



**REPUBLIKA SLOVENIJA
USTAVNO SODIŠČE**

Številka: Up-41/98

Datum: 13.3.1998

Delno pritrdilno in delno odklonilno ločeno mnenje sodnika Krivica

I.

(pritrdilno k 1. točki izreka)

O tem, da je bila pritožniku S. V. M. nadvse očitno kršena pravica, da bi pristojni organi (najprej Ministrstvo za pravosodje in nato pristojna sodišča) morali v predpisanih rokih odločiti o njegovi zahtevi za začasno zadržanje izvršitve izpodbijane odločbe o imenovanju notarke M. Z., ni zame sploh nikakršnega dvoma, zato sem seveda glasoval za prvo točko izreka, s katero je bila ta kršitev ugotovljena. Obstoječi ogromni zaostanki v upravnem sodstvu niso in ne morejo biti nikakršen izgovor za to, da v tem primeru Vrhovno sodišče in (v bistveno manjši meri) novo Upravno sodišče nista ravnali po izrecnih določbah novega Zakona o upravnih sporih, veljavnih od 1. januarja letos, ki jima (kljub ogromnim zaostankom iz prejšnjih let, ki se jih je zakonodajalec zavedal) posebej in izrecno nalagata takojšnje, hitro odločanje o zahtevah za začasno zadržanje. Razlog za to je jasen: upravne odločbe postanejo - drugače kot sodne odločbe v civilnih in kazenskih zadevah - izvršljive praviloma že z dokončnostjo in ne šele s pravnomočnostjo, zato je v primerih, kadar bi čakanje na pravnomočnost lahko nepopravljivo prizadelo strankine pravice, hitra odločitev o predlogu za začasno zadržanje edini način za učinkovito sodno zavarovanje domnevno prizadetih pravic.

Kot izhaja že iz 9. točke obrazložitve, ni nujno, da bi vsaka prekoračitev zakonsko predpisanih rokov za to hitro odločanje (sedem dni, tri dni) že v vsakem primeru sama po sebi morala pomeniti tudi kršitev ustavne pravice do sodnega odločanja brez nepotrebne odlašanja - to bo odvisno od konkretnih okoliščin vsakega posameznega primera. Kadar bo npr. tudi odločitev po mesecu dni še vedno lahko učinkovito zavarovala ogroženo domnevno (zatrjevano) pravico, ob upoštevanju še drugih okoliščin (vključno z upoštevanjem obremenitve sodišča s starimi zadevami) najbrž res ne bo nujno reči, da je bila to kršitev pravice iz 23. člena Ustave. Na drugi strani lahko po mojem mnenju pride tudi do primerov, ko bo morda celo odločitev, ki bo sprejeta znotraj teh kratkih zakonskih rokov, za učinkovito varstvo prepozna - in bo v primeru spora spet treba povsem konkretno presojati, ali je bila morda celo v takem primeru pravica do sojenja "brez nepotrebne odlašanja" oziroma "v razumnem roku" kršena (recimo, če je bilo očitno, da je do določenega dne nastop nepopravljivih posledic še bilo možno preprečiti, potem pa ne več - sodišču pa bo možno očitati, da pri presoji teh okoliščin, upoštevajoč seveda tudi njegovo obremenjenost z drugimi zadevami, ni ravnalo z dolžno in glede na okoliščine možno skrbnostjo). V tu obravnavanem primeru pa ni šlo za nobenega od takih možnih primerov, torej za presojo, ali je bila zahtevana odločitev sprejeta glede na konkretne okoliščine po izteku "razumnega roka" - saj sploh ni bila sprejeta in očitno tudi ni bilo namere, da bi bila sprejeta, vsaj ne pred 1. marcem, torej pred dnem, ko naj bi imenovana notarka začela z opravljanjem notarske službe. Kršitev pravice iz 23. člena Ustave je bila z gledišča gornjih kriterijev torej povsem očitna.

Zavedam se sicer, da bi morebitna ekscesivna uporaba te nove zakonske možnosti (zahtevati v upravnem sporu hitro odločitev o začasnem zadržanju), če bi jo torej množično začeli uporabljati vsi ne glede na resnično potrebnost in upravičenost, utegnila le še dodatno zablokirati delovanje upravnega sodstva in torej povsem izneveriti pričakovanja ob njeni uvedbi - toda ta, morda povsem realna bojazen, seveda ne more biti izgovor za to, da se že pri prvih primerih, ko tega pritiska še ni, zakonski roki ne spoštujejo. Če se bo ta pritisk kasneje pojavil in začel resneje ovirati normalno delovanje upravnega sodstva, bo morda treba razmisliti tudi o strožjih zakonskih pogojih za dostop do

tega pravnega sredstva, ob zatrjevanju kršitev ustavne pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja oziroma v razumnem roku pa pri presoji nedoločenega pravnega pojma "razumen rok" seveda tudi tako nastale dejanske okoliščine in najbrž tudi "težo" pravic in teže posledic nezadržanja v konkretnem primeru - tudi v primerjavi s težo pravic, za katere gre pri "rednem" odločanju v upravnem sodstvu, in s teže posledic, ki nastajajo zaradi prekoračevanja vseh razumnih rokov pri tem "rednem" odločanju.

V tem konkretnem primeru pa je bila "oteževalna" okoliščina, ki še dodatno govori v prid sprejeti odločitvi, še ta, da je bila istemu pritožniku v nekem prejšnjem postopku za zasedbo drugega notarskega mesta že kršena njegova pravica do potegovanja za notarsko mesto pod enakimi pogoji (in to prav od sedaj imenovane notarke M. Z. kot takratne ministrice za pravosodje), kjer zaradi specifičnih okoliščin takratnega primera pritožniku ni bilo mogoče omočiti odprave storjene kršitve s ponovitvijo izbirnega postopka. Zato bi bilo v tem novem sporu med istima protagonistoma, le v delno spremenjenih vlogah, treba še toliko bolj paziti, da se ne bi zaradi kakšne sodne napake ponovila situacija iz prvega spora, ko je bila na koncu ugotovljena kršitev pritožnikove pravice, vendar te kršitve takrat ni bilo več mogoče popraviti. Toda, ponavljam: paziti je treba na to, da do tega ne bi prišlo zaradi sodne napake - to pa seveda še ne pomeni niti tega, da je tudi v tem primeru do zatrjevanja kršitve pritožnikove pravice do potegovanja za notarsko mesto pod enakimi pogoji res prišlo, niti tega, da bi bilo v tem trenutku pri tehtanju možne škode, ki njemu ali imenovani notarki zaradi zadržanja lahko nastane, treba pritožnikovim interesom a priori dajati prednost.

II.

(odklonilno k 2. točki izreka)

Z 2. točko izreka pa se ne strinjam in sicer zato, ker bi glede na veliko škodo, ki imenovani notarki z zadrževanjem nastopa njene službe dnevno nastaja, o morebitnem nadaljnjem zadrževanju moralo dokončno odločiti že Ustavno sodišče (po 60. členu ZUsts), in ne povsem po nepotrebem podaljševati te negotovosti s sedaj sprejeto 2. točko izreka, po kateri utegne do dokončne odločitve o predlogu za začasno zadržanje preteči še nekaj tednov. Ker bi bilo po mojem trdnem prepričanju že ta trenutek - oziroma že takoj, ko je imenovana notarka v svojem odgovoru izkazala veliko škodo, ki ji z zadrževanjem nastaja - treba predlog za začasno zadržanje zavrniti, da se ta škoda ne bi po nepotrebem povečevala, je to seveda še dodaten razlog za moje glasovanje proti 2. točki izreka.

Negotovosti glede vprašanja, ali je pritožniku sploh bila res kršena njegova pravica do potegovanja za notarsko mesto pod enakimi pogoji, namreč odločitev o predlogu za začasno zadržanje tako in tako ne more odpraviti - do končne odločitve o tem morda težjem vprašanju, kot je videti na prvi pogled, torej do pravnomočnega končanja upravnega spora in potem še do odločitve o morebitni ustavni pritožbi, pa utegne preteči še precej časa.

Kljub zanimivosti in relativno veliki teži pravnih vprašanj, ki so bila tu že odprta in se še lahko odprejo, pa v primerjavi z življenjsko in socialno mnogo težjimi vprašanji, ki že leta čakajo na rešitev v skoraj 4000 zaostalih primerih, ne vidim utemeljenega razloga, da bi bilo tudi pri meritornem reševanju temu upravnemu sporu treba dati prednost pred drugimi, starejšimi. V tej luči postane hitro povsem jasno, da je pa res treba takoj odpraviti negotovost glede vprašanja, ali bo nastop službe imenovane notarke še naprej ostal zadržan (nepredvidljivo dolg čas) ali ne. In po mojem trdnem prepričanju tudi, da je to negotovost treba odpraviti tako, da se predlog za (nadaljnje) začasno zadrževanje nastopa notarkine službe zavrne.

Prve negotovosti (ali je pritožnikova pravica do potegovanja za notarsko mesto pod enakimi pogoji bila sploh kršena ali ne) torej še določen, morda celo daljši čas še ne bo mogoče odpraviti. Toda medtem pritožnik še naprej lahko neovirano opravlja svoj odvetniški poklic, ki ne po ugledu ne po pridobitnosti bistveno ne odstopa od notarske službe. Če bi bilo čez čas (ko bi bil pritožnik za nastop notarske službe tudi že prestar) ugotovljeno, da mu je bila v izbirnem postopku njegova prej omenjena pravica res (že drugič) kršena, bi bila to zanj v zadnjem delu njegove odvetniške kariere izredno močna moralna satisfakcija, lahko pa bi od države zahteval tudi ustrezno denarno odškodnino. Toda obstaja tudi možnost, da zatrjevane kršitve njegove pravice v resnici ni bilo. Kako bi bilo v tem primeru mogoče opravičiti neprimerno hujši poseg v pravice imenovane notarke, ki naj bi ves ta (sedaj

nepredvidljivo dolgi) čas bodisi brez vsake zaposlitve in ob dolžnosti vzdrževanja dveh oseb čakala, kako ji narašča dolg, bodisi dolg povrnila s prodajo komaj kupljenih prostorov in opreme ter začela iskati možnosti za drugo zaposlitev sebe in svoje sestre - to pa mi nikakor ni jasno. In celo, če bi se po daljšem času izkazalo, da je pritožnikova pravica vendarle bila kršena in da je sporni izbirni postopek treba ponoviti (seveda brez vnaprejšnjega zagotovila, da bo v ponovljenem postopku izbran prav on in ne morda celo ponovno ista kandidatka kot prvič) - kako bi bilo tudi v takem primeru možno opravičiti prej opisani hudi poseg v pravice imenovane notarke in hudo škodo, ki bi ji bila s tem povzročena?

Bi bila ta škoda sploh popravljiva? Samo z odškodnino - v tem smislu potem nepopravljive škode sploh ne more biti. Z odškodnino pa je seveda popravljiva tudi škoda, ki bi lahko nastala pritožniku, če sporni izbirni postopek kasneje ne bi mogel biti ponovljen. Ta razmislek tudi pokaže, da razliki v diktiji 30. člena ZUS, ki na eni strani omenja "težko popravljivo škodo", na drugi strani pa "večjo nepopravljivo škodo", ne gre pripisovati prevelikega pomena oziroma jo ne glede na okoliščine konkretnega primera razlagati povsem dobesedno. Za pravično in zakonito odločitev je nedvomno pomembnejše - enako stališče sem zasledil tudi v nemški judikaturi - tehtanje, v katerem od obeh primerov bi lahko nastala ne le težje popravljiva, ampak zlasti težja, večja škoda (saj je kakšna škoda lahko po vsebini in obsegu zelo majhna, a težko popravljiva), kot pa iskanje pojmovne razlike med "težko popravljivo" in "nepopravljivo" škodo.

V podkrepitev svojega odklonilnega stališča do večinsko izglasovane 2 točke izreka v nadaljevanju navajam še nekaj odstavkov obrazložitve, ki sem jo pripravil za drugačno 2. točko izreka, s katero bi bila pritožnikova zahteva za nadaljnje zadrževanje izvršitve zavrnjena:

"Imenovana notarka se je lahko zanesla na odločbo o imenovanju, ki jo je izdal pristojni državni organ. Zakon o notariatu (Uradni list RS, št. 13/94 in 82/94) je v določbi petega odstavka 10. člena izključil pritožbo zoper odločbo o imenovanju notarja, kar pomeni, da je bila odločba dokončna in kot takšna izvršljiva. V skladu s takšno odločbo je tudi ravnala. Ni mogoče zanikati, da ji z učinkovanjem odločitve Ustavnega sodišča o začasnem zadržanju nastopa notariata škodljive posledice, ki jih v svojem odgovoru utemeljuje (6. točka te obrazložitve), tudi nastajajo. Ob izdaji sklepa Ustavnega sodišča o začasnem zadržanju je bil izpolnjen pogoj iz 58. člena ZUstS, pri čemer je Ustavno sodišče sicer upoštevalo, da imenovani notarki zaradi odložitve nastopa notariata lahko nastane določena škoda, vendar je na podlagi tedaj znanih podatkov presodilo, da je ta manjša od škode, ki jo je izkazoval pritožnik.

Pri presoji, ali so izpolnjeni pogoji po drugem odstavku 30. člena ZUS, pa je treba ugotoviti, da bi imenovani notarki z nadaljnjim odlogom nastopa notarske službe nastala nedvomno večja nepopravljiva škoda, ki je bistveno bolj izkazana od pritožnikove. Res obstoji nevarnost, da izbirnega postopka v primeru morebitne ugoditve pritožnikovi tožbi v upravnem sporu ne bo mogoče ponoviti. Vendar je na eni strani to le hipotetično izkazana verjetnost, medtem ko so škodljive posledice za imenovano notarko gotovo že nastopile. Poleg tega pa je treba ugotoviti, da ima pritožnik le pravico, da se pod enakimi pogoji z drugimi poteguje za zasedbo notarskega mesta, ne pa tudi pravico biti imenovan za notarja, kar pa pomeni, da mu tudi morebiten ponovno izvedeni izbirni postopek ne more jamčiti, da bo imenovan za notarja.

Škoda bi mu lahko nastala le v primeru, da se izbirni postopek kljub ugotovljenim hudim napakam sploh ne bi mogel ponoviti in da bi se pritožnik torej moral zadovoljiti le z ugotovitvijo, da so bile v postopku izbire storjene hude napake in s tem kršene njegove pravice do kandidiranja pod enakimi pogoji. Če te kršitve ne bi bilo več mogoče odpraviti s ponovitvijo izbirnega postopka, bi bilo torej njene škodljive posledice mogoče popraviti le z ustrezno odškodnino. Ugotavljene take povsem specifične vrste škode in ustrezne odškodnine zanjo bi bilo lahko sicer zapleteno, vendar možno. Škoda, ki bi jo zaradi morda večmesečnega zadrževanja nastopa notarske službe utrpela že imenovana notarka, pa bi bila v velikem delu nepopravljiva, tudi v primeru, če bi bila tožba v upravnem sporu zavrnjena.

Tudi če bi ji visoko materialno škodo, ki bi med tem nastala in katere nastanek je verjetno izkazan v njenem odgovoru na ustavno pritožbo, naknadno kdo povrnil (pri čemer niti ni povsem jasno, kdo naj bi to bil), bi bila to samo naknadna povrnitev škode v vnaprej neznanem in nepredvidljivem roku. V vmesnem času pa bi prizadeta oseba morala na drug način poskrbeti za preživljanje sebe, svoje hčerke in svoje sestre, poleg tega pa še za vračanje posojil za nakup in opremo notarske pisarne. Že

direktna materialna škoda bi bila torej zelo verjetno vsaj v določenem obsegu nepopravljiva - še zlasti pa bi bila nepopravljiva indirektna materialna škoda (izguba potencialne klientele itd.) ter nematerialna škoda zaradi dalj časa trajajoče negotovosti, ali je bilo njeno imenovanje za notarko zakonito - če bi se naknadno potem ugotovilo, da ji je bilo določen čas onemogočeno opravljanje notarske službe, na katero je bila zakonito imenovana.

Po določbi četrtega odstavka 69. člena ZUS lahko sodišče začasno zadržanje veže na pogoj, da se da zavarovanje za škodo, ki utegne nastati nasprotni stranki zaradi njene izdaje. V tem postopku je treba upoštevati, da je na strani nasprotne stranke pravzaprav prizadeta oseba. In medtem ko nasprotni stranki - organu, ki je izdal izpodbijano odločbo, ne nastaja nobena škoda, ta nastaja prizadeti osebi. Vprašljivo je, ali je mogoče za škodo, ki bi njej nastala zaradi začasnega zadržanja, zahtevati zavarovanje od pritožnika. Pritožnik ni naredil nobenih napak, če so bile v postopku imenovanja notarja storjene kakšne kršitve, potem so jih lahko zagrešili le organi, ki so odločali, to je Notarska zbornica in Ministrstvo za pravosodje.

Poleg tega pa je treba upoštevati, da bi se prizadeta oseba iz tega zavarovanja lahko poplačala šele po pravnomočnosti odločitve v upravnem sporu. Zato tudi ta možnost ni mogla biti odločilna za ugoditev zahtevi za začasno zadržanje."

Matevž Krivic