

**Opravična št.:**

Up-152/14

**ECLI:**

ECLI:SI:USRS:2017:Up.152.14

**Akt:**

Sodba Vrhovnega sodišča št. I Ips 44584/2011 z dne 5. 12. 2013 in sodba Višjega sodišča v Mariboru št. IV Kp 44584/2011 z dne 23. 4. 2013

**Izrek:**

Sodba Vrhovnega sodišča št. I Ips 44584/2011 z dne 5. 12. 2013 in sodba Višjega sodišča v Mariboru št. IV Kp 44584/2011 z dne 23. 4. 2013 se razveljavita.

Zadeva se vrne Višjemu sodišču v Mariboru v novo odločanje.

**Evidenčni stavek:**

Iz drugega odstavka 28. člena Ustave izhaja za sodišče v primeru spremembe kazenskega zakona dolžnost, da v okviru pravne subsumpcije pri razlagi kazenskega zakona glede na okoliščine konkretnega dejanskega stanu presodi, ali bo za pravno subsumpcijo na zakonski ravni uporabilo kazenski zakon, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja, ali poznejši kazenski zakon, ker je za storilca milejši. Ta presoja od sodišča najprej zahteva, da ugotovi, ali se je kazenski zakon spremenil za določenega storilca kaznivega dejanja. Na podlagi celovite primerjave spremenjenih določb mora glede na ugotovljeni konkretni dejanski stan presoditi, kateri kazenski zakon je za storilca kaznivega dejanja milejši.

**Geslo:**

1.5.51.2.10 - Ustavno sodstvo - Odločbe - Vrste odločitev Ustavnega sodišča - V postopku odločanja o ustavni pritožbi - Razveljavitev/odprava izpodbijanega akta in vrnitev v novo odločanje.

5.3.13.15 - Temeljne pravice - Državljanke in politične pravice - Procesna jamstva, pravica do obrambe in poštenega sojenja „(19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31)“ - Prepoved reformatio in peius „(28)“.

1.4.10.6 - Ustavno sodstvo - Postopek - Vmesni postopki - Izločitev sodnika.

1.5.5.1 - Ustavno sodstvo - Odločbe - Ločena mnenja članov - Pritrdilna mnenja.

**Pravna podlaga:**

Člen 28.2, Ustava [URS]

Člen 59.1, Zakon o Ustavnem sodišču [ZUstS]

**Opomba:**

⌘

**Dokument v PDF obliki:**

 [Up-152-14.pdf](#)

 [Up-152-14 - Pritrdilno LM Šorli.pdf](#)

**Polno besedilo:**

# ODLOČBA

Ustavno sodišče je v postopku odločanja o ustavni pritožbi Alfonza Novaka, Makole, ki ga zastopa Odvetniška družba KAC & odvetniki, o. p., d. o. o., Maribor, na seji 9. februarja 2017

odločilo:

**1. Sodba Vrhovnega sodišča št. I Ips 44584/2011 z dne 5. 12. 2013 in sodba Višjega sodišča v Mariboru št. IV Kp 44584/2011 z dne 23. 4. 2013 se razveljavita.**

**2. Zadeva se vrne Višjemu sodišču v Mariboru v novo odločanje.**

## OBRAZLOŽITEV

### A.

1. Pritožnika je Okrajno sodišče v Slovenski Bistrici spoznalo za krivega kaznivega dejanja ogrožanja varnosti po prvem odstavku 135. člena Kazenskega zakonika (Uradni list RS, št. 55/08, 66/08 – popr. in 39/09 – v nadaljevanju KZ-1), ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja. Višje sodišče v Mariboru je pritožbo pritožnikovega zagovornika zavrnilo kot neutemeljeno, Vrhovno sodišče pa je zavrnilo njegovo zahtevo za varstvo zakonitosti. Višje sodišče v Mariboru je zavrnilo navedbe pritožnikovega zagovornika v pritožbi, da je KZ-1 po uveljavitvi Zakona o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika (Uradni list RS, št. 91/11 – v nadaljevanju KZ-1B) milejši zakon, ker naj bi nov kazenski zakon v opredelitvi kaznivega dejanja določal dodatni (subjektivni) zakonski znak, katerega obstoj bi sodišče moralo ugotavljati. Odločilo je, da je stališče zagovornika napačno. Okrajno sodišče naj bi uporabilo pravičen KZ-1, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja, za katero naj bi bila predpisana denarna kazen ali zapor do enega leta, takšna kazen pa naj bi bila predpisana tudi v spremenjenem KZ-1, ki je veljal v času izreka sodbe. Pritožba naj bi namreč prezrla opis obdolžencu očitane kaznivega dejanja, iz katerega naj bi izhajalo, da je obdolženec z nevarnim sredstvom, s katerim se lahko telo hudo poškoduje ali zdravje hudo okvari, ogrozil varnost oškodovanke; to kaznivo dejanje naj bi bilo v KZ-1, ki je veljal v času izreka sodbe, opisano v drugem odstavku 135. člena in naj bi bila zanj zagrožena enaka kazen kot po KZ-1, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja in ki naj bi ga uporabilo Okrajno sodišče.

2. Vrhovno sodišče je tako kot Višje sodišče zavrnilo očitke. Sprejelo je stališče, da ne drži, da se kaznivo dejanje po uveljavitvi KZ-1B preganja na zasebno tožbo in da je zanj predpisana nižja kazen (tj. denarna kazen ali zapor do šestih mesecev). KZ-1, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja, naj bi v 135. členu inkriminiral ogrožanje varnosti. To kaznivo dejanje naj bi bilo mogoče

izvršiti z dvema alternativnima izvršitvenima ravnanjema, in sicer z grdim ravnanjem ali pa z resno grožnjo napada na življenje ali telo. Predpisana naj bi bila denarna kazen ali zapor do enega leta. V KZ-1 po uveljavitvi KZ-1B, ki je veljal v času izreka sodbe, pa naj bi bilo kaznivo dejanje po 135. členu v prvem odstavku opredeljeno kot dejanje, storjeno z resno grožnjo in s predpisano denarno kaznijo ali zaporom do šestih mesecev, ki je glede na tretji odstavek istega člena pregonljivo na zasebno tožbo, v drugem odstavku pa kot dejanje, storjeno na več možnih alternativnih izvršitvenih načinov, med drugim tudi z grdim ravnanjem ali na način oziroma s sredstvom, s katerim se telo lahko hudo poškoduje ali zdravje hudo okvari. Za kvalificirano obliko kaznivega dejanja iz drugega odstavka naj bi bila predpisana denarna kazen ali zapor do enega leta. Glede na to, da naj bi bilo istovrstno kot pritožniku očitano kaznivo dejanje iz KZ-1, kakršen je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja, opredeljeno v drugem odstavku 135. člena KZ-1 z upoštevanjem KZ-1B, kakršen je veljal v času izreka sodbe, in glede na to, da naj bi bila po KZ-1, kakršen je veljal v času izreka sodbe, predpisana enaka kazen kot za prej veljavno kaznivo dejanje ogrožanja varnosti po prvem odstavku 135. člena KZ-1, naj bi bila pravna opredelitev dejanja v izpodbijani sodbi pravilna. Na tej podlagi naj se tudi kaznivo dejanje ne bi preganjalo na zasebno tožbo, temveč na predlog (drugi odstavek 135. člena KZ-1). Z izpodbijano sodbo naj torej ne bi bila izvršena kršitev 7. člena KZ-1 niti kršitev procesnih pogojev za pregon obsojenca.

3. Pritožnik navaja, da so mu bile kršene pravice iz 22. in 29. člena Ustave, ker naj bi bila sodba Okrajnega sodišča v Slovenski Bistrici neobrazložena, saj naj ne bi vsebovala argumentov, zakaj je sodišče sledilo izpovedbi oškodovanke in njenih ožjih družinskih članov, ne pa navedbam pritožnika in za pritožnika razbremenilnih prič. Višje in Vrhovno sodišče naj bi nekritično povzeli to dokazno oceno. Vsebina upoštevanih izpovedb naj bi bila v nasprotju z drugimi dokazi, zato naj bi sodišče napačno ocenilo pritožnikov zagovor in dejansko stanje. Sodišče naj tudi ne bi izvajalo dokazov v korist pritožnika, ki jih je slednji predložil.

4. Pritožnik zatrjuje tudi kršitev načela zakonitosti iz drugega odstavka 28. člena Ustave. Navaja, da je bilo kaznivo dejanje izvršeno v času pred uveljavitvijo KZ-1B, ki naj bi bistveno preoblikoval opredelitev kaznivega dejanja ogrožanja varnosti iz 135. člena in ga preimenoval v kaznivo dejanje grožnje, sodba pa je bila izrečena po njegovi uveljavitvi. V prvem odstavku 135. člena KZ-1, ki je veljal v času izreka sodbe, naj bi bila urejena temeljna oblika kaznivega dejanja, ki naj bi se ujemala s kaznivim dejanjem grožnje iz KZ-1, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja. Varstvo pa naj bi bilo z novejšo različico KZ-1 razširjeno tako glede ogroženih oseb kakor glede vrst grožnje. Spremenila naj bi se tudi zagrožena kazen, ki naj bi se z enega leta znižala na šest mesecev. Zato bi se morale po pritožnikovem mnenju kazenske zadeve, ki so se po KZ-1, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja, obravnavale kot ogrožanje varnosti, v skladu s KZ-1, kakršen je veljal v času izreka sodbe, obravnavati kot kaznivo dejanje grožnje. To naj bi tudi pomenilo, da bi morale sodišče v skladu z novejšim KZ-1 ugotavljati dodatne zakonske znake kaznivega dejanja, ki naj jih opredelitev kaznivega dejanja iz starejšega KZ-1 ne bi vključevala (tj. namen ustrahovanja ali vznemirjanja). Posledično naj bi sodišče v dokaznem postopku morale tudi presojati, ali je bil pri pritožniku v času izvršitve kaznivega dejanja podan namen ustrahovanja ali vznemirjanja. Ker naj sodišče tega ne bi ugotavljalo, naj bi bilo nepopolno ugotovljeno dejansko stanje in naj ne bi bili ugotovljeni vsi zakonski znaki kaznivega dejanja grožnje po 135. členu KZ-1, kakršen je veljal v času izreka sodbe. Stališče Višjega in Vrhovnega sodišča, da naj opredelitev kaznivega dejanja iz KZ-1, ki je veljal v času izreka sodbe, za storilca ne bi bila milejša, naj bi bilo napačno. Ker naj sodišče ne bi uporabilo milejšega zakona, naj bi bila po pritožnikovem mnenju kršena pravica iz drugega odstavka 28. člena Ustave.

5. Ustavno sodišče je s sklepom št. Up-152/14 z dne 26. 4. 2016 ustavno pritožbo sprejelo v obravnavo. V skladu s prvim odstavkom 56. člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12 – v nadaljevanju ZUstS) je o sprejemu ustavne pritožbe obvestilo Vrhovno sodišče.

## B.

6. Po prvem odstavku 28. člena Ustave nihče ne sme biti kaznovan za dejanje, za katero ni zakon določil, da je kaznivo, in zanj predpisal kazni, še preden je bilo dejanje storjeno. S to določbo Ustava ureja načelo zakonitosti v kazenskem pravu, ki je v mednarodni skupnosti priznano tudi kot splošno načelo mednarodnega prava (*lex certa*). Ustava ga ureja kot materialnopravno jamstvo v kazenskem postopku – kot človekovo pravico, katere spoštovanje naj državi prepreči arbitrarno in samovoljno uporabo kazenskopravne represije zoper posameznika. Načelo zakonitosti iz prvega odstavka 28. člena Ustave vsebuje med drugim tudi prepoved povratne veljave predpisov, ki določajo kazniva dejanja in kazni zanje (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).[1] Prepoved retroaktivnosti kazenskega zakona temelji na gledanju, da bi bilo nesprejemljivo, če bi bilo ravnanje, ki je v času izvršitve zakonito, kasneje opredeljeno za kaznivo in če bi bilo ravnanje, za katero je v času izvršitve predpisana določena sankcija, kasneje kaznovano strožje. Da gre za eno izmed najsplošnejše sprejetih načel v kazenskem pravu, potrjuje tudi dejstvo, da je izrecno določeno v 15. členu Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah (Uradni list SFRJ, št. 7/71, in Uradni list RS, št. 35/92, MP, št. 9/92 – MPDPP), kot tudi v prvem odstavku 7. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (Uradni list RS, št. 33/94, MP, št. 7/94 – EKČP).[2]

7. V drugem odstavku 28. člena Ustava še izrecno določi prepoved retroaktivne veljavnosti kazenskega prava, ko določa, da se kazniva dejanja ugotavljajo in kazni zanje izrekajo po zakonu, ki je veljal ob storitvi dejanja. Vendar hkrati zapove izjemo od tega pravila v primeru, ko je novi zakon za storilca milejši. Zato je bistvo drugega odstavka 28. člena Ustave prav v uveljavitvi načela uporabe milejšega zakona (*lex mitior*), ki zavezuje sodišče pri razlagi zakonov, če od časa storitve kaznivega dejanja do izreka sodbe njegovemu storilcu pride do zakonskih sprememb v določitvi kaznivega dejanja.

8. Če se torej kazenski zakon od izvršitve kaznivega dejanja do pravnomočnosti sodbe spremeni, mora sodišče praviloma uporabiti zakon, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja.[3] Če je novejši kazenski zakon, torej kazenski zakon, ki v času izvršitve kaznivega dejanja še ni veljal, za storilca milejši, pa mora sodišče uporabiti novi milejši zakon.[4] Načelo prepovedi retroaktivne veljavnosti kazenskega zakona iz prvega odstavka 28. člena Ustave je tako z drugim odstavkom 28. člena Ustave omejeno na strožji ali enako strog kazenski zakon.[5] Pravilo uporabe milejšega kazenskega zakona je materialno ustavnopravno jamstvo, ki ga Ustava določa v korist storilca kaznivega dejanja. V nasprotnem primeru bi bilo treba načelo zakonitosti, po katerem se zoper storilca uporabi kazenski zakon, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja, uporabiti v storilčevo škodo, saj bi bil v primeru kasnejše omilitve kazenskega zakona storilec strožje obravnavan kot drugi, ki so enako kaznivo dejanje izvršili kasneje kot on.[6] Pri tem ne gre za popuščanje storilcu, ampak za to, da kaznovanje po starem kazenskem zakonu ne bi bilo več smiselno oziroma etično, saj je zakonodajalec z omilitvijo kazenskega zakona očitno drugače ocenil nevarnost oziroma težo nekega kaznivega dejanja.[7] Sodišče v takem primeru nima samo

možnosti uporabiti milejši zakon, ampak je njegova uporaba sodišču ustavno zapovedana.[8]

9. Iz drugega odstavka 28. člena Ustave izhaja za sodišče v primeru spremembe kazenskega zakona dolžnost, da v okviru pravne subsumpcije[9] pri razlagi kazenskega zakona glede na okoliščine konkretnega dejanskega stanu presodi, ali bo za pravno subsumpcijo na zakonski ravni uporabilo kazenski zakon, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja, ali poznejši kazenski zakon, ker je za storilca milejši. Ta presoja od sodišča najprej zahteva, da ugotovi, ali se je kazenski zakon spremenil za določenega storilca, nato pa mora na podlagi primerjave spremenjenih določb presoditi, kateri kazenski zakon je za določenega storilca milejši. Sodišče mora kazenske zakone primerjati z vidika tistih določb, ki se morajo uporabiti zoper posameznega storilca kaznivega dejanja, upoštevajoč dejstva konkretnega dejanskega stanu.[10] Sodišče mora opraviti primerjavo tistih določb upoštevanih kazenskih zakonov, ki jih mora uporabiti v okviru razlage kazenskega zakona za opredelitev zakonskega dejanskega stanu in ki so se z uveljavitvijo novega kazenskega zakona spremenile.[11] Iz sodbe mora biti razvidno, da je sodišče to svojo ustavno obveznost opravilo.

10. V skladu z ustaljeno ustavnosodno presojo je sodišče v kazenskem postopku zavezano k ustavnoskladni razlagi kazenskega materialnega prava enako, kot je sodišče zavezano k taki razlagi zakona nasploh. Ustavno sodišče tako v okviru ustavnopravnega nadzora nad sojenjem preverja, ali so sodišča zakon razlagala ustavnoskladno, in sicer v skladu s človekovimi pravicami in temeljnimi svoboščinami. Ustavno sodišče v postopku z ustavno pritožbo ne preverja, ali so sodišča pravilno uporabila materialno pravo, temveč ali so s svojo razlago prava kršila človekovo pravico ali temeljno svoboščino.[12] Zato predmet presoje v tej ustavni pritožbi ni vprašanje, kateri zakon je milejši oziroma kateri zakon je v pritožnikovem primeru treba uporabiti, temveč to, ali sta sodišči pri razlagi zakonov spoštovali obveznosti, ki zanju izhajajo iz drugega odstavka 28. člena Ustave.

11. V obravnavanem primeru sta glede na časovni potek kazenskega postopka in časovno veljavnost slovenske kazenske zakonodaje sodišči odločali, ali je upošteven 135. člen KZ-1, ki je veljal v času izvršitve,[13] ali 135. člen KZ-1, ki je veljal po uveljavitvi KZ-1B, torej v času izreka sodbe.[14] Tako Višje kot Vrhovno sodišče sta pri presoji, kateri kazenski zakon je za pritožnika milejši, upoštevali izvršitveno ravnanje, očitano pritožniku, predpisano kazen za posamezno obliko kaznivega dejanja ter način pregona za ustrezno obliko kaznivega dejanja. Tako je Višje sodišče sprejelo stališče, da je treba pritožnikovo izvršitveno ravnanje subsumirati pod grdo ravnanje, Vrhovno sodišče pa, da ga je treba subsumirati pod izvršitveno ravnanje uporabe nevarnega sredstva. Sodišči sta tudi odločili, da bi bilo treba v primeru uporabe KZ-1, ki je veljal v času izreka sodbe, storilčevo ravnanje subsumirati pod drugi odstavek 135. člena, po katerem je predpisana enaka kazen kot po KZ-1, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja, zato novejši zakon ni milejši in je treba pritožnikovo ravnanje subsumirati pod prvi odstavek 135. člena KZ-1, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja.

12. S KZ-1B se je spremenilo besedilo upoštevne 135. člena KZ-1. Drugi odstavek 28. člena Ustave od sodišča v takem primeru zahteva, da v okviru razlage kazenskega zakona primerja vse zakonske znake tega kaznivega dejanja glede na ugotovljeni konkretni dejanski stan in ugotovi, ali pomeni spremenjeno besedilo zgolj redakcijsko spremembo 135. člena KZ-1 ali pa vsebuje spremenjene ali dodatne zakonske znake. Ugotoviti torej mora, ali je sprememba besedila v 135. členu KZ-1 povzročila tudi vsebinsko spremembo opredelitve kaznivega dejanja ali pa gre

nasprotno za pravno kontinuiteto kaznivega dejanja. Te celovite primerjave opredelitev kaznivega dejanja obeh besedil 135. člena KZ-1 v izpodbijanih sodbah ni opravilo niti Višje niti Vrhovno sodišče, kljub temu, da je pritožnikov zagovornik v pritožbi in zahtevi za varstvo zakonitosti izrecno zatrjeval, da KZ-1, ki je veljal v času izreka sodbe, določa dodaten (subjektivni) zakonski znak (tj. poseben namen, ki ga mora zasledovati storilec), ki naj bi ožil inkriminacijo iz 135. člena in posledično za pritožnika pomenil milejši kazenski zakon. Tako Višje kot Vrhovno sodišče zato nista izpolnili obveznosti, ki jih v takšnih primerih narekuje ustavna zapoved iz drugega odstavka 28. člena Ustave. Zato sta kršili pritožnikovo pravico do uporabe milejšega zakona.

13. Zaradi ugotovljene kršitve pravice iz drugega odstavka 28. člena Ustave je Ustavno sodišče izpodbijani sodbi Vrhovnega in Višjega sodišča razveljavilo (1. točka izreka). Zadevo je vrnilo Višjemu sodišču v Mariboru v novo odločanje (2. točka izreka). Pri novem odločanju bo sodišče moralo upoštevati stališča iz te odločbe.

14. Ker je Ustavno sodišče izpodbijane sodbe razveljavilo že zaradi kršitve pravice iz drugega odstavka 28. člena Ustave, se v druge zatrjevane kršitve človekovih pravic ni spuščalo.

### C.

15. Ustavno sodišče je sprejelo to odločbo na podlagi prvega odstavka 59. člena ZUstS v sestavi: predsednica dr. Jadranka Sovdat ter sodnice in sodniki dr. Mitja Deisinger, dr. Dunja Jadek Pensa, dr. Etelka Korpič – Horvat, dr. Špelca Mežnar, dr. Ernest Petrič, Jasna Pogačar in Marko Šorli. Sodnik Jan Zobec je bil pri odločanju o tej zadevi izločen. Ustavno sodišče je odločbo sprejelo soglasno. Sodnik Šorli je dal pritrdilno ločeno mnenje.

dr. Jadranka Sovdat  
Predsednica

⇒

---

[1] Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča št. Up-879/14 z dne 20. 4. 2015 (Uradni list RS, št. 30/15), 16. točka obrazložitve.

[2] Odločbi Ustavnega sodišča št. Up-203/97 z dne 16. 3. 2000 (OdlUS IX, 133), 14. točka obrazložitve, in št. Up-200/13 z dne 23. 10. 2014 (Uradni list RS, št. 81/14), 14. točka obrazložitve. Zakonodajalec je uporabo poznejšega, za storilca milejšega zakona, določil v 7. členu KZ-1. Uporaba milejšega zakona pa ne pride v poštev v primeru časovno omejenih zakonov (8. člen KZ-1).

[3] I. Bele, Kazenski zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2001, str. 42 in 43; L. Bavcon in drugi, Kazensko pravo, splošni del, 7. izdaja, Uradni list RS, Ljubljana 2014, str. 115.

[4] Tako tudi Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-6/93 z dne 1. 4. 1994 (Uradni list RS, št. 23/94, in OdlUS III, 33), 1. točka obrazložitve. Novejši kazenski zakon je za storilca na primer milejši, če določenega ravnanja ne določa več kot kaznivo dejanje, če je za kaznivo dejanje predpisan milejši kaznovalni okvir, če so v primerjavi s starim kazenskim zakonom razširjene možnosti za uporabo razlogov, ki izključujejo protipravnost storilčevega ravnanja, krivdo storilca ali kazenski pregon, ali če so določene širše možnosti za izrek blažje ali opozorilne sankcije. L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 116; I. Bele v:

L. Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, Dopolnitev – A, Fakulteta za državne in evropske študije, Ljubljana 2011, str. 419.

[5] I. Bele v: L. Šturm (ur.), nav. delo, str. 419; I. Bele, nav. delo, str. 41.

[6] H. H. Jescheck in T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. izdaja, Duncker & Humblot, Berlin 1996, str. 139; I. Bele v: L. Šturm (ur.), nav. delo, str. 419.

[7] I. Bele v: L. Šturm (ur.), nav. delo, str. 419; L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 114, 115; C. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2006, str. 170.

[8] I. Bele, nav. delo, str. 41; L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 131.

[9] V okviru pravne subsumpcije mora kazensko sodišče izenačiti zakonski (tj. opredelitev kaznivega dejanja) in konkretni dejanski stan (tj. storilčevo ravnanje), kar pomeni, da konkretni dejanski stan lahko podredi zakonskemu in izpelje pravno posledico. Pogoji za izenačitev je, da kazensko sodišče obe premisi pomensko določi, pri čemer zakonski dejanski stan izlušči iz kazenskega zakona s pomočjo razlage, pri konkretnem dejanskem stanu pa kazensko sodišče izhaja iz življenjskega primera, nato pa ugotovi, da se je konkretni dejanski stan v resnici zgodil, in oceni, da ima znake, ki ustrezajo sestavinam kazenskega zakona. Prim. M. Pavčnik, Argumentacija v pravu, GV Založba, Ljubljana 2013, str. 43 in 44.

[10] Odločba Ustavnega sodišča št. Up-1678/08 z dne 14. 10. 2010 (Uradni list RS, št. 88/10, in OdlUS XIX, 14), 14. točka obrazložitve; I. Bele, nav. delo, str. 41; C. Roxin, nav. delo, str. 169.

[11] Odločba Ustavnega sodišča št. Up-1678/08, 14. točka obrazložitve; L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 116.

[12] Odločba Ustavnega sodišča št. Up-879/14 z dne 20. 4. 2015 (Uradni list RS, št. 30/15), 18. točka obrazložitve.

[13] Člen 135 KZ-1, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja, je določal kaznivo dejanje ogrožanja varnosti:

"(1) Kdor ogrozi varnost kakšne osebe z grdim ravnanjem ali z resno grožnjo, da bo napadel njeno življenje ali telo, se kaznuje z denarno kaznijo ali zaporom do enega leta.

(2) Pregon se začne na predlog."

[14] Člen 135 KZ-1, ki je veljal v času izreka sodbe, je opredeljeval kaznivo dejanje grožnje:

"(1) Kdor komu, zato da bi ga ustrašoval ali vznemiril, resno zagrozi, da bo napadel njegovo življenje ali telo ali prostost ali uničil njegovo premoženje velike vrednosti ali da bo ta dejanja storil zoper njegovo bližnjo osebo, se kaznuje z denarno kaznijo ali zaporom do šestih mesecev.

(2) Kdor stori dejanje iz prejšnjega odstavka proti dvema ali več osebam ali z grdim ravnanjem ali z orožjem, nevarnim orodjem, drugim sredstvom ali na tak način, da se lahko telo hudo poškoduje ali zdravje hudo okvari, se kaznuje z denarno kaznijo ali zaporom do enega leta.

(3) Pregon za dejanje iz prvega odstavka tega člena se začne na zasebno tožbo.

(4) Pregon za dejanje iz drugega odstavka tega člena se začne na predlog."

⇒

Up-152/14-16

27. 2. 2017

## **Pritrdilno ločeno mnenje sodnika Marka Šorlija**

1. V tej zadevi sem glasoval za odločitev, ki jo je sprejelo Ustavno sodišče, kljub pomislekom, ki sem jih imel na začetku postopka; strinjam se tudi z nosilnimi razlogi odločbe. Najprej sem bil mnenja, da je določba drugega odstavka 28. člena Ustave izključno materialnopravne narave, vendar pa sedaj sprejemam stališče, da ima navedena določba poleg materialnopravne vsebine



tudi razlagalno dimenzijo: obrazložitve sodb morajo vsebovati tudi razloge, na podlagi katerih je mogoče z vso zanesljivostjo ugotoviti, da je bilo pravilo uporabe milejšega zakona spoštovano.[1]

2. V pritrdilnem mnenju želim opozoriti na nekatera vprašanja, ki za samo odločitev niso ključnega pomena oz. sodišču niso bila niti postavljena, so pa pomembna za odločanje v tistih zadevah, v katerih se kazenska sodišča s posameznimi vprašanji uporabe milejšega zakona srečujejo prvič, to je v zadevah, v katerih se sodna praksa šele oblikuje. Še posebej to velja za Vrhovno sodišče, ki ima položaj, čeprav neformalen, precedenčnega sodišča.

### **Posledice pogostih sprememb zakona**

3. Spremembe kazenskega zakona v splošnem delu, še bolj pa pogoste spremembe v posebnem delu, često zastavljajo vprašanja ali te spremembe storilca v konkretnih primerih postavljajo v težji, slabši ali morda ugodnejši položaj. Najbolj enostaven je odgovor, kadar novi zakon dekriminira kaznivo dejanje ali kadar uvede novo kaznivo dejanje - inkriminacijo. Vendar pa tudi ta vprašanja niso enostavna, kadar je dekriminacija (popolna ali delna) le navidezna. Za navidezno dekriminacijo bo šlo takrat, ko je npr. posamezno kaznivo dejanje črtano iz zakonskega besedila, vendar je njegova vsebina v celoti ali deloma zajeta v nekem drugem kaznivem dejanju. V takem primeru se postavi vprašanje, ali je bilo kaznivo dejanje res črtano v celoti (dekriminirano) ali pa je bilo mogoče le nadomeščeno in je ostalo v veljavi pod drugim imenom.[2]

Prav navideznih sprememb je v posebnem delu Kazenskega zakonika največ. Pri njih je treba ugotoviti, ali je bilo kaznivo dejanje res črtano (dekriminirano), ali pa morda le nadomeščeno in je ostalo v veljavi pod drugim imenom in deloma spremenjenim besedilom.

### **Kako ugotavljati, kateri zakon je milejši**

4. Sodišče mora v vsaki zadevi ugotoviti, kateri zakon je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja in ali je bil kasneje zakon morebiti spremenjen. Če se je zakon enkrat ali večkrat po izvršitvi kaznivega dejanja spremenil, mora sodišče zakona (zakone) primerjati in ugotoviti, ali je kateri od poznejših zakonov za storilca milejši. Splošno pravilo določa uporabo zakona, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja (prvi odstavek 7. člena KZ-1).[3] Retroaktivna uporaba zakona je izjema od splošnega pravila (drugi odstavek 7. člena KZ-1). Predpostavka za uporabo milejšega zakona je obstoj pravne kontinuitete med zakonom, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja in kasnejšim, novim zakonom.

### **Pravna kontinuiteta**

5. Če se po izvršitvi kaznivega dejanja zakon (enkrat ali večkrat) spremeni in se v novem zakonu spremeni ime ali opis tega kaznivega dejanja, mora sodišče preizkusiti ali je podana pravna kontinuiteta. To stori tako, da v zadevi ugotovljeno dejansko stanje subsumira pod oba zakona in če ugotovi obstoj kontinuitete, še presodi, kateri zakon je milejši oziroma če je novi zakon milejši, uporabi ta zakon. Če ni pravne kontinuitete dejanja v novem zakonu, ni kaznivega dejanja, saj stari ne velja več, novi pa v času storitve kaznivega dejanja še ni veljal.

### **Načelo konkretnosti**



6. Pri abstraktni metodi ugotavljanja milejšega zakona se primerjajo le določbe dveh ali več zakonov in rešitev, ki jih zakona omogočata, ne da bi bile te povezane s konkretnim primerom. Načelo konkretности pa narekuje, da se celotno (ugotovljeno) dejansko stanje subsumira pod oba zakona in tako ugotovi, ali je podana pravna kontinuiteta in kateri od obeh zakonov zagotavlja ugodnejši pravni položaj za storilca.

### **Konkretni primer**

7. Kaznivo dejanje po členu 135 KZ-1 z imenom »Ogrožanje varnosti« je bilo z novelo KZ-1B[4] sicer črtano, a nadomeščeno s kaznivim dejanjem, imenovanim »Grožnja« – člen 135 KZ-1B. Predpis torej še obstaja, a z drugim imenom in spremenjenim opisom. Ali je zakonodajalec z novim opisom hotel zajeti isto vsebino ali le nekatere situacije iz prejšnjega zakona, mora ugotoviti sodišče na podlagi preizkusa, ali je med opisom starega in novega zakona podana pravna kontinuiteta. Ta preizkus opravi tako, da ugotovi, ali konkretno dejansko stanje uresničuje bit kaznivega dejanja po obeh zakonih.

### **Sodna praksa Vrhovnega sodišča**

8. Vrhovno sodišče v svojih sodbah doslej še ni zavzelo stališča do vseh vprašanj identitete (pravne kontinuitete) med kaznivim dejanjem po členu 135 KZ-1 in KZ-1B, med drugim tudi ne o vprašanju subjektivnega elementa grožnje »z namenom ustrahovanja ali vznemirjenja«, ki kaznivemu dejanju po prvem odstavku 135. člena KZ-1B daje naravo delikta abstraktnega ogrožanja, saj ne zahteva nastanka prepovedane posledice - ogrožitve varnosti in zato razumljivo tudi ne krivdnega odnosa do takšne posledice.[5]

Pri kvalificirani obliki tega dejanja po drugem odstavku 135. člena KZ-1B je kot eno alternativno določenih izvršitvenih dejanj navedeno »grdo ravnanje«, torej ne le grožnja z nekim zlom, ampak dejanski poseg v telesno ali duševno integriteto oškodovanca z uporabo sile, kar je po naravi stvari poseg v osebno varnost. Takšno ravnanje mora biti vedno zavestno in hoteno (direktni naklep); ali pa bi morala biti pri tem podana tudi posebna oblika naklepa oziroma namen takšnega že realiziranega ravnanja, pa je vprašanje, ki ga je v svoji pritožbi zoper sodbo sodišče prve stopnje, v zahtevi za varstvo zakonitosti in v ustavni pritožbi postavil pritožnik. To pa je vprašanje, na katerega bi morala odgovoriti kazenska sodišča, Vrhovno zaradi precedenčnega učinka še posebej popolno in argumentirano. Jasno je tudi, da to ne more biti naloga Ustavnega sodišča, ki ne more nadomestiti rednih sodišč in namesto njih razlagati in uporabljati pravo v konkretnih primerih in zato tudi ne odločati ali je bil v obravnavanem primeru uporabljen pravi zakon oziroma ali je/ni novi milejši.

### **Dolžnost obrazložitve uporabe prava sodišča prve stopnje**

9. Iz obrazložitve sodbe sodišča prve stopnje ni mogoče ugotoviti, ali je uporabilo zakon, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja (splošno pravilo!), ker je ugotovilo, da novi ni milejši - torej na podlagi dolžne presoje, pa svoje ugotovitve, da izjema glede retroaktivne uporabe prava ni podana, ni posebej razložilo; ali pa je morda spremembo zakona prezrlo oziroma problem iz drugih razlogov zanemarilo. Očitno tudi obramba v tej fazi postopka vprašanja ni problematizirala. Zastavlja se vprašanje, ali mora sodišče prve stopnje, če stranke ne ugovarjajo pravni opredelitvi kaznivega dejanja, ki jo poda tožilec v obtožnem aktu (ta daje okvir razpravljanja v postopku), in če sodišče ugotovi, da spremenjeni zakon ne pride v poštev,

razlagati, zakaj je sodilo in razsodilo v skladu s splošnim pravilom o časovni veljavnosti po zakonu, ki je veljal v času storitve kaznivega dejanja, ali pa mora sodišče vedno, če je zakon kakorkoli spremenjen, posebej obrazložiti preizkus pravne kontinuitete, to je, zakaj ni uporabilo zakona, ki je bil sicer spremenjen, pa očitno ni milejši od tistega, ki je veljal v času storitve kaznivega dejanja. Nobenega pomisleka pa ne more biti, da mora sodišče vedno obrazložiti »odstop« od splošnega pravila, to je izjemo od splošnega pravila prepovedi retroaktivnosti.

### **Obrazložitev sodbe Višjega in Vrhovnega sodišča**

10. Ne Višje ne Vrhovno sodišče nista adekvatno odgovorili na povsem jasen ugovor pritožnika in sicer, da: »novi zakon zahteva posebno obliko krivde – namen (*dolus coloratus*) kot subjektiven znak kaznivega dejanja tako po prvem kot tudi drugem odstavku člena 135 KZ-1B, medtem ko po členu 135 KZ-1 obstoj takšne krivde ni bil potreben in je zato sodišče tudi ni ugotavljalo«. [6] Pritožnik pri svojem ugovoru primerja le določbi novega in starega zakona (abstraktna metoda ugotavljanja milejšega zakona), ne da bi upošteval ugotovljeno dejansko stanje. Ne glede na to je treba reči, da sodišči na ugovor, ki je *prima facie* relevanten, nista odgovorili, iz razlogov sodb tudi ni videti ali sta ga presojali. [7]

### **Ali neobrazložitev presoje, da ne pride v poštev kasnejši zakon, ali neodgovor pritožbenega ali Vrhovnega sodišča na tak očitek vedno pomeni kršitev drugega odstavka 28. čl. Ustave?**

11. Sklepno, obrazložitve izpodbijanih sodb glede vprašanja, ali bi bilo treba uporabiti novi zakon v skladu z določbo drugega odstavka 28. člena Ustave, so pomanjkljive, zato nastaja vtis, da je bila izbira kazenskega zakona v konkretnem primeru arbitrarna. Sodišča so bila dolžna v skladu z načelom konkretnosti ugotovljeno dejansko stanje subsumirati pod določbe novega in starega zakona in tako najprej ugotoviti ali je med njima podana pravna kontinuiteta ter v primeru pozitivnega odgovora še presoditi, kateri od njiju je milejši, nato pa o takšni presoji podati utemeljene, relevantne in zadostne razloge. [8] Takšna dolžnost je še posebej pomembna za pravno varnost in določnost pri uporabi pravnih norm, ki določajo kazniva dejanja in kazni, še posebej ob upoštevanju, da se kazenski zakonik večkrat spreminja in dopolnjuje.

Marko Šorli  
Sodnik

⇒

---

[1] Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) je v sodbi *Del Rio Prada proti Španiji* (21. oktober 2013) sprejelo stališče, da odsotnost razumne razlage o uporabi zakona lahko privede do kršitve pravic obtoženca, ki mu jih zagotavlja 7. člen Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP). V zvezi s tem je treba opozoriti še na sodbo ESČP v zadevi *Scoppola proti Italiji št. 2* (17. september 2009), v kateri je sodišče sprejelo načelo retroaktivne uporabe milejšega zakona.

[2] Povzeto po P. Novoselec, A. Garačić, »Primjena blažeg zakona nakon stupanja na snagu novog Kaznenog zakona«, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol. 19, št. 2/2012.

[3] Kazenski zakonik, Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15 in 38/16 (v nadaljevanju KZ-1).

[4] Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika, Uradni list RS, št. 91/11 (v nadaljevanju KZ-1B).

[5] Takšna posledica bo v resnici praviloma nastala, čeprav izven biti kaznivega dejanja.

[6] Zadnja trditev pritožnika sicer ne drži, sodišče prve stopnje v izreku sodbe ugotavlja prestrašenost in občutek ogroženosti oškodovanke, v tč.15 obrazložitve pa zavestno odločitev obdolženca, da oškodovanko prestraši in ji vzbudi občutek ogroženosti - torej da je deloval s takšnim ciljem/namenom.

[7] Samo po sebi to predstavlja kršitev pritožnikove pravice do izjave po 22. členu Ustave. Odgovori, ki pa sta jih sodišči podali na prej navedeni ugovor pritožnika, so le navidezni, z vidika vprašanja, ki ga je zastavil pritožnik so nerazumni (pritožnik zatrjuje, da je novi zakon milejši, ker zahteva posebno obliko krivde in s tem oži kriminalno cono, sodišči pa med drugim odgovarjata, da sta sankciji za dejanji enaki, ocenjujeta načine izvršitve, nič pa o subjektivnem elementu, ki se zahteva po obeh inkriminacijah).

[8] V odločbi Ustavnega sodišča Hrvaške št. U-III-4149/2014, z dne 24. julija 2015, je v tč. 63 navedeno: »... vprašanje ali je za konkretnega obtoženca ali obsojenca pravilno uporabljeno pravilo milejšega zakona mora biti vedno preverljivo, saj gre za njegovo temeljno ustavno jamstvo za sodno določitev milejše kazni (drugi stavek prvega odstavka 31.čl. Ustave). Ta zahteva izhaja iz cilja in namena kazenskega postopka, utemeljenega na načelu pravičnega kazenskega postopka, ki mora zagotavljati, da se storilcu kaznivega dejanja, ob pogojih, ki jih določa zakon in na podlagi zakonito izvedenega postopka pred pristojnim sodiščem, izreče kazen, kakršno zahteva in jamči Ustava. Obrazložitve sodb morajo zato vsebovati dovolj elementov, na podlagi katerih je mogoče z gotovostjo ugotoviti, da je bilo pravilo milejšega zakona (katerega končni cilj je uresničitev ustavnega jamstva sodnega določanja milejše kazni za storilce kaznivega dejanja) v konkretni zadevi spoštovano.«

⇒

**Vrsta zadeve:**

ustavna pritožba

**Vrsta akta:**

posamični akt

**Vlagatelj:**

Alfonz Novak, Makole

**Datum vloge:**

25. 2. 2014

**Datum odločitve:**

9. 2. 2017

**Vrsta odločitve:**

odločba

**Vrsta rešitve:**

razveljavitev ali odprava

**Objava:**

Uradni list RS, št. 12/2017

**Dokument:**

US31104