



Številka: U-I-56/17-10
Up-335/17-12
Datum: 12. 7. 2017

**PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DDR. KLEMNA
JAKLIČA K SKLEPU ŠT. U-I-56/17, Up-335/17-12 Z DNE 6. 7.
2017, KI SE MU PRIDRUŽUJE SODNIK MARKO ŠORLI**

Z izrekom sklepa se v celoti strinjam, še posebej z zadržanjem končanja postopka osebne stečaja, dokler Ustavno sodišče ne odloči o pritožnikovi ustavni pritožbi. Hkrati se čutim dolžnega opozoriti na, po mojem prepričanju, logično nekonsistentnost pri trenutni doktrini Ustavnega sodišča v zvezi z zadržanji, ki bi jo bilo v najkrajšem času v prihodnjem odločanju treba razrešiti ter na ta ali oni način odpraviti.

V postopku osebne stečaja je redno sodišče odločilo, da je dolžnik (sedaj ustavni pritožnik) ravnal v nasprotju z namenom odpusta obveznosti in s tem povzročil situacijo, v kateri se mora osebni stečaj po zakonu zaključiti. Sklep Ustavnega sodišča pojasni, da bi zaradi obstoja nevarnosti končanja postopka osebne stečaja za ustavnega pritožnika med tekom postopka njegove ustavne pritožbe lahko nastale težko popravljive posledice. Ker bi se osebni stečaj končal, bi upniki zoper pritožnika lahko sprožili izvršilne postopke in premoženje izterjali. Morebitni kasnejši uspeh pritožnika z ustavno pritožbo bi bil torej prepozen; zanj bi nastala situacija težko popravljivih posledic. Zato je Ustavno sodišče pravilno odločilo, da se končanje postopka osebne stečaja zadrži do odločitve o pritožnikovi ustavni pritožbi. Ta odločitev temelji na dvostranskem tehtanju. Na eni strani bi brez zadržanja za pritožnika nastale težko popravljive posledice, po drugi strani pa zadržanje za upnike »ne more imeti enako hudih škodljivih posledic. Če namreč pritožnik v postopku pred Ustavnim sodiščem ne bi uspel, bi to pomenilo le odložitev izdaje sklepa o končanju postopka osebne stečaja« in s tem bi upniki prišli do poplačila po dokončni odločitvi Ustavnega sodišča (8. točka obrazložitve).

Trdim, da ni konsistentnega ustavnoskladnega razloga, zakaj bi Ustavno sodišče k zadržanju na civilnem in stečajnem področju pristopalo na tovrsten (po mojem mnenju pravilen) način, obenem pa ne bi na isti način pristopalo na

kazenskopravnem področju, in sicer (največkrat) v primerih, v katerih nevarnosti ponovitve kaznivega dejanja, pobega ali uničenja dokazov niso bile ugotovljene ali sploh ne obstajajo. Dejstvo namreč je, da na kazenskopravnem področju slovensko Ustavno sodišče tako hudega in nepovratnega posega v človekove pravice, kot je sam poseg v osebno svobodo (zapor), iz nepojasnjenih (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 **(1)** ni niti v skladu s primerjalno ustavnosodno prakso, kot velja v primeru vodilnih ustavnih oziroma vrhovnih sodišč zahodnih demokracij, **(2)** niti ni logično konsistenten.

Add (1). 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«, kot pravi dikcija 58. člena ZUstS, ki ureja zadržanje).

Nemško Ustavno sodišče na primer že več kot pol stoletja, vse od leta 1958,¹ 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 nasprotne specifične okoliščine nekega primera (dvostransko tehtanje, prav takšno kot v nekazenskem, stečajnem primeru, ki je predmet tega sklepa). 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.

¹ 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.»²

Ne da bi zašel v podrobnosti primerjalne študije, ki sem jo o tem vprašanju 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 dosmrtno 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.³ 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.) Obstoja 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 instanci.⁴

² 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.

³ Pojasnilo Louisa Pameda s španskega Ustavnega sodišča Službi za analize in mednarodno sodelovanje Ustavnega sodišča RS (z dne 6. 6. 2017).

⁴ Obenem takšno »znatno« («substantial») vprašanje po naravi stvari predstavlja več kot zgolj primer nezavlačevanja, a obenem ne zahteva stopnje, ki bi vzpostavila raven »verjetnosti«

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 zapora 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,⁵ potrebno korigirati. Še posebej zato, ker, kot vidimo, pa Ustavno sodišče redno sprejema sklepe o zadržanju v primerih za pravice pritožnikov mnogo manj invazivnih ukrepov, kot je npr. ta pred nami, kjer gre pri predhodnem končanju postopka osebnega stečaja »le« za težko popravljiv poseg v dolžnikove *materialne* dobrine.

Add 2). Takšna ureditev torej ne le, da ni v sozvočju s primerjalno ustavnosodno prakso, ampak je tudi logično nekonsistentna. Poseg v materialne dobrine je, ironično, celo tudi mnogo bolj popravljiv kot pa opisani nepopravljivi poseg v osebno svobodo. Če na primer v končanem osebne stečaju pride do izvršbe na dolžnikovih bančnih računih, pa kasneje Ustavno sodišče ugotovi, da je bil osebni stečaj protiustavno predčasno končan 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 vrnejo dolžniku skupaj z zakonitimi obrestmi. V bistvu enak princip velja za ostalo premoženje dolžnika (pritožnika), čeprav seveda tudi drži, da v primeru nekaterih kategorij materialnega premoženja gotovo velja ocena težko popravljive posledice (npr. hiša, v kateri biva družina, posebna vrednost kakšne kategorije premičnine ali nepremičnine osebno zgolj za dolžnika, ipd). Ničesar primerljivo popravljivega pa ni pri protipravno izvršeni sankciji odvzema prostosti (protiustavna obsodba in zapor) in zato izsledki kratke primerjalne analize, ki ravno pri tovrstnem posegu najdejo razloge za zadržanje, niso presenetljivi. Ker trenutna doktrina slovenskega Ustavnega sodišča kljub nepojasnjene, in po mojem prepričanju neobstoječem, razlogu za razlikovanje

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 zapora, da bi nasprotna rabsodba o tem vprašanju s strani prizivnega sodišča verjetno vodila do oprostite 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.

⁵ Čeprav absolutnih pravil v teh primerih tehtanja ni, so najbolj primerni kandidati primerov verjetno tisti z relativno nižjimi kaznimi zapora, v katerih praviloma tudi ni izkazana nevarnost ponovitve, pobega, ali uničenja dokazov.

obeh kategorij (zadržanje pri nekaterih posegih v materialne dobrine, brez zadržanja pri posegih v osebno svobodo) med obema kategorijama kljub temu razlikuje, dela s tem neupravičeno razliko v varstvu ustavnih pravic državljanov. Tako neupravičeno deli državljanke na tiste, ki jim ustavno varstvo nudi in tiste, ki so do takega varstva v resnici še bolj upravičene, pa jim ga ne nudi. Od tu dalje sta za konsistentno ustavnosodno odločanje le dve možnosti. Če se večina kolegov, ki je glasovala za zadržanje v tem primeru ne strinja z zadržanjem tudi na kazenskopravnem področju (kot to velja po trenutni doktrini), bi zaradi konsistentnosti argumenta tudi v tem primeru osebnega stečaja, ko gre »le« za (celo bolj popravljiv poseg v) materialne dobrine, morala odločiti proti začasnemu zadržanju. Druga možnost za večino, ki je glasovala za zadržanje v tem primeru osebnega stečaja, pa je obenem spremeniti trenutno doktrino nezadržanj na kazenskopravnem področju in nekonsistentnost uskladiti na ta način (moje stališče, kot pojasnjeno, podpira to rešitev). Naj bo to ali ono, več kot očitno je, da je trenutno različno obravnavanje obeh kategorij (pri čemer po zadržanju celo bolj kliče odvzem svobode kot pa civilni, materialni poseg, ki je tudi bolj popravljiv) logično nekonsistentno in ga je zato, v izogib neenakemu obravnavanju pravic državljanek in državljanov, v prihodnje po mojem prepričanju treba čim prej korigirati.

DDr. Klemen Jaklič
Sodnik

Marko Šorli
Sodnik