



Številka: Up-152/14-16

Datum: 27. 2. 2017

PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNIKA MARKA ŠORLIJA K ODLOČBI ŠT. Up-152/14 Z DNE 9. 2. 2017

1. V tej zadevi sem glasoval za odločitev, ki jo je sprejelo Ustavno sodišče, kljub pomislekom, ki sem jih imel na začetku postopka; strinjam se tudi z nosilnimi razlogi odločbe. Najprej sem bil mnenja, da je določba drugega odstavka 28. člena Ustave izključno materialnopravne narave, vendar pa sedaj sprejemam stališče, da ima navedena določba poleg materialnopravne vsebine tudi razlagalno dimenzijo: obrazložitve sodb morajo vsebovati tudi razloge, na podlagi katerih je mogoče z vso zanesljivostjo ugotoviti, da je bilo pravilo uporabe milejšega zakona spoštovano.¹

2. V pritrdilnem mnenju želim opozoriti na nekatera vprašanja, ki za samo odločitev niso ključnega pomena oz. sodišču niso bila niti postavljena, so pa pomembna za odločanje v tistih zadevah, v katerih se kazenska sodišča s posameznimi vprašanji uporabe milejšega zakona srečujejo prvič, to je v zadevah, v katerih se sodna praksa šele oblikuje. Še posebej to velja za Vrhovno sodišče, ki ima položaj, čeprav neformalen, precedenčnega sodišča.

Posledice pogostih sprememb zakona

3. Spremembe kazenskega zakona v splošnem delu, še bolj pa pogoste spremembe v posebnem delu, često zastavljajo vprašanja ali te spremembe storilca v konkretnih primerih postavljajo v težji, slabši ali morda ugodnejši položaj. Najbolj enostaven je odgovor, kadar novi zakon dekriminira kaznivo dejanje ali kadar uvede novo kaznivo dejanje - inkriminacijo. Vendar pa tudi ta vprašanja niso enostavna, kadar je dekriminacija (popolna ali delna) le navidezna. Za navidezno dekriminacijo bo šlo takrat, ko je npr. posamezno kaznivo dejanje črtano iz zakonskega besedila, vendar je njegova vsebina v celoti ali deloma zajeta v nekem drugem kaznivem dejanju. V takem primeru se postavi

¹ Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) je v sodbi *Del Rio Prada proti Španiji* (21. oktober 2013) sprejelo stališče, da odsotnost razumne razlage o uporabi zakona lahko privede do kršitve pravic obtoženca, ki mu jih zagotavlja 7. člen Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP). V zvezi s tem je treba opozoriti še na sodbo ESČP v zadevi *Scoppola proti Italiji št. 2* (17. september 2009), v kateri je sodišče sprejelo načelo retroaktivne uporabe milejšega zakona.

vprašanje, ali je bilo kaznivo dejanje res črtano v celoti (dekriminirano) ali pa je bilo mogoče le nadomeščeno in je ostalo v veljavi pod drugim imenom.²

Prav navideznih sprememb je v posebnem delu Kazenskega zakonika največ. Pri njih je treba ugotoviti, ali je bilo kaznivo dejanje res črtano (dekriminirano), ali pa morda le nadomeščeno in je ostalo v veljavi pod drugim imenom in deloma spremenjenim besedilom.

Kako ugotavljati, kateri zakon je milejši

4. Sodišče mora v vsaki zadevi ugotoviti, kateri zakon je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja in ali je bil kasneje zakon morebiti spremenjen. Če se je zakon enkrat ali večkrat po izvršitvi kaznivega dejanja spremenil, mora sodišče zakona (zakone) primerjati in ugotoviti, ali je kateri od poznejših zakonov za storilca milejši. Splošno pravilo določa uporabo zakona, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja (prvi odstavek 7. člena KZ-1).³ Retroaktivna uporaba zakona je izjema od splošnega pravila (drugi odstavek 7. člena KZ-1). Predpostavka za uporabo milejšega zakona je obstoj pravne kontinuitete med zakonom, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja in kasnejšim, novim zakonom.

Pravna kontinuiteta

5. Če se po izvršitvi kaznivega dejanja zakon (enkrat ali večkrat) spremeni in se v novem zakonu spremeni ime ali opis tega kaznivega dejanja, mora sodišče preizkusiti ali je podana pravna kontinuiteta. To stori tako, da v zadevi ugotovljeno dejansko stanje subsumira pod oba zakona in če ugotovi obstoj kontinuitete, še presodi, kateri zakon je milejši oziroma če je novi zakon milejši, uporabi ta zakon. Če ni pravne kontinuitete dejanja v novem zakonu, ni kaznivega dejanja, saj stari ne velja več, novi pa v času storitve kaznivega dejanja še ni veljal.

Načelo konkretnosti

6. Pri abstraktni metodi ugotavljanja milejšega zakona se primerjajo le določbe dveh ali več zakonov in rešitev, ki jih zakona omogočata, ne da bi bile te povezane s konkretnim primerom. Načelo konkretnosti pa narekuje, da se celotno (ugotovljeno) dejansko stanje subsumira pod oba zakona in tako ugotovi, ali je podana pravna kontinuiteta in kateri od obeh zakonov zagotavlja ugodnejši pravni položaj za storilca.

Konkretni primer

² Povzeto po P. Novoselec, A. Garačić, »Primjena blažeg zakona nakon stupanja na snagu novog Kaznenog zakona«, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol. 19, št. 2/2012.

³ Kazenski zakonik, Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15 in 38/16 (v nadaljevanju KZ-1).

7. Kaznivo dejanje po členu 135 KZ-1 z imenom »Ogrožanje varnosti« je bilo z novelo KZ-1B⁴ sicer črtano, a nadomeščeno s kaznivim dejanjem, imenovanim »Grožnja« – člen 135 KZ-1B. Predpis torej še obstaja, a z drugim imenom in spremenjenim opisom. Ali je zakonodajalec z novim opisom hotel zajeti isto vsebino ali le nekatere situacije iz prejšnjega zakona, mora ugotoviti sodišče na podlagi preizkusa, ali je med opisom starega in novega zakona podana pravna kontinuiteta. Ta preizkus opravi tako, da ugotovi, ali konkretno dejansko stanje uresničuje bit kaznivega dejanja po obeh zakonih.

Sodna praksa Vrhovnega sodišča

8. Vrhovno sodišče v svojih sodbah doslej še ni zavzelo stališča do vseh vprašanj identitete (pravne kontinuitete) med kaznivim dejanjem po členu 135 KZ-1 in KZ-1B, med drugim tudi ne o vprašanju subjektivnega elementa grožnje »z namenom ustrahovanja ali vznemirjenja«, ki kaznivemu dejanju po prvem odstavku 135. člena KZ-1B daje naravo delikta abstraktnega ogrožanja, saj ne zahteva nastanka prepovedane posledice - ogrožitve varnosti in zato razumljivo tudi ne krivdnega odnosa do takšne posledice.⁵

Pri kvalificirani obliki tega dejanja po drugem odstavku 135. člena KZ-1B je kot eno alternativno določenih izvršitvenih dejanj navedeno »grdo ravnanje«, torej ne le grožnja z nekim zlom, ampak dejanski poseg v telesno ali duševno integriteto oškodovanca z uporabo sile, kar je po naravi stvari poseg v osebno varnost. Takšno ravnanje mora biti vedno zavestno in hoteno (direktni naklep); ali pa bi morala biti pri tem podana tudi posebna oblika naklepa oziroma namen takšnega že realiziranega ravnanja, pa je vprašanje, ki ga je v svoji pritožbi zoper sodbo sodišče prve stopnje, v zahtevi za varstvo zakonitosti in v ustavni pritožbi postavil pritožnik. To pa je vprašanje, na katerega bi morala odgovoriti kazenska sodišča, Vrhovno zaradi precedenčnega učinka še posebej popolno in argumentirano. Jasno je tudi, da to ne more biti naloga Ustavnega sodišča, ki ne more nadomestiti rednih sodišč in namesto njih razlagati in uporabljati pravo v konkretnih primerih in zato tudi ne odločati ali je bil v obravnavanem primeru uporabljen pravi zakon oziroma ali je/ni novi milejši.

Dolžnost obrazložitve uporabe prava sodišča prve stopnje

9. Iz obrazložitve sodbe sodišča prve stopnje ni mogoče ugotoviti, ali je uporabilo zakon, ki je veljal v času izvršitve kaznivega dejanja (splošno pravilo!), ker je ugotovilo, da novi ni milejši - torej na podlagi dolžne presoje, pa svoje ugotovitve, da izjema glede retroaktivne uporabe prava ni podana, ni posebej razložilo; ali pa je morda spremembo zakona prezrlo oziroma problem iz drugih razlogov zanemarilo. Očitno tudi obramba v tej fazi postopka vprašanja ni problematizirala. Zastavlja se vprašanje, ali mora sodišče prve stopnje, če stranke ne ugovarjajo pravni opredelitvi kaznivega dejanja, ki jo poda tožilec v obtožnem

⁴ Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika, Uradni list RS, št. 91/11 (v nadaljevanju KZ-1B).

⁵ Takšna posledica bo v resnici praviloma nastala, čeprav izven biti kaznivega dejanja.

aktu (ta daje okvir razpravljanja v postopku), in če sodišče ugotovi, da spremenjeni zakon ne pride v poštev, razlagati, zakaj je sodilo in razsodilo v skladu s splošnim pravilom o časovni veljavnosti po zakonu, ki je veljal v času storitve kaznivega dejanja, ali pa mora sodišče vedno, če je zakon kakorkoli spremenjen, posebej obrazložiti preizkus pravne kontinuitete, to je, zakaj ni uporabilo zakona, ki je bil sicer spremenjen, pa očitno ni milejši od tistega, ki je veljal v času storitve kaznivega dejanja. Nobenega pomisleka pa ne more biti, da mora sodišče vedno obrazložiti »odstop« od splošnega pravila, to je izjemo od splošnega pravila prepovedi retroaktivnosti.

Obrazložitev sodbe Višjega in Vrhovnega sodišča

10. Ne Višje ne Vrhovno sodišče nista adekvatno odgovorili na povsem jasen ugovor pritožnika in sicer, da: »novi zakon zahteva posebno obliko krivde – namen (*dolus coloratus*) kot subjektiven znak kaznivega dejanja tako po prvem kot tudi drugem odstavku člena 135 KZ-1B, medtem ko po členu 135 KZ-1 obstoj takšne krivde ni bil potreben in je zato sodišče tudi ni ugotavljalo.«⁶ Pritožnik pri svojem ugovoru primerja le določbi novega in starega zakona (abstraktna metoda ugotavljanja milejšega zakona), ne da bi upošteval ugotovljeno dejansko stanje. Ne glede na to je treba reči, da sodišči na ugovor, ki je *prima facie* relevanten, nista odgovorili, iz razlogov sodb tudi ni videti ali sta ga presojali.⁷

Ali neobrazložitev presoje, da ne pride v poštev kasnejši zakon, ali neodgovor pritožbenega ali Vrhovnega sodišča na tak očitnik vedno pomeni kršitev drugega odstavka 28. čl. Ustave?

11. Sklepno, obrazložitve izpodbijanih sodb glede vprašanja, ali bi bilo treba uporabiti novi zakon v skladu z določbo drugega odstavka 28. člena Ustave, so pomanjkljive, zato nastaja vtis, da je bila izbira kazenskega zakona v konkretnem primeru arbitrarna. Sodišča so bila dolžna v skladu z načelom konkretnosti ugotovljeno dejansko stanje subsumirati pod določbe novega in starega zakona in tako najprej ugotoviti ali je med njima podana pravna kontinuiteta ter v primeru pozitivnega odgovora še presoditi, kateri od njiju je milejši, nato pa o takšni presoji podati utemeljene, relevantne in zadostne razloge.⁸ Takšna dolžnost je še posebej pomembna za pravno varnost in določnost pri

⁶ Zadnja trditev pritožnika sicer ne drži, sodišče prve stopnje v izreku sodbe ugotavlja prestrašenost in občutek ogroženosti oškodovanke, v tč.15 obrazložitve pa zavestno odločitev obdolženca, da oškodovanko prestraši in ji vzbudi občutek ogroženosti - torej da je deloval s takšnim ciljem/namenom.

⁷ Samo po sebi to predstavlja kršitev pritožnikove pravice do izjave po 22. členu Ustave. Odgovori, ki pa sta jih sodišči podali na prej navedeni ugovor pritožnika, so le navidezni, z vidika vprašanja, ki ga je zastavil pritožnik so nerazumni (pritožnik zatrjuje, da je novi zakon milejši, ker zahteva posebno obliko krivde in s tem oži kriminalno cono, sodišči pa med drugim odgovarjata, da sta sankciji za dejanja enaki, ocenjujeta načine izvršitve, nič pa o subjektivnem elementu, ki se zahteva po obeh inkriminacijah).

⁸ V odločbi Ustavnega sodišča Hrvaške št. U-III-4149/2014, z dne 24. julija 2015, je v tč. 63 navedeno: »... vprašanje ali je za konkretnega obtoženca ali obsojenca pravilno uporabljeno

uporabi pravnih norm, ki določajo kazniva dejanja in kazni, še posebej ob upoštevanju, da se kazenski zakonik večkrat spreminja in dopolnjuje.

Marko Šorli
Sodnik

pravilo milejšega zakona mora biti vedno preverljivo, saj gre za njegovo temeljno ustavno jamstvo za sodno določitev milejše kazni (drugi stavek prvega odstavka 31.čl. Ustave). Ta zahteva izhaja iz cilja in namena kazenskega postopka, utemeljenega na načelu pravičnega kazenskega postopka, ki mora zagotavljati, da se storilcu kaznivega dejanja, ob pogojih, ki jih določa zakon in na podlagi zakonito izvedenega postopka pred pristojnim sodiščem, izreče kazen, kakršno zahteva in jamči Ustava. Obrazložitve sodb morajo zato vsebovati dovolj elementov, na podlagi katerih je mogoče z gotovostjo ugotoviti, da je bilo pravilo milejšega zakona (katerega končni cilj je uresničitev ustavnega jamstva sodnega določanja milejše kazni za storilce kaznivega dejanja) v konkretni zadevi spoštovano.«