



Številka: U-I-132/15-15

Datum: 5. 4. 2018

**ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DR. MATEJA
ACCETTA K ODLOČBI ŠT. U-I-132/15 Z DNE 15. 3. 2018, KI SE
MU PRIDRUŽUJE SODNIK DR. MARIJAN PAVČNIK**

1. Vprašanje prekrivanja oziroma razmejevanja med kaznivim dejanjem in prekrškom ni enostavno vprašanje in tudi zato spoštujem presojo spoštovanih kolegov iz večine, po kateri v dani zadevi ni šlo za ustavno nedopustno popolno prekrivanje med določbama kaznivega dejanja in prekrška. Vseeno pa v tem mnenju pojasnujem razloge, zaradi katerih sem sam zagovarjal nasprotno odločitev, še toliko bolj, ker gre po mojem mnenju za stališča, ki presegajo pomen te konkretne zadeve.

2. Ob tem že uvodoma dodajam, da tako kot za večinsko odločitev tudi za mojo presojo ni zanemarljivo, da se je Ustavno sodišče s takim vprašanjem v preteklosti dvakrat že ukvarjalo. Čeprav je v tistih dveh zadevah (ki jih povzemam spodaj) sprejelo različni odločitvi, je po moji oceni v obeh sprejelo tak pristop k presoji prekrivanja, ki bi v pričujoči zadevi narekoval ugotovitev neskladja izpodbijane (nekdanje) določbe Kazenskega zakonika (KZ) z Ustavo. V nadaljevanju mnenja najprej na kratko povzemam bistvene značilnosti prejšnjih dveh odločitev Ustavnega sodišča, nato podajam svojo razlago oziroma utemeljitev v njih zavzetega pristopa k presoji spornega vprašanja in nazadnje pojasnujem, zakaj me moja presoja v pričujoči zadevi vodi do nasprotnega odgovora od večine.

Prejšnji odločitvi Ustavnega sodišča

3. V zadevi "*Hramba orožja*"¹ je Ustavno sodišče leta 2009 presojalo prekrivanje med določbo prvega odstavka 310. člena KZ (nedovoljena proizvodnja in promet orožja ali eksplozivov) in določbo 4. točke prvega odstavka 81. člena v zvezi z 10. členom Zakona o orožju. Določba KZ se je glasila: "*Kdor protipravno izdelava, pridobi, ponuja,*

¹ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-88/07 ("*Hramba orožja*") z dne 8. 1. 2009 (Uradni list RS, št. 5/09, in OdlUS XVIII, 1).

proda, hrani, menja, vnese v državo ali iznese iz nje strelno, kemično, biološko ali jedrsko orožje, strelivo ali eksploziv ali vojaško orožje in vojaško opremo, katerih promet posameznikom ni dovoljen ali je omejen, ali pri tem posreduje, se kaznuje z zaporom od šestih mesecev do petih let." Prekrškovna določba Zakona o orožju pa je predpisovala globo za posameznika, ki *"poseduje orožje in strelivo brez ustrezne orožne listine"*. Ustavno sodišče je ugotovilo, da je šlo za nedopustno popolno prekrivanje zakonskih znakov, ne zato, ker bi bilo to prekrivanje očitno, temveč ker je z uveljavljenimi metodami razlage ugotovilo, da gre za vsebinsko enake zakonske znake, in posledično ugotovilo neskladje določbe KZ z Ustavo.²

4. Leta 2013 pa je v zadevi *"Lov z žarometi"*³ Ustavno sodišče presojalo prekrivanje določbe tretjega odstavka 342. člena (nezakonit lov) Kazenskega zakonika (KZ-1) in določbe 15. točke 77. člena v zvezi z 8. točko prvega odstavka 44. člena Zakona o divjadi in lovstvu. Določba KZ-1 se glasi: *"Kdor lovi ogrožene ali zredčene vrste divjadi, katerih lov je prepovedan, kdor lovi brez posebnega dovoljenja divjad posamezne vrste, za katero je potrebno tako dovoljenje, kdor lovi na način ali s sredstvi, s katerimi se divjad množično pokončuje ali kdor lovi s pomočjo motornega vozila ali žarometa, se kaznuje z denarno kaznijo ali zaporom do dveh let."* Določba Zakona o divjadi in lovstvu pa je predpisovala globo za posameznika, ki *"uporablja pri lovu na divjad umetne vire svetlobe"*. Ustavno sodišče je pri presoji ugotovilo, da je treba tretji odstavek 342. člena KZ-1 brati v povezavi s temeljno obliko po prvem odstavku, ki je poškodbeno kaznivo dejanje, poškodbena posledica pa tisti razmejitveni znak med kazensko in prekrškovno ravni, zaradi katerega ob ustrezni razlagi določbe kaznivega dejanja ne gre za ustavno nedopustno popolno prekrivanje zakonskih znakov kaznivega dejanja in prekrška.⁴

Načelna izhodišča presoje dopustnosti prekrivanja – kazensko pravo in načelo "ultima ratio"

5. Pristop k presoji tovrstnih vprašanj, ki ga lahko razberemo iz dosedanjih odločitev Ustavnega sodišča, je sledeč. Kot je prepričljivo poudarila že večina v 12. in 13. točki obrazložitvi odločbe, načelo zakonitosti ter iz njega izhajajoči načeli določnosti in razločnosti zagotavljajo varstvo posameznika pred samovoljnimi, nezakonitimi in čezmernimi posegi kazenskega represivnega aparata, to pa med drugim zahteva jasno in razumljivo vnaprejšnjo inkriminacijo, ki posameznike seznanja tako z obstojem prepovedi kot stopnjo (kazenske ali prekrškovne) sankcije, ki jim grozi ob kršitvi.

6. To sicer ne preprečuje vsakršnega normativnega prekrivanja, ko bi konkretno izvedeno kaznivo ravnanje izpolnilo tako zakonske znake kaznivega dejanja kot (ne

² Prav tam, 11.–14. točka obrazložitve.

³ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-134/11 (*"Lov z žarometi"*) z dne 11. 7. 2013 (Uradni list RS, št. 63/13).

⁴ Prav tam, 12.–15. točka obrazložitve.

docela prekrivne) zakonske znake prekrška. Do takih primerov prihaja in jih predvideva tudi zakonodaja (v 11.a členu Zakona o prekrških (ZP-1) in v tretjem odstavku 56. člena KZ-1), ki v luči ustavne prepovedi ponovnega sojenja o isti stvari (*ne bis in idem*) iz 31. člena Ustave⁵ v procesnem smislu uvaja načelo prednosti kazenskega postopka, po katerem je treba najprej obravnavati kaznivo dejanje in šele nato ob določenih pogojih tudi prekršek. Vendar pa je taka situacija dopustna le v primeru *delnega* prekrivanja zakonskih znakov prekrška in kaznivega dejanja, ko kaznivo dejanje poleg znakov prekrška vsebuje še dodatni element, zaradi katerega je določeno ravnanje družbi tako nevarno, da preraste v drugo kvaliteto, v kaznivo dejanje.⁶ Z drugimi besedami, da je z določenim ravnanjem mogoče izpolniti zgolj znake prekrška, ne da bi bili s tem avtomatično izpolnjeni tudi zakonski znaki kaznivega dejanja.

7. Naj povedano ponazorim s primerom iz zgoraj omenjene zadeve "*Lov z žarometom*" v skladu z razlago kaznivega dejanja iz tretjega odstavka 342. člena KZ-1, kot jo je podalo Ustavno sodišče. Če nekdo nedopustno lovi divjad s pomočjo žarometa in jo ubije, rani ali ujame živo, potem izpolni tako zakonske znake kaznivega dejanja kot prekrška. Še več: vsakršno kaznivo ravnanje, ki izpolni znake kaznivega dejanja, bo s tem avtomatično izpolnilo tudi znake prekrška. Vendar za obstoj nedopustnega polnega prekrivanja ni upoštevana vez v tej, temveč v obratni smeri – če je zakonski znak kaznivega dejanja tudi poškodbeno posledica, to ni zgolj tisti dodatni element, zaradi katerega ravnanje preraste v kaznivo dejanje, ampak hkrati tudi razlog, zaradi katerega je mogoče izpolniti znake prekrška, ne da bi s tem izpolnili tudi znake kaznivega dejanja. Kdor divjad lovi z žarometom, pa je pri tem neuspešen, izpolni zgolj znake prekrška.

8. Popolno prekrivanje znakov kaznivega dejanja in prekrška je torej v neskladju z 2. členom in prvim odstavkom 28. člena Ustave. Dosedanja presoja Ustavnega sodišča pa ni izrecno pojasnila, zakaj se mora v primeru takega nedopustnega prekrivanja umakniti inkriminacija kaznivega dejanja oziroma zakaj je posledica ugotovljenega popolnega prekrivanja ugotovitev ustavnega neskladja določbe kaznivega dejanja in ne prekrška. Po moji oceni jo narekuje načelo *ultima ratio*, ki izhaja iz samega pojma pravne države (2. člen Ustave) in iz njega izhajajočega načela sorazmernosti⁷ ter je tudi sestavni del demokratične pravne ureditve (1. člen Ustave), katere temeljna zahteva je med drugim zagotavljanje pravice do osebnega dostojanstva in varnosti (34. člen Ustave). Izhodišče za ureditev svobodne demokratične družbe (1. člen Ustave) je pojmovanje, da ima človek svojo lastno vrednost ter da sta svoboda in

⁵ O tem glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-24/10 ("*Vštevjanje sankcije prekrška v kazni za kaznivo dejanje*") z dne 19. 4. 2012 (Uradni list RS, št. 34/12), 13.–17. točka obrazložitve.

⁶ Tako 10. točka obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-88/07, 15. točka obrazložitve odločbe št. U-I-24/10 in 14. točka obrazložitve odločbe št. U-I-134/11.

⁷ Glede načela sorazmernosti glej npr. 25. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-18/02 z dne 24. 10. 2003 (Uradni list RS, št. 108/03, in OdlUS XII, 86). Prim. tudi L. Šturm v: L. Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za državne in evropske študije, Ljubljana 2002, str. 55.

enakost trajni temeljni vrednoti državne enotnosti.⁸ V tem oziru ima tudi kazensko pravo pomembno nalogo varuha pred samovoljnimi in pretiranim represivnim delovanjem državnega aparata.⁹ Kazenskopravna prisila v državi, ki temelji na spoštovanju načel pravne države, ne sme preseči tistega, kar je nujno potrebno za varstvo zavarovanih dobrin,¹⁰ inkriminacija določenega kaznivega ravnanja kot kaznivo dejanje pa je dopustna le kot skrajno sredstvo, kadar zadostnega varstva ni mogoče doseči z milejšimi sredstvi.¹¹

9. Presoja o tem je prepuščena zakonodajalcu, ki mora težo zavarovane dobrine uskladiti s stopnjo (kazenske ali prekrškovne) sankcije in ki pri tem uživa široko stopnjo proste presoje, kar narekuje tudi zelo zadržano presojo sodišč. Vendar pa gre v primeru popolnega prekrivanja zakonskih znakov kaznivega dejanja in prekrška za položaj, v katerem že po presoji zakonodajalca pogoji za uporabo najstrožje kazenske inkriminacije niso izpolnjeni – če je zakonodajalec določeno ravnanje opredelil (tudi) kot prekršek, je namreč treba šteti, da že po njegovi lastni oceni ne gre za tako ravnanje, ki bi kot skrajno sredstvo zahtevalo inkriminacijo kot kaznivo dejanje. Taka ureditev je, kot že pojasnjeno, po ustaljeni ustavnosodni presoji v neskladju z 2. členom in s prvim odstavkom 28. člena Ustave, posledica te ugotovitve pa v skladu z načelom *ultima ratio* neveljavnost opredelitve kaznivega dejanja.

Presoja v pričujoči zadevi

10. V pričujoči zadevi je Višje sodišče v Ljubljani vložilo zahtevo za oceno ustavnosti prvega odstavka 243. člena KZ, ki naj bi se po njegovi presoji lahko v celoti prekrival z dejanskim stanom prekrška iz tretjega odstavka 566. člena v zvezi s 1. točko prvega odstavka 566. člena oziroma prvega odstavka 382. člena Zakona o trgu finančnih instrumentov (ZTFI), ki se oba nanašata na trgovanje na podlagi notranjih informacij. Opredelitvi sta podani v 20.–22. točki obrazložitve odločbe in ju tu nemara ni treba ponavljati.

11. Po presoji večine ne gre za popolno prekrivanje znakov obeh kaznivih ravnanj iz več razlogov:

- ker gre pri opredelitvi storilca prekrška za širši krog oseb kot pri opredelitvi kaznivega dejanja;
- ker je prepovedano ravnanje opredeljeno različno (pri kaznivem dejanju kot "nakup ali prodaja", pri prekršku kot "pridobitev ali odtujitev");

⁸ Glej L. Šturm, nav. delo, str. 363–367.

⁹ Glej L. Bavcon in drugi, Kazensko pravo Splošni del, Šesta izdaja, Uradni list RS, Ljubljana 2014, str. 49.

¹⁰ Glej I. Bele, Kazenski zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2001, str. 34–38.

¹¹ Glej L. Bavcon, nav. delo, str. 129; H. Jenull, Razmerje med prekrškovno in kazensko odgovornostjo, Dnevi prekrškovnega prava, Zbornik, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 13.

– ker se kaznivo dejanje za razliko od prekrška nanaša zgolj na vrednostne papirje, ki so uvrščeni (ali predlagani za uvrstitev) na organizirani trg.

12. Presoja, ali je zaradi teh razlik, ki jim pritrjujem,¹² še mogoče govoriti o popolnem prekrivanju, nikakor ni premočrtna, zaradi česar ponavljam uvodno misel, da spoštujem presojo večine, za katero so razlike med obema opredelitvama dovolj izrazite, da je mogoče govoriti zgolj o delnem prekrivanju kaznivega dejanja in prekrška. Vendarle pa je po moji presoji taka ocena napačna, če izhajamo iz zahtev načel pravne države, zakonitosti, določnosti in razločnosti, kot je bilo opisano zgoraj, prav tako pa pomeni odstop od presoje, uveljavljene v prejšnjih odločitvah Ustavnega sodišča.

13. Opredelitvi prepovedanega ravnanja sta res različni: izraza "pridobitev ali odtujitev" imata širši pomen kot "nakup ali prodaja", saj lahko vključujeta tudi druge oblike pridobitve ali razpolaganja z lastninsko pravico. Glede na naravo in namen kaznivega ravnanja trgovanja na podlagi notranjih informacij nekatere od teh oblik (darilna pogodba ali dedovanje) nemara niso upoštevne, a vseh resda ni mogoče povsem izključiti (npr. možnost menjalne pogodbe). Morda je presoja glede vsebinske enakosti tovrstnih znakov odvisna od tega, kolikšen poudarek je dan običajnemu pomenu izrazov v "naravnem" kontekstu inkriminiranega ravnanja. Presoja predlagatelja ga je očitno privedla do sklepa, da so z razlago v kontekstu konkretnega kaznivega ravnanja ti znaki vsebinsko enaki, in sam mu pritrjujem. Po moji oceni je enak pristop zavzelo tudi Ustavno sodišče v obeh predhodnih odločitvah. V zadevi "*Hramba orožja*" je z razlago ugotovilo vsebinsko prekrivanje pojmov "hramba" in "posest", med katerima je brez konteksta konkretnega kaznivega ravnanja mogoče ugotoviti podobno pomenljive razlike kot med izrazi "nakup ali prodaja" ter "pridobitev ali odtujitev", v zadevi "*Lov z žarometi*" pa je bil za sodišče odločilni razmejitveni znak poškodbena posledica, ne pa dejstvo, da je kaznivo dejanje govorilo o "žarometih", prekršek pa (širše) o "umetnih virih svetlobe".

14. Podobno je v kontekstu kaznivega ravnanja po moji oceni mogoče za vsebinsko prekrivni označiti opredelitvi storilca. Opredelitev v kaznivem dejanju se je nanašala na tistega, kdor je informacijo pridobil v zvezi s svojim položajem pri izdajatelju vrednostnega papirja, z lastniškim deležem v kapitalu izdajatelja vrednostnega papirja, s svojo zaposlitvijo ali pri opravljanju dejavnosti, v prekršku pa na fizično osebo, ki je notranjo informacijo pridobila kot član organa vodenja ali nadzora izdajatelja, kot imetnik deleža v kapitalu izdajatelja, pri opravljanju svoje zaposlitve,

¹² Še več, med kaznivim dejanjem in prekrškom obstaja razlika tudi v tem, da je kaznivo dejanje mogoče izvršiti le naklepno, prekršek pa tudi iz malomarnosti. Večina se v odločbi temu vidiku sicer ne posveča in po moji presoji tudi ta razlika, čeprav je vsaj teoretično pri konkretnem kaznivem ravnanju lahko upoštevna, ne izključuje popolnega prekrivanja, a tega nemara tu ni treba dodatno razčlenjevati – navsezadnje je enaka razlika v krivdni obliki obstajala tudi pri opredelitvah v zadevi "*Hramba orožja*", v kateri je Ustavno sodišče ugotovilo obstoj popolnega prekrivanja.

poklica ali nalog ali s kaznivim dejanjem. Razen izrecne omembe možnosti, v opredelitvi prekrška, pridobitve informacije s kaznivim dejanjem, med opredelitvama ob razlagi v kontekstu kaznivega ravnanja sam spet ne vidim pomembne vsebinske razlike, ki bi izključevala popolno prekrivanje.

15. Poleg tega pa gre po moji presoji tovrstno razlikovanje predaleč, saj poudarja razlike, ki lahko vplivajo na to, v katerih okoliščinah kaznivih ravnanj lahko govorimo o prekršku ali kaznivem dejanju, ne pa na tiste, ki bi opredeljevale jasni razmejitveni znak, zaradi katerega bi bilo neko konkretno kaznivo ravnanje obremenjeno s takim dodatnim elementom, ki bi izpričeval večjo nevarnost družbi in s tem utemeljeval inkriminacijo v obliki kaznivega dejanja. Tudi ta vidik je jasno razviden iz predhodnih odločitev Ustavnega sodišča: v obeh primerih je Ustavno sodišče presojalo ureditev, pri kateri je iz obsežnejših kazenskih in prekrškovnih določb izluščilo tiste relevantne dele, glede katerih je presojalo obstoj popolnega prekrivanja. Če se denimo določba prekrška nanaša tako na vrednostne papirje na organiziranem trgu kot na tiste zunaj njega, potem se vprašanje popolnega prekrivanja pač postavi zgolj v tistem delu, v katerem ureja trgovanje na organiziranem trgu.

16. Ta pomislek še toliko bolj velja z vidika ustavnih zahtev po določnosti in razločnosti zakonodaje, ki naj posameznika na razumljiv in predvidljiv način vnaprej seznanijo tako z obstojem prepovedi kot stopnjo (kazenske ali prekrškovne) sankcije, ki mu grozi ob kršitvi. V pričujoči zadevi presojani opredelitvi tej ustavni zahtevi po moji presoji nista zadostili, zaradi česar bi po mojem mnenju v skladu z načelom *ultima ratio* morali ugotoviti neskladnost izpodbijane določbe KZ z Ustavo.

dr. Matej Accetto
Sodnik

Pridružujem se OLM sodnika dr. Mateja Accetta. Posebej pomembno je, da razločevanje med kaznivim dejanjem in prekrškom ni dovolj intenzivno. Načelo »*lex certa*« zahteva, da je treba graditi tudi na prvinah, ki »bi opredeljevale jasni razmejitveni znak, zaradi katerega bi bilo neko konkretno kaznivo ravnanje obremenjeno s takim dodatnim elementom, ki bi izpričeval večjo nevarnost družbi in s tem utemeljeval inkriminacijo v obliki kaznivega dejanja.« (točka 15) Načelo »*lex certa*« zahteva, da se je treba v celoti izogniti popolnemu prekrivanju med znaki kaznivega dejanja in prekrška. V konkretnem primeru gre, kot ugotavlja sodnik Accetto, za vprašanje popolnega prekrivanja v tistem delu, v katerem je urejeno trgovanje na organiziranem trgu (glej točka 15). Še tako malenkosten odstop od



načela »*lex certa*« (in z njim tudi od načela *lex distincta*), je poseg v ustavne dragotine pravne države.

dr. Marijan Pavčnik
Sodnik