



Številka: U-I-6/15-28
Up-33/15-37
Up-1003/15-32
Datum: 19. 7. 2018

DELNO PRITRDILNO DELNO ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DR. MATEJA ACCETTA K ODLOČBI ŠT. U-I-6/15, Up- 33/15-37, Up-1003/15-32 Z DNE 5. 7. 2018

1. V pričujoči zadevi sem lahko podprl drugo in tretjo točko izreka – soglašam s kolegi iz večine, da je bila s sodnimi odločbami, izpodbijanimi z ustavnima pritožbama, kršena pritožnična pravica iz 22. člena Ustave, in s posledicami razveljavitve prvega odstavka 57. člena Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (ZOPNI) za odločbe, ki so bile izdane na podlagi te določbe.

2. Drugače od spoštovanih kolegov pa menim, da pri določi prvega odstavka 57. člena ne gre za pravo retroaktivnost, ki krši določbo 155. člena Ustave, ampak za nepravo retroaktivnost, ki bi terjala drugačno presojo z vidika načela varstva zaupanja v pravo, enega izmed načel pravne države iz 2. člena Ustave. Ta razlika je po moji presoji vse prej kot nepomembna, tudi če bi na koncu glede konkretne zadeve vodila do istega ali podobnega rezultata, saj bi terjala drugačno in bolj konkretizirano presojo celotne ureditve postopka odvzema premoženja nezakonitega izvora ter morda tudi bolj niansirano ločnico med ustavno dopustnimi in nedopustnimi vidiki te ureditve. Zato prve točke izreka nisem mogel podpreti.

3. V tem ločenem mnenju povzemam svoje razloge za to stališče. Najprej se na kratko posvečam naravi postopka odvzema premoženja nezakonitega izvora, ki ga je uzakonil ZOPNI. Te presoje večina, potem ko je ugotovila neskladnost izpodbijane določbe s prepovedjo povratne veljave predpisov iz 155. člena Ustave, ni potrebovala, a je vendarle tudi sama zase – in še toliko bolj ob mojem stališču, da ne gre za pravo retroaktivnost v nasprotju s 155. členom – pomembna v luči načela zakonitosti oziroma kazensko-pravnih ustavnih jamstev iz prvega odstavka 28. člena Ustave ter 7. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP). Nato pojasnujem razloge, zakaj po mojem mnenju ne gre za pravo, ampak za nepravo retroaktivnost, na koncu pa na kratko pojasnujem še pomen tega razlikovanja.

I.

4. Uzakonitev možnosti odvzema premoženja nezakonitega izvora ni slovenska posebnost – nasprotno, v različnih pojavnih oblikah podobne ureditve najdemo v številnih državah. Različni poskusi klasifikacij teh ureditev glede na njihove poglobitve značilnosti govorijo o treh ali štirih oblikah, denimo o kazenskem, razširjenem in civilnem postopku odvzema premoženja nezakonitega izvora.¹ Vsem je skupno, da želijo zagotoviti odvzem nezakonitega premoženja, pridobljenega s protipravnim ravnanjem, le da kazenski in razširjeni postopek odvzema temeljita na predhodni kazenski obsodbi osebe (zaradi česar se tovrstni postopki imenujejo tudi postopki *in personam*), civilni postopek pa ni odvisen od kazenske obsodbe osebe, saj je uperjen zgolj zoper premoženje, medtem ko ne pomeni – in ne sme pomeniti – ne kazni ne pripisovanja kazenske odgovornosti določeni osebi (zaradi česar se tovrstni postopki imenujejo tudi postopki *in rem*).

5. Primerjalni pregled in doktrinarna spoznanja med poglobitnimi razlogi za uvedbo civilnih postopkov odvzema po eni strani poudarjajo pomen tovrstnih postopkov v tistih primerih, v katerih (zlasti zaradi smrti, bega ali kazenske imunitete) ni mogoče izpeljati kazenskega postopka, po drugi strani pa spoznanje, da tradicionalni kazenskopravni postopki ne zadoščajo za spopad z določenimi oblikami kriminalitete z visoko (in trajnejšo) dobičkonosnostjo, ampak da je treba vzpostaviti tudi civilne postopke za odvzem sadov tovrstne protipravne dejavnosti. Med tovrstnimi oblikami kriminalitete poudarjajo organizirani kriminal na splošno, trgovino z drogami, gospodarsko kriminaliteto in korupcijo.² Ena od primerjalnih raziskav iz leta 2013 med državami, ki poznajo možnost civilnega postopka odvzema, primeroma omenja Italijo, ZDA, Avstralijo, Kanado, Fidži, Malezijo, Novo Zelandijo, Južno Afriko, Združeno kraljestvo, Irsko, Nizozemsko, Kolumbijo, Filipine in Mauritius.³

6. Če na kratko povzamem bistvene značilnosti civilnega postopka odvzema, po katerih se razlikuje od kazenskega, je zanj značilno, da ne pomeni pripisovanja kazenske odgovornosti določeni osebi in tudi ne kazenske sankcije oziroma kazni iz prvega odstavka 28. člena Ustave, zato pa ne zahteva kazenskega postopka in tudi ne predhodne kazenske obsodbe, prav tako pa tudi ne enake stopnje procesnih jamstev. To med drugim pomembno pomeni nižji dokazni standard, praviloma standard pretežne

¹ Pri nas npr. M. Pezdirc, Kazenska, razširjena in civilna zaplemba protipravne premoženjske koristi, Pravna praksa, št. 34 (2010), str. 6–9; glej tudi odločbo št. U-I-91/15 (»Odvzem pomešanega premoženja«) z dne 16. 3. 2017 (Uradni list RS, št. 16/2017), op. 7 k 17. točki obrazložitve.

² Glej npr. Impact Study on Civil Forfeiture, Council of Europe, Beograd 2013, str. 7; T. S. Greenbeerg in dr., Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture, The World Bank, Washington 2009, str. 7–11.

³ Impact Study on Civil Forfeiture, v op. 2 nav. delo, str. 8–9.

verjetnosti (*on the balance of probabilities*), za ugotavljanje nezakonitosti izvora premoženja.⁴

7. Ob presoji ZOPNI zato zame ni zanemarljivo vprašanje, ali gre za ureditev civilnega ali kazenskega postopka odvzema. Če bi postopek odvzema pomenil pripisovanje kazenske odgovornosti določeni osebi ali naložitev kazni iz prvega odstavka 28. člena Ustave, bi bil sporen tako z vidika Ustave kot z vidika EKČP oziroma ustaljene presoje Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP). ESČP je obravnavalo več zadev o odvzemu premoženja nezakonitega izvora in izoblikovalo stališča, kdaj gre za civilni postopek. Pri tem je upoštevalo njegovo opredelitev po nacionalnem pravu, (objektivno ovrednoteno) naravo ukrepa oziroma opredeljene kršitve ter strogost zagrožene sankcije.⁵ Pri presoji konkretnih postopkov odvzema premoženja brez predhodne kazenske obsodbe je ESČP z uporabo teh meril včasih prišlo do spoznanja, da je v konkretnem postopku šlo za kazen v smislu 7. člena EKČP,⁶ pogosteje pa, da ne.⁷

8. Čeprav ZOPNI ni brez stika z instituti in standardi kazenskega prava, kar nekaterim komentatorjem vzbuja tudi pomisleke glede njegove opredelitve kot civilnega postopka,⁸ je treba zaključiti, da je po slovenski ureditvi opredeljen kot civilni postopek *in rem*. To izhaja že iz zakonodajnega gradiva,⁹ enako pa postopek po ZOPNI opredeljujejo tudi sodišča.¹⁰ ZOPNI tudi nima kaznovalnega namena, ampak želi onemogočiti okoriščenje posameznikov s skupnosti škodljivo protipravno dejavnostjo in preprečiti nadaljnji potek

⁴ Impact Study on Civil Forfeiture, v op. 2 nav. delo, str. 9 in 44; T. S. Greenbeerg in dr., v op. 2 nav. delo, str. 14. Glej npr. tudi Sporočilo Komisije, Premoženjske koristi, pridobljene z organiziranim kriminalom: Zagotovitev, da »se kriminal ne splača« z dne 20. 11. 2008 (KOM/2008/0766), odsek 3.3.1 o zaplembi brez kazenske obsodbe:

»V večini držav članic je zaplemba kazni, povezana s kazensko obsodbo. Z novim pravnim instrumentom pa bi se lahko predvideli primeri, ko bi se zaplemba izvršila brez predhodne kazenske obsodbe, na primer]:

(i) če zaradi nesorazmerja med premoženjem in prijavljenim dohodkom lastnika tega premoženja ter zaradi dejstva, da ima ta redne stike z znanimi zločinci, obstaja sum, da je to premoženje premoženjska korist, pridobljena s hudimi kaznivimi dejanji. V tem primeru se lahko pri civilnem sodišču (ki lahko odredi zaplembo premoženja) vloži tožba na podlagi domneve, za katero obstajajo utemeljeni razlogi, da premoženje lahko izvira iz premoženjskih koristi, pridobljenih s kaznivimi dejanji. V teh primerih je dokazno breme obrnjeno in domnevni zločinec bi moral dokazati zakonit izvor premoženja [...]

⁵ Kot je to prvič (tedaj pri razmejevanju med kazenskimi in disciplinskimi postopki) ESČP poudarilo v zadevi *Engel in drugi proti Nizozemski* (št. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72) z dne 8. 6. 1976, 82. točka obrazložitve.

⁶ Npr. sodba ESČP v zadevi *Welch proti Združenemu kraljestvu* (št. 17440/90) z dne 9. 2. 1995.

⁷ Glej npr. odločitev ESČP v zadevi *Walsh proti Združenemu kraljestvu* (št. 43384/05) z dne 21. 11. 2006 in sodbo v zadevi *Gogitidze proti Gruziji* (št. 36862/05) z dne 12. 5. 2015.

⁸ Glej npr. M. Bošnjak, Pogoji odvzema premoženja nezakonitega izvora – nekatera kritična vprašanja, *Podjetje in delo*, št. 6–7 (2013), str. 1107–1115.

⁹ Glej npr. obsežno obrazložitev Predloga Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora z dne 30. 6. 2011.

¹⁰ Glej npr. sodbo Višjega sodišča v Ljubljani št. I Cp 2124/2017 z dne 25. 10. 2017 in sklepe Višjega sodišča v Ljubljani št. I Cp 1033/2015 z dne 10. 4. 2015, št. I Cp 2934/2016 z dne 15. 11. 2016, št. I Cp 1518/2017 z dne 29. 6. 2017, št. II Cp 1785/2015 z dne 8. 3. 2017, št. I Cp 426/2015 z dne 20. 2. 2015, št. I Cp 1801/2016 z dne 6. 7. 2016 in št. II Cp 814/2017 z dne 12. 4. 2017.

ali širjenje take protipravne dejavnosti, kar sta ustavno dopustna cilja zagotavljanja izravnalne pravičnosti kot gradnika ustavnega načela pravne države oziroma udejanjanja z Ustavo zapovedane socialne vezanosti lastnine.¹¹ Ko odloča o odvzemu premoženja, sodišče ne zasleduje kaznovalnega namena in ne ugotavlja kazenske odgovornosti posameznikov, enako tudi morebitni odvzem premoženja ne pomeni kaznovanja tožene stranke, zaradi česar se ukrep odvzema tudi ne vpiše v kazensko evidenco. Čeprav gre pri odvzemu premoženja lahko za močan poseg v pravico do zasebne lastnine, tudi po naravi in strogosti sankcije ni primerljiv s kazenskimi sankcijami, ki lahko posegajo v osebno svobodo, ukrep odvzema ni nepopravljiv (zaradi možnosti kondicijskega zahtevka na podlagi neupravičene obogatitve po 190. členu Obligacijskega zakonika), prav tako ne ZOPNI ne (v upoštevnem obsegu) Zakon o izvršbi in zavarovanju ne omogočata pretvorbe neizvršenega odvzema premoženja nezakonitega izvora v kazen zapora.

9. Odvzem po ZOPNI tako po moji oceni ne pomeni kazni v smislu prvega odstavka 28. člena Ustave in 7. člena EKČP, ampak gre za civilni postopek *in rem*. To ne pomeni, da je po moji oceni ZOPNI v celoti ustavno skladen, pomeni pa, da ga ne gre presoјati po ustavnih jamstvih iz prvega odstavka 28. člena Ustave.

II.

10. Moje ključno razhajanje z večino se osredotoča na vprašanje, ali gre pri določi prvega odstavka 57. člena za pravo ali nepravo retroaktivnost. V dosednji presoji Ustavnega sodišča ni mogoče najti povsem jasno izoblikovanih meril, ki bi v vseh primerih že sama po sebi narekovala nedvoumen odgovor, kdaj gre za eno in kdaj za drugo obliko retroaktivnosti. Meja je včasih zabrisana in jo Ustavno sodišče opredeljuje glede na okoliščine konkretnega primera,¹² posledica pa je različna presoja, bodisi po merilih prepovedi povratne veljave predpisov iz 155. člena Ustave bodisi po zapovedih načela varstva zaupanja v pravo iz 2. člena Ustave. Tudi v tej zadevi meja ni povsem jasna – vendarle pa gre po moji presoji iz več razlogov v primeru (izpodbijane določbe) ZOPNI za nepravo retroaktivnost.

¹¹ Tako Ustavno sodišče že v odločbi št. U-I-91/15, 41. točka obrazložitve. K temu je mogoče dodati, da že (kazenski) odvzem protipravne premoženjske koristi po KZ-1 in ZKP ne pomeni kazenske sankcije, saj ne izpolnjuje njenih funkcij, ampak je kazenskopravni ukrep posebne vrste (*sui generis*), ki ga KZ-1 obravnava v posebnem poglavju, katerega namen je vzpostavitev premoženjskega stanja, kakršno je obstajalo pred storitvijo kaznivega dejanja. Prim. L. Bavcon, A. Šelih in drugi, Kazensko pravo – splošni del, Uradni list RS, Ljubljana 2013, str. 496 in nasl., in odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-296/02 (*Šuštar*) z dne 20. 5. 2004 (Uradni list RS, št. 68/04, in OdlUS XIII, 41), 17. točka obrazložitve.

¹² Kar je morda tudi prava pot za postopno izoblikovanje jasnejših pravil. Pavčnik tako nekje zapiše: »O tem vprašanju ni mogoče razpravljati le na načelni ravni. Če je le mogoče, ga je treba povezati s konkretnim primerom, ki osvetli, kje so prava vozlišča.« M. Pavčnik, Iskanje opornih mest, GV Založba, Ljubljana 2017, str. 88.

11. To razlikovanje med pravo in nepravo retroaktivnostjo – ali, kot bom za lažje razlikovanje tudi pisal v nadaljevanju mnenja, med *retroaktivnostjo* in *retrospektivnostjo* – v dosedanji presoji Ustavnega sodišča, pa tudi podobne izkušnje primerjalnih ureditev, ki se jih bom na kratko dotaknil spodaj, odražajo težavno iskanje pravega ravnovesja med predvidljivostjo in prilagodljivostjo prava,¹³ kar se lahko izrazi v spremembi tako vsebine prava kot *razlage* prej sprejetega in na videz nespremenjenega prava.¹⁴ Po eni strani se zdi samoumevno, da zakoni ne smejo učinkovati za nazaj, po drugi strani pa je, kot potrjujeta tudi Ustava in še bolj presoja Ustavnega sodišča z razlikovanjem med pravo in nepravo retroaktivnostjo, vsaj omejena možnost retroaktivnega in retrospektivnega urejanja nujno orodje zakonodajalca.¹⁵ Izziv iskanja ravnovesja je tako presenetljivo težak.¹⁶

12. V nadaljevanju najprej na kratko povzemam nekatera doktrinarna in primerjalna spoznanja o razlikovanju med retroaktivnostjo, retrospektivnostjo in prospektivnostjo predpisov, nato pa v luči teh spoznanj podajam svojo razlago (sporne določbe) ZOPNI, po kateri gre pri njej zgolj za retrospektivnost oziroma nepravo retroaktivnost.

O retroaktivnosti in retrospektivnosti splošno

13. Primerjalna analiza različnih pravnih ureditev vedno skriva določene pasti, še posebno v takih primerih, ko je že na ustavni ravni vprašanje urejeno različno. Nekatero države poznajo ustavne določbe, ki bolj ali manj izrecno prepovedujejo retroaktivnost, čeprav pogosto omejene predvsem na prepoved retroaktivnosti v kazenskem pravu,¹⁷ v

¹³ Prim. M. Pavčnik, Časovnost razlage zakona, v: M. Pavčnik in T. Štajnpihler Božič (ur.), Časovnost razlage zakona, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2018, str. 25–29.

¹⁴ Glej A. Novak, Pravo v času, čas v pravu, v: M. Pavčnik in T. Štajnpihler Božič (ur.), Časovnost razlage zakona, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 2018, str. 35–36 in 39–42. Prim. kritično analizo v luči konkretne zadeve v B. Roth, Retrospective Justice or Retroactive Standards? Human Rights as a Sword in the East German Leaders Case, Wayne Law Review, 50 (2004) 37, str. 49–56.

¹⁵ Tako tudi E. Edinger, Retrospectivity in Law, University of British Columbia Law Review, 29 (1995) 5, str. 12, ki prav tako citira del takoj spodaj navedene Fullerjeve misli.

¹⁶ Kot je zapisal Fuller: »Lahko bi domnevali, da bi bilo tudi načelo, ki obsoja retroaktivne zakone, zelo lahko formalizirano s preprostim pravilom, da tak zakon nikoli ne bi smel biti sprejet ali ne bi smel veljati, če bi ga uveljavljali. Tako pravilo pa bi le slabo služilo zakonitosti. Zanimivo, da se ena izmed navidezno najočitnejših zahtev pravnosti – da mora pravilo, sprejeto danes, urejati, kar se bo zgodilo jutri, in ne, kar se je zgodilo včeraj – izkaže kot tista, ki povzroča nekatere izmed najtežjih problemov celotne notranje moralnosti prava.« L. Fuller, Moralnost prava, GV Založba, Ljubljana 2015, str. 116.

¹⁷ Ameriška ustava npr. poleg določb o dolžnem pravnem postopanju petega in štirinajstega amandmaja vsebuje dve izrecni določbi v 1. členu ameriške ustave (ki govorita o prepovedi *ex post facto* zakonov), a za kateri je Vrhovno sodišče ZDA kljub verjetno drugačnemu izvirnemu namenu že zelo zgodaj izreklo, da se nanašata zgolj na kazenskopravno zakonodajo – glej sodbo *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798), na katero se sodišča sklicujejo še danes, in Edinger, v op. 15 nav. delo, str. 17–18; v Kanadi je bila na ustavno raven leta 1982 povzdignjena domneva proti retroaktivni veljavi kazenske zakonodaje; irska ustava (v členu 15(5)(1)) vsebuje določbo, ki parlamentu preperečuje, da bi za kršitev prava razglasil dejanja, ki niso bila kot taka opredeljena ob

drugih so prepoved retroaktivnosti kot merilo veljavnosti zakonodaje na ustavni ravni prepoznala sodišča,¹⁸ pri čemer je v ureditvah *common law* z angleško tradicijo, z izjemo ustavno izraženih prepovedi retroaktivnosti v kazenskem pravu, prepoved retroaktivnosti praviloma izražena kot domneva razlage zakonodaje, ne pa merilo njene veljavnosti, saj zakonodajalec lahko sprejema retroaktivne zakone.¹⁹ Vendarle pa si je lahko koristno ogledati, kako sta se z bolj ali manj istovrstnimi izzivi spopadali tuja praksa in teorija, pri čemer se bom za bolj osredotočeno analizo posvetil kanadski ureditvi, ki se je večkrat soočala s tovrstnimi vprašanji.²⁰

14. V sodbi iz leta 1997²¹ je kanadsko vrhovno sodišče povzelo stališče vodilnega kanadskega teoretika o razlikovanju med retroaktivnostjo in retrospektivnostjo:²²

»Retroaktivni zakon je zakon, ki učinkuje od trenutka pred njegovim sprejemom. Retrospektivni zakon je zakon, ki učinkuje zgolj v prihodnje. Je prospektiven, a določa nove učinke glede preteklega dogodka. Retroaktivni zakon *učinkuje za nazaj*. Retrospektivni zakon *učinkuje za vnaprej*, a se ozira nazaj v tem smislu, da določa nove *prihodnje* posledice dogodka, ki se je pripetil pred sprejemom zakona. Retroaktivni zakon spreminja pravo, kakršno je bilo; retrospektivni zakon spreminja pravo, kakršno bi sicer bilo z ozirom na pretekli dogodek.«

15. Sorodna je tipologija v doktrini, ki razlikuje med tremi različnimi vrstami časovne uporabe zakona:²³ (1) *prospektivnim zakonom*, ki se uporablja od uveljavitve naprej za dejanski stan, ki nastopi po njegovi uveljavitvi oziroma objavi; (2) *retrospektivnim zakonom*, ki se uporablja od uveljavitve naprej, a tudi za dejanski stan, ki je lahko nastopil že pred njegovo uveljavitvijo; ter (3) *retroaktivnim zakonom*, za katerega se šteje, da se

njihovi storitvi, za katero v praksi tudi praviloma velja, da se nanaša na kazensko pravo – toda prim. odločitev v zadevi *Dublin City Council v. Fennell*, [2005] 2 I.L.R.M. 288, s širšo uporabo te ustavne določbe v kontekstu presoje povratne uporabe zakona o uveljavitvi EKČP iz leta 2003 in možnosti odškodnine v primeru »protipravnih« oblastnih odločitev. Glej P. A. McDermott, *The Impact of the Human Rights Act 2003 on Criminal Law*, *Judicial Studies Institute Journal*, 5 (2005) 99, str. 101–103.

¹⁸ Npr. vsaj potencialno pristop kanadskih sodišč z razlago načela pravne države (npr. sodba kanadskega vrhovnega sodišča v zadevi *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 SCR 753, na str. 805–806, kjer je poudarjen širok pomen načela pravne države oziroma vladavine prava, ki da med drugim vključuje tudi »podreditev *poznanim* pravnim pravilom« (poudarek dodan)), možnostjo prepoznave impliciranih ustavnih načel in razširjajoče razlage drugih določb – glej Edinger, v op. 15 nav. delo, str. 20.

¹⁹ Glej npr. J. P. Salembier, *Understanding Retroactivity: When the Past Just Ain't What It Used to Be*, *Hong Kong Law Journal*, 33 (2003) 99, str. 101–102 in dela, navedena v op. 13 na str. 101.

²⁰ Pri tem seveda ne želim zanikati dejstva, da je Ustavno sodišče pri razvoju svojega razlikovalnega pristopa navdih črpalo iz nemške ustavnosodne presoje – o tem glej npr. ločeno mnenje sodnice Korpič Horvat k odločbi št. U-I-158/11 z dne 17. 12. 2013 (Uradni list RS, št. 107/13, in OdlUS XX, 11), 9. točka mnenja.

²¹ *Benner v. Canada*, [1997] 1 SCR 358, 39. točka obrazložitve.

²² E. A. Driedger, *Statutes: Retroactive Retrospective Reflections*, *The Canadian Bar Review*, 56 (1978) 264, str. 268–269 (poudarki v izvirniku).

²³ Glej npr. Salembier, v op. 19 nav. delo, str. 102.

uporablja že od trenutka pred njegovo uveljavitvijo in tako tudi za dejanski stan, ki je nastopil pred njegovo uveljavitvijo.

16. V (enostaven) oris razlikovanja lahko služi hipotetični primer zakona,²⁴ ki bi bil uveljavljen 1. maja 2018 in ki bi omejeval možnost najemodajalcev za dvig najemnine pri stanovanjskih najemnih razmerjih. Prva možnost bi bil zakon, ki bi določal:

»Najemodajalci v primerih stanovanjskih najemnih razmerij, sklenjenih po uveljavitvi zakona, najemnine ne smejo zvišati za več kot pet odstotkov na leto.«

To bi bil prospektivni zakon, ki bi učinkoval za v prihodnje na prihodnje dejanske stanove. Druga možnost bi bil zakon, ki bi določal:

»Najemodajalci od uveljavitve tega zakona v primerih novih ali obstoječih stanovanjskih najemnih razmerij najemnine ne smejo zvišati za več kot pet odstotkov na leto.«

To bi bil retrospektivni zakon, ki bi učinkoval za v prihodnje, a tudi za najemna razmerja, ki so obstajala pred njegovo uveljavitvijo (in to ne glede na to, kaj je glede dviganja najemnin določala posamezna prej sklenjena pogodba). Tretja možnost pa bi bil zakon, ki bi določal:

»Najemodajalci najemnine ne smejo zvišati za več kot pet odstotkov na leto v primerih vseh stanovanjskih najemnih razmerij, sklenjenih po 10. 11. 2001. Šteje se, da je določba prejšnjega stavka začela veljati 10. 11. 2001.«

To bi bil retroaktivni zakon (in to, v primerjavi z drugo možnostjo, zaradi omembe preteklega datuma v drugem stavku, ne prvem). Ne samo, da bi se uporabljal za najemna razmerja, sklenjena pred uveljavitvijo zakona (ki je v tem hipotetičnem primeru 1. 5. 2018), ampak bi se zanje uporabljal vse od trenutka njihove sklenitve: za nazaj bi postala nezakonita vsa letna povišanja najemnine za več kot pet odstotkov, najemniki pa bi pretekle, po novem preplačane zneske najemnine lahko zahtevali nazaj.

17. Vprašanje (ne)dopustnosti povratne veljavnosti se kot zares težavno postavlja le pri drugi vrsti, retrospektivnosti, v tistih primerih, kadar bi se nanašala na v celoti v preteklosti zaključeni dejanski stan.²⁵ Kanadsko vrhovno sodišče je v zadevi iz leta 1975²⁶ presojalo primer, v katerem se je postavilo tovrstno vprašanje: prej veljavni zakon je z namenom spodbujanja iskanja nafte in zemeljskega plina naftnim družbam kot davčno olajšavo omogočal, da so stroške vrtanja in iskanja nafte lahko odbile od prihodkov v kasnejših

²⁴ Povzemam po prav tam, str. 103–104. Mogoče si je zamisliti druge primere, recimo z retrospektivno in retroaktivno spremembo davčne zakonodaje, a naj za potrebe mnenja zadošča že ta primer.

²⁵ Glej npr. M. J. Graetz, *Retroactivity Revisited*, Harvard Law Review, 98 (1985) 1820, str. 1821, ki kot nedopustno retroaktivnost označuje uporabo novih pravil za že zaključene dejanske stanove; prim. dela, citirana v Salembier, v op. 19 nav. delo, str. 113–114.

²⁶ *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 SCR 271.

letih; pritožnica je v obdobju pred letom 1960 imela presežne stroške z vrtnanjem in iskanjem nafte; leta 1960 je njeno premoženje za pobotanje dolga prevzela njena matična družba, pritožnica pa je prenehala s projekti vrtnanja in iskanja nafte, a ker prevzem premoženja ni bil izpeljan v skladu s pogoji iz zakona, matična družba od nje ni prevzela pravice do davčnega odbitka; leta 1962 je bil zakon spremenjen in ni več določal enakih omejitev za prenos pravice do davčnega odbitka; leta 1964 je po prenehanju matične družbe delnice pritožnice pridobila nova družba in pritožnica je spet pričela z delovanjem vrtnanja in iskanja nafte, v letih 1965 do 1968 pa od prihodkov odbijala stroške, ki jih je imela pred letom 1960. Teh odbitkov ji niso priznali, češ da je s spremembo zakona leta 1962 pravica do davčnega odbitka naknadno prešla na matično družbo in je pritožnica nima več. Pritožnica pa je temu ugovarjala, češ da naj bi šlo za prepovedano povratno veljavo zakona iz 1992, ki bi posegel v zaključen dejanski stan prevzema iz leta 1960 (ko do prevzema pravice do odbitka ni prišlo). Večinska odločitev sodišča – ki je bilo razdvojeno – je o tem vprašanju zapisala:²⁷

»Določba, kot je bila spremenjena z odpravo [omejitev], ne želi vplivati na davčna leta pred datumom novele; ne sega v preteklost in ne izreka, da naj kot pravo ali kot pravice strank na neki zgodnejši datum obvelja nekaj drugega kot tisto, kar je veljalo na ta zgodnejši datum. Učinek, kolikor zadeva pritožnico, je za v prihodnje odreči pravico do odbitka, ki jo je uživala v preteklosti, a v pravico ne posega za čas pred uveljavitvijo novele zakona.«

18. Povedano drugače, v kontekstu kanadske ureditve se je kot najbolj težavno postavljalo vprašanje, v katerih primerih retrospektivnosti pride v poštev domneva prepovedi retrospektivne razlage.²⁸ Po še eni s strani sodišč sprejeti klasifikaciji naj bi tudi ta kategorija še vedno vsebovala tri različne vrste retrospektivnih zakonov: (1) tiste, ki preteklim dogodkom pripisujejo (nove) blagohotne posledice in niso podvrženi domnevi; (2) tiste, ki preteklim dogodkom pripisujejo (nove) škodljive posledice in so podvrženi domnevi; ter (3) tiste, ki nalagajo sankcijo osebi, ki je opredeljena s sklicevanjem na pretekli dogodek, a sankcija ni posledica tega dogodka, pri katerih prav tako ne pride do domneve.²⁹ Ko je kanadsko vrhovno sodišče to klasifikacijo povzelo v zadevi *Brousseau*, je še dodalo:³⁰

»Podzvrst tretje vrste zakona, kot jo opisuje Driedger, je zakonodaja, ki lahko določa sankcijo osebi v zvezi s preteklim dogodkom, vse dokler namen sankcije ni kaznovanje zadevne osebe, ampak varovanje javnosti.«

19. Prav tako primerjalna doktrina in praksa³¹ pogosto zastopata stališče, da se prepoved retroaktivnosti (ali domneva zoper retroaktivnost) ne razteza na postopkovne norme.

²⁷ Prav tam, str. 279–280.

²⁸ Driedger, v op. 22 nav. delo, str. 271–272.

²⁹ Prav tam, str. 271.

³⁰ *Brousseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 SCR 301, str. 319.

³¹ Glej npr. Salembier, v op. 19 nav. delo, str. 120, in vire, navedene v op. 88 na isti strani.

Primerjalni pregled pokaže, da je to tudi prevladujoče stališče glede presoje povratnega učinkovanja civilnih postopkov odvzema premoženja nezakonitega izvora:³² nedopustna retroaktivnost bi bila odvzem premoženja zaradi vezi z ravnanjem, ki v upoštevnem času sploh ni bilo kaznivo; vzpostavitev ustreznega organa in ali podelitev pristojnosti za tak ukrep odvzema določenemu organu v primeru, ko je bilo ravnanje kaznivo že v upoštevnem preteklem obdobju, pa je zgolj vprašanje postopka in tako ne preprečuje ukrepanja tega organa tudi v povezavi s kaznivimi dejanji iz obdobja pred njegovo ustanovitvijo. V kontekstu civilnih postopkov odvzema premoženja nezakonitega izvora je bolj ali manj splošno sprejeto stališče, da je retrospektivna (ali celo retroaktivna)³³ uporaba tovrstnih postopkov odvzema dopustna oziroma v zasledovanju namena preprečevanja okoriščanje posameznikov s protipravno dejavnostjo celo zaželena.³⁴

O retroaktivnosti in retrospektivnosti v slovenski ustavnosodni presoji in presoji ZOPNI

20. Ustavnosodna presoja Ustavnega sodišča razlikuje med pravo in nepravo retroaktivnostjo. Kot odločba povzema v 16. točki obrazložitve, ima v skladu z ustaljeno presojo predpis povratne učinke tedaj, (1) ko je za začetek njegove uporabe določen trenutek pred njegovo uveljavitvijo oziroma (2) ko je za začetek njegove uporabe določen trenutek po njegovi uveljavitvi, vendar njegove posamezne določbe učinkujejo tako, da za nazaj posežejo v pravne položaje ali pravna dejstva, ki so bili zaključeni v času veljavnosti prejšnje pravne norme.

21. Retrospektivnost oziroma tako imenovana neprava retroaktivnost pa je po doktrini podana tedaj, kadar zakon ureja konkretni dejanski stan, ki je sicer nastal že pred objavo zakona, ni pa še bil v celoti zaključen, ter s tem za v prihodnje naknadno razvrednoti zadevne pravne položaje.³⁵ Retrospektivnosti oziroma nepravi retroaktivnosti se, kot že rečeno, že zaradi potrebe po prilagajanju prava s potekom časa ni niti mogoče niti željeno izogniti.³⁶ A tudi v takem primeru je, kot že rečeno, treba opraviti presojo tovrstnih zakonskih določb z vidika načela varstva zaupanja v pravo kot enega izmed načel pravne države iz 2. člena Ustave.³⁷

³² Glej Impact Study on Civil Forfeiture, v op. 2 nav. delo, str. 43–44 in op. 36 na str. 44, kjer sta poleg že omenjene odločitve ESČP v zadevi *Walsh proti Združenemu kraljestvu* navedeni še dve sodbi britanskih sodišč.

³³ Glej T. S. Greenbeerg in dr., v op. 2 nav. delo, str. 44.

³⁴ Glej prav tam, str. 44–47, vključno s tam vključenim pregledom sodnih odločb v različnih pravnih ureditvah.

³⁵ Glej L. Šturm v L. Šturm (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije*, FPDEŠ, Ljubljana 2002, str. 1040.

³⁶ Glej 10. točko mnenja zgoraj. Prim. tudi M. Pavčnik, *Teorija prava* (5. izdaja), GV Založba, Ljubljana 2017, str. 214.

³⁷ Glej npr. odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-39/95 (*Bezjak in dr.*) z dne 23. 9. 1998 (Uradni list RS, št. 68/98, in OdlUS VII, 162), 14. točka obrazložitve; št. U-I-135/00 (*Kompas*) z dne 9. 10. 2002 (Uradni list RS, št. 93/02, in OdlUS XI, 211), 33. točka obrazložitve; št. U-I-141/01 (*Veterinarska zbornica Slovenije*) z dne 20. 5. 2004 (Uradni list RS, št. 62/04, in OdlUS XIII, 35), 22. točka obrazložitve.

22. Razmejitev je včasih težavna, kot je na doktrinarni ravni nakazal Pavčnik:³⁸ »Meja med pravo in nepravo retroaktivnostjo predpisov ni čista in je do neke mere zabrisana tedaj, ko se predpis nanaša na dejanski stan, ki je v razvoju, ali pa na dejanski stan, ki je relativno trajne narave (npr. lastnina na nepremičninah).« Problem nemara ni posebej težaven pri prvi, ampak bržkone pri drugi od navedenih vrst prave retroaktivnosti. Pri presoji (izpodbijane določbe) ZOPNI se po moji presoji zamajeta oba ključna pogoja za obstoj te vrste prave retroaktivnosti, kot izhajata iz ustaljene presoje Ustavnega sodišča: (i) da gre za *zaključene* pravne položaje ali pravna dejstva ter (ii) da gre za poseg vanje *za nazaj*.

23. Prvič, torej, ker po moji presoji ne gre (nujno) za pred uveljavitvijo ZOPNI *zaključene* pravne položaje ali pravna dejstva. Kot poudarja tudi večinska odločba, je ena od ključnih prvin postopka odvzema premoženja nezakonitega izvora po ZOPNI kot civilnega postopka *in rem* – po obstoju določene stopnje suma storitve kaznivega dejanja kot sprožilnem mehanizmu postopka odvzema – domneva iz drugega odstavka 5. člena ZOPNI, da je premoženje nezakonitega izvora, če je podano (beri: izkazano) *očitno nesorazmerje* med obsegom premoženja in »neto« dohodki v obdobju, v katerem je bilo premoženje pridobljeno. Ugotavljanje nesorazmerja je tako mogoče le v razponu določenega obdobja z začetnim in končnim datumom (dohodkov se drugače sploh ne da smiselno ugotavljati) – če je kot končni datum upoštevnega obdobja določen datum po uveljavitvi ZOPNI, potem ne more iti za že v celoti pred uveljavitvijo ZOPNI *zaključene* pravne položaje ali pravna dejstva, saj upoštevno pravno dejstvo nastopi šele v trenutku končnega datuma upoštevnega obdobja, torej *po uveljavitvi* ZOPNI, tudi če je kot začetek upoštevnega obdobja določen datum pred uveljavitvijo ZOPNI.

24. Ter drugič, ker po moji presoji v vsakem primeru ne gre za poseg v pravne položaje oziroma dejstva *za nazaj*. Retroaktivnost predpisov je sporna zato, ker krni predvidljivost oziroma naslovnikom onemogoča, da bi svoje ravnanje vnaprej lahko prilagodili predpisu. Zato denimo zgoraj omenjena irska ustava prepoveduje, da bi zakonodajalec za nazaj na novo kot kršitev opredelil preteklo dejanje, ki v upoštevem preteklem obdobju ni bilo opredeljeno kot tako. Povedano drugače, če zakon na novo za nazaj razmejuje med dopustnim in nedopustnim ravnanjem, potem gre za retroaktivno učinkovanje.

25. V pričujoči zadevi večinska odločba to nedopustno retroaktivnost prepoznava (v 28.–32. točki obrazložitve) v domnevi nezakonnosti ob očitnem nesorazmerju med obsegom premoženja in dohodki, ker s tem (32. točka obrazložitve) »v bistvu na novo opredeljuje kršitev in nanjo navezuje novi pravni posledici – omejitev razpolaganja s premoženjem in odvzem premoženja. S tem, kolikor se uporablja na podlagi prvega odstavka 57. člena, posega v že pridobljeni pravici svobodnega razpolaganja s premoženjem in njegovega mirnega uživanja. Zato ureditev iz prvega odstavka 57. člena ZOPNI, ki zapoveduje

³⁸ Pavčnik, v op. 12 nav. delo, str. 88.

uporabo teh posledic na dejanska stanja iz časa pred začetkom veljavnosti ZOPNI, pomeni povratno učinkovanje teh pravnih posledic.«

26. Strinjam se, da ZOPNI posega v že pridobljeni pravici svobodnega razpolaganja s premoženjem in njegovega mirnega uživanja. Menim pa, da vanju ne posega *za nazaj*. Vsaj sam v ZOPNI ne najdem pravil, ki bi narekovala poseg v premoženje za nazaj, v obdobje pred uveljavitvijo ZOPNI, ali denimo poleg odvzema premoženja za nazaj terjala tudi odvzem koristi, ki jo je pridobitelj takega premoženja imel od uživanja tega premoženja v spornem obdobju od pridobitve premoženja do uveljavitve ZOPNI. Je potemtakem res mogoče govoriti, da je izpolnjen tisti del druge vrste prave retroaktivnosti iz ustaljene ustavnosodne presoje, ki govori o »poseganju v pravne položaje ali pravna dejstva za nazaj«?

27. V zadevi *Kotnik*³⁹ je Ustavno sodišče denimo presojalo, ali je šlo pri ureditvi izrednega ukrepa izbrisa ali konverzije kvalificiranih obveznosti banke, ki se je uporabljala tudi za kvalificirane pravice, pridobljene pred uveljavitvijo izpodbijanega zakona, in zapisalo (opomba izpuščena):⁴⁰

»Uveljavitev mehanizma prisilnega izbrisa ali konverzije za "stare", že obstoječe finančne instrumente ne posega za nazaj v pravne položaje ali pravna dejstva, ki so bili zaključeni v času veljavnosti prejšnje pravne norme (torej v času, ko izbris ali konverzija nista bila mogoča). Ob pravilni razlagi (ki upošteva tudi 155. člen Ustave) namreč izbris ali konverzija nista mogla pripeljati do obveznosti imetnika kvalificirane pravice, da vrača banki ali kateremu drugemu subjektu denarne zneske, ki jih je iz naslova kvalificirane pravice od banke že prejel, ali da kako drugače postane neveljavno določeno, v preteklosti že "konzumirano" izvrševanje njegovih morebitnih drugih upravičenj, ki bi bila z izbrisom ali konverzijo za naprej odvzeta ali zmanjšana. Drugače povedano, izpodbijana ureditev ni "gledala nazaj", pač pa je "gledala naprej".«

28. Poleg tega se ne strinjam, da je domneva očitnega nesorazmerja na novo opredeljena kršitev. Predpostavka in opredelitev kršitve je nezakoniti izvor premoženja, ki je bil v primeru premoženja, pridobljenega pred uveljavitvijo ZOPNI, nezakonit že v upoštevnem obdobju pred uveljavitvijo ZOPNI. Domneva očitnega nesorazmerja je postopkovna prвина, del dokaznega postopka za ugotavljanje te nezakonitosti. Ta vidik ureditve se mi tako zdi blizu tistim poudarkom primerjalnih pregledov civilnih postopkov odvzema premoženja (glej 19. točko tega mnenja), ki retrospektivnih sprememb postopkovnih pravil ne štejejo za nedopustno retroaktivnost.

29. To, končno, še toliko bolj velja za določbo prvega odstavka 57. člena, ki pravi, da se zakon uporablja tudi za zadeve, v katerih se je predkazenski ali kazenski postopek začel pred njegovo uveljavitvijo oziroma po 1. 1. 1990. Ta določba se ne nanaša na povratno

³⁹ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-295/13 (*Kotnik*) z dne 19. 10. 2016 (Uradni list RS, št. 71/16, in OdlUS XXI, 28).

⁴⁰ Prav tam, 99. točka obrazložitve.

opredeljevanje kršitve, niti na domnevo nezakonitosti ob očitnem nesorazmerju ne, ampak zgolj na sprožilni mehanizem postopka odvzema. V tem oziru se mi zdi podobna opredelitvi (glej 18. točko tega mnenja) ureditve, ki določa posledice za osebo, ki je opredeljena s sklicevanjem na pretekli dogodek, a sankcija ni posledica tega dogodka, ureditve, ki za kanadsko doktrino in prakso ni sporna z vidika retroaktivnosti; ali pa denimo tretji hipotetični zakonski določbi, opisane v 16. točki tega mnenja, brez njenega drugega stavka.

30. Kaj bi se spremenilo, če ZOPNI določbe prvega odstavka 57. člena ne bi vseboval? Bi bilo potemtakem nemogoče, da bi prišlo do postopka odvzema premoženja, pridobljenega pred uveljavitvijo ZOPNI ali povezanega s kaznivimi dejanji, storjenimi pred uveljavitvijo ZOPNI? Tudi v takem primeru bi ugotavljanje očitnega nesorazmerja med premoženjem in dohodki še vedno zahtevalo ugotavljanje premoženja in dohodkov v določenem časovnem obdobju, pri čemer bi recimo začetna časovna točka lahko segala v čas pred uveljavitvijo ZOPNI, končna pa po njej, torej ne bi šlo za že pred uveljavitvijo ZOPNI zaključene pravne položaje oziroma dejstva. V takem primeru bi morda odsotnost te določbe pomenila predvsem dodatno negotovost glede vprašanja, kako daleč nazaj se lahko določi začetek upoštevnega obdobja za ugotavljanje očitnega nesorazmerja. Ali pa bi brez določbe prvega odstavka 57. člena šteli, da tudi začetek upoštevnega obdobja za ugotavljanje očitnega nesorazmerja – ne da bi se spraševali o trenutku uvedbe predkazenskega ali kazenskega postopka kot sprožilnega mehanizma – nikoli ne sme seči v čas pred uveljavitvijo ZOPNI? To se mi vsekakor zdi stališče, ki se odmika od v svetu prevladujočih stališč o načelni dopustnosti retrospektivnosti civilnih postopkov odvzema premoženja nezakonitega izvora, kot sem jih skušal orisati zgoraj.

31. Po moji presoji tako torej ne gre za (pravo) retroaktivnost, ko bi zakon želel posegati v pridobljene pravice za nazaj, ampak za retrospektivnost oziroma nepravo retroaktivnost, ko zakon »prej zakonsko določene pravice ali pogoje za njihovo uveljavljanje [lahko spreminja] z učinkom za naprej, če te spremembe ne nasprotujejo z ustavo določenim načelom oziroma drugim ustavnim določbam, zlasti načelu varstva zaupanja v pravo kot enemu od načel pravne države«. ⁴¹ Problema prave retroaktivnosti sam tudi ne zaznam pri kritičnem sklicevanju (v 32. točki odločbe) na opredelitev iz Predloga Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora, da ta predlog »obravnavava premoženje, katerega izvor je bil, če bo tako ugotovljeno s pravnomočno sodbo, nezakonit že v času pridobitve«. To besedilo je po moji oceni mogoče in prav brati le kot priznanje pomembne vloge sodišča, ki mora v luči konkretnih okoliščin vsake konkretne zadeve sprejeti odločitev, ali so glede na dejanski stan podani razlogi za pripis pravne posledice, ⁴² ne pa kot željo retroaktivnega pripisovanja nezakonitosti premoženju za nazaj.

⁴¹ Tako tudi ustaljena presoja Ustavnega sodišča, npr. v zadevi *Kompas*, op. 37 zgoraj, 32. točka obrazložitve.

⁴² Pri čemer je seveda v naravi sodnega odločanja, da učinkuje le »retroaktivno«, da »za nazaj« odloča o primerih iz preteklosti – glej npr. R. S. Kay, *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*, *American Journal of Comparative Law*, 62 (2014) 37, str. 37; Pavčnik, v op. 13 nav. delo, str. 17 in nasl.

III.

32. Morda si po eni plati s spoštovanimi kolegi iz večine nismo povsem vsaksebi. Iz odločbe je mogoče razbrati, da večina v ZOPNI vidi več pomanjkljivosti, ki po mojem mnenju ne dokazujejo njegove prave retroaktivnosti in ki nemara niti niso odvisne od njenega obstoja. Tudi meni se zdijo določeni vidiki ureditve po ZOPNI sporni: zelo razrahljana vez med kaznivim dejanjem in premoženjem v postopku odvzema premoženja – čeprav seveda po drugi strani razumem, zakaj v postopku po ZOPNI kot civilnem postopku *in rem* ni povezave s kazenskim postopkom ali ugotavljanjem kazenske odgovornosti določene osebe; domneva nezakonnosti ob obstoju očitnega nesorazmerja v povezavi z obrnjenim dokaznim bremenom; in navsezadnje tudi zelo odmaknjen začetni trenutek uvedbe (pred)kazenskega postopka kot sprožilnega mehanizma.

33. Vsi ti vidiki tudi ob presoji z vidika 2. člena Ustave ne bi bili spregledani. Res pa bi zahtevali drugačno presojo, ki se ne bi končala z ugotovitvijo neustavnosti sredstva, ampak zahtevala iskanje pravega sorazmerja med zasledovanimi in varovanimi dobrinami ter nemara tudi bolj težavno niansirano presojo v luči konkretnih zadev. Kot sem skušal prikazati zgoraj, bi bil tak pristop ustrezen že po strogo tehnični plati.

34. Ob upoštevanju takega stališča pa je po mojem mnenju odločba tudi močno posegla v pristojnost zakonodajalca, da – podobno kot zakonodajalci v številnih drugih državah po svetu – opravi presojo o (sedanjih in preteklih) okoliščinah, ki v določenih primerih narekujejo uvedbo civilnega postopka odvzema premoženja nezakonitega izvora kot potrebnega ukrepa za spopad z določenimi hujšimi oblikami kriminalitete, presojo, ki bi se nato soočila z drugimi ustavno varovanimi dobrinami v okviru presoje z vidika 2. člena Ustave. Odločba je zakonodajalcu vsekakor pristrigla peruti. Bojim se, da preveč.

dr. Matej Accetto
Sodnik