



Številka: Up-373/14-24

Datum: 16. 6. 2014

ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA JANA ZOBCA K SKLEPU ŠT. Up-373/14 z dne 11. 6. 2014

1. Ne strinjam se z večinsko odločitvijo sodišča, ki je imelo prvič pred seboj procesni vidik načela zakonitosti v kazenskem pravu v tako izpostavljeni in izostreni obliki. In prvič (ter, upam, tudi zadnjič) zadevo s tako očitno kršitvijo tega načela.

Subsidiarnost ustavne pritožbe

2. Zelo se strinjam s stališči, izraženimi v točki B.– I. obrazložitve sklepa. Vselej sem namreč bil in tudi sem zagovornik subsidiarnosti intervencij Ustavnega sodišča – tako z vidika delitve oblasti ter tistega od načel pravne države, ki pomeni medsebojno zaupanje institucij pravne države, kot tega, da morajo ne samo Ustavno sodišče, ampak tudi redna sodišča soditi po Ustavi – in seveda spoštovati ter varovati človekove pravice. Konec koncev so sodniki vezani tudi (in upam si reči, najprej) na ustavo (125. člen Ustave). Preden sodnik/sodnica nastopi sodniško službo priseže, da bo sodniško funkcijo opravljal/a v skladu z ustavo in zakonom ter sodil/a po svoji vesti in nepristransko (23. člen Zakona o sodniški službi – Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo – ZSS). Še nekaj se mi zdi izjemno pomembnega. Zahteva po izčrpanju pravnih sredstev, ki vključuje tudi materialno (vsebinsko) izčrpanje, pomeni namreč, da Ustavno sodišče kot ultimativni varuh ustavnosti ter človekovih pravic in svoboščin stopi na sceno šele, ko so si vsi akterji ustavnega diskurza, to pa so tako stranke kot celotna instančna veriga rednih sodišč, izmenjali ustavne argumente, jih prediskutirali in na koncu argumentirano presodili o njihovi utemeljenosti. Šele potem, ko so razgrnjeni vsi ustavni argumenti vseh akterjev sodnega spora, naj se o njih dokončno izreče Ustavno sodišče. Tak pristop pomembno prispeva h kakovosti ustavnosodne presoje, hkrati pa aktivira zavest o pomenu ustavnosti, saj v vsakdanjem pravnem življenju udejanja ideal, po katerem

mora ustavnost delovati kapilarno – prežemati mora vsa pravna razmerja, tako tista, ki nastajajo na podlagi oblastnega delovanja države, kot horizontalna razmerja med prirejenimi pravnimi subjekti.

Pooblastilo za izjemno obravnavanje

3. Ker pa nobeno načelo ni hermetično (če bi bilo, potem ne bi bilo več načelo), ima tudi subsidiarnost (načelo izčrpanja pravnih sredstev) svojo izjemo. Tudi v tem pogledu soglašam z večino, da je treba pooblastilo za izjemno obravnavanje, ki ga Ustavnemu sodišču daje drugi odstavek 51. člena ZUstS, razlagati kar se da ozko, kar pomeni tako, da se uporabi "res izjemoma" ter da je treba pri tem (kar je seveda samoumevno) spoštovati načelo enakosti pred zakonom. Sam sem celo mnenja, da gre pri tej izjemi za stopnjevano izjemnost. Stopnjevano zato, ker izpolnjenost pogojev očitnosti kršitve človekovih pravic in nastanka nepopravljivih posledic samo po sebi še ni dovolj za aktivacijo izjemnega obravnavanja. Mislim, da mora biti tu podan še tretji pogoj, to pa je nujna, pereča in neizogibna potreba po obravnavanju ustavne pritožbe že pred izčrpanjem izrednih pravnih sredstev. In kje vidim podlago za tako zaostrovanje strogosti. Vidim jo v izrecno poudarjeni izjemnosti. Zakon namreč določa, da "Ustavno sodišče izjemoma odloča o ustavni pritožbi [pred izčrpanjem izrednih pravnih sredstev], če je kršitev očitna in če bi z izvršitvijo posamičnega akta nastale za pritožnika nepopravljive posledice". Če bi zadoščali samo očitnost kršitve človekove pravice in nepopravljivost posledic, potem zakon diskrecije Ustavnega sodišča ne bi še dodatno omejil s tem, da kljub izpolnjenosti omenjenih dveh pogojev lahko (samo) izjemoma odloča o ustavni pritožbi pred izčrpanjem pravnih sredstev. Obstajati morajo torej še druge (izjemne) okoliščine, ki narekujejo izjemen sprejem.

4. Ko je tako, morajo biti za izjemno obravnavo kumulativno izpolnjeni trije pogoji: očitnost kršitev človekovih pravic, nastanek nepopravljivih posledic in potem še dodaten razlog, ki kljub izpolnjenosti prej omenjenih dveh pogojev zahteva preskakovanje redne sodne poti.

Nepopravljivost posledic

5. Pravnomočna kazenska obsodba na zapor dveh let pomeni poseg v eno od najbolj varovanih ustavnih vrednot. Čeprav je odpravo posledic kršitev človekovih pravic v primeru neupravičenega odvzema osebne svobode mogoče doseči z naknadnim plačilom denarne odškodnine, je taka odškodnina samo zadoščenje – in nič več. Kot časa ni mogoče vrniti nazaj, tudi odvzema svobode za nazaj ni mogoče odpraviti. Kazen zapora pomeni zato za pritožnika nenadomestljivo škodo.

Posebej o očitnosti kršitve kot pogoju za izjemno obravnavo

6. Procesni pogoj očitne kršitve človekove pravice ima v sebi že na prvi pogled vidno protislovje. Je namreč poudarjeno vsebinski, upam si reči, celo stopnjevano vsebinski. Odločitev o vsebinski obravnavi pomeni zato hkrati tudi odločitev (ugotovitev), da je z izpodbijaním aktom sodišče kršilo človekove pravice, da je torej ustavna pritožba utemeljena.¹ Pa ne samo to. Utemeljenost pritožbe mora biti tudi očitna. Kar pa ne pomeni le "*prima facies*" utemeljenosti, ampak utemeljenosti, kot jo opredeljuje precedenčni sklep št. Up-62/96 z dne 11. 4. 1996 (OdlUS V, 68): "Očitna kršitev v smislu drugega odstavka 51. člena ZUstS je podana, če trditve, da je prišlo do kršitve, ni mogoče ovreči ali omajati niti po vsestranskem preizkusu, ker vse okoliščine, zdrava pamet in vse izkušnje, brez dokazovanja in brez možnosti nasprotnega utemeljevanja izključujejo vsako možnost drugačnega sklepa." Strinjam se z večino, da je treba za izhodišče vzeti tako razložen standard "očitnosti kršitev". Smisel strogega pristopa je namreč prav v tistem, kar je pojasnjeno v 2. točki tega mnenja. Ko je namreč kršitev enkrat neovrgljivo očitna in absolutno dokazana, potem ni nobene potrebe, da bi se o ustavnopravnih argumentih, ki se tičejo te kršitve, izčrpno izrekalo še Vrhovno sodišče – če je kršitev tako zelo očitna in neovrgljivo dokazana, potem argumenti Vrhovnega sodišča k ustavnosodni presoji ne bi prispevali prav nobene dodane vrednosti. Saj, če bi jo, potem kršitev ne bi bil več očitna.

O očitku kršitve načela zakonitosti v kazenskem pravu

7. Osrednje vprašanje je torej, ali lahko v obravnavanem primeru ob tako razloženem standardu "očitnosti" govorimo o očitni kršitvi načela zakonitosti v kazenskem pravu (28. člen Ustave). Večina je tu namreč mnenja, da "... je Višje sodišče kršitev prvega odstavka 28. člena Ustave povezalo s tem, da gre za t. i. indično sodbo" (22. točka obrazložitve). In ker Ustavno sodišče doslej še ni oblikovalo ustavnopravnih standardov, na podlagi katerih bi bilo mogoče presojati, ali je indična sodba nezdružljiva z načelom zakonitosti, bi Ustavno sodišče, če bi sledilo pritožnikovemu stališču, že na ravni očitnosti sprejelo stališče, da indična sodba v kazenski zadevi sploh ne sme biti dopustna (22. točka obrazložitve).

8. Strinjam se z večino, da zahtevajo ustavnopravni vidiki indične sodbe resno in poglobljeno presojo ter da zato ni mogoče že v okviru očitnosti trditi, da bi bila indična sodba nezdružljiva z ustavnimi jamstvi v kazenskem postopku. Vendar pritožnik svoje

¹ Glej odločbo št. Up-277/96 z dne 7. 11. 1996 (OdlUS V, 189), ko je Ustavno sodišče hkrati odločilo tako o sprejemu ustavne pritožbe v izjemno obravnavo kot o njeni utemeljenosti.

očitke o kršitvi prvega odstavka 28. člena Ustave utemeljuje s tem, da obtožni akt in obsodilna sodba ne vsebujeta temeljnih navedb o očitnem kaznivem dejanju glede časa in kraja njegove storitve. V povzetku njegovih pritožbenih navedb, ki so zgoščene v 2. do 7. točki obrazložitve, pa je poleg tega še navedeno, da pritožnik "[m]eni, da iz obtožnega akta in izreka sodbe ne izhaja, da je [...] sprejel obljubo nagrade, saj naj ne bi bilo konkretnega opisa očitnega ravnanja, iz katerega bi izhajalo, da je ta zakonski znak podan" (6. točka obrazložitve). In prav za to gre. Gre za pritožnikov očitek, da je obsojen za abstraktno, nekonkretizirano dejanje sprejema obljube plačila provizije. In na ta očitek ni mogoče odgovoriti tako, kot je odgovorila večina, namreč, da je Višje sodišče zatrjevano kršitev prvega odstavka 28. člena Ustave povežalo s tem, da gre za t. i. indično sodbo.

Načelo zakonitosti v kazenskem pravu

9. Načelo zakonitosti (*lex certa*) je brez dvoma prvo od ustavnih načel kazenskega prava, upam si reči kar pranačelo kazenskega prava, univerzalno sprejet in pripoznan kanon varstva posameznika pred (brez tega načela neomejeno) kaznovalno oblastjo države ter eden od temeljnih vzvodov poštenosti kazenskega postopka. Ne pomeni samo, da morajo biti zakonski znaki kaznivega dejanja jasni, določni in razločni (tu načelo zakonitosti veže zakonodajalca – materialnopравни vidik načela zakonitosti),² ampak tudi in še toliko bolj, da mora biti jasen, razločen in določen konkreten očitek

² Ali, kot je že večkrat reklo Ustavno sodišče, nazadnje v odločbi št. U-I-134/11 z dne 11. 7. 2013 (Uradni list RS, št. 63/13): "Namen načela zakonitosti in s tem določnosti v kazenskem materialnem pravu je preprečiti samovoljno in arbitrarno uporabo državnega kaznovalnega sankcioniranja v primerih, ki ne bi bili vnaprej točno opredeljeni. Kazenskopravne določbe morajo biti zato oblikovane tako, da so ljudem razumljive ter da ne puščajo dvoma, kaj je kaznivo in kakšna sankcija je predpisana za kršitev. Posameznik tako ve, kje je meja med prepovedanim in dovoljenim, le vnaprej predvidena in določno opredeljena zapoved oziroma prepoved pa lahko učinkovito odvrne od kršenja. (opombe izpuščene)" Podobno Vrhovno sodišče v sodbi št. XI Ips 23/2009 z dne 2. 4. 2009, "[p]redpis, ki neko ravnanje opredeljuje kot kaznivo, mora biti vnaprej določen, jasen in predvidljiv. Smisel te zahteve je v tem, da storilec vnaprej ve, kaj je kaznivo, in se zaveda, da dela nekaj, kar je določeno kot kaznivo ravnanje. Namen načela zakonitosti in s tem določnosti v kazenskem materialnem pravu je preprečiti samovoljo in arbitrarno uporabo državnega kaznovalnega sankcioniranja v situacijah, ki ne bi bile vnaprej točno opredeljene. Le vnaprej predvidena in določno opredeljena zapoved oziroma prepoved lahko učinkovito odvrne od njenega kršenja." Kajti, kot lucidno ugotavlja sodnik Zupančič v odklonilnem ločenem mnenju v zadevi št. Up-40/94 z dne 3. 11. 1995 (OdlUS IV, 136), "[k]azenskega prava ne potrebuje niti policija, niti tožilstvo, niti ga ne potrebujejo sodišča. Vsi ti eksponenti represivne oblasti države bi svoje funkcijo lažje opravljali, če jih v tem ne bi omejevalo prav omenjeno načelo zakonitosti. Kazenski zakon pa potrebuje obdolženec, ki ga pred samovoljnim kaznovanjem lahko zavaruje le stroga razlaga kazenskega zakona."

obdolženemu, vsebovan v obtožnem aktu (tu načelo zakonitosti veže državne tožilce in sodišča – procesni vidik načela zakonitosti).³ Tako, kot je "[n]amen načela zakonitosti in s tem določnosti v kazenskem materialnem pravu *lex certa* [...] preprečiti samovoljo in arbitrarno uporabo moči državnega kaznovalnega sankcioniranja v situacijah, ki ne bi bile že vnaprej dovolj točno opredeljene",⁴ je namen zapovedi, da mora biti očitak posameznemu obtožencu konkretiziran in individualiziran ter semantično izpiljen do zadnjega abstraktnega zakonskega znaka kaznivega dejanja, preprečiti samovoljo sodišč. In tako, kot mora biti "iz kazenskopravne določbe mogoče razbrati vse v definiciji navedene sestavine kaznivih dejanj, poleg tega pa tudi posebne znake, po katerih je mogoče kazniva dejanja med seboj pravno razlikovati",⁵ mora enako zahtevo na ravni konkretnosti izpolnjevati opis življenjskega dogodka v obtožnem aktu.⁶ Obtoženec mora namreč vedeti, za katero konkretno dejanje ga tožilec obtožuje. In ker je zaradi domneve nedolžnosti v kazenskem postopku dokazno breme vselej na tožilcu, bo to breme zmogel samo, če si je kot temo dokazovanja postavil konkretno trditev o konkretnem dogodku – abstrakcij že po naravi stvari ni mogoče dokazati.⁷ To pomeni, da mora biti očitano ravnanje opisano tako, kot se je v življenju zgodilo – v obtožnem aktu mora biti naveden neponovljiv življenjski dogodek, ki se mora ujemati z abstraktnim zakonskim dejanskim stanom.⁸

³ V tem smislu Ustavno sodišče v zadevah št. Up-1023/05 z dne 28. 2. 2008, št. Up-274/05, Up-416/05 z dne 28. 2. 2008 in št. Up-259/00 z dne 20. 2. 2003 (OdlUS XII, 51). V tem smislu tudi odločbi št. U-I-289/95 z dne 4. 12. 1997 (Uradni list RS, št. 5/98, in OdlUS VI, 165) ter št. Up-265/01 z dne 26. 10. 2001 (Uradni list RS, št. 88/01, in OdlUS X, 228), kjer sodišče med drugim pove, "[...] da ima vsaka beseda v opisu kaznivega dejanja svoj pomen, ki je predvsem izločitven."

⁴ Glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-6/93 z dne 1. 4. 1994 (Uradni list RS, št. 23/94, in OdlUS III, 33). Ustavno sodišče je to stališče ponovilo v številnih kasnejših odločbah.

⁵ Glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-335/02 z dne 24. 3. 2005 (Uradni list RS, št. 37/05, in OdlUS, XIV, 16).

⁶ Prim. sklep Ustavnega sodišča št. Up-354/00 z dne 25. 9. 2002.

⁷ Zato je spor, ki temelji na abstraktnih očitkih, za tožilca že vnaprej izgubljen. Določbe ZKP (prvi odstavek 437. člena v zvezi s 1. točko prvega odstavka 277. člena), po katerih je treba obtožni akt, v katerem znaki očitane kaznivega dejanja niso konkretizirani, zavreči, so samo logična pravna izpeljava premise, da se nima smisla pravdati okoli nečesa, kar je že vnaprej izgubljeno. Prim. odločbo Ustavnega sodišča št. Up-758/03 z dne 23. 6. 2005 (Uradni list RS, št. 66/05, in OdlUS XIV, 96), kjer je med drugim rečeno: "Načelo zakonitosti je za vprašanje dokazovanja pomembno le toliko, kolikor zahteva po določnosti zakona, ki določa kaznivo dejanje, hkrati preprečuje, da bi se kot znaki kaznivega dejanja uporabljali pojmi in okoliščine, glede katerih ni mogoče osredotočeno dokazovanje."

⁸ V francoskem izvorniku besedila prvega odstavka 6. člena EKČP je zapisano, da morajo biti kazenske obtožbe "*bien-fondé*". Po razlagi Evropskega sodišča za človekove pravice to predpostavlja, da je obtožba dobro utemeljena tako v dejstvih kot v pravu. Pri tem pa postopek

10. Zato je načelo zakonitosti kršeno, če se obdolžencu očita dejanje, ki je opisano samo z navedbo tistega, kar je zapisano v kazenskem zakoniku in ki pomeni samo ponovitev abstraktnega zakonskega dejanskega stanu. Za nespoštovanje načela zakonitosti je čisto vseeno, ali je celoten opis očitanege dejanja zgolj prepis zakonskega abstraktnega dejanskega stanu ali pa je v opisu dejanja kot nekonkretiziran izostal samo kateri od elementov abstraktnega dejanskega stanu kaznivega dejanja. Izostanek že samo enega samega zakonskega znaka kaznivega dejanja pomeni zato kršitev načela zakonitosti, ki se v postopku izraža kot kršitev iz 1. točke 372. člena ZKP – dejanje, ki se preganja, ni kaznivo dejanje, kar ima za posledico spremembo prvostopenjske obsodilne sodbe v oprostilno. Še več, taka pomanjkljivost obtožnega akta ima celo za posledico njegovo zavrženje, kar pomeni, da do sojenja tedaj sploh ne sme priti – in potem seveda tudi ne do skušnjave, da bi sodišče prevzelo vlogo tožilca. Kaj drugega je namreč, če v obtožnem aktu manjkajoče elemente življenjskega dogodka, ki naj bi se ujemali z očitanim abstraktnim kaznivim dejanjem, nadomesti kar sodišče samo. Da bi bil to nezaslišan napad na obtožno načelo, ki je drug temeljni kamen poštenega kazenskega postopka, ni treba posebej utemeljevati. Zato vprašanje indične sodbe nima prav nobene zveze s pritožbenim očitkom, da v izreku sodbe ni konkretiziranega očitka, da je pritožnik sprejel obljubo nagrade. Da bi presodilo pritožbene trditve o izostanku konkretnega opisa očitanege dejanja v izreku pravnomočne sodbe, ki pomeni kršitev načela zakonitosti v kazenskem postopku, se Ustavnemu sodišču ne bi bilo treba ukvarjati s kompleksnimi vprašanji ustavnopravnih razsežnosti indičnih sodb.

Posebnosti storitve kaznivega dejanja iz prvega odstavka 269. člena KZ s sprejemom obljube nagrade

11. Kaznivo dejanje po prvem odstavku 269. člena KZ je mogoče storiti z več izvršitvenimi načini, med drugim tudi tako, da storilec sprejme obljubo nagrade, da bi izkoristil svoj vpliv in posredoval za opravo kakšnega uradnega dejanja. To kaznivo dejanje je storitveno in ne opustitveno, kar pomeni, da mora biti aktivnost storilca zaznavna v zunanjem svetu. Gre namreč za kršitev prepovedne norme (in ne zapovedne norme, pri kateri se kaznivo dejanje stori z opustitvijo). Nadaljnja značilnost te, alternativno določene oblike obravnavnega kaznivega dejanja je razširitev področja inkriminacije v pripravljalno fazo kaznivega dejanja sprejemanja daril za nezakonito posredovanje, torej v najzgodnejšo fazo, ki jo je sploh mogoče inkriminirati, v fazo, ki se že približuje golemu kriminalnemu namenu. Zaradi velike nevarnosti in vsesplošne družbene škodljivosti korupcije je zakonodajalec področje kaznivosti pomaknil do skrajne točke, ko še lahko govorimo o možnosti navzven zaznavnega ravnanja storilca, ravnanja, ki se loči od njegovega notranjega

ne bo pošten, če se bo odvijal pod takšnimi pogoji, ki bodo obdolženca postavili nepošteno v slabši položaj (sodba v zadevi *Delcourt proti Belgiji* z dne 17. 1. 1970).

(miselnega) sveta (od golega namena). Do trenutka sprejema obljube nagrade, se namreč vse zlo dogaja v storilčevi notranji sferi, v njegovi glavi – kamor pa kaznovalno pravo ne more in tudi ne sme prodreti. Šele s sprejemom obljube nagrade, ki pomeni prvo materializacijo (obelodanjenje) storilčevega namena, torej s prvim fizično zaznavnim storilčevim dejanjem se kriminalna (a hkrati do tedaj svobodna, v storilčevem notranjem svetu bivajoča) misel prenese v zunanji svet. Trenutek tega prenosa je prvo zaznavno dejanje in hkrati že storitev kaznivega dejanja. Doslej nekazniva in svobodna kriminalna misel prestopi v novo kvaliteto – iz storilčeve notranjosti vstopi v materialni svet, iz prej svobodne sfere v sfero pravno prepovedanega in zato kaznivega.

12. Konkretizacija storilčevega ravnanja je zato pri teh oblikah kaznivega dejanja še toliko pomembnejša. Tu velja načelo, da bolj ko se inkriminacija približuje golemu namenu in bolj ko se odmika od poudarjeno razvidnega končnega kriminalnega ravnanja storilca (prejem obljubljenega nagrade, izvedba terorističnega napada, organizirana kriminalna aktivnost ipd.), bolj mora biti tožilčev očitok jasen, konkretiziran in opredeljen. Res je, da so taka dejanja težko dokazljiva, vendar ima država prav zaradi tega številne možnosti za izvedbo prikritih preiskovalnih ukrepov, kot so prisluhi, zasledovanje, opazovanje, *agent provocateur*... Vse te metode si je država omislila in jih začela uporabljati prav zaradi takih dejanj, ki so po eni strani zelo nevarna in pomenijo veliko grožnjo varnosti ter družbenemu miru in sožitju, po drugi strani pa so težko dokazljiva. S temi ukrepi si šele zagotovi možnost odkritja dejanj s tako stopnjo verjetnosti, ki je potrebna za sprožitev sodnega postopka. Ta se namreč lahko začne šele, ko država (utelešena v tožilcu) razpolaga z zadostnimi podatki, s katerimi obtožni akt zadostno konkretizira in individualizira – navede vse konkretne, "žive" elemente očitane kaznivega dejanja.

Izostanek konkretizacije

13. V obravnavanem primeru je konkretizacija dejanja, ki se v izreku pravnomočne sodbe prve stopnje očita pritožniku, odločilno (in nepopravljivo) pomanjkljiva. Manjka namreč konkretizacija nosilnega znaka tiste oblike kaznivega dejanja, za katerega je bil pritožnik obsojen, tj. sprejem obljube nagrade. Na kakšen način naj bi pritožnik sprejel obljubo, iz izreka sodbe prve stopnje ne izhaja. Ta znak, ki bi moral biti "živ", se pravi konkretizirano opredeljen izsek neponovljivega življenjskega dogajanja, ostaja na ravni čiste zakonske abstrakcije – je namreč jezikovno istoveten s tistim, kar o tem znaku pravi prvi odstavek 269. člena KZ (zakon: "kdor... sprejme... obljubo" – izrek sodbe: "je....sprejel obljubo"). Ko je tako, tudi ni mogoča temeljna pravniška logična operacija, tista, ki pripelje do obsodbe in ki hkrati pomeni sklenitev načela zakonitosti v kazenskem pravu. To je subsumpcija konkretnega dejanja pod abstraktni dejanski stan, združitev obeh vidikov načela zakonitosti – tistega, ki velja za zakonodajalca (jasna, določna in razločna zakonska opredelitev kaznivega dejanja), in onega, ki se tiče tožilca ter nato sodnika (konkretizacija in individualizacija

očitanega dejanja). Da je subsumpcija abstraktnega pod abstraktno logični nesmisel, ker istega ni mogoče podrediti istemu, ampak ju je mogoče samo izenačiti (tavtologija), je jasno vsakomur: silogizem pač ni tautologija. In vsakomur je tudi jasno, da se zoper abstrakten očitek ni mogoče braniti. Z vidika ustavnega kazenskega procesnega prava (jamstva iz 28. člena Ustave) to pomeni, da je človeka mogoče obsoditi samo za konkretno storjeno dejanje.

14. Očitno se je vsega tega zavedalo tudi pritožbeno sodišče, ko je navedlo, "[...] da je zakonski znak 'sprejem obljube' vsebinsko (ker gre za neke vrste subjektivni znak kaznivega dejanja) dovolj določno determiniran že v samem zakonu in tega zakonskega znaka, razen v abstraktnem opisu kaznivega dejanja (kjer se navaja očitek sprejema obljube) v konkretnem dejstvenem opisu niti ne bi bilo potrebno še natančneje opredeliti", ter da bi bila zato "[...] sklepčnost izpodbijane sodbe podana tudi v primeru, če se v opisu dejanja sploh ne bi navajala dikcija 'na neugotavljen komunikacijski način' [...]" (str. 21 sodbe Višjega sodišča). Tako stališče, ki "sprejem obljube" kot nosilni znak kaznivega dejanja razume kot "neke vrste subjektivni znak kaznivega dejanja" in ki ga zato v "konkretnem dejstvenem opisu" ni treba še natančneje opredeliti, pokaže vso zadrego pritožbenega sodišča z iskanjem opravičila za izostanek konkretizacije osrednjega znaka kaznivega dejanja. Našlo ga je v "neke vrste subjektivnem znaku", ki zaradi te kvalitete konkretizacije sploh ne potrebuje. Logično in izkustveno ima seveda prav, saj miselnega dogajanja res ni mogoče konkretizirati. Ni mogoče preprosto zato, ker je nezaznavno in zunanemu opazovalcu nedostopno. Da pa je tako stališče pritožbenega sodišča z vidika 28. člena Ustave povsem nevzdržno, ni težko dokazati. Področje kaznivosti namreč širi onkraj zunanjega, fizičnega, materialnega in otipljivega sveta v storilčev miselni, notranji svet ter s tem inkriminira goli namen, ali z drugimi besedami, inkriminira nedokazljiv miselni delikt – človekovih misli za enkrat ni mogoče nadzorovati in zato tudi ne inkriminirati.

15. Indične sodbe nikoli ni mogoče povezovati z načelom zakonitosti v kazenskem pravu. Če bi problem nekonkretiziranih očitkov v obtožnem aktu reševalo sodišče (pri tem je povsem vseeno, ali z indično ali pa s klasično sodbo na podlagi neposrednih dokazov), bi namreč prevzelo vlogo tožilca in s tem razgradilo obtožno načelo, prav tako temeljno ustavno jamstvo poštenega kazenskega postopka. Če pa bi indice namesto konkretiziranega opisa življenjskega (in zato neponovljivega) dogodka, ki bi se ujema z abstraktnimi zakonskimi znaki kaznivega dejanja, vseboval tenor obtožnega akta ter nato tenor obsodilne sodbe, bi imeli položaj, ko bi bil nekdo obsojen ne zaradi tega, ker je sprejel obljubo nagrade (npr. s takšnim ali drugačnim dejanjem – stiskom roke, prikimavanjem, dvignjenim palcem, izrečenimi besedami, elektronskim sporočilom s takšno ali drugačno vsebino ipd.), ampak zato, ker je npr. "spremljal priprave na izvedbo postopka oddaje naročila...., ga nadzoroval in bil obveščten, da naj se finskemu podjetju predlaga takšnega lokalnega zastopnika, kateri bo v postopku oddaje naročila zaupne narave izbran za najugodnejšega ponudnika ter, da naj se lokalnemu zastopniku zagotovi podpora na MORS v

nadaljnem postopku, zaradi bojazni, da bi se to izvedelo v javnosti, pa se... kljub večkratnim predlogom Reija Niittynena, niti z njim niti s kom drugim iz Patrie Vehicles Oy ni hotel sestati..." in tako naprej. In potem bi imeli enak položaj, kot je bil tisti, ki ga v ilustracijo takega absurda rad omenja profesor Zupančič. Namreč Camusevo posmehovanje v njegovem znanem eksistencialističnem romanu Tujec, ko je bil nekdo obsojen za umor svoje matere, ker ni jokal na njenem pogrebu.⁹ V resnici sploh ni bil obsojen za umor – obsojen je bil, ker ni jokal.

16. V primeru, ki ga imamo pred seboj, je zato kršitev človekove pravice jasna, očitna in flagrantna. Brez večjih težav in hitro jo je mogoče ugotoviti iz samega izreka sodbe. V njem ni nikjer nič, kar bi sprejem obljube nagrade (ključni znak kaznivega dejanja) kakorkoli odmaknilo od čiste abstrakcije ter ta abstraktni element kaznivega dejanja vsaj rahlo približalo konkretni življenjski stvarnosti, nekemu konkretnemu pritožnikovemu ravnanju¹⁰ – čeprav bi moral biti opis tega ravnanja zaradi vsega, kar je rečeno v 11. in 12. točki tega mnenja, toliko bolj konkretiziran, življenjsko opredeljen in individualiziran.

Izjemnost primera

17. Ko sta tako izpolnjena oba pogoja iz drugega odstavka 51. člena ZUstS, se pojavi še zadnje vprašanje: kaj je na tem primeru takega, kar ga dela dodatno (stopnjevano) izjemnega, tako izjemnega, da zasluži izjemno obravnavo. Po mojem mnenju mu dajejo to kakovost izjemna teža, izjemen poudarek in izjemen pomen načela zakonitosti v kazenskem pravu. Z izjemnim sprejemom se daje namreč tudi izjemen poudarek in pomen sporočilu, ki ga v strokovno, institucionalno in splošno javnost prinaša odločba Ustavnega sodišča – z vsebinsko odločitvijo bi se, sem prepričan, okrepilo zaupanje v delovanje pravne države in njenih institucij, predvsem pa bi se okrepilo zaupanje v varnost ljudi pred arbitrarno uporabo (da ne rečem zlorabo) sredstev državne represije zoper kateregakoli posameznika. To sporočilo bi bilo naslednje: V naši državi (kot povsod v normalnem in civiliziranem svetu) se ne sme zgoditi, da bi bil kdorkoli obsojen za abstraktno storjeno dejanje. Pri nas je človek lahko obsojen samo za svoje dejansko ravnanje. To je nekaj tako samoumevnega, da ni nobene potrebe, da bi se o tem vprašanju (glede na tisto, kar sem navedel v 2. in 6. točki tega mnenja) najprej izreklo Vrhovno sodišče.

⁹ Glej Boštjan M. Zupančič, Prolegomena to Comparative Law, v: G. G. Harutyunan (ur.), New Millenium Constitutionalism: Paradigms of Reality and Challenges, NJHAR, Erevan 2013, str. 382.

¹⁰ Sintagma "neugotovljen komunikacijski način" ni nič drugega kot goli sofizem, besedna igra, ki v resnici le še poudari ujetost tega elementa kaznivega dejanja v svet abstraktnosti. Da je sprejem obljube na nekomunikacijski način (se pravi brez komunikacije s tistim, ki je obljubo dal) oksimoron, ni treba dokazovati.

18. In končno še dodaten razlog izjemnosti. Ne morem si zatiskati oči pred dejstvom, da je pritožnik vodja največje opozicijske stranke, da so za 13. 7. 2014 razpisane predčasne parlamentarne volitve ter da bo pritožnikov odhod na prestajanje dvoletne zaporne kazni, ki je bila izrečena v flagrantno nepoštenem postopku, bistveno zaznamoval izid teh volitev. V katero smer in v čigavo korist, je stvar špekulacij. Vendar je nesporno, da bo njegov odhod v zapor sredi predvolilne kampanje bistveno vplival na demokratičen proces v državi in na legitimnost volilnega rezultata – kakršenkoli ta že bo. Zato primer naravnost kliče po zadržanju izvršitve z izpodbijano sodbo naložene zaporne kazni in po čim prejšnji odločitvi o ustavni pritožbi. S tem bi bilo preprečeno, da bi na volilni izid padla senca dvoma v njegovo legitimnost – da ne omenjam možnosti sumničenj o zlorabah sodstva v politične namene in krepite dvomov v samostojnost, neodvisnost ter poklicno integriteto vseh v ta postopek vpletenih institucij in njenih posameznih predstavnikov. Zato obžalujem odločitev večine, da se ustavna pritožba zavrže.

Jan Zobec
Sodnik