

**Opravična št.:**

U-I-132/15

ECLI:

ECLI:SI:USRS:2018:U.I.132.15

Akt:

Kazenski zakonik (Uradni list RS, št. 95/04 – uradno prečiščeno besedilo) (KZ), 1. odst. 243. čl.

Izrek:

Prvi odstavek 243. člena Kazenskega zakonika (Uradni list RS, št. 95/04 – uradno prečiščeno besedilo) ni bil v neskladju z Ustavo.

Evidenčni stavek:

Zahteva glede določnosti in jasnosti kazenskopravnega pravila (lex certa) ne pomeni le, da je mogoče določiti njegovo vsebino, ampak tudi, da je prepoznavno v sistemu pravnih pravil in tako ločeno od drugih pravil kaznovalne narave (lex distincta). Če bi se zakonski znaki kaznivega dejanja in prekrška popolnoma prekrili oziroma bi šlo za t. i. identičnost norm, tako da med njima ne bi bilo jasnih ločnic, bi to ustvarjalo pravno negotovost, represivnim organom oblasti pa omogočalo arbitraren pregon. Tak položaj bi pomenil antinomijo pravnega reda, ki je v nasprotju z načeli pravne države (2. člen Ustave) in posega v načelo zakonitosti v kazenskem pravu (prvi odstavek 28. člena Ustave).

Zakonski znaki kaznivega dejanja zlorabe notranje informacije iz prvega odstavka 243. člena Kazenskega zakonika se že v objektivnem vidiku popolnoma ne prekrijejo z zakonskimi znaki prekrška iz tretjega odstavka 566. člena v zvezi s 1. točko prvega odstavka 566. člena Zakona o trgu finančnih instrumentov. Očitek predlagatelja, da med njima ni jasnih ločnic, zato ni utemeljen. To pomeni, da izpodbijani prvi odstavek 243. člena Kazenskega zakonika ni bil v neskladju z 2. členom in prvim odstavkom 28. člena Ustave.

Geslo:

- 1.2.51.4.1 - Ustavno sodstvo - Vrste vlog - Aktivna legitimacija v postopku pred Ustavnim sodiščem - Konkretna presoja norm - Sodišče.
- 1.5.51.1.21.1 - Ustavno sodstvo - Odločbe - Vrste odločitev Ustavnega sodišča - V postopku abstraktne presoje - Ugotovitev, da je bil predpis - V skladu z Ustavo/mednarodno pogodbo/zakonom.
- 2.1.1.3 - Viri ustavnega prava - Razredi - Pisani viri - Pravo Skupnosti.
- 3.9 - Splošna načela - Vladavina prava.
- 3.13 - Splošna načela - Zakonitost.
- 3.12 - Splošna načela - Jasnost in natančnost pravnih določb.
- 2.1.1.4.3 - Viri ustavnega prava - Razredi - Pisani viri - Mednarodni dokumenti - Evropska konvencija o človekovih pravicah iz leta 1950.
- 2.1.3.2.1 - Viri ustavnega prava - Razredi - Sodna praksa - Mednarodna sodna praksa - Evropsko sodišče za človekove pravice.
- 1.5.5.2 - Ustavno sodstvo - Odločbe - Ločena mnenja članov - Odklonilna mnenja.

Pravna podlaga:

Člen 2, 28.1, Ustava [URS]

Člen 47, Zakon o Ustavnem sodišču [ZUstS]

Opomba:

x

Dokument v PDF obliki: [U-I-132-15.pdf](#) [U-I-132-15 - Odklonilno LM dr. Accetto.pdf](#)**Polno besedilo:**

U-I-132/15-14

15. 3. 2018

ODLOČBA

Ustavno sodišče je v postopku za oceno ustavnosti, začetem z zahtevo Višjega sodišča v Ljubljani, na seji 15. marca 2018

odločilo:

Prvi odstavek 243. člena Kazenskega zakonika (Uradni list RS, št. 95/04 - uradno prečiščeno besedilo) ni bil v neskladju z Ustavo.

OBRAZLOŽITEV

A.

1. Višje sodišče v Ljubljani vlaga zahtevo za oceno ustavnosti prvega odstavka 243. člena Kazenskega zakonika (v nadaljevanju KZ). Zatrjuje, da se dejanski stan izpodbijane zakonske določbe lahko v celoti prekriva z dejanskim stanom prekrška iz tretjega odstavka 566. člena v zvezi s 1. točko prvega odstavka 566. člena Zakona o trgu finančnih instrumentov (Uradni list RS, št. 67/07 - v nadaljevanju ZTFI) oziroma prvega odstavka 382. člena ZTFI, ki prepoveduje trgovanje na podlagi notranjih informacij. Zaradi nejasnih ločnic med navedenima kaznivima ravnanjema, torej kaznivim dejanjem in prekrškom, sta po mnenju predlagatelja mogoča dva različna postopka in s tem različno sankcioniranje določenega ravnanja. To naj bi vodilo v arbitrarnost organov pregona. Po mnenju predlagatelja je taka ureditev v neskladju z 2., 14. in 28. členom Ustave.

2. Predlagatelj trdi, da medsebojna primerjava dejanskega stanu kaznivega dejanja in prekrška pokaže, da ima lahko določen dejanski stan, ki ustreza prekršku, hkrati tudi vse zakonske znake kaznivega dejanja iz prvega odstavka 243. člena KZ. Član organa vodenja ali nadzora izdajatelja vrednostnega papirja, ki je eden izmed finančnih instrumentov, naj bi bila oseba, ki v zvezi s svojim položajem pri izdajatelju vrednostnega papirja pridobi notranjo informacijo. Pojma uporabiti in izkoristiti imata po mnenju predlagatelja prekrivajoč pomen. Prekrivali naj bi se tudi drugi zakonski znaki. Glede na to, da je notranja informacija po določbah ZTFI samo tista, ki bi (med drugim), če bi postala javna, verjetno pomembno vplivala na ceno tega finančnega instrumenta, zakonski znak kaznivega dejanja pa je (tudi) ta, da bi notranja informacija lahko pomembno vplivala na ceno vrednostnega papirja, uvrščenega na organizirani trg, je po mnenju predlagatelja mogoča situacija, ko dejanski stan obravnavanega kaznivega dejanja ne bi imel

nobenega presežka glede na zakonske znake prekrška, kar naj bi bilo v nasprotju z načelom pravne države iz 2. člena Ustave. Bistven element pravne države je po stališču predlagatelja tudi načelo jasnosti in določnosti predpisov. Pravno pravilo bi moralo biti v pravnem redu edinstveno, kar pomeni, da se kot del pravnega reda jasno loči od drugih pravil. Zahteva po določnosti naj bi bila še toliko strožja, če gre za opredeljevanje kaznivih dejanj, kar naj bi se odražalo tudi v načelu zakonitosti iz 28. člena Ustave.

3. Predlagatelj meni, da je izpodbijana določba v neskladju z 2. in 28. členom Ustave, saj naj se ne bi dovolj jasno in določno razlikovala od tretjega odstavka 566. člena ZTFI v zvezi s 1. točko prvega odstavka 566. člena ZTFI oziroma prvega odstava 382. člena ZTFI. Pravno pravilo, ki opredeljuje kaznivo dejanje, in pravno pravilo, ki opredeljuje prekršek, naj bi imeli tako zelo podobno vsebino, da naj bi pristojnim organom omogočali arbitrarnost pri pregonu kaznivih dejanj, posameznika pa puščali v dvomu, kako bo njegovo ravnanje obravnavano in sankcionirano. Taka ureditev naj bi bila tudi v nasprotju z načelom enakosti iz 14. člena Ustave, saj naj ne bi zagotavljala enakosti pri uporabi prava. Tako naj bi bilo pristojnim organom prepuščeno, ali bodo neko ravnanje preganjali kot kaznivo dejanje ali kot prekršek, saj naj bi zaradi nejasnega ločevanja dejanskih stanov kaznivih ravnanj lahko v bistvenem enako dejansko stanje obravnavali različno.

4. Ustavno sodišče je zahtevo predlagatelja poslalo Državnemu zboru, ki nanjo ni odgovoril.

B. - I.

Procesne predpostavke

5. Sodišče mora v skladu s 156. členom Ustave prekiniti postopek in začeti postopek pred Ustavnim sodiščem, če meni, da je zakon, ki bi ga moralo uporabiti pri odločanju, protiustaven. Predlagatelj je zahtevi priložil sklep št. VII Kp 4921/2011 z dne 23. 6. 2015, s katerim je prekinil postopek odločanja o pritožbi zoper sodbo, s katero je bil obdolženi spoznan za krivega, da je storil kaznivo dejanje zlorabe notranje informacije po prvem odstavku 243. člena KZ. Ena od procesnih predpostavk za odločanje o zahtevi sodišča za oceno ustavnosti zakona je pravnomočnost sklepa o prekinitvi postopka. Prekinitvev postopka, njegove procesnopravne posledice in pogoje za nadaljevanje prekinjenega postopka urejajo posamezni postopkovni predpisi, pri čemer pa Zakon o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 32/12 - uradno prečiščeno besedilo, 47/13 in 87/14, 66/17- v nadaljevanju ZKP) instituta prekinitve ne ureja.^[1] Zoper sklep o prekinitvi kazenskega postopka, ki ga izda višje sodišče, v skladu z določbami ZKP ni pritožbe, kar pomeni, da sklep takoj postane pravnomočen.^[2] Glede na navedeno je procesna predpostavka pravnomočnosti sklepa o prekinitvi postopka podana.

6. Izpodbijani prvi odstavek 243. člena KZ je prenehal veljati 1. 11. 2008, to je z uveljavitvijo Kazenskega zakonika (Uradni list RS, št. 50/12 - uradno prečiščeno besedilo, 6/16 - popr., 54/15 in 38/16, 27/17- v nadaljevanju KZ-1).^[3] Če zakon v času vložitve zahteve ne velja več, Ustavno sodišče odloči o njegovi ustavnosti le, če niso bile odpravljene posledice njegove protiustavnosti (prvi odstavek 47. člena Zakon o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 - uradno prečiščeno besedilo in 109/12 - v nadaljevanju ZUstS). Predlagatelj je v zahtevi navedel, da bo moral v zadevi, ki jo obravnava, v skladu z drugim odstavkom 28. člena Ustave^[4] in 7. členom KZ-1^[5]

uporabiti izpodbijano določbo KZ, saj novi KZ-1 za storilca ni milejši.

7. V času odločanja Ustavnega sodišča o zahtevi predlagatelja je bil delno spremenjen tudi prvi odstavek 238. člena KZ-1, ki opredeljuje kaznivo dejanje zlorabe notranje informacije, in sicer z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika (Uradni list RS, št. 54/15 - v nadaljevanju KZ-1C).^[6] Zato je Ustavno sodišče predlagatelja pozvalo, naj v skladu z drugim odstavkom 47. člena ZUstS pojasni, ali so pogoji za odločanje Ustavnega sodišča iz prvega odstavka 47. člena ZUstS še vedno podani, torej ali so bile z navedeno spremembo KZ-1 posledice protiustavnosti morebiti odpravljene. Predlagatelj je odgovoril, da pri vloženi zahtevi vztraja, saj sprememba prvega odstavka 238. člena KZ-1 s KZ-1C pomeni le uskladitev opredelitve pojma organizirani trg v skladu z ZTFI, posledično pa prvi odstavek 238. člena KZ-1 ni milejši zakon.

8. Predlagatelj zatrjuje, da je izpodbijana določba KZ v neskladju z Ustavo. Svojo oceno o neskladju gradi na primerjavi znakov kaznivega dejanja z znaki prekrška, določenimi v ZTFI,^[7] pri čemer določb ZTFI z zahtevo ne izpodbija.^[8] Presojto izpodbijane zakonske določbe je mogoče opraviti le z medsebojno primerjavo znakov kaznivega dejanja iz izpodbijane določbe KZ in znakov prekrška po določbah ZTFI. ZTFI je bil po dnevu domnevne storitve kaznivega dejanja^[9] večkrat spremenjen. Zato je Ustavno sodišče najprej ocenilo vpliv navedenih sprememb ZTFI na znake prekrška.

9. Po pregledu zakonskih sprememb ZTFI (od Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o trgu finančnih instrumentov (Uradni list RS, št. 69/08 - v nadaljevanju ZTFI-A, ki je začel veljati 9. 7. 2008) do vključno Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o trgu finančnih instrumentov (Uradni list RS, št. 9/17 - v nadaljevanju ZTFI-G, ki je začel veljati 11. 3. 2017)) je Ustavno sodišče ugotovilo, da spremembe, razen zadnje (ZTFI-G), niso vplivale na znake prekrška, za katere predlagatelj zatrjuje popolno prekrivanje z znaki kaznivega dejanja iz izpodbijane določbe. Znaki prekrška iz tretjega odstavka 566. člena v zvezi s 1. točko prvega odstavka 566. člena ZTFI so torej kljub navedenim spremembam ZTFI do vključno Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o trgu finančnih instrumentov (Uradni list RS, št. 30/16 - v nadaljevanju ZTFI-F, ki je začel veljati 10. 5. 2016) ostali enaki.

10. Drugače velja glede ZTFI-G. Iz vladnega Predloga zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o trgu finančnih instrumentov z dne 6. 1. 2017 izhaja,^[10] da je bil razlog za to spremembo zakonodaje v uskladitvi slovenskega pravnega reda s pravom Evropske unije (v nadaljevanju EU), in sicer z Uredbo (EU) št. 596/2014 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. aprila 2014 o zlorabi trga (uredba o zlorabi trga) ter razveljavitvi Direktive 2003/6/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter direktiv Komisije 2003/124/ES, 2003/125/ES in 2004/72/ES (UL L 173, 12. 6. 2014 - v nadaljevanju Uredba 596/2014/EU).^[11] ZTFI-G je tako v celoti črtal določbe, ki opredeljujejo prekrške v zvezi s prepovedanimi ravnanji zlorabe trga (10. poglavje ZTFI), torej tudi trgovanje na podlagi notranjih informacij, saj se v tem delu neposredno uporablja Uredba 596/2014/EU. Spremenjen je tudi 566. člen ZTFI, in sicer tako, da v 1. točki prvega odstavka kot prekršek določa ravnanje v nasprotju s 14. členom Uredbe 596/2014/EU, če se trguje ali poskuša trgovati na podlagi notranjih informacij s finančnim instrumentom, za katerega se uporablja Uredba 596/2014/EU, ki pa ni uvrščen na organizirani trg v Republiki Sloveniji ali v vsaj eni državi članici EU ali za katerega ni bil vložen predlog za uvrstitev na tak trg. ZTFI-G je torej pomembno

spremenil materialno določbo ZTFI, tako da sedaj določa, da je prekršek po navedeni določbi le tisto trgovanje oziroma poskus trgovanja na podlagi notranjih informacij, ki se nanaša na finančne instrumente, ki niso uvrščeni na organizirani trg in zanje tudi ni podan predlog za uvrstitev na tak trg. Vendar navedena sprememba znakov prekrška z vidika drugega odstavka 28. člena Ustave ni milejša za storilca, saj se z njeno uveljavitvijo v vsakem primeru ne bi več postavljalo vprašanje spornega prekrivanja znakov kaznivega dejanja in prekrška in z njeno uporabo pri očitnem kaznivem ravnanju tako ne bi moglo priti do protiustavnosti izpodbijane določbe KZ, ki bi se v obravnavani zadevi torej lahko uporabila. Zato tudi navedena sprememba ZTFI-G za presojo obravnavane zadeve ni upoštevana. Glede na navedeno je Ustavno sodišče pri svoji presoji upoštevalo znake kaznivega dejanja, kot izhajajo iz izpodbijane določbe KZ, in znake prekrška, kot izhajajo iz določb ZTFI, objavljenega v Uradnem listu RS, št. 67/07. Predlagatelj bo moral v postopku, ki ga je zaradi vložene zahteve prekinil, uporabiti izpodbijano določbo KZ, ki je že prenehala veljati. S tem so pogoji za ustavnosodno presojo iz 47. člena ZUstS izpolnjeni.

B. - II.

Kvalifikacija navedb predlagatelja

11. Predlagatelj zatrjuje, da med kaznivim dejanjem zlorabe notranje informacije iz prvega odstavka 243. člena KZ in prekrškom iz tretjega odstavka 566. člena v zvezi s 1. točko prvega odstavka 566. člena ZTFI oziroma prvim odstavkom 382. člena ZTFI, ki prepoveduje trgovanje na podlagi notranjih informacij, ni jasnih ločnic. Po oceni predlagatelja se lahko opredelitev kaznivega dejanja v celoti prekriva z opredelitvijo prekrška. Posledično naj bi bilo tako mogoče različno sankcioniranje določenega ravnanja. To naj bi vodilo tudi v arbitriranje organov pregona pri pregonu kaznivih ravnanj. Glede na navedbe predlagatelja je Ustavno sodišče presojo prvega odstavka 243. člena KZ opravilo z vidika načel pravne države iz 2. člena Ustave in načela zakonitosti iz prvega odstavka 28. člena Ustave.

Načelo zakonitosti in iz njega izhajajoči načeli določnosti in razločnosti

12. Načela pravne države iz 2. člena Ustave posamezniku med drugim zagotavljajo varstvo pred samovoljnimi, nezakonitimi in čezmernimi posegi kazenskega represivnega aparata.^[12] Varstvo pred takimi posegi je v kazenskem materialnem pravu posebej zagotovljeno z načelom zakonitosti iz prvega odstavka 28. člena Ustave. V skladu z njim nihče ne sme biti kaznovan za dejanje, za katero ni zakon določil, da je kaznivo, in ni zanj predpisal kazni, še preden je bilo dejanje storjeno (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Načelo zakonitosti postavlja več omejitev za uporabo kazenskopravne represije, med njimi tudi načelo določnosti (*lex certa*).^[13] Namen načela zakonitosti in s tem določnosti v kazenskem materialnem pravu je preprečiti samovoljno in arbitrarno uporabo državnega kaznovalnega sankcioniranja v primerih, ki ne bi bili vnaprej točno opredeljeni.^[14] Smisel te zahteve je v tem, da storilec vnaprej ve, kaj je kaznivo, in se zaveda, da dela nekaj, kar je določeno kot kaznivo ravnanje. Kazenskopravne določbe morajo biti zato oblikovane tako, da so ljudem razumljive ter da ne puščajo dvoma, kaj je kaznivo in kakšna sankcija je predpisana za kršitev.^[15] Posameznik tako ve, kje je meja med prepovedanim in dovoljenim, le vnaprej predvidena in določno opredeljena zapoved oziroma prepoved pa ga lahko učinkovito odvrne od kršenja.^[16] Zakon izpolnjuje navedene zahteve po določnosti, če je

mogoče z ustaljenimi metodami razlage ugotoviti vsebino prepovedanega ravnanja in zanj predpisano sankcijo, s čimer je tudi ravnanje organov, ki ga morajo izvajati, opredeljeno.^[17]

13. Zahteva po določnosti pravnega pravila je strožja, če gre za pravno pravilo, ki opredeljuje kaznivo ravnanje, in v tem okviru najstrožja, ko opredeljuje kaznivo dejanje.^[18] V skladu z zahtevami načela določnosti ni dovolj, da je jasno postavljena meja med dovoljenim in prepovedanim. Razvrstitev na kazniva dejanja in prekrške, ki so opredeljeni v hierarhično prirejenih zakonskih besedilih,^[19] zakonodajalec opravi glede na njihovo nevarnost za pravno zavarovano dobrino ter glede na vprašanje, ali pomeni ravnanje le kršitev predpisa ali pa je s takim ravnanjem zavarovana dobrina neposredno ogrožena ali celo poškodovana. Odločitev zakonodajalca mora imeti podlago v skrbnem spremljanju družbenih razmer ter v vestni in temeljiti zakonodajni pripravi, utemeljeni s poglobljenim tehtanjem, katere pravne dobrine je treba kazenskopravno zavarovati, pred katerimi človekovimi ravnanji naj bodo varovane in kakšna sankcija naj grozi ob kršitvi. Razmejevanje med prekrški in kaznivimi dejanji pomeni torej zakonodajalčevo oceno sorazmernosti med nevarnostjo in potrebo po uporabi prisile.^[20]

14. Z razmejevanjem med kaznivim dejanjem in prekrškom in s tem povezanim načelom določnosti zakona iz prvega odstavka 28. člena Ustave se je Ustavno sodišče do sedaj ukvarjalo v dveh zadevah. V odločbi št. U-I-88/07 z dne 8. 1. 2009 (Uradni list RS, št. 5/09, in OdlUS XVIII, 1) je ugotovilo, da se zakonski znaki kaznivega dejanja iz izpodbijane določbe lahko popolnoma prekrijejo z zakonskimi znaki prekrška. Zaradi medsebojne neločljivosti kaznivega dejanja in prekrška je odločilo, da je (bil) kazenski zakon v neskladju z 2. členom in prvim odstavkom 28. člena Ustave. V navedeni odločbi je Ustavno sodišče sprejelo stališče, da pravno pravilo ustreza načelu določnosti takrat, ko se kot del pravnega reda jasno loči od drugih pravnih pravil. Če je namreč v pravnem redu poleg pravnega pravila, ki ima sicer jasno in določno vsebino, še drugo pravno pravilo z enako ali zelo podobno vsebino, se določnost enega in drugega pravnega pravila izgubi. Obstoj dveh takih pravnih pravil povzroči nejasnost o tem, katero pravno pravilo je treba uporabiti, kar ustvarja pravno negotovost in omogoča samovoljno oziroma arbitrarno uporabo prava. Načelo določnosti zato zahteva, da so pravna pravila medsebojno ločljiva (*lex distincta*).^[21] V odločbi št. U-I-134/11 z dne 11. 7. 2013 (Uradni list RS, št. 63/13) pa je Ustavno sodišče odločilo, da izpodbijani kazenski zakon ni v neskladju z Ustavo. Med znaki kaznivega dejanja in znaki prekrška je namreč našlo razlikovalni znak (poškodbeno posledico), zaradi česar popolno prekrivanje znakov kaznivega dejanja in prekrškov ni bilo podano. Načelu določnosti pravnega pravila (*lex certa*) je zadoščeno z načelom razločnosti (*lex distincta*). V nasprotnem primeru gre za antinomijo pravnega reda, ki je v nasprotju z načeli pravne države (2. člen Ustave) in posega v načelo zakonitosti v kazenskem pravu (prvi odstavek 28. člena Ustave).

Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter praksa Evropskega sodišča za človekove pravice

15. Zahteva po določnosti zakona izhaja tudi iz prvega odstavka 7. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (Uradni list RS, št. 33/94, MP, št. 7/94 – v nadaljevanju EKČP)^[22] in prakse Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP). Po stališču ESČP morajo biti kazniva dejanja in kazni zanje jasno opredeljeni v zakonu. Tej zahtevi je zadoščeno takrat, ko posameznik lahko iz besedila upoštevne določbe, po potrebi pa tudi s pomočjo sodne prakse, razbere, za katera dejanja in opustitve bo kazensko odgovoren in kakšna

kazen ga čaka.^[23] Pojem zakon po 7. členu EKČP ima po stališču ESČP enak pomen kot sicer v drugih določbah EKČP in obsega tako zakone kot tudi sodno prakso. ESČP poudarja, da gre pri tem pojmu za kakovostno zahtevo, ki vključuje tako dostopnost kot tudi predvidljivost. Po ustaljenem stališču ESČP 7. člena EKČP ni mogoče razlagati kot prepoved, da se pravila kazenske odgovornosti postopoma razjasnijo s sodno razlago v posameznih zadevah, če je razvoj, ki iz tega izhaja, skladen z bistvom kaznivega dejanja in ga je mogoče razumno predvideti.^[24] Zakon tako lahko ustreza kriteriju predvidljivosti tudi takrat, ko si mora posameznik do stopnje, ki je v okoliščinah primera razumna, priskrbeti ustrezen pravni nasvet, da lahko oceni posledice, ki jih bo imelo določeno njegovo dejanje. Po presoji ESČP se navedene kvalitativne zahteve po dostopnosti in predvidljivosti nanašajo tako na znake kaznivega dejanja kot tudi na zagroženo kazen.^[25]

16. Ker enake zahteve po določnosti zakona, kot izhajajo iz EKČP in predstavljene prakse ESČP, izhajajo tudi iz Ustave, je Ustavno sodišče presojlo obravnavane zadeve opravilo na podlagi upoštevni določb Ustave.

Pravo EU

17. Zloraba notranjih informacij ali t. i. *insiderstvo* povzroča (posredno) škodo na organiziranem trgu, saj drugi delničarji iztržijo manj kot *insider* oziroma uporabnik notranje informacije. Če se takšna dejanja ponavljajo, se lahko pojavi nezaupanje v finančne trge, zato lahko trpi ves finančni sistem.^[26] Zaradi celovitosti finančnih trgov in zaupanja javnosti vanje je prepoved poslovanja na podlagi notranjih informacij regulirana tudi na ravni EU. S tem se namreč želi preprečiti asimetrija informacij na (ne)organiziranem trgu in zagotavljati enake možnosti za trgovanje za vse. Sprva je to področje urejala Direktiva 2003/6/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 28. januarja 2003 o trgovanju z notranjimi informacijami in tržni manipulaciji (zloraba trga) (UL L 96, 12. 4. 2003 – v nadaljevanju Direktiva 2003/6/ES),^[27] kasneje pa so bila sprejeta nova pravila o zlorabi trga, in sicer Uredba 596/2014/EU^[28] in Direktiva 2014/57/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. maja 2014 o trgih finančnih instrumentov ter spremembi Direktive 2002/92/ES in Direktive 2011/61/EU (UL L 173, 12. 6. 2014 – v nadaljevanju Direktiva 2014/57/EU). Nova pravila pomenijo posodobitev in okrepitev že obstoječega okvira prepovedi zlorab na trgu z namenom, da se zagotavljata integriteta trga in zaščita investitorjev z boljšo prevencijo, odkrivanjem in kaznovanjem tovrstnih ravnanj.^[29] S tem, ko sta Evropski parlament in Svet sprejela uredbo o zlorabi trga, ki se uporablja neposredno, sta jasno izrazila, kako pomembna je enotnejša razlaga pravil EU o zlorabah na trgu. Do začetka uporabe Uredbe 596/2014/EU se namreč na ravni EU ni posegalo v način sankcioniranja prepovedanih insiderskih poslov s predpisovanjem posameznih oblik zlorabe trga kot kaznivih dejanj in je zadostovalo sankcioniranje na upravnem (oziroma upravnoprekrškovnem) področju, kot je to določal prvi odstavek 14. člena Direktive 2003/6/ES.^[30] Direktiva 2014/57/EU pa od držav članic zahteva, naj vsaj hude oblike zlorabe trga opredelijo kot kazniva dejanja ter s tem javnost in morebitne kršitelje opozorijo, da pristojni organi tako ravnanje zelo resno obravnavajo.^[31] Uredba 596/2014/EU držav članic EU sicer ne zavezuje k inkriminaciji prepovedanih ravnanj v obliki kaznivih dejanj, nalaga pa jim, naj v skladu z nacionalnim pravom zagotovijo, da so pristojni organi pooblaščen za sprejemanje ustreznih upravnih kazni in drugih ukrepov vsaj za določene kršitve.^[32]

B. - III.

Presoja

18. Predlagatelj trdi, da se opredelitvi inkriminiranih ravnanj prekrivata v celoti. Ob navedenih izhodiščih je ključno vprašanje, na katero mora v obravnavani zadevi odgovoriti Ustavno sodišče, ali je prekrivanje med znaki kaznivega dejanja iz izpodbijane določbe KZ in znaki prekrška po ZTFI le delno ali popolno.[33]

19. Zaključek, da je med določbama podana protiustavna neločljivost in zato neskladje z načelom določnosti (prvi odstavek 28. člena Ustave), ne more temeljiti zgolj na primerjavi enega zakonskega znaka obeh kaznivih ravnanj. Taka ugotovitev je lahko le rezultat celovite presoje besedila primerjanih določb ob upoštevanju njune umestitve v sistem kaznovalnega varstva posamezne pravne dobrine in ob uporabi vseh ustaljenih metod razlage (jezikovna, logična, sistematična). Poleg tega je treba v zvezi z razlago kazenskopravnega pravila upoštevati tudi določbe in načela splošnega dela KZ oziroma materialnopravne določbe ZP-1 in ne le konkretnega kazenskopravnega pravila.[34]

Opredelitev kaznivega dejanja

20. Opredelitev kaznivega dejanja zlorabe notranje informacije iz izpodbijanega prvega odstavka 243. člena KZ se je glasila:

"Kdor notranjo informacijo, ki bi lahko pomembno vplivala na ceno vrednostnega papirja ali izvedenega finančnega instrumenta, uvrščenega na organiziran trg v Republiki Sloveniji ali v vsaj eni državi članici Evropske unije oziroma za katerega je bil vložen predlog za uvrstitev na tak trg, ne glede na to, ali se z njim trguje na tem trgu ali ne, pridobi v zvezi s svojim položajem pri izdajatelju vrednostnega papirja, z lastniškim deležem v kapitalu izdajatelja vrednostnega papirja, s svojo zaposlitvijo ali pri opravljanju dejavnosti, in jo izkoristi z nakupom ali prodajo tega vrednostnega papirja ali izvedenega finančnega instrumenta zase ali za koga drugega, posredno ali neposredno, se kaznuje z zaporom do treh let."

21. Kaznivo dejanje zlorabe notranje informacije je storitveni delikt, ki se lahko izvrši izključno kot naklepno kaznivo dejanje, pri čemer storilec praviloma ravna z direktnim naklepom. Naklep storilca mora obsegati zavedanje o tem, da nezakonito razpolaga z notranjo informacijo, ter o vseh elementih posameznega izvršitvenega načina.^[35] Storilec kaznivega dejanja je po izpodbijani določbi lahko le tisti, ki pridobi notranjo informacijo v zvezi s svojim položajem pri izdajatelju vrednostnega papirja, z lastniškim deležem v kapitalu izdajatelja vrednostnega papirja, s svojo zaposlitvijo ali pri opravljanju dejavnosti. Nakup lahko opravi zase ali za koga drugega, posredno (npr. prek člana borze) ali pa neposredno, če deluje v okviru člana borze.^[36]

Opredelitev prekrška

22. Predlagatelj zatrjuje prekrivanje kaznivega dejanja iz prvega odstavka 243. člena KZ s prekrškom iz tretjega odstavka 566. člena v zvezi s 1. točko prvega odstavka tega člena ZTFI oziroma prvim odstavkom 382. člena ZTFI.

25. ZTFI je v 1. točki prvega odstavka 566. člena kot prekršek določal naslednje ravnanje:

"Z globo od 25.000 do 125.000 eurov se za prekršek kaznuje pravna oseba ali izdajatelj:

1. če neposredno ali posredno pridobi ali odtuji finančne instrumente oziroma če to poskuša, in sicer za svoj račun ali za račun druge osebe na podlagi notranjih informacij v nasprotju s 382. členom tega zakona [...]."

Tretji odstavek 566. člena ZTFI je določal:

"Z globo od 130 do 1.200 eurov se za prekršek kaznuje fizična oseba, ki stori prekršek iz 1., 2., 3., 5., 6., 7. ali 8. točke prvega odstavka tega člena."

Če določbi prvega in tretjega odstavka 566. člena ZTFI združimo, skupaj torej določata, da se z globo od 130 do 1.200 EUR za prekršek kaznuje fizična oseba, če neposredno ali posredno pridobi ali odtuji finančne instrumente oziroma če to poskuša, in sicer za svoj račun ali za račun druge osebe na podlagi notranjih informacij^[37] v nasprotju s 382. členom tega zakona.^[38]

Primerjava znakov kaznivega dejanja in znakov prekrška

Storilec/položaj storilca

23. "Storilec" kaznivega dejanja je opredeljen s splošno oznako "kdor". V povezavi z nadaljnjim besedilom dejanskega stanu kaznivega dejanja ("v zvezi s svojim položajem pri izdajatelju vrednostnega papirja, z lastniškim deležem v kapitalu izdajatelja vrednostnega papirja, s svojo zaposlitvijo ali pri opravljanju dejavnosti") je to lahko sicer le oseba z določenim položajem (npr. člani uprave oziroma nadzornega sveta, zaposleni pri izdajatelju vrednostnega papirja ali na borzi).^[39] Storilec prekrška iz tretjega odstavka 566. člena ZTFI (v zvezi s 1. točko prvega odstavka 566. člena ZTFI) je fizična oseba, ki je v skladu s prvim odstavkom 382. člena ZTFI notranjo informacijo pridobila kot član organa vodenja ali nadzora izdajatelja, kot imetnik deleža v kapitalu izdajatelja, pri opravljanju svoje zaposlitve, poklica ali nalog ali s kaznivim dejanjem. Primerjava pokaže, da gre pri opredelitvi storilca prekrška oziroma oseb iz tretjega odstavka 566. člena ZTFI za širši krog oseb, ki bi utegnile storiti ta prekršek. Zato o popolnem prekivanju znaka, ki opredeljuje storilca, ni mogoče govoriti.

Inkriminirano ravnanje

24. Primerjava opredelitev inkriminiranega oziroma prepovedanega ravnanja po KZ ("izkoristi z nakupom ali prodajo tega vrednostnega papirja ali izvedenega finančnega instrumenta") ter po ZTFI ("pridobi ali odtuji finančne instrumente oziroma to poskuša") pokaže, da ne gre za dobesednost. Pomembno je, da uporabljene besede glede na stvarni kontekst razpolaganja z vrednostnimi papirji in namen inkriminacije nedopustnega pridobivanja koristi nimajo vsebinsko popolnoma prekrivajočega pomena. Med drugim imata besedi pridobitev in odtujitev, ki ju uporablja besedilo opredelitve prekrška, širši pomen. Ta pojem ne samo hipotetično, temveč tudi dejansko lahko pomeni druge oblike pridobitve lastništva na vrednostnih papirjih. Prav tako je razlikovanje med inkriminiranimi ravnanjema podano glede primerjave znaka, ali gre za vrednostni papir, ki je uvrščen na organizirani trg v Republiki Sloveniji ali v vsaj eni državi članici EU oziroma za katerega je bil vložen predlog za uvrstitev na tak trg, ne glede na to, ali se z njim trguje na tem trgu ali ne. Kaznivo dejanje je bilo drugače od prekrška namreč mogoče storiti le v primeru, ko je šlo za vrednostni papir, uvrščen na organizirani trg. ZTFI sicer kot prekršek opredeljuje tudi že sam poskus prepovedanega ravnanja, glede na zagroženo kazen za kaznivo dejanje in ob upoštevanju splošnih določb KZ^[40] pa je prav tako kazniv tudi poskus kaznivega dejanja iz prvega odstavka 243. člena KZ. Vendar po oceni Ustavnega sodišča upoštevanje tega

dejstva še ne pomeni, da bi lahko šlo za popolno prekrivanje.

25. Primerjava znakov kaznivega dejanja in prekrška torej pokaže, da že v objektivnem pogledu ne gre za popolno prekrivanje znakov obeh kaznivih ravnanj, torej za istoznačno abstraktno opredeljeno prepovedano ravnanje. Zato očitek predlagatelja, da med njima ni jasnih ločnic, ni utemeljen. To pomeni, da izpodbijani prvi odstavek 243. člena KZ ni bil neskladju z 2. členom in prvim odstavkom 28. člena Ustave. Predlagatelj bo zato izpodbijano določbo, ki je določala kaznivo dejanje, smel uporabiti pri odločanju o pritožbi v prekinjenem postopku.

26. V delu, v katerem bi morebiti lahko šlo za (delno) prekrivanje znakov prekrška in kaznivega dejanja (opredelitev oziroma razlaga znaka notranja informacija in obstoj koristi), pa morajo pristojni organi ravnati v skladu z 11.a členom ZP-1.^[41]

27. Ustavno sodišče je pri presoji upoštevalo tudi dejstvo, da Republika Slovenija k temu, da zlorabo notranjih informacij opredeli kot kaznivo ravnanje, zavezuje tudi pravo EU.^[42] Direktiva 2014/57/EU od držav članic EU zahteva, naj vsaj hude primere trgovanja z notranjimi informacijami določijo kot kazniva dejanja, kadar so storjeni naklepno. Uredba 596/2014/EU take zahteve ne vsebuje, temveč izbiri o tem, ali naj se določeno ravnanje opredeli kot prekršek in zanj predpiše upravna kazen ali pa naj se opredeli kot kaznivo dejanje skupaj s kazensko sankcijo, prepušča državam članicam EU.^[43] Sprejeta odločitev Ustavnega sodišča v obravnavani zadevi, ki ugotavlja, da določba KZ ni bila v neskladju z Ustavo, torej ob upoštevanju prava EU zakonodajalca ne omejuje, da sledi napotkom iz Direktive 2014/57/EU in določene hude primere trgovanja z notranjimi informacijami opredeli kot kazniva dejanja. Zavezuje ga le, da opredelitev kaznivih dejanj opravi ustavnoskladno, torej tako, da se jasno loči od opredelitve prekrškov.

C.

28. Ustavno sodišče je sprejelo to odločbo na podlagi 47. člena ZUstS v sestavi: predsednica dr. Jadranka Sovdat ter sodnice in sodniki dr. Matej Accetto, dr. Dunja Jadek Pensa, DDr. Klemen Jaklič, dr. Rajko Knez, dr. Etelka Korpič – Horvat, dr. Špelca Mežnar, dr. Marijan Pavčnik in Marko Šorli. Odločbo je sprejelo s sedmimi glasovi proti dvema. Proti sta glasovala sodnika Accetto in Pavčnik. Sodnik Accetto je dal odklonilno ločeno mnenje.

dr. Jadranka Sovdat
Predsednica

[1] Glej F. Testen v: L. Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002, str. 1053.

[2] Člen 399 ZKP, ki na splošno ureja pritožbo zoper sklep, pritožbe zoper sklep višjega sodišča ne predvideva. Člen 398 ZKP, ki ureja pritožbo na sodišče tretje stopnje, pa velja samo za sodbe. Pritožba zoper sklepe, izdane na drugi stopnji, je tako izključena po samem zakonu. Prim. tudi Š. Horvat, Zakon o kazenskem postopku s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 866.

[3] KZ-1 kaznivo dejanje zlorabe notranje informacije določa v 238. členu.

- [4] Drugi odstavek 28. člena Ustave določa: "Dejanja, ki so kazniva, se ugotavljajo in kazni zanje izrekajo po zakonu, ki je veljal ob storitvi dejanja, razen če je novi zakon za storilca milejši."
- [5] KZ-1 v 7. členu določa: "(1) Za storilca kaznivega dejanja se uporablja zakon, ki je veljal ob storitvi kaznivega dejanja. (2) Če se po storitvi kaznivega dejanja zakon spremeni (enkrat ali večkrat), se uporablja zakon, ki je milejši za storilca."
- [6] Glej 22. člen KZ-1C, ki določa: "V prvem odstavku 238. člena se besedilo 'ne glede na to, ali se z njim trguje na tem trgu ali ne' nadomesti z besedilom 'ne glede na to, ali je bil posel sklenjen na tem trgu ali zunaj njega'." KZ-1C je začel veljati 20. 10. 2015.
- [7] ZTFI je začel veljati 11. 8. 2007. V Uradnem listu RS, št. 100/07, je bil sicer objavljen še popravek ZTFI, ki pa se ne nanaša na člene, ki opredeljujejo prekršek.
- [8] Iz zahteve predlagatelja pa tudi ne izhaja, da bi zoper obdolženca, zoper katerega je tekel kazenski postopek in ki mu je predlagatelj izdal sklep o prekinitev postopka odločanje, tekel tudi postopek o prekršku.
- [9] Iz opisa kaznivega dejanja, ki ga je predlagatelj priložil zahtevi, izhaja, da naj bi obdolženi to kaznivo dejanje izvršil 21. 4. 2008.
- [10] EPA št. 1702-VII.
- [11] Uredba velja in se na območju držav članic EU uporablja neposredno, in sicer v pretežnem delu od 3. 7. 2016.
- [12] Prim. 10. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-335/02 z dne 24. 3. 2005 (Uradni list RS, št. 37/05, in OdlUS XIV, 16).
- [13] Poleg tega so omejitve še prepoved določanja kaznivih dejanj in kazni s podzakonskimi akti ali z običajnim pravom (*lex scripta*), prepoved analogije pri ugotavljanju obstoja kaznivih dejanj in izrekanju kazni (*lex stricta*) in prepoved povratne veljave predpisov, ki določajo kazniva dejanja in kazni zanje (*lex praevia*); prim. odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-335/02, 10. točka obrazložitve.
- [14] Prim. 12. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-6/93 z dne 1. 4. 1994 (Uradni list RS, št. 23/94, in OdlUS III, 33) in 7. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. Up-332/98 z dne 18. 4. 2002 (Uradni list RS, št. 39/02, in OdlUS XI, 117).
- [15] Prim. 15. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-73/09 z dne 2. 7. 2009 (Uradni list RS, št. 55/09, in OdlUS XVIII, 33).
- [16] Prim. 10. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-183/96 z dne 16. 7. 1998 (Uradni list RS, št. 56/98, in OdlUS VII, 146).
- [17] Prim. 21. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-213/98 z dne 16. 3. 2000 (Uradni list RS, št. 33/2000 in 39/2000 – popr., ter OdlUS IX, 58).
- [18] Prim. sklep Ustavnega sodišča št. U-I-98/02 z dne 28. 10. 2004.
- [19] V skladu s 3. členom Zakona o prekrških (Uradni list RS, št. 29/11 – uradno prečiščeno besedilo, 21/13, 111/13 in 32/16 – v nadaljevanju ZP-1) se prekrški lahko razen z zakonom pod omejenimi pogoji določijo tudi z uredbo Vlade in z odlokom samoupravne lokalne skupnosti.
- [20] Prim. I. Bele, Zakon o prekrških s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2005, str. 53–54.
- [21] Prim. 7. in 10. točko obrazložitve. Stališče, da zakonodajalec ne sme enakega ravnanja hkrati opredeliti kot kaznivo dejanje in kot prekršek, saj bi šlo v takem primeru za antinomijo pravnega reda, ki bi bila v neskladju z načeli pravne države (2. člen Ustave) in z načelom zakonitosti v kazenskem pravu (prvi odstavek 28. člena Ustave), je Ustavno sodišče potrdilo tudi v odločbi št. U-I-24/10 z dne 19. 4. 2012 (Uradni list RS, št. 34/12); prim. 14. točko obrazložitve te odločbe.
- [22] Člen 7 EKČP določa: "Nihče ne sme biti obsojen za katerokoli dejanje, izvršeno s storitvijo ali opustitvijo, ki ni bilo določeno kot kaznivo dejanje po domačem ali po mednarodnem pravu v času, ko je bilo storjeno. Prav tako se ne sme izreči strožja kazen od tiste, ki jo je bilo mogoče izreči v času, ko je bilo kaznivo dejanje storjeno."
- [23] Prim. npr. 153. do 155. točka obrazložitve sodbe velikega senata ESČP v zadevi *Vasiliauskas proti Litvi* z dne 20. 10. 2015, 79. točka obrazložitve sodbe ESČP v zadevi *Del Rio Prada proti Španiji* z dne 21. 10. 2013 ter 45. do 49. točka obrazložitve sodbe ESČP v zadevi *Koprivnikar proti Sloveniji* z dne

24. 1. 2017.

[24] Prim. 155. točka obrazložitve sodbe ESČP v zadevi *Vasiliauskas proti Litvi*.

[25] Prim. tudi sodbi ESČP v zadevah *Kafkaris proti Cipru* z dne 12. 2. 2008 in *Kononov proti Latviji* z dne 17. 5. 2010.

[26] Prim. A. Mavko, Prepoved trgovanja na podlagi notranjih informacij z vidika ZTFI, Podjetje in delo, št. 3-4 (2011), str. 441.

[27] Direktiva 2003/6/ES je veljala do 2. 7. 2016.

[28] Kot je bilo že navedeno (10. točka obrazložitve te odločbe), je večina določb Uredbe 596/2014/EU neposredno uporabna od 3. 7. 2016.

[29] Več o tem N. Samec, Analiza elementov insiderskega posla, Podjetje in delo, št. 5 (2014), str. 742 in nasl.

[30] Člen 14 Direktive 2003/6/ES je v prvem odstavku določal: "Države članice brez vpliva na pravico držav članic do izrekanja kazenskih sankcij in v skladu s svojim nacionalnim pravom zagotovijo, da se lahko izrečejo ustrezne upravne ukrepe ali upravne kazni proti odgovornim osebam, če se ne uskladi z določbami, sprejetimi za izvajanje te direktive. Države članice poskrbijo, da so ti ukrepi učinkoviti, sorazmerni in odvrtaajoči."

[31] Prim. 6. uvodno izjavo in 3. člen Direktive 2014/57/EU. Direktivo 2014/57/EU je morala Republika Slovenija prenesti v svoj pravni red in uskladiti vso potrebno zakonodajo ter druge predpise do 3. 7. 2016. Iz Izjave o prenosu določb direktiv v pravni red Republike Slovenije izhaja, da so določbe Direktive 2014/57/EU v celoti prenesene v pravni red Republike Slovenije s KZ-1C. Prim. tudi N. Samec, nav. delo, str. 744.

[32] Uredba v prvem odstavku 30. člena (med drugim) določa: "Brez poseganja v kakršne koli kazenske sankcije in v nadzorna pooblastila pristojnih organov na podlagi člena 23 države članice v skladu z nacionalnim pravom zagotovijo, da so pristojni organi pooblašteni za sprejemanje ustreznih upravnih kazni in drugih upravnih ukrepov vsaj za naslednje kršitve:

(a) kršitve členov 14 in 15, člena 16(1) in (2), člena 17(1), (2), (4), (5) in (8), člena 18(1) do (6), člena 19(1), (2), (3), (5), (6), (7) in (11) ter člena 20(1),

(b) nesodelovanje ali neskladno ravnanje v preiskavi, inšpekcijskem pregledu ali zahtevi iz člena 23(2). [...]"

[33] V nemški literaturi je govor o "identičnosti norme". Glej npr. E. Göhler, *Ordnungs-widrigkeiten - gesetz*, 14. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, str. 190.

[34] Prav tam.

[35] Prim. L. Selinšek, *Gospodarsko kazensko pravo*, GV Založba, Ljubljana 2006, str. 356.

[36] Prav tam, str. 354 in 355.

[37] Notranja informacija je (bila) v skladu s prvim odstavkom 373. člena ZTFI: "[...] vsaka informacija, ki ima naslednje značilnosti:

1. je natančna,

2. ni bila objavljena,

3. se neposredno ali posredno nanaša:

- na enega ali več izdajateljev finančnih instrumentov ali

- na enega ali več finančnih instrumentov in

4. bi, če bi postala javna, verjetno pomembno vplivala na cene teh finančnih instrumentov ali na cene z njimi povezanih izvedenih finančnih instrumentov."

[38] V prvem odstavku 382. člena je ZTFI določal prepoved trgovanja na podlagi notranjih informacij: "Oseba, ki je notranjo informacijo pridobila na enega od naslednjih načinov:

1. kot član organa vodenja ali nadzora izdajatelja,

2. kot imetnik deleža v kapitalu izdajatelja,

3. ker ima dostop do informacij pri opravljanju svoje zaposlitve, poklica ali nalog, ali

4. s kaznivim dejanjem, te notranje informacije ne sme uporabiti za neposredno ali posredno pridobitev ali odtujitev finančnih instrumentov, na katere se ta informacija nanaša, oziroma za poskus

pridobitve ali odtujitve teh finančnih instrumentov, in sicer niti za svoj račun niti za račun druge osebe."

[39] V prekinjenem postopku se obdolženemu očita storitev kaznivega dejanja v vlogi predsednika uprave.

[40] V skladu s prvim odstavkom 22. člena KZ je (bil) poskus kazniv (med drugim), če gre za kaznivo dejanje, za katero se sme po zakonu izreči tri leta zapora ali hujša kazen. Za kaznivo dejanje iz izpodbijane določbe je (bila) zagrožena kazen do treh let zapora, torej sme sodišče izreči tudi kazen zapora v višini treh let.

[41] Člen 11a ZP-1 se glasi: "1) Zoper storilca, ki je bil v kazenskem postopku pravnomočno spoznan za krivega kaznivega dejanja, ki ima tudi znake prekrška, ali je bila zaradi takega dejanja kazenska ovadba zoper njega zavržena na podlagi postopka poravnavanja ali odloženega pregona, se ne vodi postopek o prekršku in se mu tudi ne izrekajo sankcije za prekrške. (2) Če je bil kazenski postopek za kaznivo dejanje, ki ima tudi znake prekrška, pravnomočno ustavljen, ali je bila izdana pravnomočna oprostilna sodba, ali je bil obtožni akt pravnomočno zavržen ali zavržen, ali je bila kazenska ovadba zavržena, se postopek za prekršek zoper storilca vodi le, če ga razlogi za navedeno odločitev ne izključujejo. (3) Če je bila zoper storilca vložena kazenska ovadba zaradi kaznivega dejanja, ki ima tudi znake prekrška, ali zaradi takega dejanja zoper njega teče kazenski postopek, se postopek o prekršku ne more začeti, če se je začel, pa se prekine in se ne sme nadaljevati, dokler ni postopek v zvezi s kaznivim dejanjem pravnomočno končan. V tem času zastaranje pregona zaradi prekrška ne teče in se nadaljuje po pravnomočnosti odločitve iz prejšnjega odstavka. 4) Državni tožilec mora o svoji odločitvi iz prejšnjih odstavkov tega člena, ki vpliva na vodenje postopka o prekršku, če je bil začel kazenski postopek, pa tudi o pravnomočni odločitvi sodišča, brez odlašanja obvestiti za obravnavanje prekrška pristojni prekrškovni organ oziroma sodišče."

[42] Prim. 17. točko obrazložitve te odločbe.

[43] Prim. prvi odstavek 30. člena Uredbe 596/2014/EU. Glej tudi 72. uvodno izjavo Uredbe 596/2014/EU.

⇒

U-I-132/15-15

5. 4. 2018

Odklonilno ločeno mnenje sodnika dr. Mateja Accetta, ki se mu pridružuje sodnik dr. Marijan Pavčnik

1. Vprašanje prekrivanja oziroma razmejevanja med kaznivim dejanjem in prekrškom ni enostavno vprašanje in tudi zato spoštujem presojo spoštovanih kolegov iz večine, po kateri v dani zadevi ni šlo za ustavno nedopustno popolno prekrivanje med določbama kaznivega dejanja in prekrška. Vseeno pa v tem mnenju pojasnujem razloge, zaradi katerih sem sam zagovarjal nasprotno odločitev, še toliko bolj, ker gre po mojem mnenju za stališča, ki presegajo pomen te konkretne zadeve.

2. Ob tem že uvodoma dodajam, da tako kot za večinsko odločitev tudi za mojo presojo ni zanemarljivo, da se je Ustavno sodišče s takim vprašanjem v preteklosti dvakrat že ukvarjalo. Čeprav je v tistih dveh zadevah (ki jih povzemam spodaj) sprejelo različni odločitvi, je po moji oceni v obeh sprejelo tak pristop k presoji prekrivanja, ki bi v pričujoči zadevi narekoval

ugotovitev neskladja izpodbijane (nekdanje) določbe Kazenskega zakonika (KZ) z Ustavo. V nadaljevanju mnenja najprej na kratko povzemam bistvene značilnosti prejšnjih dveh odločitev Ustavnega sodišča, nato podajam svojo razlago oziroma utemeljitev v njih zavzetega pristopa k presoji spornega vprašanja in nazadnje pojasnujem, zakaj me moja presoja v pričujoči zadevi vodi do nasprotnega odgovora od večine.

Prejšnji odločitvi Ustavnega sodišča

3. V zadevi "*Hramba orožja*"^[1] je Ustavno sodišče leta 2009 presojalo prekrivanje med določbo prvega odstavka 310. člena KZ (nedovoljena proizvodnja in promet orožja ali eksplozivov) in določbo 4. točke prvega odstavka 81. člena v zvezi z 10. členom Zakona o orožju. Določba KZ se je glasila: "*Kdor protipravno izdelava, pridobi, ponuja, prodaja, hrani, menja, vnese v državo ali iznese iz nje strelno, kemično, biološko ali jedrsko orožje, strelivo ali eksploziv ali vojaško orožje in vojaško opremo, katerih promet posameznikom ni dovoljen ali je omejen, ali pri tem posreduje, se kaznuje z zaporom od šestih mesecev do petih let.*" Prekrškovna določba Zakona o orožju pa je predpisovala globo za posameznika, ki "*poseduje orožje in strelivo brez ustrezne orožne listine*". Ustavno sodišče je ugotovilo, da je šlo za nedopustno popolno prekrivanje zakonskih znakov, ne zato, ker bi bilo to prekrivanje očitno, temveč ker je z uveljavljenimi metodami razlage ugotovilo, da gre za vsebinsko enake zakonske znake, in posledično ugotovilo neskladje določbe KZ z Ustavo.^[2]

4. Leta 2013 pa je v zadevi "*Lov z žarometi*"^[3] Ustavno sodišče presojalo prekrivanje določbe tretjega odstavka 342. člena (nezakonit lov) Kazenskega zakonika (KZ-1) in določbe 15. točke 77. člena v zvezi z 8. točko prvega odstavka 44. člena Zakona o divjadi in lovstvu. Določba KZ-1 se glasi: "*Kdor lovi ogrožene ali zredčene vrste divjadi, katerih lov je prepovedan, kdor lovi brez posebnega dovoljenja divjad posamezne vrste, za katero je potrebno tako dovoljenje, kdor lovi na način ali s sredstvi, s katerimi se divjad množično pokončuje ali kdor lovi s pomočjo motornega vozila ali žarometov, se kaznuje z denarno kaznijo ali zaporom do dveh let.*" Določba Zakona o divjadi in lovstvu pa je predpisovala globo za posameznika, ki "*uporablja pri lovu na divjad umetne vire svetlobe*". Ustavno sodišče je pri presoji ugotovilo, da je treba tretji odstavek 342. člena KZ-1 brati v povezavi s temeljno obliko po prvem odstavku, ki je poškodbeno kaznivo dejanje, poškodbeni posledici pa tisti razmejitveni znak med kazensko in prekrškovno ravni, zaradi katerega ob ustrezni razlagi določbe kaznivega dejanja ne gre za ustavno nedopustno popolno prekrivanje zakonskih znakov kaznivega dejanja in prekrška.^[4]

Načelna izhodišča presoje dopustnosti prekrivanja – kazensko pravo in načelo "ultima ratio"

5. Pristop k presoji tovrstnih vprašanj, ki ga lahko razberemo iz dosedanjih odločitev Ustavnega sodišča, je sledeč. Kot je prepričljivo poudarila že večina v 12. in 13. točki obrazložitvi odločbe, načelo zakonitosti ter iz njega izhajajoči načeli določnosti in razločnosti zagotavljajo varstvo posameznika pred samovoljnimi, nezakonitimi in čezmernimi posegi kazenskega represivnega aparata, to pa med drugim zahteva jasno in razumljivo vnaprejšnjo inkriminacijo, ki posameznike seznanja tako z obstojem prepovedi kot stopnjo (kazenske ali prekrškovne) sankcije, ki jim grozi ob kršitvi.

6. To sicer ne preprečuje vsakršnega normativnega prekrivanja, ko bi konkretno izvedeno kaznivo ravnanje izpolnilo tako zakonske znake kaznivega dejanja kot (ne docela prekrivne) zakonske znake prekrška. Do takih primerov prihaja in jih predvideva tudi zakonodaja (v 11.a členu Zakona

o prekrških (ZP-1) in v tretjem odstavku 56. člena KZ-1), ki v luči ustavne prepovedi ponovnega sojenja o isti stvari (*ne bis in idem*) iz 31. člena Ustave^[5] v procesnem smislu uvaja načelo prednosti kazenskega postopka, po katerem je treba najprej obravnavati kaznivo dejanje in šele nato ob določenih pogojih tudi prekršek. Vendar pa je taka situacija dopustna le v primeru *delnega* prekrivanja zakonskih znakov prekrška in kaznivega dejanja, ko kaznivo dejanje poleg znakov prekrška vsebuje še dodatni element, zaradi katerega je določeno ravnanje družbi tako nevarno, da preraste v drugo kvaliteto, v kaznivo dejanje.^[6] Z drugimi besedami, da je z določenim ravnanjem mogoče izpolniti zgolj znake prekrška, ne da bi bili s tem avtomatično izpolnjeni tudi zakonski znaki kaznivega dejanja.

7. Naj povedano ponazorim s primerom iz zgoraj omenjene zadeve "Lov z žarometom" v skladu z razlago kaznivega dejanja iz tretjega odstavka 342. člena KZ-1, kot jo je podalo Ustavno sodišče. Če nekdo nedopustno lovi divjad s pomočjo žarometov in jo ubije, rani ali ujame živo, potem izpolni tako zakonske znake kaznivega dejanja kot prekrška. Še več: vsakršno kaznivo ravnanje, ki izpolni znake kaznivega dejanja, bo s tem avtomatično izpolnilo tudi znake prekrška. Vendar za obstoj nedopustnega polnega prekrivanja ni upoštevna vez v tej, temveč v obratni smeri – če je zakonski znak kaznivega dejanja tudi poškodbeni posledica, to ni zgolj tisti dodatni element, zaradi katerega ravnanje preraste v kaznivo dejanje, ampak hkrati tudi razlog, zaradi katerega je mogoče izpolniti znake prekrška, ne da bi s tem izpolnili tudi znake kaznivega dejanja. Kdor divjad lovi z žarometom, pa je pri tem neuspešen, izpolni zgolj znake prekrška.

8. Popolno prekrivanje znakov kaznivega dejanja in prekrška je torej v neskladju z 2. členom in prvim odstavkom 28. člena Ustave. Dosedanja presoja Ustavnega sodišča pa ni izrecno pojasnila, zakaj se mora v primeru takega nedopustnega prekrivanja umakniti inkriminacija kaznivega dejanja oziroma zakaj je posledica ugotovljenega popolnega prekrivanja ugotovitev ustavnega neskladja določbe kaznivega dejanja in ne prekrška. Po moji oceni jo narekuje načelo *ultima ratio*, ki izhaja iz samega pojma pravne države (2. člen Ustave) in iz njega izhajajočega načela sorazmernosti^[7] ter je tudi sestavni del demokratične pravne ureditve (1. člen Ustave), katere temeljna zahteva je med drugim zagotavljanje pravice do osebnega dostojanstva in varnosti (34. člen Ustave). Izhodišče za ureditev svobodne demokratične družbe (1. člen Ustave) je pojmovanje, da ima človek svojo lastno vrednost ter da sta svoboda in enakost trajni temeljni vrednoti državne enotnosti.^[8] V tem oziru ima tudi kazensko pravo pomembno nalogo varuha pred samovoljnim in pretiranim represivnim delovanjem državnega aparata.^[9] Kazenskopravna prisila v državi, ki temelji na spoštovanju načel pravne države, ne sme preseči tistega, kar je nujno potrebno za varstvo zavarovanih dobrin,^[10] inkriminacija določenega kaznivega ravnanja kot kaznivo dejanje pa je dopustna le kot skrajno sredstvo, kadar zadostnega varstva ni mogoče doseči z milejšimi sredstvi.^[11]

9. Presoja o tem je prepuščena zakonodajalcu, ki mora težo zavarovane dobrine uskladiti s stopnjo (kazenske ali prekrškovne) sankcije in ki pri tem uživa široko stopnjo proste presoje, kar narekuje tudi zelo zadržano presojo sodišč. Vendar pa gre v primeru popolnega prekrivanja zakonskih znakov kaznivega dejanja in prekrška za položaj, v katerem že po presoji zakonodajalca pogoji za uporabo najstrožje kazenske inkriminacije niso izpolnjeni – če je zakonodajalec določeno ravnanje opredelil (tudi) kot prekršek, je namreč treba šteti, da že po njegovi lastni oceni ne gre za tako ravnanje, ki bi kot skrajno sredstvo zahtevalo inkriminacijo kot kaznivo dejanje. Taka ureditev je, kot že pojasnjeno, po ustaljeni ustavnosodni presoji v neskladju

z 2. členom in s prvim odstavkom 28. člena Ustave, posledica te ugotovitve pa v skladu z načelom *ultima ratio* neveljavnost opredelitve kaznivega dejanja.

Presoja v pričujoči zadevi

10. V pričujoči zadevi je Višje sodišče v Ljubljani vložilo zahtevo za oceno ustavnosti prvega odstavka 243. člena KZ, ki naj bi se po njegovi presoji lahko v celoti prekrival z dejanskim stanom prekrška iz tretjega odstavka 566. člena v zvezi s 1. točko prvega odstavka 566. člena oziroma prvega odstavka 382. člena Zakona o trgu finančnih instrumentov (ZTFI), ki se oba nanašata na trgovanje na podlagi notranjih informacij. Opredelitvi sta podani v 20.-22. točki obrazložitve odločbe in ju tu nemara ni treba ponavljati.

11. Po presoji večine ne gre za popolno prekrivanje znakov obeh kaznivih ravnanj iz več razlogov:

- ker gre pri opredelitvi storilca prekrška za širši krog oseb kot pri opredelitvi kaznivega dejanja;
- ker je prepovedano ravnanje opredeljeno različno (pri kaznivem dejanju kot "nakup ali prodaja", pri prekršku kot "pridobitev ali odtujitev");
- ker se kaznivo dejanje za razliko od prekrška nanaša zgolj na vrednostne papirje, ki so uvrščeni (ali predlagani za uvrstitev) na organizirani trg.

12. Presoja, ali je zaradi teh razlik, ki jim pritrjujem,[\[12\]](#) še mogoče govoriti o popolnem prekrivanju, nikakor ni premočrna, zaradi česar ponavljam uvodno misel, da spoštujem presojo večine, za katero so razlike med obema opredelitvama dovolj izrazite, da je mogoče govoriti zgolj o delnem prekrivanju kaznivega dejanja in prekrška. Vendarle pa je po moji presoji taka ocena napačna, če izhajamo iz zahtev načel pravne države, zakonitosti, določnosti in razločnosti, kot je bilo opisano zgoraj, prav tako pa pomeni odstop od presoje, uveljavljene v prejšnjih odločitvah Ustavnega sodišča.

13. Opredelitvi prepovedanega ravnanja sta res različni: izraza "pridobitev ali odtujitev" imata širši pomen kot "nakup ali prodaja", saj lahko vključujeta tudi druge oblike pridobitve ali razpolaganja z lastninsko pravico. Glede na naravo in namen kaznivega ravnanja trgovanja na podlagi notranjih informacij nekatere od teh oblik (darilna pogodba ali dedovanje) nemara niso upoštevne, a vseh resda ni mogoče povsem izključiti (npr. možnost menjalne pogodbe). Morda je presoja glede vsebinske enakosti tovrstnih znakov odvisna od tega, kolikšen poudarek je dan običajnemu pomenu izrazov v "naravnem" kontekstu inkriminiranega ravnanja. Presoja predlagatelja ga je očitno privedla do sklepa, da so z razlago v kontekstu konkretnega kaznivega ravnanja ti znaki vsebinsko enaki, in sam mu pritrjujem. Po moji oceni je enak pristop zavzelo tudi Ustavno sodišče v obeh predhodnih odločitvah. V zadevi "*Hramba orožja*" je z razlago ugotovilo vsebinsko prekrivanje pojmov "hramba" in "posest", med katerima je brez konteksta konkretnega kaznivega ravnanja mogoče ugotoviti podobno pomenljive razlike kot med izrazi "nakup ali prodaja" ter "pridobitev ali odtujitev", v zadevi "*Lov z žarometi*" pa je bil za sodišče odločilni razmejitveni znak poškodbeno posledica, ne pa dejstvo, da je kaznivo dejanje govorilo o "žarometih", prekršek pa (širše) o "umetnih virih svetlobe".

14. Podobno je v kontekstu kaznivega ravnanja po moji oceni mogoče za vsebinsko prekrivni označiti opredelitvi storilca. Opredelitev v kaznivem dejanju se je nanašala na tistega, kdor je informacijo pridobil v zvezi s svojim položajem pri izdajatelju vrednostnega papirja, z lastniškim deležem v kapitalu izdajatelja vrednostnega papirja, s svojo zaposlitvijo ali pri opravljanju

dejavnosti, v prekršku pa na fizično osebo, ki je notranjo informacijo pridobila kot član organa vodenja ali nadzora izdajatelja, kot imetnik deleža v kapitalu izdajatelja, pri opravljanju svoje zaposlitve, poklica ali nalog ali s kaznivim dejanjem. Razen izrecne omembe možnosti, v opredelitvi prekrška, pridobitve informacije s kaznivim dejanjem, med opredelitvama ob razlagi v kontekstu kaznivega ravnanja sam spet ne vidim pomembne vsebinske razlike, ki bi izključevala popolno prekrivanje.

15. Poleg tega pa gre po moji presoji tovrstno razlikovanje predaleč, saj poudarja razlike, ki lahko vplivajo na to, v katerih okoliščinah kaznivih ravnanj lahko govorimo o prekršku ali kaznivem dejanju, ne pa na tiste, ki bi opredeljevale jasni razmejitveni znak, zaradi katerega bi bilo neko konkretno kaznivo ravnanje obremenjeno s takim dodatnim elementom, ki bi izpričeval večjo nevarnost družbi in s tem utemeljeval inkriminacijo v obliki kaznivega dejanja. Tudi ta vidik je jasno razviden iz predhodnih odločitev Ustavnega sodišča: v obeh primerih je Ustavno sodišče presojalo ureditev, pri kateri je iz obsežnejših kazenskih in prekrškovnih določb izluščilo tiste relevantne dele, glede katerih je presojalo obstoj popolnega prekrivanja. Če se denimo določba prekrška nanaša tako na vrednostne papirje na organiziranem trgu kot na tiste zunaj njega, potem se vprašanje popolnega prekrivanja pač postavi zgolj v tistem delu, v katerem ureja trgovanje na organiziranem trgu.

16. Ta pomislek še toliko bolj velja z vidika ustavnih zahtev po določnosti in razločnosti zakonodaje, ki naj posameznika na razumljiv in predvidljiv način vnaprej seznanijo tako z obstojem prepovedi kot stopnjo (kazenske ali prekrškovne) sankcije, ki mu grozi ob kršitvi. V pričujoči zadevi presojani opredelitvi tej ustavni zahtevi po moji presoji nista zadostili, zaradi česar bi po mojem mnenju v skladu z načelom *ultima ratio* morali ugotoviti neskladnost izpodbijane določbe KZ z Ustavo.

dr. Matej Accetto
Sodnik

Pridružujem se OLM sodnika dr. Mateja Accetta. Posebej pomembno je, da razločevanje med kaznivim dejanjem in prekrškom ni dovolj intenzivno. Načelo »*lex certa*« zahteva, da je treba graditi tudi na prvinah, ki »bi opredeljevale jasni razmejitveni znak, zaradi katerega bi bilo neko konkretno kaznivo ravnanje obremenjeno s takim dodatnim elementom, ki bi izpričeval večjo nevarnost družbi in s tem utemeljeval inkriminacijo v obliki kaznivega dejanja.« (točka 15) Načelo »*lex certa*« zahteva, da se je treba v celoti izogniti popolnemu prekrivanju med znaki kaznivega dejanja in prekrška. V konkretnem primeru gre, kot ugotavlja sodnik Accetto, za vprašanje popolnega prekrivanja v tistem delu, v katerem je urejeno trgovanje na organiziranem trgu (glej točka 15). Še tako malenkosten odstop od načela »*lex certa*« (in z njim tudi od načela *lex distincta*), je poseg v ustavne dragotine pravne države.

dr. Marijan Pavčnik
Sodnik

-
- [1] Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-88/07 ("*Hramba orožja*") z dne 8. 1. 2009 (Uradni list RS, št. 5/09, in OdlUS XVIII, 1).
- [2] Prav tam, 11.-14. točka obrazložitve.
- [3] Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-134/11 ("*Lov z žarometi*") z dne 11. 7. 2013 (Uradni list RS, št. 63/13).
- [4] Prav tam, 12.-15. točka obrazložitve.
- [5] O tem glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-24/10 ("*Vštevanje sankcije prekrška v kazni za kaznivo dejanje*") z dne 19. 4. 2012 (Uradni list RS, št. 34/12), 13.-17. točko obrazložitve.
- [6] Tako 10. točka obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-88/07, 15. točka obrazložitve odločbe št. U-I-24/10 in 14. točka obrazložitve odločbe št. U-I-134/11.
- [7] Glede načela sorazmernosti glej npr. 25. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-18/02 z dne 24. 10. 2003 (Uradni list RS, št. 108/03, in OdlUS XII, 86). Prim. tudi L. Šturm v: L. Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za državne in evropske študije, Ljubljana 2002, str. 55.
- [8] Glej L. Šturm, nav. delo, str. 363-367.
- [9] Glej L. Bavcon in drugi, Kazensko pravo Splošni del, Šesta izdaja, Uradni list RS, Ljubljana 2014, str. 49.
- [10] Glej I. Bele, Kazenski zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2001, str. 34-38.
- [11] Glej L. Bavcon, nav. delo, str. 129; H. Jenull, Razmerje med prekrškovno in kazensko odgovornostjo, Dnevi prekrškovnega prava, Zbornik, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 13.
- [12] Še več, med kaznivim dejanjem in prekrškom obstaja razlika tudi v tem, da je kaznivo dejanje mogoče izvršiti le naklepno, prekršek pa tudi iz malomarnosti. Večina se v odločbi temu vidiku sicer ne posveča in po moji presoji tudi ta razlika, čeprav je vsaj teoretično pri konkretnem kaznivem ravnanju lahko upoštevana, ne izključuje popolnega prekrivanja, a tega nemara tu ni treba dodatno razčlenjevati - navsezadnje je enaka razlika v krivdni obliki obstajala tudi pri opredelitvah v zadevi "*Hramba orožja*", v kateri je Ustavno sodišče ugotovilo obstoj popolnega prekrivanja.

⇒

Vrsta zadeve:

ocena ustavnosti in zakonitosti predpisov in drugih splošnih aktov

Vrsta akta:

zakon

Vlagatelj:

Višje sodišče v Ljubljani

Datum vloge:

11. 9. 2015

Datum odločitve:

15. 3. 2018

Vrsta odločitve:

odločba

Vrsta rešitve:

ugotovitev - ni v neskladju z Ustavo/zakonom

Objava:

Uradni list RS, št. 24/2018

Dokument:

US31356