristi same zase, še vedno obstaja naklep, ki pa je v tem primeru izenačen z motivom.

Zaključimo lahko, da se motiv izenači z naklepom tedaj, kadar glede voljne in zavestne sestavine naklepa pri motivu ni ničesar, kar bi presegalo naklep niti po kvantiteti in kvaliteti volje niti glede zavesti. Posredno je to mogoče ponazoriti s sodno prakso Vrhovnega sodišča RS. V sodni odločbi I Ips 159/2002 z dne 1. oktobra 2007 je Vrhovno sodišče RS obrazložilo, da kadar

⁵⁹ M. Karanović, nav. delo (1982), str. 50. Povzema angleškega avtorja G. E. M. Anse-ombeja.

gre za odprtost pojmov, ki so sicer normativni znaki kaznivih dejanj in zato zahtevajo izpolnitev z motivi, mora sodišče tako ravnati (že v opisu dejanj, op. A. F.) zaradi pojasnila, ali storilčev naklep dejansko vsebuje voljo, usmerjeno v prepovedano posledico (ogrožanje države). Šele obstoj ustreznih motivov po oceni sodišča vodi k utemeljenosti zaključkov o obstoju storilčevega motiviranega naklepa. Brez takega (motiviranega) naklepa pa tudi ni posameznih kaznivih dejanj zato, ker tudi ni vzročne zveze s hotenimi posledicami. Del nemške teoretične misli (Schönke, Schröder) je podobna stališča izrazil z zanimivo mislijo, da gre pri motivu za »na dejanje navlečen namen«. ⁶⁰ Namen (nem. *Absicht*) je postal zlasti pomemben pri pravih deliktih lotevanja (nem. *echte Unternehmens delikte*), ki so kaznivi kot samostojna kazniva dejanja (po našem KZ-1 hudodelsko združevanje po 294. členu KZ-1 in dogovor za kaznivo dejanje po 295. členu KZ-1) in pri nepravih deliktih lotevanja (nem. *unechte Unternehmens delikte*), ⁶¹ ki zajemajo predvsem poskus, ki ga 6. točka 11. člena nemškega kaznivega dejanja opredeljuje kot lotevanje dejanja in v tem delu tudi kot njegovo »dokončanje«. Kot dokončanje je mišljeno dokončanje izvršitvenega dejanja, ne da bi bila uresničena namen ali motiv (na primer nasilna sprememba ustavne ureditve). Del italijanske teorije pa motive, nagibe in namene upošteva kot »merilo (intenzitete) krivde« in pri tem soglaša, da gre za drugačna izhodišča kot v nemški teoriji. ⁶²

Glede razmerja med naklepom in motivom lahko sklenemo, da zgolj naklep pogosto ni dovolj za legitimnost očitka, če upoštevamo zgolj psihološko pojmovanje krivde, ne pa tudi normativno-psihološke koncepcije. Če bi zadoščala le posamezna krivdna oblika, bi se v tem lahko odražalo le formalno ali formalistično pojmovanje krivde. Tudi ravnanje, ki je storjeno v silobranu ali skrajni sili, je storjeno naklepno, vendar pa motivirano z motivom, ki ga odražajo nenormalne motivirajoče okoliščine, življenje pa pozna še številne nenormalne motivirajoče okoliščine, ki izražajo stisko storilca in povzročajo tehtna vprašanja, ali je očitek krivde lahko sprejet kot legitimen in pravičen. To pa vnovič kaže na zvezo med motivom in naklepom na področju krivde.

Pri umeščanju motiva v okvir krivde pa je zaradi popolnejšega pregleda treba še proučiti, ali kaj od povedanega velja *mutatis mutandis* tudi za malomarnost kot eno od meril in elementov krivde.

⁶⁰ A. Schönke, H. Schröder, nav. delo (1963), str. 308 in 309. Tukaj in v naslednji opombi povzemam nemška avtorja po v Pravniku že objavljenem prispevku A. Ferlinc, nav. delo (2010), str. 161.

⁶¹ A. Schönke, H. Schröder, nav. delo (2001), str. 132.

⁶² G. de Francesco, A. Ferraro, R. Tito, nav. delo (1995), str. 569. Italijanske avtorje na enak način povzema A. Ferlinc v nav. delu in v že objavljenem članku iz leta 2010, str. 161.

2.6. Malomarnost in motivi

Malomarnostno kaznivo dejanje se od naklepnega razlikuje v tem, da ne gre za posameznikovo hoteno in voljno delovanje v smeri izbranega cilja, ki je izenačen s kazenskopravno zavarovano posledico. Še najbolj razločno se to pokaže pri t. i. pravih opustitvenih dejanjih, pri katerih nimamo niti dejanja niti nikakršnega voljnega impulza.⁶³ Srečujemo se le z »dolžnostjo do dejanja«, torej z dolžnostnim ravnanjem, ki izhaja iz predpisane dolžnosti nekaj aktivno podvzeti ali storiti zaradi zavarovanja kazenskopravne dobrine oziroma za preprečitev nastanka prepovedane posledice. Namesto da bi raziskovali, kaj je bilo v storilčevi psihi (zvesti in volji), se sprašujemo o tem, kaj bi v njej moralo biti.⁶⁴ Površen pogled na problematiko motivov nam zato najprej pokaže, kakor da ni nikakršnih motivacijskih ciljev kot ene od značilnosti motivov in da zato z motivi nimamo nobenega opravka.⁶⁵ Toda, ali je res tako? Analizirajmo nekaj primerov iz življenja!

Za brezobzirno obnašanje v prometu⁶⁶ si lahko na primer pogosto postavimo vprašanje, s čim je pravzaprav motivirano? Ali morda s frustracijo ali značajsko potezo posameznika, ki se obnaša tako, da njegova brezobzirnost kaže na grobo malomarnost glede oškodovancev?⁶⁷ Lahko gre za motiv, pri katerem je nevarno vedenje samo zase cilj in motiv. Za človeka, ki se zavestno zapleta v nevarne situacije,⁶⁸ pravimo sicer, da je pogumen. Pozabimo pa, da s tako svojo osebnostno potezo pravzaprav celo naklepno ustvarja nevarne situacije, v katerih se lahko tveganja, da nastanejo prepovedane posledice, povečajo daleč

⁶³ Kritiki koncepcij o malomarnostnem kaznivem dejanju izvršijo premik problematike iz subjektivnih elementov predvsem na področje vzročnosti, češ da »iz nič ni nič«, oziroma *ex nihilo nihil fit*. (Spor je povzet iz prikaza M. Ambroža, nav. delo (2007), str. 32).

⁶⁴ Primerjaj M. Ambrož, nav. delo (2007), str. 32, z L. Bavcon, A. Šelih in drugi, nav. delo (2006), str. 274, 278 in 157.

⁶⁵ C. Roxin, nav. delo, str. 202. Podlago za to stališče lahko iščemo v finalističnem pojmovanju kaznivega dejanja (nem. *die finale Handlungslehre*), ker le pri motiviranem dejanju glede na opredelitev motiva obstaja usmeritvena funkcija motiva z upravljanjem s kavzalnim vzročnim tokom k motivacijskemu cilju, ki je prepovedana posledica. Pri malomarnostnih kaznivih dejanjih je nasprotno pomembnejši socialni vidik, negativno socialno ovrednotenje, s katerim se deloma opušča ontološki vidik dejanja v korist normativnega zato, da **socialni pojem ravnanja** oziroma socialna teorija ravnanja poudari njegovo socialno pomembnost (če take pomembnosti ni, tudi ni kaznivega dejanja).

⁶⁶ Angleški avtorji (na primer J. Smith) govorijo o posebni vrsti krivde, to je krivde za t. i. *recklessness*, ki je podana takrat, kadar se storilec zaveda tveganosti svojega ravnanja in možnosti nastanka posledice, pa ne ukrene ničesar, da bi njen nastanek preprečil; *recklessness* pomeni visoko stopnjo odmika od standarda tiste skrbnosti, ki bi naj veljala v posamezni družbeni situaciji, v kateri storilec nedopustno tvega.

⁶⁷ Z. Šeparović, nav. delo, str. 90.

⁶⁸ B. Šali, nav. delo, str. 18.

preko točke (še) družbeno dopustnega tveganja. Glede prometnih deliktov nekateri avtorji opozarjajo na t. i. polžev kompleks,⁶⁹ katerega rezultat je namerano izpostavljanje sebe, sopotnikov in drugih udeležencev v prometu nevarnim situacijam. Standard dokaza glede motiva je zato lahko včasih dosežen na podlagi utemeljenosti sklepa, da je storilec izmed več možnosti predvidel, da lahko nastane prepovedana posledica, pa je svoje ravnanje usmeril k motivacijskemu cilju, ki objektivno lahko ima tako posledico.⁷⁰ Že taka le mimogrede opisana »empirična danost« pokaže, da motivi vplivajo tudi na posledico, ki nastane zaradi storilčeve malomarnosti in niso pomembna le t. i. ciljna ali namenska kazniva dejanja, pri katerih je motiv dodatni subjektivni element, s katerim je obarvan naklep (*dolus coloratus*).⁷¹ Pri kaznivih dejanjih, ki so motivirana z ležernostjo ali celo brezbriznostjo (na primer različna ravnanja, ki so povezana z opustitvami oškodovancev brez pomoči) so motivi očitno podani tudi takrat, kadar gre za opustitve, ki izražajo visoko stopnjo malomarnosti.

Jakost volje glede na prepovedano posledico (ne pa nujno tudi glede ravnanja ali opustitve) je pri malomarnostnih deliktih mnogo šibkejša, kakor pri naklepnih kaznivih dejanjih, motivacijski cilji pa so zunaj prepovedane posledice. Motivi so lahko usmerjeni le v ravnanje (s hitro vožnjo doseči prestižni položaj zaradi razkazovanja novega športnega avtomobila), ne pa v škodljivo posledico, na primer prometno nesrečo s smrtno posledico. Če bi šlo za usmeritev motiva v smrtno posledico, tudi ravnanje ne bi bilo le kršitev kakega dolžnostnega ravnanja, ki bi izhajalo iz cestnoprometnih predpisov, temveč bi neposredni motivacijski cilj lahko pokazal na kaznivo dejanje uboja ali umora.⁷² V sodobni nemški teoriji so v tem delu motivi in nameni del ontološkega, psihološkega in naturalističnega bistva, saj se tudi pri malomarnostnih kaznivih dejanjih sprašujemo, kakšno je bilo ob določenem aktivnem ali pasivnem zadržanju hotenja storilca (njegova volja),⁷³ torej kaj je pravzaprav hotel storiti (ali opustiti). Če storilec torej tudi pri malomarnostnih kaznivih dejanjih zaradi različnih motivov (na primer ležernosti, neutemeljenega varčevanja ali objestnosti) namenoma opušča ali ravna v nasprotju s svojimi dolžnostmi, potem je razlika z naklepnimi kaznivimi dejanji le v tem, da pri naklepnih kaznivih dejanjih tudi motiv zajema prepovedano posledico, pri kaznivih dejanjih iz malomarnosti

⁶⁹ Glej V. Pečjak, nav. delo (1965), str. 35.

⁷⁰ J. Smith, B. Hogan, nav. delo, str. 82.

⁷¹ Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments), The American Law Institutes, Philadelphia, 1980, Part II, str. 5. »The actor create a substantial and unjustifiable [neopravičen, nesprejemljiv] risk«. Pri tem gre za velik odklon od standarda, ki je glede tveganja sprejemljiv »za vsako razumno osebo, ki bi opazovala dogodek.«

⁷² Citirano po že objavljenem prispevku A. Ferlinca, nav. delo (2010), str. 163.

⁷³ R. Maurach, nav. delo (1958), str. 183; Z. Dežman, nav. delo, str. 53, 104 in 105.

pa vzročni tok, ki privede do škodljive posledice, skrene v povsem drugo smer, kakor sta bili volja in hotenje storilca, ki sicer prepovedane posledice noče, niti vanjo ne privoli.⁷⁴ Na tej podlagi je nemška teorija ne le za naklep, ampak tudi za malomarnost razvila pojem dvojnega položaja malomarnosti, saj jo šteje kot splošni subjektivni element neprava, protipravnosti, ki jo predstavlja kršitev dolžnostnega ravnanja (nem. *Sorgfaltspflichtverletzung*) kot objektivne kategorije in zato kot predmet ocene, hkrati pa je tudi predmet očitka krivde.⁷⁵ Protipravnost zaradi kršitve dolžnostnega ravnanja ni le indicirana, ampak tudi utemeljena in njen sestavni del, ker črpa del meril za svojo presojo tudi s področja izpolnjenosti biti inkriminacije (nem. *tatbestandmässigkeit*), del pa s področja protipravnosti.⁷⁶

Težava pri proučevanju motivov je njihov subjektivni značaj, saj na abstraktni ravni pravna norma določa ustrezno dolžnostno ravnanje, ki mora hkrati ponuditi merilo, kaj je dovoljeno in kaj prepovedano. Motivov in namenov na tej abstraktni in splošni ravni pri malomarnostnih deliktih ni mogoče iskati. Motive zato lahko iščemo le na konkretni ravni storilca kot izrazito subjektivne (notranje) dejavnike, ki lahko pokažejo, kaj je storilca motiviralo, da je ravnal protipravno (in se tudi odločil za nepravo), čeprav bi lahko zadostil zahtevam pravnega reda. V tej zvezi je glede motivov pomembna **teorija interference** (nem. *Interferenztheorie*).⁷⁷ Po tej teoriji prevevata storilca v trenutku, ko bi moral ravnati skladno s predpisanim dolžnostnim ravnanjem, dva motiva. Prvi izraža težnjo, da prepreči nastanek prepovedane posledice, drugi pa take težnje zavira in ga vodi k pasivni zadržanosti oziroma tveganju.⁷⁸ Če prevlada drugi, predstavlja del volje, usmerjene v kršitev dolžnostnega ravnanja, in je zato neposredni povod za legitimnost graje kot očitka krivde. Ker pa ni volje, ki bi neposredno vodila k prepovedani posledici, tudi ni motiva, ki bi bil neposredno usmerjen v posledico, temveč le v položaj, ki pomeni tveganje. Vendar pa so le redne, običajne in tipične posledice, ki jih glede na objektivna merila lahko pripišemo storilcu (nem. *objektive Zurechnung*) lahko predvidljive in zato tudi odklonljive. Le take posledice lahko motivirajo storilca in tako postanejo motivacijski dejavnik, da storilec ravna skladno z zahtevami dolžnostnega ravnanja in zato skladno s pravom.⁷⁹

⁷⁴ Povzeto po A. Ferlinc, nav. delo (2010), str. 164.

⁷⁵ Več o tem H. H. Jescheck, nav. delo (1988), str. 218–224.

⁷⁶ C. Roxin, nav. delo, str. 290. Avtor opozarja na »skupno eksistenco« izpolnjenosti zakonske biti in protipravnosti.

⁷⁷ C. Roxin, nav. delo, str. 639 (2. del).

⁷⁸ V slovenski pravni literaturi je to teorijo predstavil Z. Dežman v nav. delu, str. 169. A. Ferlinc povzema avtorja že v nav. delu (2010), str. 164.

⁷⁹ A. Ferlinc, nav. delo (2010), str. 165.

3. SKLEPNA MISEL

Če skušamo namesto zaključka še enkrat povezati obe krivdni obliki (naklep in malomarnost) s področjem motiva, potem lahko tudi za malomarnost argumentiramo, da so odločilne okoliščine, ki imajo **normalni motivacijski učinek**. Le v takih okoliščinah lahko na storilca naslovimo grajo kot očitek krivde, ker mu očitamo, da ni ravnal tako, kakor bi moral in kot bi lahko, hkrati pa od storilca tudi zahtevamo, da bi moral ravnati drugače.

Literatura

- Andrew Asworth: Principles of Criminal Law. Oxford University Press, Oxford 1999.
- Matjaž Ambrož: Možgani in kaznovalno pravo: česar v storilčevi glavi ne najdemo, mu pač pripišemo?, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2012, str. 1596–1605.
- Matjaž Ambrož: Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2007.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Matjaž Ambrož, Katja Filipič: Kazensko pravo, splošni del, peta izdaja. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Ivan Bele: Kazenski zakon s komentarjem, splošni del. GV Založba, Ljubljana 2001.
- Sergio Beltrani: Compendio di Diritto Penale, Parte generale e speciale, V. izdaja. Esselibri-Simone, Napoli 1996.
- Celine: Difference Between Motive and Intention, v: »DifferenceBetween.net.«, 14. avgust 2011; na voljo je na <<http://www.differencebetween.net/language/words-language/difference-between-motive-and-intention/>> (11. 12. 2016).
- Ivo Carracioli: Manuale di Diritto Penale, Parte generale. CEDAM, Milano 1998.
- Zlatan Dežman: Kazenskopravno varstvo cestnega prometa in temeljne predpostavke kaznivosti. ČZ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1998.
- Alaksandar A. Đurić: Motiv u krivičnom pravu. Pelikan print, Niš 2006.
- David Eagleman: Incognito, The Secret Lives of the Brain. Prevod Sandi Kodrič. UMco, Ljubljana 2014.
- W. R. La Fave, Austin W. Scott: Substantive Criminal Law. West Publishing, St. Paul, Minnesota (ZDA) 1998.
- Wayne R. La Fave, Austin W. Scott: Substantive Criminal Law. West Group, West Publishing, St. Paul, Minnesota (ZDA) 1986.

- Andrej Ferlinc: Bližina ali oddaljenost motiva ali namena od kaznivega dejanja, v: *Pravnik*, št. 3-4/2010, str. 147–169.
- Andrej Ferlinc: Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti z vidika predvidenih sprememb kazenske zakonodaje, v: *Pravna praksa*, št. 34/2016, str. 6–9.
- Giovannangelo de Francesco, Angelo Ferraro, Raffaello Tito: *Codice Penale*. Giuffrè Editore, Milano 1997.
- Miha Hafner: Možgani kot objekt nadzorovanja: nevroznanost v kriminologiji, v: *Revija za kriminologijo in kriminalistiko*, 65 (2014) 2, str. 121–131.
- Hans Heinrich Jescheck: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Duncker & Humbolt, Berlin 1988.
- Nina H. B. Jorgensen: The definition of genocide: Joining the dots in the recent practice, *International Criminal Law*, Kluwer Law International, Haag 2002.
- Damjan Korošec: Spolnost in kazensko pravo: od prazgodovine do t. i. modernega spolnega kazenskega prava. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2008.
- Diethelm Kienapfel: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 1991.
- Janez Kranjc: *Latinski pravni reki*. Cankarjeva založba, Ljubljana 1994.
- Ferando Mantovani: *Diritto Penale – Parte Generale*. CEDAM, Padova 2001.
- Reihart Maurach: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1958.
- J. K. Mason, R. A. Mc. Call Smith: *Butterworth's Medico-legal Encyclopedia*. Butterworths, London, Boston, Sydney 1987.
- Gorazd Meško: Kriminalni življenjski stil – motivacija in mišljenje, v: *Revija za kriminologijo in kriminalistiko*, št. 2/1993, str. 354–365.
- Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments), Part II. The American Law Institutes, Philadelphia 1980.
- Thomas Morawetz: *Criminal Law*. Ashgate, Dartmouth, Aldershot, Singapore, Sydney 2000.
- Petar Novoselec: Sloboda, krivnja i krivično pravo. Pravni fakultet Univerziteti u Zagrebu, »Zagreb RO za grafičko djelatnost«, Samobor, Zagreb 1987.
- Parker's 1995 California Penal Code. Butterworth, Legal Publishers, Carlsbad 1994.
- Vid Pečjak: Poglavlja iz psihologije. Državna založba Slovenije, Ljubljana 1965.

- Claus Roxin: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. spremenjena in dopolnjena izdaja. C. H. Beck., München 2006.
- Joel Samaha: Criminal Justice. West Publishing Company, St. Paul, Minnesota (ZDA) 1997.
- Adolf Schönke, Horst Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar. C. H. Beck, München 2001.
- Adolf Schönke, Horst Schröder: Strafgesetzbuch. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, Berlin 1963.
- John Smith, Brian Hogan: Criminal Law. Butterworths, London, Edinburgh, Dublin 1996.
- Borut Šali: Osnove psihologije. DDU, Ljubljana 1973.
- Zvonimir Šeparović: Stradanje u prometu. Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1987.
- Anton Trstenjak: Oris sodobne psihologije 1. Založba Obzorja Maribor, Maribor 1969.

KLUB ALUMNI PRAVNE FAKULTETE V LJUBLJANI

Na občnem zboru društva Klub alumni PF, ki je bil 24. januarja na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, je bilo izvoljeno novo vodstvo. Kot je neposredno po izvolitvi povedal novi predsednik društva **prof. dr. Janez Kranjc**, mora društvo postati »sečišče poti oziroma priložnost za vsakega člana, da vzpostavi stik s preostalimi člani.« Glavni cilj društva je namreč v povezovanju članov na družabni in strokovni ravni. Na družabni ravni bo klub organiziral denimo kulturni večer in koncert Pravne fakultete, člani, ki bi se srečali s konkretnim strokovnim problemom, pa bi lahko prek kluba poiskali tiste, ki so se s podobnim strokovnim vprašanjem že srečali, prav tako prek kluba pa bi se lahko oblikovale *ad hoc* delovne skupine, posamezni člani bi lahko ponudili predavanja ali seminarje, lahko bi izmenjevali literaturo ipd.

Društvo Klub alumni Pravne fakultete v Ljubljani (s skrajšanim nazivom Alumni PF Ljubljana) je prostovoljno, samostojno, nepridobitno združenje posameznikov, ki je bilo leta 2004 ustanovljeno z namenom sodelovanja in druženja diplomantov Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.

Poleg novega predsednika – na tem mestu je zamenjal **prof. dr. Franja Štiblarja**, ki je bil glavno gonilo društva vse od ustanovitve leta 2004 in je postavil trdne temelje za nadaljnje delo – so bili na tokratnem občnem zboru izvoljeni:

- podpredsednik: **Boštjan Koritnik**;
- tajnik društva: **Rok Pavlin**;
- člani upravnega odbora: **dr. Miha Juhart**, **Roman Završek**, **Janja Roblek** in **dr. Marko Djinović**;
- blagajnik **Jernej Jeraj**;
- predsednik nadzornega odbora: **dr. Grega Strban**;
- člana nadzornega odbora: **Hinko Jenull** in **Peter Grum**;
- predsednik disciplinske komisije: **Andrej Razdrih**;
- člana disciplinske komisije **dr. Vesna Bergant Rakočević** in **dr. Matija Damjan**;

- člani programskega sveta (organizacijskega odbora): **Alenka Košorok Humar, Franci Gerbec, Branka Neffat, Primož Rojac, LL.M. in Boštjan Koritnik.**

V svojem nagovoru je takrat še aktualni predsednik dr. Štiblar povedal, da je bilo društvo v začetnih letih obstoja zelo aktivno, da pa se je potem aktivnost zmanjšala, zato upa, da bo novo vodstvo »še nadgradilo sicer kakovostne temelje za delo društva«. Za doseg tega cilja je, kot je poudaril dr. Kranjc, ključno, da ne smemo jemati tega društva »kot formalnost, nadlego ali moro, temveč kot možnost in priliko, ki ji lahko skupaj damo za vse koristno vsebino.«

Član društva je lahko vsak polnoletni državljan Republike Slovenije, ki je uspešno končal katerikoli javno veljavni program izobraževanja, ki ga izvaja ali ga je izvajala Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani ali organizacija, ki je pravni prednik Pravne fakultete v Ljubljani. Interes za članstvo sporočite na e-poštni naslov bostjan.koritnik@pf.uni-lj.si, enako pa tudi morebitna vprašanja. Članstvo v društvu se začne s podpisom pristopne izjave, v kateri podpisnik izjavi voljo, da postane član društva, in navede podatke o tem, kateri javno veljavni program izobraževanja iz prejšnjega odstavka je uspešno končal in kdaj, ter izjavi, da dovoljuje društvu vpogled v evidenco diplomantov Pravne fakultete v Ljubljani. Članarine, kot je sklenil tokratni občni zbor, do nadaljnjega ni.

Boštjan Koritnik,
univerzitetni diplomirani pravnik,
tajnik in asistent na Pravni fakulteti v Ljubljani

PREVOZNO PRAVO

Marko Pavliha, Patrick Vlačič, Karla Oblak: Prevozno pravo, 3., spremenjena in dopolnjena izdaja. IUS Software, Ljubljana 2017, 428 strani.

Prevoz blaga, potnikov in prtljage je dejavnost s številnimi pozitivnimi pa tudi negativnimi eksternalijami. Njena ambivalentna narava in dinamičen razvoj v okoliščinah globalizacije ter bliskovit napredek na področju telekomunikacijske tehnologije pravni stroki in zakonodajnim oblastem na nacionalni in mednarodni ravni nalagajo nenehno aktivno delovanje in vzpostavljanje ter posodabljanje pravnih podlag, potrebnih za njeno nemoteno izvajanje. Prevozno oziroma transportno pravo je torej vse bolj pomembno področje, ki nas spremlja skoraj na vsakem koraku: potujemo z različnimi prevoznimi sredstvi in imamo kot potrošniki pogosto težave, smo pošiljatelji in prejemniki blaga, preden pride blago do uporabnika, prepotuje določeno pot. Pogosto se pre malo zavedamo pravic, ki jih imamo kot uporabniki različnih prevoznih sredstev, pravna literatura s področja transporta pa je pri nas skopa. Zato je zajetna monografija Prevozno pravo pomembno delo, ki je že v prvih dveh izdajah celostno obravnavalo temeljne značilnosti prevoznega prava in vseh vrst prevoznih pogodb in je bilo na tem področju v slovenskem prostoru unikatno. Avtorja prve, danes že kar legendarne izdaje, profesorja dr. Marka Pavliho, je Zveza društev pravnikov Slovenije za ta dosežek (in v istem letu objavljeno monografijo Zavarovalno pravo) nagradila s prestižnim priznanjem pravnik leta 2001. Pri dodatno posodobljeni in dopolnjeni tretji izdaji, ki vključuje tudi izčrpne sezname domačih, evropskih in mednarodnih predpisov in koristno stvarno kazalo, se je soavtorjema – ki sta oba nekdanja ministra za promet in hkrati vrhunska pravnik in sta sodelovala že pri drugi izdaji – pridružila obetavna mlada strokovnjakinja. Avtorji v tretji izdaji obravnavajo temeljna teoretična in praktična vprašanja na področju pravnega urejanja prevoza. Uvodoma so opredeljeni pojmi in interdisciplinarne značilnosti prevoznega prava z nacionalnega in primerjalnopravnega vidika. Sledi prikaz pravnega

* Besedilo je bilo kot recenzija oziroma prikaz objavljeno v predstavljenem delu, str. 425–427 (neštevilčeno).

urejanja prevozov glede na posamezno prevozno sredstvo, s poudarkom na pravnih virih in virih avtonomnega prava. Monografija zajema cestni, železniški, letalski, pomorski in multimodalni prevoz. Bistveni deli obravnavanih vsebin so prikazani s shematičnimi vložki in tipiziranimi formularnimi listinami, kar bralcu olajša razumevanje zapletenih pravnih vprašanj. Na začetku vsakega poglavja je kazalo obravnavanih vsebin, na koncu pa je povzeto bistvo, opredeljeni ključni pojmi in dodana vprašanja iz proučevane materije, kar daje delu posebno didaktično vrednost. Avtorji predstavijo poenoteno ureditev na področju urejanja prevoza v okviru Evropske unije in na širši mednarodni ravni ter pravila o reševanju sporov iz razmerij s »tujim« elementom na podlagi kolizijskih pravil. Zaradi zaostajanja pravnega urejanja za potrebami v praksi izvajanja prevozov ima posebno vrednost prikaz sodne in arbitražne prakse in njenih učinkov na pravno normiranje.

Avtorji so z deskriptivno, analitično in primerjalno metodo v sklenjeno celoto zajeli vsa aktualna odprta vprašanja o prevoznem pravu s teoretičnega, pravnoregulativnega, funkcionalnega in praktičnega področja. Delo so zasnovali na temeljnih avtoriziranih virih in ga nadgradili z aktualnimi članki vidnih svetovnih avtorjev ter lastnimi spoznanji, iz katerih na zastavljena vprašanja iščejo odgovore. Zapletena razmerja med udeleženci pravnih razmerij v zvezi s sklepanjem in izvajanjem pogodbenih razmerij obravnavajo opisno, z opisi pa tudi uvajajo shematične prikaze, ki jih nazorno pojasnjujejo. Kot rečeno, delu posebno vrednost daje aktualna in obsežna sodna in arbitražna praksa, ki je izredno pomembna kot dopolnilni pravni vir za pravno urejanje področja prevozov blaga, potnikov in prtljage. S svojim izčrpnim delom so avtorji presegli znanstvena spoznanja na področju pravnega urejanja prevozov ne le v Sloveniji, temveč tudi v mednarodnem merilu. S svojo celovitostjo in dovršenostjo je delo pomemben dosežek in ima izjemen pomen za nadaljnji razvoj teorije, prav tako pa je dragocen pripomoček tako študentom dodiplomskega in podiplomskega študija prometnih ved, logistike, pomorstva in prava kot tudi praktikom, še posebej prevoznikom, špediterjem, operaterjem, carinikom, prometnim agentom, odvetnikom, sodnikom, pošiljateljem in prejemnikom tovora, prodajalcem in kupcem blaga, potnikom in zavarovateljem.

Delo je sistematično in pregledno zasnovano ter vsebinsko izčrpno obravnava vsa pomembna pravna vprašanja s področja urejanja različnih oblik prevoza v poslovni praksi. Avtorji svoja stališča z uporabo ustreznih znanstvenoraziskovalnih metod prepričljivo utemeljijo.

dr. Branko Korže,
profesor na Ekonomski fakulteti Univerze v Ljubljani

DAVOR KRAPAC (1947–2016)

V rokah držim knjigo o kazenskem procesnem pravu s posvetilom prijatelja Davorja »*Mitji srdačno od autora*« in ne morem verjeti, da ga ni več med živimi.



Hrvaški akademik prof. dr. Davor Krapac je lansko leto novembra umrl v sedemdesetem letu življenja. Bil je dolgoletni profesor Pravne fakultete Univerze v Zagrebu, predstojnik katedre za kazensko pravo in tudi dekan fakultete. Poznamo ga kot uglednega strokovnjaka na področju kazenskega procesnega prava, spoštovanega tudi v mednarodnih krogih. Njegovo obsežno znanstveno delo obsega enajst samostojnih knjig in šest v sodelovanju z drugimi avtorji ter več kot sto sedemdeset različnih znanstvenih prispevkov. Njegov znanstveni opus obsega teorijo kazenskega procesnega prava, prava o mednarodni kazenskoopravni pomoči, mednarodno kazensko pravo in ustavno pravo.

Iz njegovih znanstvenih del in nastopov je razviden njegov boj zoper izkoriščanje državne moči na področju kazenskih postopkov, zavzemal se je za natančne in določene omejitve represivnih organov, ki ne bi smele omejevati človekovih pravic in svoboščin. Ta njegova temeljna izhodišča so razvidna, ko piše o pomenu človekovih pravic, o neodvisnosti sodišč, načelu javnosti, pravici do obrambe, trajanju kazenskega postopka ter o pravičnem postopku.

Prof. Krapac je bil poliglot, objavil je več kot trideset prispevkov v časopisih in revijah različnih evropskih držav, in sicer v angleškem, nemškem, francoskem in tudi v slovenskem jeziku. Predaval je na številnih tujih univerzah. Od leta 1992 do leta 1997 je predaval na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru. Posamezna predavanja je imel na pravnih fakultetah v Budimpešti, Gradcu, Sarajevu in Ljubljani. Sodeloval je na številnih kongresih Mednarodnega združenja za kazensko pravo (AIDP), kjer sva se pred približno štiridesetimi leti v Kairu tudi spoznala. V letu 2002 sem ga kot predsednik povabil na Vrhovno sodišče, kjer je s svojim predavanjem navdušil vse sodnice in sodnike.

Zadnje obdobje od leta 2007 do leta 2016 je bil ustavni sodnik na Ustavnem sodišču Republike Hrvaške. Pred štirimi leti sva se v Zagrebu na enem od srečanj hrvaškega in slovenskega ustavnega sodišča zadnjič videla. Takrat sem zadnjič videl njegov prijazen nasmešek, izjemno prijaznost in vljudnost, ki je razkrivala njegov značaj velikega humanista, misleca in človeka. Z menoj je prijatelj Davor vedno govoril slovensko, kar dovolj pove o njegovi srčnosti.

Odšel je torej akademik prof. dr. Davor Krapac, avtor številnih vrhunskih znanstvenih del, izvrstni profesor prava in mednarodno priznan znanstvenik. Živel pa bo naprej s svojimi knjigami in prispevki ter v spominu ljudi, ki smo ga poznali.

dr. Mitja Deisinger

AVTORSKI SINOPSIS*Authors' Synopses**Uvodnik*

UDK: 34:378.046-021.64

ACCETTO, Matej: Petletni pravni študij in razvoj pravnega študija v svetu**Pravnik, Ljubljana 2016, let. 72 (134), št. 1-2**

V besedilu avtor obravnava idejo prenove pravnega študija v obliki enovitega petletnega magistrskega študijskega programa, ki jo v zadnjih letih vse aktivneje snuje Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani. V svojem prispevku k razpravi o taki prenovi avtor opravi krajši pregled nedavnih pobud in izpeljanih reform pravnega študija drugod po svetu – v Evropi, ZDA, Avstraliji, Indiji, Južni Afriki, Južni Koreji, na Japonskem in še kje – ter skuša iz njih izluščiti spoznanja, s katerimi je mogoče vrednotiti in izostriti tudi ljubljanska prizadevanja. V pregledu se na eni strani izriše znana velika raznolikost študijskih programov v skladu z razlikami med družbeno in politično pogojenimi pravnimi sistemi, na drugi pa vendarle tudi nekatere njihove sorodne značilnosti in podobne cilje reform v zadnjih letih, ki govorijo v prid organizacije študija prava v obliki enovitega študijskega programa.

Editorial

UDC: 34:378.046-021.64

ACCETTO, Matej: A Five-Year Law Degree and the Development of Legal Studies Around the World**Pravnik, Ljubljana 2017, Vol. 72 (134), Nos. 1–2**

The text deals with the idea of the reform of legal studies in the form of a unified five-year master's degree that has been developing over the past few years at the University of Ljubljana Faculty of Law. This contribution to the debate on such a reform briefly surveys the initiatives and the study reforms recently carried out around the world – in Europe, the US, Australia, India, South Africa, South Korea, Japan and elsewhere – and attempts to glean from them tools with which to evaluate and improve the initiative at the Ljubljana Faculty of Law. The survey paints the familiar image of great diversity among the study programmes that reflect the differences among the socially and politically conditioned legal systems, but it also shows a number of their similar features as well as similar goals of the reforms undertaken in the past few years, which seem to favour the organization of a unified degree programme in law.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 342.7:316.647.82

BREZOVAR, Nejc: Dostojanstvo kot temelj pravilnega razumevanja ustavnopravnega koncepta prepovedi diskriminacije glede na starost

Pravnik, Ljubljana 2017, let. 72 (134), št. 1–2

V prispevku avtor zagovarja tezo, da je v praksi prevladujoč ustavnopravni koncept razumevanja in razlage prepovedi diskriminacije glede na starost. Starost je *sui generis* prepovedana podlaga s posebnimi lastnostmi – hkrati je statična, dinamična in prožna osebna lastnost. Razlikujemo lahko med dejansko, konkretno, domnevno, relativno (starostna razlika) itd. starostjo. Vrhovno sodišče Kanade pogosto poudarja, da razlikovanja glede na starost velikokrat podprejo sodišča, ki razlikovanje razumejo kot pogost in nujen način urejanja družbe. Starostne meje določajo, kdaj lahko sklenemo zakonsko zvezo, volimo, vozimo, privolimo v spolne odnose, prodamo premoženje itd. Namen prispevka je predstaviti moderno, ustavno in na človekovih pravicah utemeljeno razumevanje prepovedi diskriminacije glede na starost. Spoštovanje posameznikovega dostojanstva zahteva ocenjevanje posameznikovih izkušenj, sposobnosti in ničesar več. Vse drugo je kršitev človekovega dostojanstva določene skupine, ki temelji na domnevni nesposobnosti, namesto dejanske sposobnosti teh posameznikov in je z vidika ustavnopravnega koncepta prepovedi diskriminacije glede na starost nesprejemljiva.

Original Scientific Article

UDC: 342.7:316.647.82

BREZOVAR, Nejc: Dignity as the Basis for Understanding the Constitutional Concept of Prohibiting Age Discrimination**Pravnik, Ljubljana 2017, Vol. 72 (134), Nos. 1–2**

The author argues that in practice the prevailing concept of understanding and interpreting age discrimination is the constitutional law concept, as opposed to the labour law concept. Age is a *sui generis* prohibited ground with specific characteristics – at the same time age is a static, dynamic, and flexible personal characteristic. We can differentiate between the actual, concrete, and supposed age of an individual, their relative age (age gap), etc. The Supreme Court of Canada often emphasizes that age distinctions are frequently upheld by different courts, since they are still understood as a common and necessary way of ordering our society. They are used to determine when we can marry, vote, drive, consent to sexual intercourse, or sell property etc. Article's attempt is to contribute to a modern, constitutional, and human rights-based approach understanding of the prohibition of age discrimination. Respect for the inherent dignity of an individual requires an individual assessment of his experience, capabilities, and nothing else. Anything else presents a violation of human dignity for a certain group that is based on supposed incompetence, instead of the factual competence of these persons and is unacceptable in the view of the constitutional concept of prohibiting age discrimination.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.776:347.426.6:347.922.1

VLAHEK, Ana, LUTMAN, Karmen: Ureditev zastaranja odškodninskih terjatev zaradi kršitev konkurenčnega prava v Direktivi 2014/104/EU in njena implementacija v pravne rede držav članic**Pravnik, Ljubljana 2017, let. 72 (134), št. 1–2**

Prispevek obravnava ureditev zastaranja odškodninskih terjatev zaradi kršitev konkurenčnega prava v Direktivi 2014/104/EU o nekaterih pravilih glede odškodninskih zahtevkov in postopka zaradi kršitev evropskega in nacionalnega antitrusta v luči primerjalnopravnih trendov na področju zastaranja. Osredinja se na implementacijske osnutke ureditve zastaranja v posameznih državah članicah, ki so v nekaterih od njih že začeli veljati. Implementacijska ureditev zastaranja je v izbranih državah analizirana tudi z zornega kota njihove splošne ureditve zastaranja. Osrednja pozornost je namenjena analizi določb o zastaranju v trenutnem osnutku predloga novele Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-1G), ki bo v slovenski pravni red prenesla obravnavano direktivo, ter kritični obravnavi razmerja te ureditve zastaranja do splošne ureditve zastaranja nepogodbenih odškodninskih zahtevkov v Obligacijskem zakoniku.

Original Scientific Article

UDC: 347.776:347.426.6:347.922.1

VLAHEK, Ana, LUTMAN, Karmen: Regulation of Limitation of Antitrust Damages Actions in Directive 2014/104/EU and its Implementation by the Member States into Their National Law**Pravnik, Ljubljana 2017, Vol. 72 (134), Nos. 1–2**

The article analyses provisions on limitation of antitrust damages actions set out in Directive 2014/104/EU on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union in the light of modern trends in the law of limitation. It presents the Member States' (draft) implementing legislation from the perspective of their national general rules on limitation. Within that, a particular focus is placed upon the analysis of the limitation regime introduced in the latest draft amendment to the Slovenian Prevention of Restriction of Competition Act that includes provisions transposing the directive into the Slovenian legal system. A critical assessment of the relationship between the draft legislation and the general Slovenian regime of limitation of actions in tort set out in the Obligations Code is also provided.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.72.032:341

WEINGERL, Petra: Razprava o dopustnosti čezmejnega prenosa dejanskega sedeža družbe**Pravnik, Ljubljana 2017, let. 72 (134), št. 1–2**

V prispevku avtorica obravnava vprašanje dopustnosti čezmejnega prenosa dejanskega sedeža slovenske družbe. V ta namen predstavi tezo, da lakonične zakonske določbe o sedežu ne napeljujejo na sklep, da se zahteva teritorialna skladnost statutarnega in dejanskega sedeža za domače družbe. Avtorica poda izvirno razlago veljavnih pravil in sodne prakse, na podlagi katere je mogoče sklepati, da je čezmejni prenos dejanskega sedeža slovenske družbe (že) dopusten in ne vodi do izgube pravne subjektivitete družbe. Ker je zahteva po teritorialni skladnosti statutarnega in dejanskega sedeža v svojem bistvu prepovedna določba, saj prepoveduje njihovo razdružitev, bi morala biti izrecno določena, če bi jo zakonodajalec v resnici želel uzakoniti. Menim, da sklepanje na tako prepoved na podlagi ohlapnih členov o sedežu, ki jih najdemo v 29. in 30. členu ZGD-1, presega meje teleološke razlage. Družbe, ki so ustanovljene v državah članicah, ki tudi v praksi sprejemajo teorijo dejanskega sedeža, pa se bodo morale tudi v prihodnje odločati za alternativne možnosti za čezmejno mobilnost. To je lahko priložnost za razvoj nacionalnih ureditev, ki bodo privlačne za ustanovitve družb, s tem pa tudi za zakonodajno konkurenco na področju prava družb. To vprašanje bo še zlasti aktualno v primeru morebitnega »Brexit«, izstopa Združenega kraljestva iz EU, ki ga je napovedal referendum junija lani. V tem primeru bodo številne družbe, ustanovljene v Združenem kraljestvu, iskale alternativne pravne rede za svojo reinkorporacijo.

Original Scientific Article

UDC: 347.72.032:341

WEINGERL, Petra: An Essay on the Cross-border Transfer of a Company's Real Seat**Pravnik, Ljubljana 2017, Vol. 72 (134), Nos. 1–2**

The paper addresses the issue of the admissibility of the cross-border transfer of a real seat of a Slovenian company. It argues that laconic statutory provisions governing the seat of a company do not require that a company's statutory seat and real seat coincide, i.e. that the principle of coincidence between the statutory seat and the real seat is not applicable to domestic companies. This paper offers an original interpretation of the existing rules and case law that points to a conclusion that the cross-border transfer of the real seat of a Slovenian company is (already) admissible and does not lead to the loss of legal personality of the company. Such prohibition should be explicitly provided by the Companies Act. Reaching such a conclusion on the basis of the laconic statutory provisions governing the seat of a company, in my opinion, exceeds the limits of a teleological interpretation. However, companies that are established in Member States which in practice accept the real seat theory still need to consider the alternative options for cross-border mobility. This could be seen as an opportunity for the development of national laws to attract companies' (re)incorporations, and thus also for regulatory competition between company laws. The latter will be especially relevant in case of 'Brexit' (the United Kingdom leaving the EU), which has been upheld by the referendum in June 2016. Arguably, a number of companies established in the UK would sought alternative legal systems for their (re)incorporation.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 343.222.1+343.222.4

FERLINC, Andrej: Naklep in malomarnost ter motivi**Pravnik, Ljubljana 2017, let. 72 (134), št. 1-2**

Avtor pri iskanju razmerja med motivom in naklepom navaja, da jima je skupna volja storiti kaznivo dejanje. Značilnost obeh je namreč s posameznikovo voljo načrtovana (naklepna) usmerjenost k motivacijskemu cilju. Naklepno kaznivo dejanje je zgolj sredstvo za dosego motivacijskega cilja, kadar je motivacijski cilj zunaj opisa kaznivega dejanja. Drugače pa je, kadar je motivacijski cilj identičen s kazenskopravno relevantno posledico; motiv se lahko v takih primerih izenači z naklepom. Pri malomarnostnih kaznivih dejanjih ne gre za hoteno in voljno ravnanje v smeri izbranega cilja, ki bi bil izenačen s kazenskopravno relevantno posledico. Sprašujemo se, kakšno bi moralo biti ravnanje, da do kazenskopravno relevantne posledice ne bi prišlo. Storilec ima dva nasprotujoča si motiva: ali preprečiti prepovedane posledice in take težnje zavirati ali pa motiv voditi k pasivni zadržanosti oziroma tveganju.

Original Scientific Article

UDC: 343.222.1+343.222.4

FERLINC, Andrej: Intent and Negligence and Motives**Pravnik, Ljubljana 2017, Vol. 72 (134), Nos. 1-2**

The relation between motive and intent is according to the author a common will to commit a criminal act. The characteristic of both is an individually planned orientation to reach the target of motive. An intentionally committed criminal offence is only a means to an end when the target of motive is not statutory defined as a criminal offence. On the other side motive is identical with intent when its target causes relevant criminal consequence. With criminal offences committed through negligence, there is no willing purpose towards a selected aim, which would be identical with a criminal result. We are interested what kind of acting can avoid criminal issue. A perpetrator has two contradictory motives: either to prevent prohibited consequences or to avoid any activities.

Poročilo

UDK: 061:34-057.85

KORITNIK, Boštjan: Klub alumni Pravne fakultete v Ljubljani**Pravnik, Ljubljana 2017, let. 72 (134), št. 1–2**

Prispevek je poročilo z občnega zbora društva Klub alumni Pravne fakultete v Ljubljani, ki združuje diplomante Pravne fakultete Univerze v Ljubljani. Izvoljeno je bilo novo vodstvo, na čelu z novim predsednikom – profesorjem na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani dr. Janezom Kranjcem.

Report

UDC: 061:34-057.85

KORITNIK, Boštjan: Alumni Association of the Faculty of Law Ljubljana**Pravnik, Ljubljana 2017, Vol. 72 (134), Nos. 1-2**

The contribution is a report from the general assembly of the association Klub alumni Pravne fakultete v Ljubljani ("Alumni Association of the Faculty of Law Ljubljana"), which brings together those who gained their education at the Faculty of Law of the University of Ljubljana. New leadership of the association was appointed, with professor at the Faculty of Law Ljubljana Janez Kranjc as the new president.

Prikaz knjige

UDK: 347.763(049.3)

KORŽE, Branko: Prevozno pravo**Pravnik, Ljubljana 2017, let. 72 (134), št. 1–2**

Minilo je več kot petnajst let od prve izdaje knjige *Prevozno pravo*, ki jo je za študente Fakultete za pomorstvo Univerze v Ljubljani napisal prof. dr. Marko Pavliha. Pred kratkim je izšla tretja, spremenjena in dopolnjena izdaja. Knjiga je novelirana v luči mednarodnih sporazumov, prava Evropske unije, slovenskih predpisov in sodne prakse. Knjiga predstavlja domačo in mednarodno-pravno ureditev pogodb o prevozu tovora, potnikov in prtljage v vseh prometnih panogah s posebnim poudarkom na pravicah potnikov. S tem je knjiga ne le učbenik za študente pomorstva in prava, temveč tudi priročnik, po katerem lahko posežejo odvetniki, sodniki, prevozniki, agenti in drugi naslovljenci, ki se teoretično ali praktično srečujejo s prometnim pravom.

Book Review

UDC: 347.763(049.3)

KORŽE, Branko: Transport Law**Pravnik, Ljubljana 2017, Vol. 72 (134), Nos. 1–2**

It has been more than fifteen years since the first edition of the book Transport law that was written by prof. dr. Marko Pavliha for the students of the Faculty of Maritime Studies at the University of Ljubljana. These days the third revised edition was published. The book is revised in the light of international agreements, law of the European Union, Slovenian legislation and case-law. The book presents domestic and international regulation of contracts of carriage of goods, passengers and baggage in all modes of transport with particular emphasis on the passengers' rights. This book is not only a textbook for students of maritime studies and law students, but also a useful guide for lawyers, judges, carriers, agents and other subjects theoretically or practically involved with transport law.

NAVODILA ZA AVTORJE

— 1.

Pravnik praviloma objavlja le dela, ki še **niso bila objavljena in tudi ne poslana v objavo** drugemu časopisu. Če pisec že objavljenega prispevka meni, da so posebni razlogi tudi za objavo v *Pravniku*, mora sporočiti, kje je bil sestavek objavljen oziroma komu je bil poslan v objavo. Če pisec v svojem prispevku navaja ugotovitve, ki jih je argumentiral in/ali izvajal že v kakem svojem drugem delu, je korektno do izdajatelja oziroma založnika tistega besedila, da v sprotni opombi navede, da je o tem že pisal in kje. Če pa dele besedila iz svojega v *Pravniku* objavljenega članka v identični obliki objavi v drugi publikaciji, mora navesti, da je o tem (širše) že pisal v članku, ki je bil objavljen v reviji *Pravnik*. Če je bil prispevek pripravljen na podlagi kakšnega drugega prispevka, tj. besedila, ki je bilo pripravljeno z drugim namenom (seminarska naloga, diplomska, magistrska ali doktorska naloga, poglavje v kakem drugem, morda še ne objavljenem knjižnem delu ipd.), je treba to v prvi sprotni opombi izrecno navesti.

Primer: Prispevek je bil pripravljen na podlagi magistrske naloge z naslovom *Hitri postopek in pravna sredstva v ZP-1*, ki sem jo avtor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspešno zagovarjal 5. maja 2016 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

Avtor za uredništvo navede tudi razlike med obema besediloma (npr. v obsegu, upoštevanih novejših podatkih in dodatnih virih), uredništvo pa presodi, ali je objava prispevka primerna.

— 2.

Prispevki naj bodo poslani po e-pošti (bostjan.koritnik@revija-pravnik.si).

Prispevki morajo biti jezikovno neoporečni, sicer bo besedilo avtorju vrnjeno v popravo oziroma bo objava prispevka zavrnjena. Naslov prispevka in naslovi prve ravni morajo biti zapisani z verzalkami (tj. velikimi tiskanimi črkami), naslovi nižjih ravni pa z malimi črkami. Ime in priimek pisca z izobrazbo, znanstvenim naslovom in/ali akademsko stopnjo ter funkcijo in institucijo, v kateri je zaposlen, naj bosta navedena pod naslovom.

Primer: **Janez Novak**, univerzitetni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, svetovalec uprave, Tax-Lex, d. d., Ljubljana.

— 3.

O objavi odloči uredniški odbor na podlagi pozitivne recenzije, ki je pridobljena v postopku t. i. dvojne anonimizirane recenzije (angl. *double blind review*), ko ne

avtor in ne recenzent (slednji seveda le do morebitne objave članka) ne vesta za ime drugega. Za ta namen mora avtor uredništvu že ob oddaji članka sporočiti, kdo so »kontaminirani« strokovnjaki, ki dejstvo, da je avtor pripravil ta prispevek, že poznajo, saj ti v postopku recenziranja ne smejo sodelovati. Avtorju se odločitev o (ne)objavi oziroma potrebi po dopolnitvi/popravi prispevka sporoči skupaj z (anonimizirano) obrazložitvijo recenzenta.

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

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

Avtor lahko, kar je zaželeno, pripravi tudi daljši povzetek v angleščini, ki bo objavljen za člankom v slovenščini. S tem bo dosegel preprostejše razširjanje idej prispevka med tujimi bralci.

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

4.

Obseg prispevka je odvisen od teme, ki jo avtor obravnava, pri tem pa je treba upoštevati temeljno vsebinsko zasnovo revije, ki naj bi pokrivala čim več pravnih področij. V rubriki Članki naj prispevki obsegajo največ dve avtorski poli (60.000 znakov s presledki oziroma približno 30 strani s presledkom med vrsticami 1,5) in drugi prispevki v obsegu do ene avtorske pole (30.000 znakov s presledki oziroma do približno 15 strani s presledkom med vrsticami 1,5). Vse pa je šteto skupaj s sprotnimi opombami in seznamom literature. Za objavo prispevkov z večjim obsegom se je treba dogovoriti z uredništvom, v primeru vsebinskih razlogov pa se avtor odpove morebitnemu honorarju, ki ga uredništvo nameni za dodatne stroške obdelave daljšega besedila.

— 5.

Na koncu članka naj bo po možnosti **seznam uporabljenih virov** s popolnimi bibliografskimi podatki (glej 7. točko) po abecednem redu priimkov, spletne strani pa naj bodo navedene posebej. V tem primeru se v sprotnih opombah (pod črto) navedejo samo prva črka imena in priimek s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

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

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

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

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

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

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

— 6.

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

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

— 7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

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

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1. Druga izdaja, prevod Mitje Anglista, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **pri zbirkah člankov in poglavjih v knjigah:** poleg pisca članka in naslova ter strani obsega citiranega članka oziroma poglavja tudi naslov zbirke oziroma knjige ter imena in priimki avtorjev oziroma morebitnih urednikov, z označbo, če gre za urednike (ur.).

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Darja Kovač, Luka Kocmut in Mitja Golob: Inflacija prekrškov. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Če so avtorji oziroma uredniki več kot trije, zadošča navedba priimka in imena prvega navedenega ob zbirki, zborniku ali knjigi, nato pa navedba »in drugi«

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Darja Kovač in drugi: Inflacija prekrškov. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **pri člankih iz revij:** ime in priimek pisca, naslov članka in naslov revije z navedbo letnika, leta izdaje in številke ter strani navedenega članka.

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Pravnik, 125 (2008) 5-8, str. 202–233; številke pomenijo: letnik 125 (leto izdaje 2008), številka revije 5–8.

- **pri spletnih straneh:** simbol < pred in simbol > za imenom spletne strani, brez hiperpovezave in z datumom – mesec se tu zapisuje s številko – v oklepaju.

Primer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2016).

8.

Če se članek sklicuje na **zakonski ali drug pravni predpis**, se ta prvič navede s polnim naslovom že v besedilu z uradno kratico v oklepaju.

Primer: To pa izhaja že iz delitve poglavij v Zakonu o prekrških (ZP-1).

Če uradne krajšave ni, jo izbere pisec.

Primer: To pa izhaja že iz delitve poglavij v Pravilniku o organizacijski strukturi prekrškovnih organov (v nadaljevanju: Pravilnik).

Hkrati se v **sprotni opombi navede številka uradnega lista** (z okrajšanim zapisom letnice), v katerem je bil citirani akt objavljen.

Primer: Ur. l. RS, št. 50/07.

9.

Sodne odločbe je treba citirati tako, kot jih označuje sodišče, ki jih je izdalo.

Primer navajanja odločbe Ustavnega sodišča RS:
odločba US RS št. U-I-23/08 z dne 5. 6. 2008.

10.

Avtor mora – ob vsaki prvi objavi – **uredništvu poslati:**

davčno številko in davčni urad, naslov stalnega bivališča (ulica, hišna številka, poštna številka, kraj), naslov za dostavo gradiva v zvezi z objavo v reviji Pravnik

(npr. službeni naslov), številko transakcijskega računa (TRR) in točen naziv banke, svojo telefonsko številko in številko mobilnega telefona ter e-poštni naslov.

Morebitne spremembe mora avtor sporočiti uredništvu.

Avtor se s posredovanjem prispevka v objavo strinja z določili založniške pogodbe, ki je na voljo na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Po objavi prispevka bo avtor prejel izpolnjeno pogodbo v elektronski obliki, ki naj jo čim prej odtisne, podpiše in skenirano prek e-pošte vrne uredništvu. Honorirajo se le prispevki, ki so kategorizirani kot znanstveni in izjemoma naročena dela.

Sodelavce revije prosimo, da ta navodila upoštevajo, sicer bo uredništvo objavo prispevka zavrnilo.

Za uredniški odbor odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić

MANUSCRIPTS PREPARATION AND SUBMISSION GUIDELINES FOR PUBLICATION IN THE JOURNAL THE JURIST (PRAVNIK)*

1.

As a rule, *The Jurist* only publishes manuscripts which **had neither been published nor sent for publication to any other publisher**. If the author of an already published manuscript considers that special reasons for publishing the same manuscript in *The Jurist* exist, he/she must notify the editor and provide information on where the manuscript has already been published or to which publisher it has been sent for publication. The author has to emphasize the distinctions between the both manuscripts, e.g. in the scope of the manuscript, new information or new data and new sources. It is for the editorial board to decide whether the manuscript is suitable for publication. If the author repeats some of the findings already publicised in some other manuscript, it is only fair to the other publisher to state in the footnote that he/she has already discussed the issue and where the arguments could be found. The same goes *vice versa*, i.e. if the same arguments, already published in *The Jurist*, are used in another manuscript, it has to be stated that the matter has already been discussed in *The Jurist* and in which issue. If the manuscript has been prepared on the basis of another text, i.e. a text prepared for another purpose (doctoral thesis, master's thesis, research etc.), this fact has to be noted in footnote 1 of the manuscript.

2.

Manuscripts should be sent in **electronic format** to the following e-mail address: bostjan.koritnik@revija-pravnik.si.

Manuscripts have to be grammatically correct, otherwise the manuscript may be returned to the author or its publication rejected. The title of the manuscript should be written in bold capital letters. The titles in the body of the manuscript should be numbered and written in capital letters; subtitles should be numbered and written in bold lower case letters.

The first and last name of the author, with the scientific and/or academic title, function, and institution of his/her employment should be mentioned below the main title of the manuscript.

* Prepared with the kind assistance of Grega Strban, Ph.D., Faculty of Law, University of Ljubljana, and Matej Accetto, Ph.D., Faculty of Law, University of Ljubljana.

Example: **John Smith**, LL.B., doctor of laws, professor at the Faculty of Law,
University of Ljubljana

3.

The author may suggest the classification for his/her manuscript. The final decision on publication is made by the editorial board upon a positive double-blind peer review. To facilitate this review process, the author should remove any identifiable information in the body of the manuscript from the version submitted for review, and should inform the editorial board of the names of any experts who would for any reason, such as collaboration or previous familiarity with the manuscript, be unable to conduct a blind review. The author shall be informed of the decision on the publication as well as a possible request for revision, along with the (anonymized) explanation of the reviewer.

Manuscripts should be accompanied by an abstract and up to five key words, both in Slovenian and English. The cost of preparing the Slovenian abstract (EUR 30.00) may be deducted from the potential author's fee if provided by the editorial board upon request of the author. Abstract should not be longer than 15 lines (or span more than one paragraph), and should include the last name (in capital letters) and first name of the author as well as the title of the manuscript in the corresponding language. The editor will add the information on the volume and issue of *The Jurist*, and the numbers of pages of the published manuscript.

Example: SMITH, John: Pravna sredstva v civilnem procesnem pravu, Pravnik, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3

... (15 lines of abstract and 5 key words in Slovenian language)

SMITH, John: Legal Remedies in the Civil Procedural Law, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

... (15 lines of abstract and 5 key words in English language)

The Jurist publishes manuscripts in Slovenian but also in selected other languages (English, German, Italian, Croatian and in Serbian – Latin script), when there is a special reason to do so. The later has to be communicated to the editorial board, which decides on the publication of the manuscript in the suggested language. Manuscript in a foreign language has to be grammatically correct. The editorial board does not perform corrections. In addition to the short (15-line) abstract with five key words in Slovenian and English, the manuscript must also be accompanied with a longer abstract (of 1.000 words) in Slovenian.

4.

The **scope of the manuscript** depends on its subject. One of the basic aims of the journal is to cover all fields of law. Under headings “Articles” and “Discussions”

the manuscript should not be longer than 10.000 words, i.e. approximately 30 pages with 1.5 spacing between the lines. Other manuscripts should not be longer than 5.000 words, i.e. approximately 15 pages with 1.5 spacing between the lines. Footnotes and the bibliography count towards this limit. An advance agreement with the editor is required for longer manuscripts.

5.

Bibliography should be presented at the end of the manuscript, with full bibliographical information, in the alphabetical order of the last names of the authors/editors. Consulted internet sites should be enumerated separately.

In the **footnotes** only the first letter of the first name and the last name with the “*op. cit.*”, and exact page should be mentioned.

Example: J. Smith, *op. cit.*, p. 55.

In case the same author is represented with more than one publication, the year is added in parentheses.

Example: J. Smith, *op. cit.* (2009), p. 55.

If in the footnotes immediately following the previous one the same source is cited again, “*Ibidem*” should be used, with the page number(s) added if distinct from the previous one.

Example: *Ibidem*.

Example: *Ibidem*, p. 56.

Footnotes are inserted after the separator, e.g. after a full-stop. Footnotes end with a separator, e.g. with a full-stop. It is not necessary to cite the date of accessing the internet site (this information is in the list of sources at the end of the manuscript).

In short presentations where there is no list of sources and literature at the end of the manuscript, in the footnote first mentioning the author and the publication full bibliographical information should be cited. The same rule should be applied in the longer abstract.

6.

Full bibliographical information should comprise:

- **Books:** First and last name of the author, book title (also the number of the edition, if applicable), translator (if applicable), publisher, place and year of publication.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law. 2nd Edition, translation Janez Novak, Legal publishing, Ljubljana 2010.

- **Collection of articles or parts of books:** next to the author, title and exact pages of the article or the book part, also the title of the collection/book, first and last names of authors or editor(s) (marked Ed. or Eds.) should be mentioned.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Janez Novak, Maja Medved (Eds.), Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana, 2010, p. 52–79.

If there are more than three authors or editors, it suffices to cite the first one mentioned, followed by the abbreviation “*et. al.*”.

Example: John Smith: Legal Remedies in the Civil Procedural Law, in: Janez Novak et.al., Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana 2010, p. 52–79.

- **Journal articles:** First and last name of the author, title of the article, name of the journal with citing the volume number, year of publishing, issue number, and pages of the article.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Pravnik, 127 (2010) 5-8, p. 202–233.

The numbers represent Volume 127 (year 2010) issue number 5-8.

- **Internet sites:** inequality signs (< and >) before and after citing the internet site, no hyperlink, with the date in parentheses.

Example: <www.pf.uni-lj.si> (5/5/2010).

--- 7.

If **legislative act or other legal text** is being cited, it should be accompanied with the full title in the body of the manuscript, with an official abbreviation in parentheses.

Example: As regulated in the Pension and Invalidity Insurance Act (PIIA).

If there is no official abbreviation one (possibly settled) abbreviation should be given by the author.

Example: As regulated in the Pension and Invalidity Insurance Act (hereafter PIIA).

At the same time in the footnote the place of publication (usually Official Gazette) of the legislative act or other legal text should be cited.

Example: ¹⁰ Official Gazette RS, No. 106/99.

8.

Judicial decisions should be cited as marked by the issuing court of law.

Example: Case C-228/07 *Petersen* [2008] ECR I-6989, para. 42.

9.

Upon agreement to have their article published, authors **have to send the following data** to the editorial board: tax number and tax authority, full address, address for sending materials regarding the publication of the contribution (for example the address at work), bank account number, full name of the bank, phone and/or mobile phone number, e-mail address.

Potential changes of these data should be notified to the editorial board.

By sending his/her manuscript, the author agrees with the provisions of the publishing contract provided at <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. The editorial board may explain those provisions and/or provide an English translation upon request. After the publication of the manuscript the author will receive two copies of the publishing (copy-rights) contract and should return one signed copy as soon as possible.

Authors are **kindly requested to follow these guidelines**. Otherwise the publication of the manuscript may be rejected.

For the Editorial Board
Editor in Chief

Dragica Wedam Lukić, Ph.D., Professor

UPUTE ZA AUTORE*

1.

Pravnik u pravilu objavljuje samo radove koji još **nisu bili niti objavljeni niti poslani na objavu** drugom časopisu. Ako pisac već objavljenog djela smatra da postoje posebni razlozi i za objavu u Pravniku, mora javiti gdje je djelo bilo objavljeno odnosno kome je bilo poslano na objavu. Ako pisac u svome djelu navodi otkrića koja je argumentirao i/ili već izrazio u nekom svojem drugom djelu, korektno je od izdatelja odnosno izdavača tog teksta, da u bilješci navede da je o tome već pisao i gdje. Ako dijelove teksta iz svog članka objavljenog u Pravniku u identičnom obliku objavi u drugoj publikaciji, mora navesti da je o tome (šire) već pisao u članku koji je bio objavljen u reviji Pravnik. Ako je djelo bilo pripremljeno na osnovi kojeg drugog djela, tj. teksta koje je bilo pripremljeno s drugačijom namjenom (seminarski rad, diplomski, magistarski ili doktorski rad, poglavlje u kojem drugom, možda još neobjavljenom književnom radu i sl.), to je potrebno izričito navesti u prvoj bilješci.

Primjer: Djelo je bilo pripremljeno na osnovi magistarskog rada naslova Brzi postupak i pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, kojeg je sam autor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspješno obranio 5. svibnja 2008. godine na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Ljubljani.

Autor za uredništvo treba navesti i razlike između oba teksta (npr. u opsegu, u novijim podacima i dodatnim izvorima koji su uzeti u obzir), a uredništvo će odlučiti je li objava djela prikladna.

2.

Radovi moraju biti poslani putem e-pošte (bostjan.koritnik@revija-pravnik.si).

Radovi moraju biti jezično besprijekorni, u suprotnom će se tekst vratiti autoru na popravak odnosno objava djela bit će odbijena. Naslov djela i naslovi prve razine moraju biti napisani velikim tiskanim slovima, dok naslovi nižih razina moraju biti napisani malim slovima. Ime i prezime pisca s obrazovanjem, znanstvenim nazivom i/ili akademskim stupnjem te funkcijom i institucijom u kojoj je zaposlen, navode se ispod naslova.

* Prijevod je rad Nikoline Krtinić, sudskog tumača za hrvatski jezik (e-mail: knikolina@gmail.com). Izmjene su rad Boštjana Koritnika.

Primjer: **Hrvoje Novak**, sveučilišni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, docent na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, savjetnik uprave, Tax-Lex, d. d., Zagreb.

3.

O objavljivanju odlučuje uređivački odbor na temelju pozitivne dvojne anonimne recenzije (eng. double blind review), kod koje recenzentima nije poznato ime autora do objave članka. Radi toga autor treba uredništvu kod predaje članka javiti imena »kontaminiranih« stručnjaka, kojima je poznato, da je autor pripremio taj članak. Ti stručnjaci u postupku recenzije ne smiju sudjelovati. Autoru se informacija o (ne)objavi odno-sno potrebi da se članak dopuni/ispriavi javlja zajedno sa objašnjenjem anonimnog recenzenta.

Radove razvrstava u rubrike revije urednički odbor, a ako autor želi da se njegov rad uvrsti u određenu rubriku, neka to posebno navede. Kod članaka se mora pripremiti **sinopsis na slovenskom i engleskom jeziku (uključujući i prijevod naslova) te ključne riječi na oba jezika zbog internetske/web tražilice**. Sinopsis može imati obim od najviše 15 redova. Prvo neka se navedu prezime (u cijelosti s velikim slovima) i ime pisca, a zatim naslov članka i oznaka revije.

Primjer: NOVAK, Hrvoje: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, Pravnik, Ljubljana 2008, god. 63, br. 1–3 *odnosno* NOVAK, Hrvoje: Legal Remedies in the Minor Offences Act, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Autor može – uredništvo to priželjkuje – pripremiti i duži sažetak na engleskom jeziku, koji će biti objavljen nakon članka na izvornom jeziku (koji dakle nije engleski). Time će postići jednostavnije širenje ideja djela među inozemnim čitateljima.

Pravnik objavljuje djela i na inozemnim jezicima (engleski, francuski, njemački, talijanski, hrvatski, srpski; u latinici), kad za to postoji poseban razlog, o kojem autor treba obavijestiti uredništvo i kojeg uredništvo na toj osnovi prihvati u objavu. U tom slučaju tekst mora biti i jezično besprijekoran jer uredništvo ne lektorira tekstove na inozemnom jeziku, a autor mora, uz kraće sažetke na slovenskom i engleskom jeziku iz prvog stavka ove točke uputa, pripremiti i duži sažetak na slovenskom jeziku, u duljini od približno 6.000 do 10.000 znakova. U pojedinačnom broju neće biti objavljen više od jedan članak na inozemnom jeziku.

4.

Opseg djela zavisi od teme koju autor obrađuje, ali pritom je potrebno poštivati temeljnu sadržajnu osnovu revije koja bi trebala pokrivati što više pravnih područja. U rubrici Članci radovi trebaju imati maksimalan opseg od dvije autorske pole (60.000 znakova s razmacima odnosno približno 30 strana s razmacima

između redova 1,5), a i drugi radovi do jedne autorske pole (30.000 znakova sa razmacima odnosno do približno 15 strana s razmacima između redova 1,5). U sve navedeno ubrajaju se i bilješke i popis literature. Za objavu djela u većem opsegu potreban je dogovor s uredništvom.

— 5.

Na kraju članka po mogućnosti treba biti **popis upotrijebljenih izvora** s potpunim bibliografskim podacima (vidi 7. točku) raspoređen po abecednom redu prezimena, a web stranice neka budu navedene odvojeno. U tom slučaju u bilješkama (ispod crte) navodi se samo prvo slovo imena i prezime s napomenom „nav. rad“ i stranom upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

U bilješkama koje neposredno slijede jedna drugu, navodi se samo „Baš tamo.“ odnosno – ako je samo strana iste literature druga – „Baš tamo, str. 56.“

Ako je isti pisac naveden s više radova, dopiše se godina u kojoj je rad bio objavljen.

Primjer: J. Novak, nav. rad (2005), str. 55.

Ako je na kraju rada naveden popis upotrijebljene literature, kod web stranica ne treba pisati datum zadnje posjete (jer je taj podatak u popisu literature).

Brojevi bilješki pišu se nakon interpunkcijskih znakova. Bilješke završavaju konačnim interpunkcijskim znakom.

— 6.

Ako djelu nije priložen popis upotrijebljenih izvora, potpuni se bibliografski podaci navode (vidi točku 7.) samo u onoj bilješci u kojoj se rad prvi put pojavi, a kasnije se navode samo ime i prezime autora s dodatkom „nav. rad“ i strana upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

— 7.

Potpuni bibliografski podaci obuhvaćaju:

- **kod knjiga:** ime i prezime pisca, naslov knjige (kod knjiga s više izdanja i oznaku broja izdanja), potencijalnog prevoditelja i u pravilu izdavatelja te mjesto i godinu izdanja.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu. Drugo izdanje, prijevod Mitje Anglista, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **kod zbirke članaka i poglavlja u knjigama:** osim pisca članka i naslova te strana opsega citiranog članka odnosno poglavlja i naslov zbirke odnosno knjige te imena i prezimena autora odnosno potencijalnih redaktora, s oznakom, ako su redaktori ili urednici (ur.).

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Darja Kovač, Luka Kocmut, i Mitja Golob: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Ako postoji više od tri autora odnosno redaktora, uz zbirku, zbornik ili knjigu, dovoljno je navesti prezime i ime prvog navedenog, i zatim navesti „i drugi“.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Darja Kovač i drugi: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **kod članka iz revija:** ime i prezime pisca, naslov članka i naslov revije s navodom godišta, godine izdanja i broja te strane navedenog članka.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Pravnik, 125 (2008) 5–8, str. 202–233; brojevi znače: godište 125 (godina izdanja 2008), broj revije 5–8.

- **kod web stranica:** simbol < prije i simbol > nakon naziva web stranice, bez poveznice i s datumom – mjesec se tu piše s brojem – u zagradama.

Primjer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2016).

8.

Ako članak upućuje na **zakonski ili drugi pravni propis**, on se prvi put navodi s punim nazivom već u tekstu, sa službenom skraćenicom u zagradama.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Prekršajnom zakonu.

Ako službena skraćenica naziva ne postoji, skraćenicu odabire pisac.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Pravilniku o organizacijskoj strukturi prekršajnih organa (nastavno: Pravilnik).

Istovremeno se u **bilješci navodi broj Narodnih novina** u kojima je citirani akt bio objavljen.

Primjer: NN RH, br. 50/07.

9.

Sudska rješenja potrebno je citirati jednako kao što ih označava sud koji ih je izdao.

Primjer navođenja odluke Ustavnog suda RH:

odluka USRH, br. U-I-23/2008 od dana 5. lipnja 2008.

10.

Autor mora – uz svaku prvu objavu – **uredništvu poslati:**

adresu prebivališta (ulica, kućni broj, poštanski broj, mjesto), adresu za dostavu gradiva u vezi s objavom u reviji Pravnik (npr. službena adresa), svoj telefonski broj i broj mobitela te e-mail/elektroničku adresu.

Autor mora obavijestiti uredništvo o potencijalnim izmjenama.

Autor je s posredovanjem rada u objavu suglasan s odredbama izdavačkog ugovora koji je dostupan na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Nakon objave djela, autor će primiti ispunjen ugovor u elektroničkom obliku, kojeg treba što prije potpisati i vratiti skeniranog uredništvu putem e-maila.

Suradnike revije molimo da poštuju ove upute jer će u suprotnom uredništvo odbiti objavu njihovog rada.

Za urednički odbor
odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić



Za prijave do
**31. marca velja
ugodna kotizacija.**

Pohitite s prijavo in
izkoristite ugodnost.

STVARNOPRAVNI DNEVI 2017

31. maj in 1. junij 2017 | Ljubljana

Shranite si datum in rezervirajte čas za Stvarnopravne dneve 2017, ki so namenjeni vsem, ki želite celovit, sistematičen in strokoven pregled najpomembnejših aktualnih pravnih vprašanj s področja **stvarnega prava** in odgovorov nanje. Predstavili jih bomo s poglobljenimi strokovnimi utemeljitvami in s prikazom sodne prakse.

IZ PROGRAMA – GLAVNE SEKCIJE

- **Etažna lastnina in nova ureditev vzpostavitve nedokončane etažne lastnine**
(vodja dr. Nina Plavšak)
- **Izbrisna tožba** (vodja dr. Renato Vrenčur)
- **Nova ureditev premoženjskoprnega režima med zakonci v družinskem zakoniku**
(vodja notar Bojan Podgoršek)
- **Aktualna vprašanja zemljiške knjige**

POSEBEN POUDAREK:

Na dogodku bo **poglobljeno razložena stvarnopravna ureditev** v dveh novih zakonih, ki sta v postopku sprejetja:

- v **novem Družinskem zakoniku**, ki bo uveljavil sodoben pravni režim premoženjskoprnih razmerij med zakonci in nekatere nove pravne institute, in
- v **novem Zakonu o vzpostavitvi etažne lastnine**, ki bo pregledneje in bolj notranje skladno uredil poseben nepravdni postopek za vpis stvarnopravnih razmerij nedokončane etažne lastnine, ki so nastala do 1. januarja 2003.