



Številka: Up-323/17-19

Datum: 25. 7. 2017

**ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DDR. KLEMNA
JAKLIČA K ODLOČBI ŠT. Up-323/17 Z DNE 6. 7. 2017, KI SE
MU PRIDRUŽUJE SODNIK MARKO ŠORLI**

V celoti se strinjam z argumentacijo in zaključki iz odklonilnega ločenega mnenja sodnika Šorlija. Obenem podajam nekaj svojih dodatnih vidikov, vključno s tistim glede vprašanja zadržanja izvršitve izpodbijanega akta po 58. členu ZUstS.

I.

Obsodba v tem primeru po moji oceni ne bi smela prestatu ustavnosodne presoje. Ker je večina odločila drugače, bo šel pritožnik verjetno v zapor za nekaj, česar morda ni storil. Bistvo problema z vidika Ustave je v tem, da se redna sodišča z dokazovanjem namena oškodovanja in pridobitve premoženjske koristi kot enega od konstitutivnih znakov kaznivnega dejanja, za katerega je bil pritožnik obsojen, niso podrobno ukvarjala, medtem ko izvedbe enega redkih dokazov, ki bi to vprašanje potencialno sploh lahko razčistil, niso dopustila.

Pritožnik je v ustavni pritožbi med drugim sicer kratko, a izrecno navedel, da se na Ustavno sodišče pritožuje, ker mu je bila »kršena pravica do izvajanja dokazov v korist obdolženca in kršena pravica do obrambe«. Obenem iz spisa več kot očitno izhaja, da se to nanaša na osrednji očitek, zoper katerega se je pritožnik pritoževal na vseh stopnjah – namreč zavrnitev izvedbe dokaza z izvedencem ekonomske stroke (revizorjem), ki bi izpovedal o tem, kako je pritožnik v preteklosti pri vodenju Zdravstvenega doma, vključno z dajanjem posojil v finančno korist Zdravstvenega doma, vseskozi ravnal. Jasno je, da bi s tem pritožnik lahko dokazoval, da je šlo za povsem enako nadaljevanje (t.j. primerljivo enako gotov posel) tudi v primeru obrestnega posojila Eurogradnjam, zaradi katerega pa je bil obsojen. Če bi bilo namreč v principu (preko natančne primerjave s posojilnimi posli pred tem) enako gotovo, kot v vseh prejšnjih primerih, da bi tudi to podjetje posojilo vrnilo, zakonski

znak namena oškodovanja Zdravstvenega doma oziroma pridobitve premoženjske koristi lahko ne bi bil izpolnjen.¹

Ker je pritožnik v ustavni pritožbi izrecno vsebinsko navedel, da se med drugim pritožuje zaradi kršenja pravice do izvajanja dokazov v korist obdolženca in pravice do obrambe, obenem pa je iz spisa že na prvi pogled jasno, kaj bolj podrobno s tem misli, je tudi po moji oceni² s tem zadoščeno 53. členu ZUstS in je sodišče zato ustavno pritožbo utemeljeno sprejelo v obravnavo.³ Če bi razlagali, da moramo tudi v primerih, ko je iz spisa smiselno povsem očitno, kaj neka že tako ali tako vsebinska navedba kršitve v ustavni pritožbi pomeni, ustavno pritožbo vseeno zavreči zaradi nepojasnjenih razlogov kršitve, bi to pomenilo, da se kljub temu, da so razlogi jasni, pretvarjamo, da niso. Odločali bi povsem neživljenjsko in formalistično, prav zares »črkobralsko«.⁴ Po moji oceni bi bila takšna interpretacija, ki gre v škodo pravici tudi, ko so stvari jasne in očitne (pa bi se vseeno pretvarjala, kot da jih ni), v očitnem nasprotju z Ustavo. Tako kot je sobota zaradi človeka in ne človek zaradi sobote, sta tudi Ustava in pravo zaradi pravic človeka in ne obratno.⁵ Stališče, ki pri pravni interpretaciji te življenjske modrosti ne upošteva, je skregano z duhom in namenom, zaradi katerega Ustava sploh je, s tem pa z Ustavo samo.

Nikakor ne drži stališče, da bi to pomenilo arbitrarnost do nekaterih drugih pritožnikov, ki so jim bile v takih primerih ustavne pritožbe zavržene. Razumem, da bi to morda lahko bil problem v primeru sodnic in sodnikov, ki, in če, so v podobnih primerih (po moji oceni napačno) zavračali ustavne pritožbe. Toda sam nisem drugih istovrstnih ustavnih pritožb nikoli tako zavračal in jih v svojem mandatu tudi ne bom. Morebitni argument arbitrarnosti se zato v mojem primeru ne pojavi in se ga ni treba bati. Še posebej zato ne, ker je test za sprejem ustavne pritožbe v takih primerih po moji oceni povsem jasen in takšne primere očitno in ostro ločuje od vseh tistih ustavnih pritožb, iz katerih sploh ni jasno, kaj v izpodbijanem aktu in zakaj pritožnik v resnici izpodbija.

¹ Če bi podjetje Eurogradnje vrnilo denar z obrestmi, tako kot je bilo to v vseh prejšnjih primerih »plemenitenja« preko posojil, bi najbrž težko govorili o namenu premoženjskega oškodovanja Zdravstvenega doma. Morda bi šlo za kakšno drugo protipravno ravnanje, toda ne za kaznivo dejanje po 240. členu KZ-1, ki kot zakonski znak kaznivega dejanja zahteva obstoj namena oškodovanja ter pridobitev premoženjske koristi.

² Glej tudi ločeno mnenje sodnika Šorlija v tej zadevi.

³ Za še podrobnejše razloge, ki utemeljujejo to stališče in s katerimi soglašam tudi sam, glej ločeno mnenje sodnika Šorlija v tej zadevi.

⁴ Ločeno odklonilno mnenje sodnika Ribičiča k odločbi št. Up-1391/07 z dne 10. 9. 2009, Uradni list RS, št. 82/09, in OdlUS XVIII, 84 (cit. A. Terška).

⁵ V tej zvezi nekateri govorijo tudi o »načelu dobrohotnosti« v pravu. To pravno načelo je znano že vse od rimskega prava. Glej tudi opombo 11, spodaj (slovito odklonilno ločeno mnenje sodnika Blackmuna v zadevi *DeShaney v. Winnebago Cty*), ter Boštjan M. Zupančič »Človek zaradi sobote«, esej v njegovi zbirki *Prvine prave kulture*, Fakulteta za družbene vede, Ljubljana 1995.

Ustavnoskladni test za sprejem ustavne pritožbe v tovrstnih primerih je torej, ali je že na prvi pogled (ob prvem branju) iz spisa jasno, kaj neka vsebinska navedba kršitve v ustavni pritožbi pomeni. Samo kadar to ni že samo po sebi na ta način očitno, je treba ustavno pritožbo zavreči, sicer pa ne.

Iz istega razloga – ker je v tovrstni kategoriji primerov pomen navedb iz ustavne pritožbe že sam po sebi jasen in očiten – tudi ne drži morebitna kritična predpostavka, da bi s tem Ustavno sodišče najprej ustvarjalo pritožnikove trditve, nato pa o njih še odločalo. To bi veljalo le v kategoriji primerov, pri katerih ni očitno, kaj točno pritožnik zatrjuje (kar pa ni naš primer). Takšni nejasni primeri, kot že rečeno, sodijo v kategorijo zavrženih ustavnih pritožb. Kakršnikoli nadaljnji potencialni očitki, ki bi izhajali iz opisane napačne predpostavke, bi zato tudi sami bili takšni – napačni.

Po tretji alineji 29. člena Ustave mora biti vsakomur, ki je obdolžen kaznivega dejanja, ob popolni enakopravnosti zagotovljena pravica do izvajanja dokazov v njegovo korist. Ustaljena ustavnosodna presoja je glede zahtev, ki jih morajo izpolniti sodišča, ko odločajo o predlogih pritožnikov za izvedbo razbremenilnega dokaza, jasna in ustaljena. Kriterije, pod katerimi je v okviru postopka z ustavno pritožbo mogoče poseči v sodnikovo prosto presojo o tem, ali bo dovolil izvedbo posameznega dokaza ali ne, in s tem merila, na podlagi katerih Ustavno sodišče presoja spoštovanje pravice do izvajanja dokazov v korist obdolženca, je Ustavno sodišče postavilo v odločbah št. Up-13/94 z dne 8. 6. 1995 (OdlUS IV, 128) in št. Up-34/93 z dne 8. 6. 1995 (OdlUS IV, 129). Tam je med drugim razložilo »da je v dvomu vsak dokazni predlog obrambe v korist obdolženca; sodišče ga mora izvesti, razen če je očitno, da dokaz ne more biti uspešen.« Kadar pritožniki v postopku predlagajo izvedbo razbremenilnega dokaza, morajo sodišča pri odločitvi torej upoštevati zahtevo *in dubio pro reo*. Ker bi dokaz z izvedencem ekonomske stroke (revizorjem, ki bi podal natančno oceno o preteklem poslovanju obdolženca v posojilnih poslih, na podlagi katere bi bilo mogoče podrobneje primerjati in oceniti tudi posel iz zadnje posojilne pogodbe) kaj lahko razjasnil kaj več o dejanskem namenu pritožnika, ocenjujem, da so sodišča s stališčem, s katerim so zavrnila predlog pritožnika za izvedbo dokaza, odločala mimo ustavnopravnih zahtev in mu s tem kršila pravico do izvajanja dokazov v njegovo korist iz tretje alineje 29. člena Ustave.

II.

Ker je večina ustavno pritožbo zavrnila, tudi predlog pritožnika za začasno zadržanje izvršitve sankcije dveh let zapora do končne odločitve Ustavnega sodišča o ustavni pritožbi ni več aktualen. Vseeno želim ob tem primeru opozoriti na prakso zadržanja slovenskega Ustavnega sodišča, ki po moji oceni ni ustavnoskladna in jo bo treba v prihodnje čim prej spremeniti.

Po 58. členu Zakona o Ustavnem sodišču (ZUstS) lahko Ustavno sodišče »zadrži izvršitev posamičnega akta, ki se z ustavno pritožbo izpodbija, če bi z izvršitvijo lahko nastale težko popravljive posledice.«

Slovensko Ustavno sodišče tako hudega in nepovratnega posega v človekove pravice, kot je sam poseg v osebno svobodo (zapor), iz nepojasnjenih, in po mojem mnenju neobstoječih, razlogov nikoli ne šteje za »težko popravljivo posledico«. Glej na primer sklep št. Up-729/03 z dne 11. 12. 2003.

Takšen pristop ni niti v skladu s primerjalno ustavnosodno prakso, kot velja v primeru vodilnih ustavnih oziroma vrhovnih sodišč zahodnih demokracij, niti ni logično konsistenten.

Odvzem prostosti je eden najhujših mogočih posegov v človekovo svobodo in s tem v človekove pravice. Gre za poseg, ki je že sam po sebi nepopravljiv. Nobena denarna odškodnina ne more popraviti škode, ki je človeku nastala zato, ker je bil protipravno (protiustavno) zaprt. Zaradi odvzema prostosti lahko človek izgubi službo, družino in celo vrsto priložnosti, ki bi jih sicer v tistih letih življenja imel, ter uživanje vseh človekovih pravic, ki jih je mogoče izvrševati le na prostosti. Noben denar ne more povrniti tovrstne škode. Kot tudi ne škode, ki zaprtemu človeku ob zavedanju, da je določen čas svojega življenja namesto na neki drug, bolj časten način, preživel v zaporu, nastane zaradi okrnjenja njegovega dostojanstva. Težko si je zamisliti kaj bolj nepopravljivega in težko je razumeti, zakaj bi za slovensko Ustavno sodišče, drugače kot za vodilna ustavna sodišča Zahoda, veljalo, da v primeru odvzema prostosti ne gre za tovrsten poseg (če ne nepopravljiv, pa najmanj »težko popravljiv«).

Nemško Ustavno sodišče na primer že več kot pol stoletja, vse od leta 1958,⁶ ko se je s tem vprašanjem prvič soočilo, stoji na soglasnem stališču, ki je diametralno nasprotno slovenski predpostavki. Iz opisanih razlogov kazni zapora šteje za enega najhujših posegov v človekovo svobodo, ki je že po svoji naravi nepopravljiv. Kot tak sam po sebi predstavlja razlog za zadržanje do odločitve o ustavni pritožbi, če le na drugi strani tehtnice ne prevladajo nasprotno specifične okoliščine nekega primera. Glej na primer obrazložitev nemškega Ustavnega sodišča v zadevi BVerfG 2 BvR 449/05:

»a) Če začasna odredba ne bi bila izdana, kasneje pa bi se izkazalo, da je ustavna pritožba utemeljena, bi v vmesnem času prišlo do izvrševanja zaporne kazni treh let in treh mesecev. S tem bi šlo za občuten poseg v pravico posameznika do osebne svobode, ki ima med temeljnimi pravicami posebno težo (prim. BVerfGE 22, 178 (180)), in česar pozneje ne bi bilo več mogoče popraviti.

⁶ BVerfGE 8, 102-103.

b) Če pa bi bila začasna odredba izdana, kasneje pa bi ustavno sodišče ustavno pritožbo zavrnilo kot neutemeljeno, bi bila škoda, ki bi zaradi tega nastala, manjša. V tem primeru se zaporne kazni, izrečene s pravnomočno sodbo, začasno ne sme izvršiti. Ni treba skrbeti, da bi s podreditvijo javnega interesa glede takojšnje izvršitve pravnomočno izrečene kazni zapora, javni koristi nastala znatna škoda.«⁷

Ne da bi zašel v podrobnosti primerjalne študije, ki sem jo o tem vprašanju ob predmetni ustavni pritožbi izdelal (izsledke bom podrobneje predstavil v primerih zadržanja, o katerih bo Ustavno sodišče odločalo v prihodnje), naj na tem mestu navedem zgolj to, da gre za podobno aktivno vlogo zadržanj iz naslova nepopravljivosti odvzema prostosti tudi pri drugih vodilnih ustavnih sodiščih. Doktrina kanadskega Vrhovnega sodišča gre na primer s poudarkom nepopravljivosti odvzema prostosti celo tako daleč, da včasih zahteva zadržanje do končne odločitve celo v nekaterih primerih umora in prisojene dosmrtni kazni zapora (glej primer *R. v Oland*, 2017). Po doktrini španskega Ustavnega sodišča le-to praviloma zadrži izvršitev kazni zapora, ki je krajša od petih let. Nasprotno, sodišče praviloma zavrne zadržanje, ko je dosojena kazen daljša od petih let zapora, ali ko gre za denarno kazen.⁸ Primerljivo podobno odloča češko Ustavno sodišče, Združene države Amerike pa so na primer zadržanje v primeru sankcije zapora uredile v posebnih členih zakona, ki zavezujejo vse instance zveznih sodišč (in ne le Vrhovno sodišče kot zadnjo instanco). Iz te ureditve prav tako izhaja aktivna stopnja zadržanj, do katerih pride pod naslednjima dvema (glavnima) pogoje:

- 1.) Obstoje jasnih in prepričljivih razlogov, da obsojeni, v primeru če se ga do dokončanja pritožbenega postopka pusti na prostosti, ne bo pobegnil ali predstavljal nevarnosti za varnost kakšne druge osebe ali skupnosti, ter
- 2.) da gre v zadevi za znatno pravno ali dejansko vprašanje («substantial question»), ki je za primer bistveno in bi torej, če bi prizivno sodišče o njem odločilo drugače, kot je sodeče sodišče, privedlo bodisi do razveljavitve sodbe, oprostitev, spremembe kazni, ki ne bi več vključevala kazni zapora, ali zmanjšanja kazni zapora, ki bi bila krajša od obdobja, ki ga je obsojeni morebiti že presedel, všteti predvideni čas za odločanje na pritožbeni

⁷ BVerfG 2 BvR 449/05. Glej tudi npr. BVerfG 56, 396, BVerfG 2 BvR 1323/06, BVerfG 8, 102-103, BVerfG 14, 11-13, BVerfG 22, 178-180, 2BvR 2060/06, 2 BvR 1261/00, 2 BvR 769/10 idr. Prav tako tudi Martin Badura in Meik Kranz, »Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen«, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, str. 387, kjer avtorja glede ustaljene prakse zadržanj oziroma možnosti za uspeh predloga za zadržanje (ko gre za zapor), pojasnita, da »grozeči ali že obstoječi odvzem prostosti praviloma zadosti pogojem« sprejema predloga za zadržanje.

⁸ Pojasnilo Louisa Pameda s španskega Ustavnega sodišča Službi za analize in mednarodno sodelovanje Ustavnega sodišča RS (z dne 6. 6. 2017).

instanci.⁹

Sklep primerjalne analize pritrdi ugotovitvi, da trenutni pristop slovenskega Ustavnega sodišča, ki zgolj iz razloga posega v svobodo obsojenega do danes še ni zadržalo sankcije zopora do končne odločitve v niti enem primeru, ni v sozvočju z uveljavljeno primerjalno doktrino tega vprašanja, kot so jo razvila vodilna ustavna sodišča zahodnih demokracij. Trenutno slovensko doktrino bo po mojem mnenju v prihodnje, ob primernem primeru,¹⁰ treba spremeniti. Še posebej zato, ker pa Ustavno sodišče redno sprejema sklepe o zadržanju v primerih za pravice pritožnikov mnogo manj invazivnih ukrepov, kot so nekatere civilne, stečajne in druge podobne zadeve, kjer pa gre »le« za težko popravljiv poseg v dolžnikove *materialne* dobrine. Takšno odklanjanje zadržanj v kazenskih zadevah torej ne le, da ni v sozvočju s primerjalno ustavnosodno prakso, ampak je tudi logično nekonsistentno. Poseg v materialne dobrine je, ironično, celo mnogo bolj popravljiv kot pa opisani nepopravljivi poseg v osebno svobodo. Če na primer v končanem osebnem stečaju pride do izvršbe na dolžnikovih bančnih računih, pa kasneje Ustavno sodišče ugotovi, da je bil osebni stečaj predčasno končan na podlagi kršitve človekovih pravic in bi se namesto tega moral nadaljevati in privedi do odpusta dolžnikovega dolga, se lahko takšna škoda kasneje marsikdaj povsem popravi. Sredstva, ki jih je izvršba upnikov protiustavno izterjala, se lahko vrnejo dolžniku skupaj z zakonitimi obrestmi, ali pa pritožnik po 26. členu Ustave od države izterja odškodnino zaradi kršitve človekovih pravic. (Glej ločeno pritrdilno mnenje DDr. Jakliča v zadevi U-I-56/17, Up 335/17, z dne 6. 7. 2017).

Ker trenutna doktrina slovenskega Ustavnega sodišča kljub nepojasnjene, in po mojem prepričanju neobstoječem, razlogu za razlikovanje obeh kategorij (zadržanje pri nekaterih posegih v materialne dobrine, brez zadržanja pri posegih v osebno svobodo) med obema kategorijama razlikuje, dela s tem neupravičeno razliko v varstvu ustavnih pravic državljanov. Tako neupravičeno deli državljane na tiste, ki jim

⁹ Obenem takšno »znatno« (»substantial«) vprašanje po naravi stvari predstavlja več kot zgolj primer nezavlačevanja, a obenem ne zahteva stopnje, ki bi vzpostavila raven »verjetnosti« uspeha na pritožbeni instanci: »more than merely non-frivolous, but need not rise to the level of establishing likelihood of success.« (definicija drugega okrožja). Nekatera druga zvezna sodišča ga razlagajo kot »close question« (enajsto okrožje), tretja kot »fairly debatable question« (deveto okrožje) in spet druga kot »novel, has not been decided by controlling precedent, or that is fairly doubtful« (tretje okrožje). Če je v zadevi prisotno takšno »znatno vprašanje« (prvi del testa), mora sodišče nato presoditi, ali je tovrstno vprašanje tako integralno v razmerju do obsodbe na kazen zopora, da bi nasprotna rabsodba o tem vprašanju s strani prizivnega sodišča verjetno vodila do oprostitev ali razveljavitve obsodbe (drugi del testa). (»The court went on to explain that assuming a 'substantial question' exists, the district court then must consider whether that question is 'so integral to the merits of the conviction on which defendant is to be imprisoned that a contrary appellate holding is likely to require reversal of the conviction or a new trial.'«) New York Law Journal, Vol 247, No 72, April 2012.

¹⁰ Čeprav absolutnih pravil v teh primerih tehtanja ni, so najbolj primerni kandidati primerov verjetno tisti z relativno nižjimi kaznimi zopora, v katerih praviloma tudi ni izkazana nevarnost ponovitve, pobega, ali uničenja dokazov.

ustavno varstvo nudi in tiste, ki so do takega varstva v resnici še bolj upravičeni, pa jim ga ne nudi.

Ker je trenutni pristop slovenskega Ustavnega sodišča v zvezi zadržanji na kazenskem področju neuskkljen s primerjalno ustavnosodno prakso vodilnih zahodnih ustavnih sodišč, obenem pa je tudi logično nekonsistenten (kar gre oboje na škodo pravic državljanek in državljanov), ga je po mojem prepričanju treba čim prej korigirati.

Na koncu dodajam še to, da je pritožnik za zadržanje zatrjeval tudi resne zdravstvene razloge, vsaj v delu podkrepjene z oceno zdravnika. Gre celo za navedbe o nevarnosti za pritožnikovo življenje ali hudo poslabšanje zdravja, če bi se sankcija zapora izvršila. Ustavno sodišče jih ni podrobno proučilo, saj je zaradi odločitve večine o zavrnitvi domnevno preskope ustavne pritožbe vprašanje zadržanja naposled avtomatično odpadlo. Če bi izvršitev kazni zapora ogrozila zdravje ali celo življenje pritožnika, bi bilo to od vsega najhuje. Pri problemu pravnega formalizma ne gre toliko za to, da bi ugotavljali njegovo napačnost v abstraktni teoriji, temveč predvsem za to, da z vidika usod ljudi ni nedolžna igrača.¹¹

DDr. Klemen Jaklič
Sodnik

Z odklonilnim ločenim mnenjem DDr. Jakliča se v celoti strinjam. Še poseben razlog, da se mu pridružujem, pa je njegovo stališče do vprašanja začasnega zadržanja, zapisano v točki II, s tem vprašanjem se v svojem ločenem mnenju nisem ukvarjal. Pomisleke v prakso odločanja Vrhovnega sodišča o predlogih za odložitev ali prekinitve izvršitve kazenskih sodb sem imel že v času službovanja na tem sodišču; zadržanje je bilo redka izjema, glede katere sodišče ni imelo razvitega doktrinarnega pristopa.

¹¹ DeShaney v. Winnebago Cty. DSS, 489 U.S. 189 (1989). Glej ločeno odklonilno mnenje sodnika Blackmuna v tem neslavnem, a znamenitem primeru; predvsem del, v katerem Blackmun govori o »sterile formalism« večine ter njegovih posledicah nasploh (»Poor Joshua!«). Predsednik Clinton je ta del Blackmunovega mnenja citiral ob sodnikovi upokojitvi, skupaj z njegovim avtorstvom odločitve v zadevi Roe v. Wade pa je bil ob sodnikovi smrti to njegov najbolj priznan prispevek. Predvsem konservativni pravni strokovnjaki, ki so bliže formalizmu, Blackmunovemu znamenitemu ločenemu mnenju še vedno odrekajo veljavo.



Na podoben problem, tokrat pred Ustavnim sodiščem, opozarja kolega DDr. Jaklič in s predstavitvijo pristopov nemškega Ustavnega in kanadskega Vrhovnega sodišča ponuja mogoče rešitve. Podpiram njegov primerjalno pravni pristop in se strinjam, da je potrebno dosedanjo slovensko ustavnosodno prakso uskladiti s prakso vodilnih ustavnih sodišč.

Marko Šorli
Sodnik