



Številka: Up-606/18-16

Datum: 5. 4. 2019

**ODKLONILNO LOČENO MNENJE
SODNIKA DDr. KLEMNA JAKLIČA
K SKLEPU ŠT. Up-606/18 Z DNE 14. 3. 2019**

KJE SEDI OBTOŽENI? – USTAVNOPRAVNI VIDIK

I.

1. Ustavno pritožbo bi sprejel v obravnavo. Odpira zelo pomembno pravno vprašanje – kje naj na glavni obravnavi sedi obtoženi v kazenskem postopku? Sodni red določa, da tožilec sedi na sodnikovi levi strani, obtoženec in njegov zagovornik pa na sodnikovi desni strani, če sodnik ne odloči drugače. Problem je v zadnjem delu te določbe: "če sodnik ne odloči drugače". Kot je pokazala empirična raziskava (glej spis), se ta določba v praksi praviloma uporablja tako, da obtoženec ne sedi na sodnikovi desni in torej nasprotni strani kot njegov tožnik, ampak na sredini, tj. sam na "zatožni klopi". Njegov zagovornik in tožnik pa sedita vsaksebi na sodnikovi desni oziroma levi.

2. Takšna ureditev v praksi (tj. takšno učinkovanje omenjene določbe v dejanskem življenju) je po moji oceni grobo protiustavna, še posebej pa v kontekstu tranzicijskih demokracij, kjer je toliko bolj pomembno, da se nova ureditev kazenskega postopka tudi na simbolni ravni jasno loči od tiste iz nedemokratskih časov, ki ni temeljila na kontradiktornosti oziroma enakosti orožij nasprotnih strank (tožilstva in obtoženca), temveč na dominantni vlogi države v razmerju do posameznika kot zgolj objekta inkvizitornega postopka. Ne strinjam se s stališčem, da gre pri določitvi sedeža obtoženca iz Sodnega reda zgolj za nedolžno "hišno pravilo", ki v pravice obtoženega sploh ne posega. Takšna določba namreč že na simbolni ravni ruši enakopravnost in dostojanstvo obtoženega, ga napravi za nekaj manj, kot pa je njegov tožnik, obenem pa je s tem otežen tudi obtoženčev najtesnejši mogoči stik z njegovim zagovornikom, ki bi ga sicer imel, če bi lahko sedel poleg slednjega, torej nasproti tožilca na sodnikovi desni.

3. Člen 29 Ustave v svoji dikciji izrecno poudarja enakopravnost. Ta izrecno ustavno zahtevana enakopravnost ima vse lastnosti enakega varstva pravic, ki jih zagotavlja tudi 22. člen Ustave. Iz jamstva enakosti orožij med strankama kazenskega postopka nedvomno izhaja, da mora imeti obtoženec tudi med glavno obravnavo zagotovljen tak položaj, ki mu omogoča spoštovanje njegovega dostojanstva, ki mu omogoča enak položaj v primerjavi s tožilcem, vključno z enako možnostjo zaslišanja prič, ki mu daje enake dejanske možnosti za spremljanje glavne obravnave in za pripravo obrambe tudi med samo glavno obravnavo, in to ne glede na to, ali se brani sam ali z zagovornikom, če se brani z zagovornikom, pa mora imeti tudi kar najbolj nemoteno možnost posvetovanja z njim. Ta temeljna jamstva zagotavlja tudi Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP). Tudi drugi in tretji odstavek 6. člena EKČP po razlagi ESČP med drugim zahtevata enakost orožij (*fair balance*). Ob tem ESČP stalno poudarja, da namen EKČP ni varovanje pravic, ki bi bile teoretične ali iluzorne, ampak je namen varovati pravice, ki so dejanske in v praksi učinkovite. Dejstvo je, da sporna določba Sodnega reda, tako kot učinkuje v prevladujoči praksi slovenskih sodišč, ne predstavlja učinkovitega varstva temeljnega jamstva enakopravnosti in dostojanstva strank; kot omenjeno, v praksi učinkuje tako, da obtoženi praviloma sedi na "zatožni klopi", ne pa na sodnikovi desni in tako nasproti tožilca. Povsem nepomembno je, če se sodišča izgovarjajo, da je takšna umestitev na "zatožno klop" nujna zaradi dovolj kvalitetnega zvočnega snemanja ali drugih zgolj "tehničnih" razlogov. Takšni razlogi niso primer "nujnega" razloga za omejitev temeljnih pravic v svobodni demokratični družbi (kvalitetno snemanje bi se lahko zagotovilo na drug način, ne na način, ki posega v pravice) in so še posebej problematični v tranzicijskih demokracijah, ki bi se morale kar se da jasno odmejiti od nedemokratičnega režima, ki enakopravnosti v kazenskem postopku ni priznaval. Svobodna demokratična družba mora vse razloge za poseg v pravice, ki niso nujni, odpraviti in zagotoviti enakopraven kazenski postopek.

4. Ali, kot je pred menoj o tem že leta 2009 pisal dr. Zvonko Fišer:

"Anekdota pravi, da si je Robert Badinter (saj vemo, za koga gre: to je tisti pravosodni minister, pod katerim so v Franciji leta 1981 ukinili smrtno kazen, pozneje predsednik Ustavnega sveta in predsednik arbitražne komisije, ki je ugotovila razpad Jugoslavije ...), ko je pred leti obiskal Slovenijo, želel ogledati kakšno sodno dvorano. V Ljubljanski sodni palači na Tavčarjevi so mu pokazali staro in imenitno razpravno dvorano. Ko je Banditer stopil vanjo, je (seveda, izkušen pravniški maček) takoj opazil klop in pult na sredi prostora. Pripomnil je, da mu je povsem jasno, kakšene vrste kazenski postopek imamo v Sloveniji.

Namen kazenskega postopka ni stigmatizacija s posedanjem v soj žarometov na sredo dvorane, temveč odločanje o tem, ali je obtoženi storil kaznivo dejanje in ali je zanj kriv ali ne. Dodatnega sramotenja si v modernem kazenskem postopku ne smemo privoščiti, ne z uporabo neprimernega izrazoslovja ne s simboliko. Navaditi se bomo morali, da je zagovornikovo mesto ob obtožencu, ali narobe, obtoženčevo ob njegovem zagovorniku. Na isto raven in prav tako na

prostor pred sodiščem se bo moral spustiti upravičeni tožilec, tudi državni, ki ob sodniku nima kaj početi, saj ni njegov pomočnik, pa čeprav je državni organ. S tega položaja se bosta morala truditi, da v kontradiktorni razpravi z dokazi prepričata sodišče vsak v svoj prav. Posedanje obtoženca na zatožno klop na sredi dvorave je, Badinter ima prav, precej bolj vprašanje ureditve postopka in njegove simbolike kot pa logistike. ... Reforma kazenskega postopka je predvsem spreminjanje miselnosti ljudi. Simbolna sporočila so včasih precej jasnejša kot stotine členov v zakonu".¹

II.

5. Večina je svojo odločitev o zavrženju pritožbe sprejela na podlagi pretirano formalističnega stališča, da mora pritožnik pred pritožbo na Ustavno sodišče vedno izčrpati vse stopnje pred rednimi sodišči in da je izjemna (predhodna) obravnava na Ustavnem sodišču mogoča zgolj ob neizčrpanju izrednih pravnih sredstev, ne pa tudi, ko pritožnik še ni izčrpal rednih pravnih sredstev.

6. Da je to stališče pravno napačno, sem konsistentno pojasnil že v več svojih ločenih mnenjih. Temu svojemu stališču ostajam zvest tudi naprej, vse dokler ni tehtnega protiargumenta, ki bi me lahko prepričal v nasprotno. Po moji oceni besedna in pravzaprav edina ustavnoskladna razlaga drugega odstavka 51. člena Zakona o Ustavnem sodišču (ZUstS) namreč izrecno predvideva možnost predčasne obravnave Ustavnega sodišča *v vseh fazah* postopka pred izčrpanjem izrednih pravnih sredstev. Dikcija te določbe ne pravi "pred izčrpanjem izrednih pravnih sredstev, *a šele po izčrpanju rednih pravnih sredstev*", temveč zgolj "pred izčrpanjem izrednih pravnih sredstev", pika. Pred izčrpanjem izrednih pravnih sredstev pa so seveda vse faze postopka *pred* tovrstnimi zadnjimi (izrednimi) pravnimi sredstvi. Če bi zakonodajalec želel omejiti vlaganje ustavnih pritožb v primerih očitnih kršitev samo na eno od faz postopka pred izčrpanjem izrednih pravnih sredstev, namreč na zadnjo, bi to lahko zlahka in izrecno določil, pa tega ni storil. Besedna razlaga določbe je torej jasna in vsako večje oženje pravic s sodno interpretacijo bi moralo biti predmet resne skrbi, saj kaže na verjetnost samovoljnega, protizakonitega ravnanja Ustavnega sodišča (iz razloga, da bi se zlahka znebilo vrste primerov, ki bi jih sicer zaradi varstva pravic moralo presoјati). Če je le kršitev dovolj resna ter bi njeno neobravnavanje pred Ustavnim sodiščem povzročilo hude nepopravljive posledice, ima Ustavno sodišče torej diskrecijo ("lahko" pravi dikcija zakonske določbe!), da po svoji presoji glede na težo in pomen kršitve ter težo nepopravljivih posledic odloči o sprejemu posamezne vloge v predčasno obravnavo ne glede na to, v kateri fazi pred izčrpanjem zadnje stopnje (tj. izrednih pravnih sredstev) se zatrjuje kršitev.²

¹ Z. Fišer, "Kje sedi obtoženi?" Pravna praksa, 15. 1. 2009, str. 16.

² Za podrobnejše pojasnilo, zakaj bi bila nasprotna razlaga tudi ustavno neskladna, glej odklonilno ločeno mnenje sodnika DDr. Jakliča v zadevi št. U-I-78/17, Up-412/17.

7. Nemško Zvezno ustavno sodišče deluje ravno na podlagi tega pomena zakonske norme, kot ga zagovarjam v tem ločenem mnenju: ustavno pritožbo lahko sprejme v obravnavo *kadarkoli* pred izrednimi pravnimi sredstvi, če obstoječa pravna sredstva pred rednim sodiščem pritožniku ne bi mogla preprečiti hude nepopravljive škode. Drugi odstavek 90. člena nemškega Zakona o Ustavnem sodišču tako določa: "Če ima pritožnik na voljo pravna sredstva zoper druga sodišča, sme vložiti ustavno pritožbo šele, ko so izčrpana vsa pravna sredstva. Vendar pa lahko Zvezno ustavno sodišče o ustavni pritožbi odloči tudi, če je bila ta vložena preden so bila izčrpana vsa pravna sredstva, če gre za ustavno pritožbo splošnega pomena ali pa če bi zatekanje k pritoževanju po poti ostalih sodišč za pritožnika imelo za posledico nastanek hude nepopravljive škode."

8. Zakaj torej slovensko Ustavno sodišče v ostrem nasprotju s tem po formalnem avtomatizmu oži svojo pristojnost, tako da je predhodna obravnava resnih kršitev mogoča zgolj ob neizčrpanju izrednih pravnih sredstev, ne pa tudi, ko pritožnik še ni izčrpal tudi rednih pravnih sredstev? Ko so zagovorniki avtomatizma soočeni s tem izzivom, ponudijo protiargument prenatrpanosti Ustavnega sodišča s primeri, če bi to sodišče kršitve ustave tu in tam lahko saniralo tudi na stopnjah *pred* končanjem rednih pravnih sredstev (glej npr. pritrdilno ločeno mnenje sodnice dr. Sovdat k sklepu št. U-I-78/17, Up-412/17). Ob zgornjem pojasnilu, da je nasprotna rešitev, kot jo zagovarjam sam, v uporabi ravno pri vodilnem evropskem ustavnem sodišču – nemškem –, pa se tovrsten protiargument naposled izkaže za praznega. Ali je torej tudi nemško Zvezno ustavno sodišče *zaradi dopuščanja predčasnega obravnavanja tovrstnih primerov* prenatrpano? Seveda ne. Tako kot pri nas tam določba predpostavlja diskrecijsko odločanje, tako da sodišče lahko skrbno izbere in mora skrbno izbrati v sprejem npr. tiste primere kršitev iz rednih stopenj, ki so dovolj resne/očitne in obenem za sanacijo primerne, tako da bi njihovo razčiščenje na ustavni ravni pomembno prispevalo k precedenčni razrešitvi za številne primere tovrstnih kršitev v praksi. Tak pa je ravno obravnavani primer.

9. Večina je s tem, ko je pritožnikovi vlogi zavrgla, omogočila nadaljevanje na stotine primerov kršitev v tovrstnih zadevah, skupaj z nadaljevanjem brezuspešnega pritoževanja in s tem podaljševanja sodnih postopkov (dejstvo je, da redna sodišča ustavnopravnih argumentov glede sedežnega reda ne upoštevajo, na tej podlagi sodb sama ne razveljavljajo, in da je to vprašanje, ki še vedno čaka na celovito vsebinsko presojo Ustavnega sodišča). Za učinkovitost pravne države in varstvo temeljnih ustavnih pravic ima to izredno negativne posledice, da o nepotrebem finančnem bremenu, ki ga ima to za davkoplačevalce, niti ne govorimo. Če pa bi Ustavno sodišče pazljivo uporabilo svojo diskrecijo in z enim hitrim rezom (vsebinsko odločitvijo o tako precedenčni zadevi) razrešilo vse tovrstne primere, bi s tem poleg obvarovanja pravic tudi pomembno razbremenilo sodne postopke. Ker gre pri sprejemih v obravnavo pred izčrpanjem torej v resnici za vprašanje diskrecije, ki pa jo je potrebno pravilno uporabljati, ne kar povprek, ampak v točno določenih primerih, ki to omogočajo, se kakršenkoli pomislek, da bi bilo Ustavno sodišče, če bi določba o obravnavi pred izčrpanjem veljala za vse stopnje pred izčrpanjem izrednih pravnih sredstev, povsem zasuto s tovrstnimi pritožbami, v končni

analizi pokaže za navideznega. Takšen pristop se zateka k sofizmu apokaliptičnih scenarijev, da bi potešil svojo nemoč na ravni argumentacije, s tem pa sam povzroča, da se očitek o tako temeljnih in množičnih kršitvah ne razčisti in da se namesto tega v stotinah in stotinah primerov sodišča in pritožnike obremenjuje še naprej. Na ta način do napredka pravne države še dolgo ne bo prišlo.



DDr. Klemen Jaklič
Sodnik