



Številka: U-I-6/15-26
Up-33/15-35
Up-1003/15-30
Datum: 20. 7. 2018

**ODKLONILNO LOČENO MNENJE
SODNICE DR. ETELKE KORPIČ – HORVAT
K ODLOČBI ŠT. U-I-6/15, Up-33/15, Up-1003/15 z dne 5. 7. 2018**

1. Večina sodnic in sodnikov je odločila, da ima ZOPNI nedopusten retroaktivni učinek. Tako je presodila zaradi prvega odstavka 57. člena ZOPNI, to je zaradi določbe, ki se glasi: "*Ta zakon se uporablja tudi za zadeve, v katerih se je predkazenski ali kazenski postopek začel pred njegovo uveljavitvijo oziroma po 1. 1. 1990.*" S presojo večine, da 57. člen vgrajuje v ZOPNI retroaktivni učinek, ki je po 155. členu Ustave nedopusten, se nisem strinjala.

2. Osrednji pojem v ZOPNI je pojem, ki je označen z izrazom *nesorazmerje med obsegom premoženja in dohodki*. Po določbi drugega odstavka 5. člena se "*domneva [...], da premoženje ni bilo pridobljeno iz zakonitih dohodkov oziroma na zakonit način, če je podano očitno nesorazmerje med njegovim obsegom in dohodki* [moj poudarek], *zmanjšanimi za davke in prispevke, ki jih je oseba zoper katero teče postopek [...], plačala v obdobju, v katerem je bilo premoženje pridobljeno.*" Da se lahko presodi, ali ima ZOPNI zaradi prvega odstavka 57. člena nedopusten retroaktivni učinek, je treba podati razlago pojma *nesorazmerje med premoženjem in dohodki*. Torej, treba je razjasniti, kako se ugotovi, da je podano očitno nesorazmerje med obsegom premoženja in dohodki.

3. Za razlago pojma *nesorazmerje med obsegom premoženja in dohodki* se lahko uporabi razlagalno pravilo, ki mu Antonin Scalia pravi *pošteno branje zakona (fair reading)*.¹ V našem primeru se razlaga začne z upoštevanjem, da je premoženje po svoji naravi *sklad*, medtem ko je dohodek po svoji naravi *tok*. Se pravi: ko se

¹ A. Scalia, B. A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, Thomson/West, St. Paul, MN 2012.

ugotavlja vrednost premoženja, se ugotavlja, koliko je vredno v določeni časovni točki; ko pa se ugotavlja dohodek, se ugotavlja, koliko je znašal v določenem časovnem intervalu. Povedano na kratko, ugotavljanje premoženja je točkovno, ugotavljanje dohodka je intervalno.

4. Časovni interval je določen z dvema točkama na časovni premici. Da se ugotovi, ali je podano očitno nesorazmerje med obsegom premoženja in dohodki, je potemtakem treba upoštevati dve časovni točki, recimo jima dan D1 in dan D2.² Naj velja, da je D1 na časovni premici pred D2. Časovni interval od D1 do D2 je obdobje finančne preiskave. Po izbiri D1 in D2 se ugotovi vrednosti, ki se jih rabi za določitev razmerja med obsegom premoženja in dohodki:

- (a) Identificira se premoženje, ki ga je preiskovanec imel na dan D1 in premoženje, ki ga je imel na dan D2.³ Nakar se ugotovi vrednost preiskovančevega premoženja, in sicer vrednost na dan D1 (v nadaljevanju *premoženjska vrednost V1*) in vrednost na dan D2 (v nadaljevanju *premoženjska vrednost V2*).
- (b) Če je premoženjska vrednost V2 večja kot premoženjska vrednost V1, razlika $V2 - V1$ predstavlja *porast vrednosti preiskovančevega premoženja* med D1 in D2.
- (c) Ugotovi se, kolikšen je bil preiskovančev dohodek v času od D1 do D2 ter kolikšne davke in prispevke je zato plačal preiskovanec. Znesek plačanih davkov in prispevkov se odšteje od ugotovljenega dohodka. Tako se dobi dohodkovni znesek (v nadaljevanju *preiskovančev neto dohodek* v času od D1 do D2), ki naj bi pojasnil porast preiskovančevega premoženja med D1 in D2.
- (d) Porast vrednosti preiskovančevega premoženja med D1 in D2 se primerja s preiskovančevim neto dohodkom v času od D1 do D2: če je bil porast vrednosti premoženja pomembno večji kot neto dohodek, se lahko domneva, da je podano očitno nesorazmerje med obsegom preiskovančevega premoženja in njegovimi dohodki in da je zato premoženje, ki ga je imel preiskovanec na dan D2, (deloma ali v celoti) nezakonitega izvora.⁴

² Strogo vzeto dan ni časovna točka, marveč (24-urni) interval. Dan je približek za pojem časovne točke.

³ Gre za premoženje, ki ga je preiskovanec imel v lasti ali posesti, ga je uporabljal, užival ali z njim razpolagal.

⁴ Nesorazmerje oziroma razmerje med obsegom premoženja in dohodki je v resnici primerjava obsega premoženja z dohodki. Ker je premoženje po naravi sklad, medtem ko je dohodek po naravi tok, ni mogoče neposredno primerjati premoženja z dohodki. Primerjava vrednosti premoženja na določen datum z dohodki v poljubnem obdobju je metodološko nesmiselna. Da je primerjava smiselna, se z dohodki primerja prirast vrednosti premoženja, pri čemer morata biti datuma, ki sta uporabljena za določitev prirasta vrednosti premoženja, ista kot datuma, ki določata obdobje, za katero se ugotovi dohodek.

5. Določba prvega odstavka 57. člena ZOPNI dovoljuje, da se za D1 izbere dan, ki je pred dnevom uveljavitve ZOPNI. Se pravi, določba prvega odstavka 57. člena dovoljuje, da se ugotavlja vrednost premoženja, ki ga je imel preiskovanec pred uveljavitvijo ZOPNI, in da se ugotavlja, kolikšen je bil preiskovančev dohodek v obdobju, ki sega preko roba, ki ga določa dan uveljavitve ZOPNI. To pomeni, da prvi odstavek 57. člena vgrajuje v ZOPNI retroaktivnost. Tako nastopi vprašanje, ali gre za dopustno ali nedopustno retroaktivnost. Da sprevidimo, ali gre za retroaktivnost, ki je dopustna ali za retroaktivnost, ki ni dopustna, je treba najprej ugotoviti, ali imamo opraviti s pravo ali nepravo retroaktivnostjo. Po doktrini Ustavnega sodišča ima zakon nepravi retroaktivni učinek tedaj, ko učinkuje na konkretni dejanski stan, ki je sicer nastal pred objavo zakona, vendar ko je zakon začel veljati, še ni bil v celoti zaključen.⁵

6. Če upoštevamo, da je ugotovitev vrednosti premoženja na dan D1 deklarativna ugotovitev in če upoštevamo, da je razmerje med vrednostjo V2 - V1 in preiskovančevim neto dohodkom v času od D1 do D2, razmerje, ki velja na dan D2, to je na dan po uveljavitvi ZOPNI, spoznamo, da v primeru, ko finančna preiskava zajema obdobje, ki deloma sega v čas pred uveljavitvijo ZOPNI, ne gre za pravo, marveč za **nepravo** retroaktivnost. Dejanski stan, ki ga izraža razmerje med vrednostjo V2 - V1 in preiskovančevim neto dohodkom v času od D1 do D2, se začne razvijati v časovni točki D1 in se zaključi v časovni točki D2, ki je na časovni premici za dnevom uveljavitve ZOPNI. To pomeni, da razmerje med vrednostjo V2 - V1 in neto dohodkom za čas od D1 do D2 učinkuje na stanje zakonitosti premoženja po uveljavitvi ZOPNI.

7. Pogoj za dopustnost neprave retroaktivnosti zakona je drugačen kot pogoji za dopustnost prave retroaktivnosti. Potrebna (a ne tudi zadostna) pogoja za dopustnost prave retroaktivnosti sta: retroaktivni učinek zahteva javna korist in retroaktivni učinek ne posega v pridobljene pravice (drugi odstavek 155. člena Ustave). Iz opredelitve neprave retroaktivnosti, podane v 5. točki tega mnenja, izhaja, da Zakon, ki ima nepravi retroaktivni učinek, ne posega v pridobljene pravice, posega zgolj v pričakovane pravice. Poseg v pričakovane pravice krni zaupanje v pravo. Zaupanje v pravo pa je ustavno varovana dobrina (2. člen Ustave). Ko se presoja, ali je nepravna retroaktivnost zakona dopustna, se zato presoja, ali javna korist od retroaktivnega učinka zakona odtehta krnitev zaupanja v pravo: če krnitev zaupanja v pravo zaradi

⁵ Glej npr. odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-141/01 z dne 20. 5. 2004 (Uradni list RS, št. 62/04, in OdlUS XIII, 35). Pri razlikovanju med pravo in nepravo retroaktivnostjo se je Ustavno sodišče zgledovalo po doktrini, ki jo je razvilo nemško Zvezno ustavno sodišče:

- odločitev z dne 31. 5. 1960, zbirka odločitev nemškega Zveznega ustavnega sodišča BVerfGE 11, 139 [146],
- odločitev z dne 19. 7. 1967, BVerfGE 22, 241 [248],
- odločitev z dne 20. 6. 1976, BVerfGE 48, 403 [415].

posega v pričakovane pravice ni nesorazmerno velika glede na javno korist od retroaktivnega učinka zakona, je nepravna retroaktivnost dopustna (test sorazmernosti).

8. Ni težko uvideti javne koristi od retroaktivnega učinka ZOPNI. Po letu 1990 je potekal slabo reguliran prehod – pravimo mu *tranzicija* – v novo institucionalno ureditev. Proces tranzicije je med drugim vključeval denacionalizacijo, privatizacijo z vavčerji (PIDizacijo) in privatizacijo z menedžerskimi prevzemi podjetij. Dogajale so se mnogotere nečednosti. Zaradi njih institucionalno ureditev pesti *kriza legitimnosti*.⁶ Za krizo legitimnosti se lahko reče, da je vsaj tako huda sistemska "bolezen" kot finančna kriza ali gospodarska recesija. Odvzemi premoženj nezakonitega izvora lahko ublažijo krizo legitimnosti. To bi lahko zadoščalo za dopustitev nepravlega retroaktivnega učinka ZOPNI.

9. Medtem ko sama menim, da je retroaktivni učinek ZOPNI nepravi retroaktivni učinek, je obveljalo, da gre za pravi retroaktivni učinek. Namesto s testom, ki upošteva 2. člen Ustave, je bila zato dopustnost retroaktivnosti ZOPNI presojana s testom, v katerem se upošteva drugi odstavek 155. člena Ustave. Večina je odločila, da je retroaktivni učinek ZOPNI nedopusten, ker ni izkazana javna korist, ki je brez retroaktivnega učinka ZOPNI ne bi bilo. Kar sem nakazala v prejšnji točki, torej ni pripoznano kot upoštevna javna korist od retroaktivnega učinka ZOPNI.

10. Kakorkoli že, lahko rečem, da bo sprejeta odločba Ustavnega sodišča, da gre za pravo retroaktivnost in s strogo presojo, da posebna javna korist za povratno veljavo zakona ni izkazana, učinkovala tako, da bo "oprala" premoženja, ki so bila do razveljavitve navedene zakonske določbe (deloma ali v celoti) nezakonitega izvora.

dr. Etelka Korpič – Horvat
Sodnica

⁶ Nemški sociolog in filozof Jürgen Habermas je leta 1973 objavil knjigo *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*. Od tam pojem *kriza legitimnosti*.