



Številka: U-I-6/15-29
Up-33/15-38
Up-1003/15-33
Datum: 20. 7. 2018

**PRITRDILNO LOČENO MNENJE
SODNIKA DDr. KLEMNA JAKLIČA
K ODLOČBI ŠT. U-I-6/15, Up-33/15, Up-1003/15 z dne 5. 7. 2018**

**Ustavna prepoved povratne veljave pravnih aktov: primer
Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora**

Kot poročevalec v tej zadevi v celoti soglašam z nosilnimi razlogi odločbe. Ob tem želim dodati še nekaj poudarkov, ki dodatno osvetlijo problem.

1. Povratno učinkovanje

Ustava povratno veljavo pravnih aktov prepoveduje v svojem 155. členu. Ta izrecno določa:

»Zakoni, drugi predpisi in splošni akti ne morejo imeti učinka za nazaj.

Samo zakon lahko določi, da imajo posamezne njegove določbe učinek za nazaj, če to zahteva javna korist in če se s tem ne posega v pridobljene pravice.«

Zakon o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (Uradni list RS, št. 91/11 in 25/14 – v nadaljevanju ZOPNI) je tipičen – četudi redek – primer zakona, ki velja povratno. To dejstvo se da pojasniti na preprost način. Bistvo je v tem, da pred veljavnostjo

ZOPNI noben predpis ni določal, da je sam obstoj očitnega nesorazmerja med posameznikovim premoženjem in njegovimi dohodki nezakonit oziroma, da je zaradi obstoja nesorazmerja takšno premoženje nezakonito. Dopuščam, da nekatere države uzakonjajo takšno (oziroma natančneje: podobno) nezakonitost. Dejstvo je tudi, da je druge ne. Slovenija se je odločila, da jo bo predpisala z ZOPNI leta 2011. Toda, če je tako, takšne nezakonitosti najmanj ne more predpisati tudi za nazaj, kar pa je ZOPNI storil,¹ saj bi šlo v takem primeru za zakon, ki očitno učinkuje povratno, to pa citirani 155. člen Ustave izrecno prepoveduje. Ta člen Ustave tudi ne razlikuje med povratno veljavo pravnih aktov iz kazenskega, civilnega ali katerega drugega pravnega področja, ampak velja za vse.

Kako očitna je povratna veljava (tj. prava retroaktivnost) ZOPNI, lahko uvidimo ob naslednji analogiji. Predstavljajmo si, da nekega specifičnega ravnanja, npr. na področju gospodarskih razmerij, zakon v nekem obdobju ne opredeljuje kot kaznivo dejanje goljufije. Šele ko ugotovi, da je takšno posebno ravnanje samo po sebi škodljivo do te mere, da ga v njegovih negativnih učinkih za družbo lahko primerjamo z že predpisanimi različicami kaznivega dejanja goljufije, se ga zakonodajalec odloči prepovedati v pozitivnopravni zakonodaji kot novo, posebno kaznivo dejanje. Vsi vemo, da v takem primeru zakonodajalec takšnega novega kaznivega dejanja ne more predpisati tudi za vsa leta za nazaj ter na tej podlagi kasneje zapleniti premoženja, ki iz takšnega preteklega ravnanja (ko le-to še ni bilo kaznivo) izhaja. To bi namreč predstavljalo šolski primer povratne veljave pravnih aktov (pravo retroaktivnost) oziroma točno definicijo *ex post facto laws*,² ki v pravni državi praviloma nimajo mesta. Povsem isto se je zakonodajalcu pripetilo v primeru ZOPNI, kjer je neko ravnanje, ki se je v preteklosti že zgodilo in takrat še ni bilo nezakonito,³ šele kasneje, čez mnogo let, za nazaj opredelil kot nezakonito ter na tej podlagi zaukazal zapleniti njegove sadove. Kaj, če ne to, je primer retroaktivnosti oziroma prave povratne veljave zakona? Če v primeru ZOPNI ne gre za tipično pravo retroaktivnost, potem tudi v predstavljenem hipotetičnem primeru naknadno predpisanega posebnega kaznivega dejanja goljufije, in v nešteto tovrstnih drugih primerih, ne bi šlo za retroaktivnost in bi morali takšno povratno predpisovanje

¹ Glej 57. člen ZOPNI: »Ta zakon se uporablja tudi za zadeve, v katerih se je predkazenski ali kazenski postopek začel pred njegovo uveljavitvijo oziroma po 1. 1. 1990.«

² *Ex post facto law*: »a law that changes the consequences of actions that occurred before the law existed, for example making illegal an action that was legal at the time it was committed«, Macmillan Dictionary.

³ Poleg povratne opredelitve nezakonitosti same nesorazmernosti med dohodki in premoženjem, ter s tem ravnanj, ki to nesorazmernost ustvarijo, ZOPNI prav tako povratno določa, da se takšno povratno nesorazmerje preiskuje tudi v primerih, ko je sum storitve kataloškega kaznivega dejanja obstajal v času pred veljavnostjo ZOPNI, ter v zvezi s premoženjem, ki ga je preiskovanec pridobil še pred njegovo uveljavitvijo. Retroaktivnosti se ZOPNI izogne le, če se v zvezi s temi tremi konstitutivnimi kategorijami predmeta pregona (nesorazmernost, sum storitve kataloškega kaznivega dejanja, pridobitev nezakonitega premoženja) uporablja zgolj za primere, ki so nastali šele po začetku veljavnosti zakona.

protipravnosti praviloma dopuščati. Pa vsi vemo, da to ne drži, saj je slednje ravno tisti primer, ki ga v ponazoritev prave retroaktivnosti predstavljamo študentom prvega letnika in ki ga – ravno zato, ker gre za pravo retroaktivnost po vsebini – Ustava izrecno prepoveduje.⁴ Kaj bi odprta možnost takšnega predpisovanja kaznivih in vseh drugih novih nezakonitih ravnanj za nazaj pomenila za pravno državo, tudi ni treba nadalje opisovati. Zadošča misel, da bi nas vračala v obdobje pred letom 1215, ko je bila v *Magni Carti*, kot začetku moderne pravne države, ideja neomejenega zasledovanja pravice⁵ presežena z idejo *pravne* države: da namreč svoboda in imetje nikomur ne bosta odvzeta, razen na podlagi vnaprej predpisanega prava dežele (v tem primeru, ne brez vnaprej predpisane nezakonitosti ter ostalih konstitutivnih prvin predmeta pregona).

Kdor bi trdil ali predpostavljaj, da v primeru ZOPNI ne gre za tipično pravo retroaktivnost, v resnici ne bi mogel preko opisane očitne zagate. Ker nanjo po moji oceni nima in ne more imeti odgovora, bi se temu bistvu hočeš nočeš moral izogniti in se izgubljati v vseh mogočih podrobnostih, samo jasnega odgovora na preprosto bistvo ne ponuditi.

2. Izjema, ki povratno učinkovanje dopušča

Prav tako želim k nosilnim razlogom odločbe dodatno poudariti, da v primeru ZOPNI niso izpolnjeni pogoji, ki povratno veljavo zakona izjemoma dopuščajo. Ni sporen le pogoj javne koristi, pri katerem se je v odločbi ustavila večina (za razveljavitev zadošča že ugotovitev neizpolnjevanja vsaj enega pogoja iz zgoraj citiranega drugega odstavka 155. člena Ustave). V skladu z ustaljeno prakso mora biti takšna javna korist posebej zatrjevana že v zakonodajnem postopku, pri čemer mora biti po vsebini takšna, ki presega splošno javno korist. Ni dovolj, da zakonodajalec navaja javno korist, ki pa jo je mogoče tekom let doseči npr. preko vnaprejšnje veljave ZOPNI, ali pa preko drugih (npr. davčnih) zakonov, ki so bili ustavnoskladno v veljavi v času, v katerega je ZOPNI želel povratno poseči. Javna korist, ki se zahteva za povratno veljavo, je (tudi z vidika primerjalne ustavnosodne doktrine, npr. nemške) *prav posebna* javna korist, ki ni splošna, ampak je po naravi stvari zvezana s

⁴ 28. in 155. člen Ustave RS (toda ne 2. člen, ki velja v primeru *neprave* retroaktivnosti in slednje izrecno ne prepoveduje). Za *nepravo* retroaktivnost pa gre takrat, ko zakonodajalec uvede spremembe, ki veljajo *izključno* za naprej, a so takšne narave, da jih naslovniki morda niso mogli predvideti, oziroma zatrjujejo, da jim predstavljajo prehudo breme. Naprimer, če zakon predpiše, da bo od prvega januarja naslednjega leta za neko delo potrebna višja izobrazba, kot pa se je za isto delo zahtevala do tedaj. Pri nepravi retroaktivnosti seveda ne gre za *ex post facto law* (glej prejšnjo opombo) in prav zato se za nepravo retroaktivnost 155. člen Ustave ne uporablja. Kolegica in kolega, ki pišeta odklonilni ločeni mnenji, sta ubrala pot neprave retroaktivnosti, kar pa, kot skušam v tem prvem delu svojega pritrilnega ločenega mnenja dodatno pojasniti, v primeru ZOPNI ne more vzdržati.

⁵ Kot jo je pač razumel suveren – takrat kralj, danes pa suverena državna oblast.

preteklostjo *in je zato* ni mogoče doseči drugače kot samo preko povratne veljave zakona. Takšna posebna javna korist se npr. pojavi v primerih, ko pride do družbenih sprememb iz nedemokratskega v demokratski sistem in se pojavi potreba po nujni popravili preteklih krivic (hujših kršitev človekovih pravic), brez česar ne bi bilo mogoče vzpostaviti vzdržnega demokratskega sobivanja. Poprave krivic iz preteklega nedemokratskega sistema, torej za nazaj, včasih po naravi stvari ni mogoče zagotoviti drugače kot ravno s povratno veljavo. Tu vidimo razliko med tovrstno, prav povratno veljavo utemeljujočo javno koristjo, in splošno javno koristjo, kot je npr. zatiranje bolj ali manj običajne stopnje nezaželenih ravnanj v demokratski družbi.

Poleg pogoja posebne javne koristi, ki v primeru ZOPNI torej ni izpolnjen (že to pa zadostuje za njegovo protiustavnost), je sporen tudi izrecni ustavni pogoj, ki pravi, da imajo lahko povratni učinek zgolj »posamezne določbe« zakona. Z drugimi besedami, zakon kot celota naj ne bi veljal za nazaj.⁶ Točno to pa se je v tem primeru zgodilo. Zaradi 57. člena ZOPNI se vse določbe zakona v celoti uporabljajo tudi za nazaj. To velja tako za določbe o začetku finančne preiskave kot za določbe o opredelitvi premoženja nezakonitega izvora, za določbe o zavarovanju premoženja ter odvzemu le-tega, za vse procesne predpostavke, izvršilni del določb zakona, itd. Ustavodajalec, ki je izrecno predpisal pogoj, da lahko za nazaj veljajo le »posamezne določbe« zakona, prav gotovo ni nameraval dopustiti takšne povratne veljave celotnega zakona. Drži, da ZOPNI velja tudi za naprej.⁷ Toda problem je v tem, da prav vse (in ne zgolj »posamezne«) njegove določbe v celoti veljajo tudi za nazaj! Četudi bi torej ZOPNI preстал pogoj javne koristi (pa ga ni), ne bi preстал ustavnosodne presoje glede pogoja, da zakon *kot celota* ne more veljati za nazaj.

ZOPNI prav tako očitno povratno posega v pridobljene pravice, namreč že v pravico do pravno skladne pridobitve lastnine, ki je bila pridobljena z ravnanjem, ki v času pridobitve lastninske pravice še ni bilo predpisano kot nezakonito, nično, ali kako drugače protipravno oziroma, ki pred sodiščem kot takšno ni bilo dokazano. Brez vnaprej predpisane določbe o nezakonitosti nesorazmerja v premoženju takšna protipravnost ali ničnost seveda tudi ni mogla biti dokazana. S predpisovanjem nezakonitosti nekega ravnanja za nazaj, ko to še ni predstavljajo nezakonitosti, zakon

⁶ Na tem mestu se ne spuščam v vprašanje t. i. »harmonične razlage« (*harmonious constitutional interpretation*) na videz nasprotujočih si določb ustave, kar bi morebiti dopuščalo, da bi v kakšnem izjemnem primeru ta pogoj bilo mogoče razlagati na način, da bi cel zakon – ali verjetneje, njegov večji del – zaradi varstva hierarhično višjih vrednot Ustave (predvsem najbolj temeljnih človekovih pravic, ki jih drugače ne bi bilo mogoče obvarovati) lahko kdaj veljal celo za nazaj. V primeru ZOPNI namreč očitno ne gre za primer, ko bi bila na mestu uporaba t. i. »harmonične razlage«.

⁷ Če to, da ZOPNI velja tudi za naprej, razumemo kot argument, da torej zakon kot celota ne velja za nazaj, tak argument očitno ne more uspeti. Če bi uspel, bi to pomenilo, da lahko vsak zakon v celoti velja za nazaj, če se le zakonodajalec znajde in vanj vpiše določbo, da »ta zakon velja tudi za naprej«, kar pa je očiten obid tako namena kot pomena jasne ustavne prepovedi retroaktivnosti celotnega zakona (*in fraudem constitutionis agere*).

prav tako posega v že pridobljeno pravico do splošne svobode ravnanja (ki jo vsakomur zagotavlja 35. člen Ustave). ZOPNI je torej sporen tudi iz vidika tega – tretjega – pogoja dopustnosti povratne veljave: da zakon, ki velja povratno, pri tem ne sme posegati v »pridobljene pravice«.

Ker je za protiustavnost dovolj ugotovitev neustavnosti enega od navedenih pogojev iz citiranega drugega odstavka 155. člena Ustave RS, se je odločba omejila le na ugotovitev neizpolnjevanja pogoja javne koristi. Pritrdilna ločena mnenja pa v smislu dodatne osvetlitve poudarjajo tudi nekatere preostale sporne vidike glede vprašanja retroaktivnosti tovrstne zakonodaje.

DDr. Klemen Jaklič
Sodnik