



REPUBLIKA SLOVENIJA USTAVNO SODIŠČE

U-I-149/99
22. 4. 2003

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

V celoti se strinjam z odločitvijo Ustavnega sodišča v tej zadevi in zato nisem imel nobenega pomisleka glede razveljavitve spornega dela 2. odst. 41. čl. ZKP (in tudi za zavrženje pobude v preostalem delu; ta del izreka neposredno ni predmet mojega ločenega mnenja).

Ob obravnavi te zadeve se je ponovno pokazalo, da so težave z ZKP z vsakim dnem večje. Skorajda vselej, kadar se pred US pojavi vprašanje skladnosti njegovih rešitev ali institutov z Ustavo, pride do večjega ali manjšega posega vanj ali vsaj do ugotovitev, ki kažejo, da rešitev še zdrži le ob ustrezni interpretaciji, ki je - po pravilu - v nasprotju s prevladujočo prakso. Naj kot zadnji takšen primer omenim le odločbo v zadevi Up-32/01, ki se dotika izrednega pravnega sredstva, namreč zahteve za izredno omilitev kazni, za katero je že dolgo znano, da je z njo marsikaj narobe[1], vendar je zakonodajalec, kljub številnim (tudi nepotrebnim) novelam nikoli ni skušal niti popraviti, kaj šele temeljito preurediti.

1. Kar zadeva izločanje sodnika je eden izmed dodatnih argumentov, ki kažejo na spornost izpodbijane rešitve, tudi njeno spreminjanje v času. Po ZKP94 je bilo mogoče sodnika izločati do konca glavne obravnave, z novelo iz leta 1998 pa je bil ta trenutek pomaknjen nazaj, ker naj bi po mnenju tistih, ki so pripravljali novelo, prihajalo do neutemeljenih zahtev za izločitev sodnikov in s tem do podaljševanja kazenskih postopkov. Po vsebinski plati pa naj bi okoliščin, ki vzbujajo dvom v nepristranskost sodnika, ne bilo dopustno izvajati iz načina vodenja glavne obravnave. Na ta način je bila vzpostavljena ureditev, ki jo je poznal zadnji jugoslovanski ZKP77.

Tudi če odmislimo, da kot argument za prvo trditev ni bila opravljena nobena analiza, ki bi dokazovala in dokazala zatrjevano posledico, temveč jo šlo za subjektivno oceno (pogosta napaka, ki jo dela naš zakonodajalec), ki je slonela na manjšem številu odmevnih postopkov, je treba ugotoviti, da se je zakonodajalec problema lotil na nepravem koncu. Namesto, da bi preuredil procesni institut izločanja sodnika v celoti, ker je pristop do njega v našem zakonu zastarel in neustrezen (nekaj več o tem v nadaljevanju) in znotraj njega predvsem okrepil možnosti, ki jih ima sodnik v okviru formalnega procesnega vodstva (tudi o tem v nadaljevanju), s katerimi bi se bilo mogoče bolj učinkovito boriti proti morebitnim zlorabam, je na muho (morda oso, nikakor pa ne sršena) ustrelil z največjim topom. Neodmerjeno enostranske rešitve nikoli niso dobre, ker povzročijo nasprotnne reakcije. Če ostanem na istem nivoju verjetnosti: kljub časovni omejitvi možnosti za izločitev sodnika, tudi danes velja splošno prepričanje, da še vedno prihaja do številnih neutemeljenih in špekulativnih zahtev za izločitev.

Razlogi za spreminjanje procesnih režimov v času - načeloma seveda dopustno - morajo biti še posebej trdni in prepričljivi; kadar niso, utegne kaj kmalu priti do kršitve 2. čl. Ustave (načelo pravne države). Žal imamo v kazenskem postopku še nekaj podobnih situacij, v katerih se zakonodajalec odloča preveč na lahko in vrata najprej na široko odpre, potem zapre in na koncu morda pripre (npr. glede obvezne formalne obrambe obdolženca, zoper katerega je bila vložena obtožnica, 3. odst. 70. čl. ZKP; če bo predlagana peta novela ZKP sprejeta, se utegne v to skupino uvrstiti tudi neposredna obtožnica iz 6. odst. 170. čl. ZKP).

2. Drugi, nikakor ne zanemarljiv dodatni argument za to, da rekuzacije sodnika ni mogoče omejevati zgolj na čas do začetka glavne obravnave, je primerjalnopravni. Zakon o pravnem postopku namreč dopušča izločitev sodnika do konca obravnave oz., če ni bilo obravnave, do izdaje odločbe[2]. Ne da bi se spuščal v poglobljeno primerjavo in analizo položaja sodnika v pravnem in v kazenskem postopku (pa je na prvi pogled jasno, da je glede izločitve znatno bolj izpostavljen kazenski sodnik), je očitno, da je ožjo možnost izločitve v kazenskem postopku zares zelo težko braniti.

3. V zvezi s trditvijo, da je veljavna ureditev izločanja (III. pogl. ZKP) zastarela in neustrezna, je treba poseči nekoliko v širino. Pri tem nimam v mislih toliko določbe, po kateri se rešitve, predvidene za izločitev sodnika, smiselno uporabljajo tudi za zapisnikarje, tolmače, strokovnjake in deloma še za izvedence ter celo policiste (3. in 4. odst. 44. čl. ZKP), čeprav tudi te zakonu niso v čast, a večjih težav v glavnem ne povzročajo.

Drugače stoje stvari glede izločanja državnega tožilca, pri katerem se bo počasi že treba odločiti, kaj storiti z njegovo nesrečno razpetostjo med državnim organom, ki se ga seveda sme izločati, in stranko, pri kateri izločitev pojmovno ni mogoča, saj si nasprotnika ni mogoče izbirati (1. in 2. odst. 44. čl. ZKP). Toda o tem zaenkrat samo toliko, saj vprašanje ni neposredno povezano z obravnavanim primerom.

Izhodišče za določbe o izločitvi sodnika leži v tisti normi Ustave, ki jo je US posebej poudarilo tudi v tem primeru (23. člen). Toda pravica do sodnega varstva z izločitvijo sodnika še zdaleč ni izčrpana. Z obravnavano problematiko so tesno povezane tudi norme, ki urejajo sestavljanje sodišča, ki bo odločalo v konkretnem primeru. Seveda nimam v mislih zapletenih pravil za sestavo porote, ki jih poznajo države Common Law, pri nas pa jih ne potrebujemo. Toda vsaj nekaj podobnih določb, prilagojenih našemu postopku, bi morali imeti. Pri nas je sicer jasno in natančno določeno, po kakšnih pravilih pride zadeva v roke kateremu izmed (profesionalnih) sodnikov[3], znatno manj pa, kako se, ko gre za kolegijsko odločanje, formira celotna sestava sodišča. Sporno utegne biti dejstvo, da ta pravila niso določena v zakonu, temveč zgolj v sodnem redu[4].

In dalje, ko je sestava sodišča - po potencialno oporečnih rešitvah - določena, ta ostane vse do začetka glavne obravnave - za stranki in za sodnike porotnike - interna stvar sodišča. Šele na glavni obravnavi se stranki poimensko seznanita s celotno kolegijsko sestavo sodišča in sodniki porotniki z zadevo ali zadevami, o katerih bodo morali odločati, pa še to na način, ki je - v obeh primerih - včasih vse prej kot korekten[5]. Sojenje (ali sodelovanje pri njem) pač ni anonimno početje in čeprav se zavedam, da utegne vnaprejšnje določanje in objavljane sestave sodišča potegniti za sabo nekatere negativne posledice, se mu v kontekstu obravnavane problematike ne bo mogoče izogniti.

Popolnoma jasno je, da je interes strank za izločitev sodnikov znatno bolj izrazit, ko gre za izločitev poklicnega sodnika, vendar to ni razlog, da bi smeli zapostavljati celovito ureditev tega instituta.

Ob takšni ureditvi je treba je ugotoviti, da imata stranki, ki bi želeli izločiti sodnika iz razloga po 6. tč. 39. čl. ZKP, prav malo možnosti za korektno, domišljeno in ustrezno pripravljeno (argumentirano) izvedbo svoje namere: od začetka zasedanja do začetka glavne obravnave je časa malo, dogajanja pa veliko. Zdi se, da sta zakonodajalec s pravno ureditvijo in praksa s svojim postopanjem naredila (skoraj) vse, kar je bilo v njuni moči, da bi institut ostal čimbolj ob robu. Izpodbijana določba izziva s svojo omejevalno filozofijo natanko na tistem področju, na katerem učinkuje institut izločitve. Vse poti, ki zagotavljajo popolno uveljavitev pravice do nepristranskega sodišča, morajo biti vselej na razpolago in to v polni meri. Toda na drugi strani ima zakonodajalec vso pravico, da ureditev uravnoteži in vzpostavi ukrepe za preprečevanje izrabljanja instituta za kakršnekoli druge namene. To je mogoče edinole z dovolj močnimi pooblastili, ki jih mora dati sodniku v okviru njegovih pooblastil za formalno procesno vodstvo, za zlorabe pa lahko predvidi tudi kaznovanje.

Skratka, institut izločanja sodnika je treba organsko navezati na norme o sestavljanju sodišča in ga nato izpeljati do konca za vsa sodišča, ki odločajo[6] v kazenskem postopku na vseh stopnjah.

Obenem je treba znatno natančneje kot doslej predvideti možnosti, ki jih ima sodišče za preprečevanje izrabljanja in zlorabljanja tega instituta. Jasno je, a ne bo odveč še enkrat ponoviti, da mora biti ureditev tenkočutno uravnotežena.

4. US je sporno določbo razveljavilo s takojšnjim učinkom in pri tem poudarilo, da ima sodnik že v veljavnem zakonu nekaj možnosti za preprečevanje zlorab (13. in 14. tč. obrazložitve). To drži, a kljub temu je zakon po mojem mnenju na tem področju vendarle prešibak in bi ga bilo treba dopolniti. Takšno sporočilo sicer vsebuje tudi odločba, ker pa natančno branje odločb US pri nas ni ravno razširjen pojav, sem se odločil, da bom na ta problem še posebej opozoril tudi v svojem ločenem

mnenju. Nikakor ne bi rad, da bi kdorkoli mislil, da se US ni zavedalo, kako pomembna je uravnotežena ureditev instituta izločitve sodnika.

Težava pa, na žalost, ne nastaja samo pri izločitvi sodnika, temveč je širša: naš ZKP že v načelu nerad daje sodečemu sodniku ali predsedniku senata široka in močna pooblastila pri procesnem vodenju. Nasprotno pa ima ta izjemno široka pooblastila, ko gre za ugotavljanje dejanskega stanja (znamenita instruktivna maksima). Stvari so postavljene na glavo: na tisti točki, na kateri bi pooblastila praviloma morala biti ožja, so (pre)široka, nasprotno pa so (pre)ozka tista, ki so načeloma nesporna. Prav pri izločanju se vidi, da gre za začaran krog, saj se včasih zgodi, da pride do predloga za izločitev sodnika (posredno ali neposredno) prav zaradi njegove aktivnosti pri materialnem procesnem vodstvu, ki ga stranka dojema kot (morda) pristranskega.

V resnici bi moral biti postopek načeloma zastavljen tako, da bi bila pooblastila procesnega vodje v vseh situacijah tako učinkovita, da lahko postopek izvede. V tem je velika odgovornost sodnika, ki se ji preprosto ne sme in ne more izogniti, saj gre za bistveno vsebino njegove funkcije. To seveda velja tudi za morebiti napačno odločitev glede izločitve sodnika. V adversarnih postopkih je to veliko bolj jasno kot pri nas, kjer je zakonodajalec napravil sodnika za odgovornega skoraj za vse, kar se na obravnavi dogaja, na drugi strani pa ga ni oborožil z orodji, ki bi mu omogočala odgovorno izvajati te naloge in preprečevati njihove zlorabe.

Pričakovati bi bilo torej, da bo zakonodajalec v kratkem roku dogradil institut izločitve sodnika, če že ne v celoti, pa vsaj glede razširitve manevrskega prostora, ki ga ima sodnik pri odločanju v postopku izločitve in glede kaznovanja tistih, ki ga zlorabljajo. V tem pogledu je deloma mogoče dodelati instrumentarij, ki ga naš zakon že pozna (pa se premalo ali napak uporablja), deloma pa bo mogoče poseči tudi po rešitvah, ki jih pozna primerjalno pravo.

Dr. Zvonko Fišer

Dr. Dragica Wedam Lukić

Opombe:

[1] Po mojem - vse, začeni s tem, da jo v taki obliki sploh imamo.

[2] Ta argument je v odločbi nakazan v navedbah pobudnice (tč. 1 obrazložitve) in čeprav se sodišče do njega ni določno opredelilo, to ne pomeni, da ga je spregledalo.

[3] Gl. določbe zakona o sodiščih o zakonitem sodniku in ustrezne določbe sodnega reda.

[4] Gl. zlasti 189. čl. sodnega reda.

[5] Ko sem bil še mlad javni tožilec in sem zastopal obtožbe pred tedaj občinskim sodiščem v manjšem slovenskem mestu, sem vsak teden ob vstopu v sedež sodišča na oglasni deski sodišča lahko prebral, da bo tega dne ob tej in tej uri pred senatom, ki ga sestavljajo sodnik... kot predsednik ter sodnika porotnika..., potekala glavna obravnava proti... Kasneje je ta lepa navada, ki je drugje nisem opazil, ob kdo bi vedel kateri pravosodni reformi utonila v pozabo in odstopila svoje mesto "pomembnejšim" problemom. Vsaj en del problema, ki ga omenjam, je bil na ta način rešen bolje, kakor je danes.

[6] Če je US v konkretnem primeru zavrglo pobudo, ki se je nanašala na izločanje sodnika višjega sodišča, je to storilo zaradi pomanjkanja pravnega interesa pobudnice in ne morda zato, ker je ureditev ustrezna, prej nasprotno.