



**REPUBLIKA SLOVENIJA
USTAVNO SODIŠČE**

Številka: U-I-220/03

Datum: 27.10.2004

**Pritrdilno ločeno mnenje sodnika dr. Fišerja,
ki se mu pridružuje sodnica dr. Wedam Lukić**

1. Strinjam se z odločitvijo, ki jo je sprejelo US v tej zadevi, in v večjem delu tudi z nosilnimi razlogi zanjo. K prvemu delu citirane odločbe (1. točka izreka - in samo nanjo se nanaša moje ločeno mnenje), v katerem se je sodišče ukvarjalo s presojo ustavnosti določb, ki se nanašajo na odvzem dovoljenja za opravljanje funkcije člana uprave borzno posredniške družbe (88. čl. ZTVP-1), za opravljanje poslov borznega posrednika (112. čl. ZTVP-1) in za opravljanje funkcije člana uprave borze (224. čl. ZTVP-1), bi želel dodati še nekaj dodatnih argumentov: v prvi vrsti za utrditev sprejete odločitve, vendar tudi v opozorilo zakonodajalcu, ki bo moral odločbo US uresničiti. Končno je posebno opozorilo namenjeno nadzornim organom, ki morajo obravnavane določbe uresničevati in ki bi jih široke možnosti ter velika moč, ki jim jih dajejo, utegnejo zapeljati v skušnjava, da bi jih kdaj pa kdaj (pre)široko uporabili.

2. V prvem delu odločbe je posebej pomembno in dragoceno stališče US, da pri citiranih določbah (in morda še pri nekaterih drugih določbah v zakonu, vendar se bom zaenkrat omejil le na obravnavane), ne samo, da ne gre za norme kaznovalnega prava, temveč jih tudi ni dopustno obravnavati in razumeti ter uporabljati kot take (zadnji del obrazložitve 10. tč odločbe). Paradoks, da si pobudniki prizadevajo ravno za to, da bi šlo za norme kaznovalnega prava, je samo navidezen. Na prvi pogled bi se res zdelo, da se zavzemajo za nekaj, kar bi jim utegnilo biti celo v škodo, vendar postane hitro jasno, da si prizadevajo v tej smeri zaradi tega, da bi lahko uveljavili tiste zase ugodne (garantne) učinke, ki bi jih za sabo prinesla morebitna ugotovitev, da gre za kaznovalno pravo. V konkretnem primeru je sicer na prvi pogled očitno, da ne gre za tipične norme kaznovalnega prava, saj manjka sankcija, ki bi bila predvidena kot sankcija kaznovalnega prava. Toda če kot sankcijo vzamemo (na kratko rečeno) odvzem dovoljenja, kar utegne biti zelo blizu kateremu izmed varnostnih ukrepov v kazenskem ali varstvenih ukrepov v prekrškovnem pravu, potem se razlika že bistveno zmanjša. Podobnost z normami kaznovalnega prava postane še večja, če si kritično pogledamo, kako je zastavljen dispozitivni del obravnavanih določb: ta v nekaterih primerih zanesljivo vsebuje vse ali vsaj nekatere najpomembnejše elemente kaznivih dejanj[1], če (številnih) prekrškov niti ne omenjam. To samo po sebi še ni nujno narobe in je vprašanje, ali je dejanske stanove obravnavanih določb sploh mogoče (in treba) zastaviti drugače, saj tudi izvrševanje prepovedanih in kaznivih ravnanj lahko povzroči, da je treba storilcem odvzeti dovoljenje za opravljanje funkcije ali poslov.

3. Nesporno pa je, da smejo sporne določbe, kakršnekoli že so, služiti le namenu, ki je dovolj natančno opredeljen v prvem delu 10. tč. odločbe v tej zadevi in ničemur drugemu (torej ugotavljanju in zagotavljanju, da oseba, ki želi opravljati navedene funkcije, ves čas v celoti izpolnjuje pogoje, ki jih zahteva zakon). V tem pogledu po moji oceni niso dopustne nobene izjeme: zagotavljanje pogojev za opravljanje dejavnosti ali funkcije je eno, kaznovanje zaradi storjenih kaznivih dejanj ali prekrškov pa nekaj drugega. Čeprav sta si ti dve kategoriji blizu, ali sta - kot smo videli - celo povezani, ne sme priti do zamenjave ali zmešnjave: kaznovanju za kaznivo dejanje ali prekršek (pod določenimi pogoji) lahko sledi izguba pravice do opravljanja dejavnosti ali izguba funkcije, do kaznovanja pa ne sme priti v postopku, v katerem se ugotavljajo (zgolj) pogoji za opravljanje dejavnosti ali funkcije (tudi če so posledica v zakonu določenih kršitev)[2].

4. Prepričan sem tudi, da takšno stališče na načelni ravni ne more biti sporno. Problem je nekje drugje, namreč v potencialni nevarnosti, da bi se takšne določbe - kljub drugačnemu namenu, ki ga imajo[3] - lahko uporabile (in s tem zlorabile) kot "rezervne" kaznovalne določbe, to je za kaznovanje zunaj vsebinskih (materialnopravnih) in formalnih (procesnopravnih) okvirov, ki so v družbi določeni za

kaznovanje, skratka, za prikrito kaznovanje. Takšne tendence se v modernih družbah iz številnih vzrokov[4] pojavljajo vse bolj pogosto; nevarnosti so posebej izpostavljena visoko specializirana in ozka področja[5], ki se (v resnici ali navidezno) izmikajo urejanju s pomočjo institutov, ki so običajni v kaznovalnem pravu. Gre za fenomen, na katerega pri nas doslej nismo bili zelo pozorni, ker se šele v zadnjih letih srečujemo s pojavom (para)državnih nadzornih ali podobnih institucij, ki se znajdejo v položaju, ko bi lahko prišlo do mešanja nezdržljivih pooblastil in funkcij.

5. Moderno kazensko pravo (mislim seveda tako na materialno, kakor tudi na procesno pravo) s prehodom iz nekdanje prevladujoče varstvene funkcije v dandanašnji primarno garantno funkcijo in skozi svoja splošno sprejeta temeljna načela, ki so nesporni postulat demokratične pravne države, praviloma zagotavlja razmeroma visok standard pravic domnevnega storilca kaznivega dejanja. Na ta način (ob številnih drugih vzrokih, kot rečeno) "povzroča" tudi to, da so nekatera kazniva dejanja vse težje dokazljiva, nekateri kazenski postopki pa vse težje izvedljivi. To postaja še posebej jasno na področju gospodarskih kaznivih dejanj, organizirane kriminalitete, nekaterih kaznivih dejanj, ki izkoriščajo hitri razvoj tehnike in, ne nazadnje, kriminala, ki sega prek državnih meja. Vse to povzroča pritisk, ki gre neredko v smeri, da se skuša cilj doseči po "lažji" poti, torej brez uporabe garancij, ki jih daje kazensko pravo. Takšna pot ni dopustna, ne glede na okoliščine konkretnega primera, ki v posamičnem primeru utegnejo pokazati, da bi v resnici lahko šlo tudi za kaznivo ravnanje. V kaznovalnem pravu najbolj grobe poskuse nespoštovanja teh postulatov dokaj uspešno preprečuje načelo legalitete (28. čl. Ustave). Toda zato pride včasih do zahtev po nesprejemljivih bližnjicah. Zgolj za primer: če je kaznivo dejanje težko dokazljivo ali ravnanje ne obsega vsega, kar bi bilo domnevno vredno takšne represivne reakcije, potem je treba "ustvariti" prekršek ali kakšno drugo lažje dokazljivo kaznivo ravnanje, pač odvisno od nacionalnega sistema kaznivih ravnanj. In če še to ne gre - morebiti določbo, s pomočjo katere bo nekakšno kaznovanje mogoče doseči povsem zunaj sistema kaznovalnega prava. Podoben namen imajo na področju procesnega prava npr. pritiski po posebnih postopkih za določene zadeve, kar običajno pomeni, da zanje ne veljajo vse siceršnje (garantne) norme kazenskega prava, zahteve po posebnih dokaznih pravilih (npr. o obrnjenem dokaznem bremenu) in posebnih dokazih ter podobno. Pogosto so spretno skriti za zatrjevanje in dokazovanje, kako nujno ali celo edino pravilno je posebno obravnavanje specifičnih primerov in situacij. To je mehanizem, ki v situacijah, kakor je obravnavana, lahko pripelje do prikritega kaznovanja in na njegovo nevarnost ter nesprejemljivost sem želel opozoriti v svojem ločenem mnenju.

6. Seveda pa dejstvo, da v konkretnem primeru ne gre za norme kaznovalne narave, ne preprečuje, da nekaterih spoznanj, do katerih je prišlo kaznovalno pravo, ne bi smeli s pridom uporabiti tudi v obravnavani situaciji, še posebej če ugotavljamo, da sta si področji zelo blizu. V mislih imam predvsem zahtevo po visoki stopnji določnosti norm, kamor uvrščam tudi potrebo po natančni opredelitvi časovnega obdobja, v katerem morajo biti storjene ponavljajoče se kršitve, če naj bodo podlaga za najhujšo posledico, ki lahko zadene obravnavane tri kategorije oseb - za odvzem dovoljenja: prepričljivi razlogi za to so navedeni v zadnjem delu 16. točke odločbe in k temu ni treba dodati ničesar več.

7. Čisto na koncu bi rad opozoril še na en vidik obravnavanega problema, do katerega se US v tem primeru ni bilo treba opredeljevati, je pa z vsem povedanim povezan. Nevarnost zlorabe ali zgolj napačne uporabe ne dovolj jasnih določb je še večja, če se različne funkcije[6] združujejo znotraj istega subjekta; naknadna sodna kontrola sicer lahko prepreči najhujše napake, vendar mora biti sistem nastavljen tako, da bo v veliki večini primerov zakonito in pošteno deloval tudi brez nje[7]. V obravnavanem primeru je jasno, da ima Agencija za trg vrednostnih papirjev pomembna, široka in močna pooblastila: ta, po mojem, niso sporna dokler ostajajo v okvirih zagotavljanja poštenega in transparentnega delovanja trga, kar zagotavlja varnost investitorjem. Toda skušnjava utegne biti huda: če je že bila ugotovljena kršitev, ki bi lahko bila podlaga za kaznovanje, zakaj neki ne bi te ugotovitve uporabili za kaznovanje - neposredno ali posredno? V prihodnosti utegne biti še večja, če upoštevamo, da bo Agencija postala organ, ki bo odločal tudi o prekrških. Že danes je torej dovolj razlogov za to, da mora potekati ugotavljanje pogojev za opravljanje funkcije ali poslov znotraj natančno določenih okvirov in ločeno od kakršnegakoli kaznovanja, v prihodnje pa jih bo le še več.

Opombe:

[1]Gl. tudi tiste dele obravnavanih določb, ki v konkretnem primeru niso izpodbijane. Tako posamezne točke prvega odstavka 88. čl. ZTVP omenjajo npr. navajanje neresničnih podatkov, varovanje zaupnih podatkov, kršitev prepovedi uporabe notranjih informacij...kar vse zelo jasno nakazuje navezavo, če že ne naslonitev na različna kazniva dejanja.

[2]V obravnavanem primeru že zaradi nespornega dejstva, da o ukrepih ni bilo odločeno v postopku, ki bi spoštoval temeljne zahteve ustreznega postopka (kazenskega ali drugega postopka s področja kaznovalnega prava - pač odvisno od tega, kam bi - hipotetično - takšne kršitve uvrstili), ni mogoče niti pomisliti na to, da bi šlo za ukrepe kazenskopravne narave.

[3]Nobenega razloga nimam za trditev, da bi v obravnavanem primeru pri zakonodajalcu šlo za suspektno motivacijo in da je spornim določbam, ko jih je sprejemal, hotel dati tudi namen kaznovanja.

[4]Ti so pretežno sociološki, zgodovinski in politični ter le deloma tudi kazenskopravni. Na tem mestu se z njimi ne morem poglobljeno ukvarjati, saj bi to presegalo potrebe in domet te odločbe; mimogrede se bom zelo na kratko dotaknil le slednjih.

[5]Borzno pravo zagotovo spada mednje.

[6]Npr. upravne, disciplinske, kaznovalne in druge. Ožje procesno gledano pa gre za kopičenje funkcij odkrivanja, ugotavljanja dejstev in odločanja ter kaznovanja. Če je vse to za silo sprejemljivo v manj zapletenih zadevah, ki nimajo hudih posledic, postane lahko zelo vprašljivo, ko gre za zapletene in pravno zahtevne zadeve, s hudimi, vključno s kaznovalnimi, posledicami. Vse povedano ni povsem brez navezave na naš veljavni sistem odločanja v upravnih zadevah, vendar se s tem vprašanjem na tem mestu ne morem ukvarjati, saj se ni niti US niti ne gre za problem, ki bi bil z obravnavanim tesno povezan.

[7]Pri nas se, ob očitnih in resnih problemih, ki jih povzročajo zaostanki v sodstvu, presenetljivo malo razmišlja o sistemskih vzrokih za tako velik priliv zadev na sodišča. Eden izmed takšnih vzrokov so zanesljivo nedodelani in nejasni predpisi, ki sami generirajo postopke pred sodišči. S tem nikakor ne želim trditi, da bo prav iz obravnavanih primerov izšlo veliko število sodnih sporov, nasprotno, po naravi stvari bo njihovo število statistično zanemarljivo, problem je v stanju duha. Vsega tistega, kar s predpisom ni uspel rešiti normodajalec, ni mogoče (in včasih tudi ni pametno) prepustiti sodnemu odločanju. Sodni postopki, ki trajajo leta in leta so dokaz za to.