



**Številka:** Up-889/14-24

**Datum:** 18. 02. 2015

## **ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DR. MITJA DEISINGERJA K ŠKLEPU O ZAVRNITVI PREDLOGA ZA ZAČASNO ZADRŽANJE ŠT. Up-889/14 Z DNE 5. 2. 2015**

1. Glasoval sem zoper sklep št. Up-889/14 z dne 5. 2. 2015, s katerim je bil zavrnjen predlog ustavnega pritožnika Antona Krkoviča (v nadaljevanju pritožnik) za začasno zadržanje prestajanja izrečene kazni zapora. Menim, da so bili po sprejemu ustavne pritožbe v obravnavo podani vsi pogoji, da Ustavno sodišče začasno zadrži prestajanje kazni do končne odločitve o pritožnikovi ustavni pritožbi.

### **POGOJI ZA ZAČASNO ZADRŽANJE IZVRŠEVANJA KAZNI ZAPORA**

2. Ustavno sodišče je v sklepu št. Up-729/03 z dne 11. 12. 2003 postavilo dva pogoja za začasno zadržanje: **a)** če bi bil poseg v osebno svobodo **očitno arbitraren** ali samovoljen, ali **b)** če bi glede na posebne okoliščine primera grozile kakšne **druge težko popravljive posledice**. V zadevi št. Up-879/14 z dne 11. 12. 2014 Ustavno sodišče ni odstopilo od navedenih pogojev, tako da je še vedno kot eden od pogojev za začasno zadržanje ostal primer posega v osebno svobodo na očitno arbitraren ali samovoljen način, kot je bil opredeljen v sklepu št. Up-729/03.

3. Na navedeni pravni podlagi mora torej Ustavno sodišče v takšnem primeru kršitve 28. člena Ustave, ki temeljijo na očitni arbitrarni in samovoljni razlagi kazenskega zakona, začasno zadržati prestajanje kazni zapora.

4. V primeru pritožnika gre za očitno kršitev prvega odstavka 28. člena Ustave, saj so sodišča izenačila zakonski znak "sprejema obljube" s "seznanitvijo", kar ni znak kaznivega dejanja po prvem odstavku 269. člena Kazenskega zakonika (v nadaljevanju KZ). To pomeni **očitno arbitrarno in samovoljno** odločitev sodišč.

Ugotovitev o kršitvi prvega odstavka 28. člena Ustave ne zahteva poglobljene analize, saj gre zgolj za primerjavo zakonskega besedila z uporabljeno izvršitveno obliko v opisu kaznivega dejanja v točki III. izreka prvostopenjske sodbe. Takšno preveritev mora

opraviti že sodnik posameznik okrajnega sodišča ob vložnem obtožnem predlogu, sodišče druge stopnje celo po uradni dolžnosti in nato Vrhovno sodišče v postopku za varstvo zakonitosti. Ustavno sodišče ob sprejemu ustavne pritožbe in pred odločitvijo o začasnem zadržanju lahko torej strokovno oceni, ali je podana kršitev prvega odstavka 28. člena Ustave. Ta uveljavljena kršitev pa ni le na ravni zatrjevanja, temveč je dejansko podana.

5. Zavrnitev predloga za začasno zadržanje bi ob odločitvi o oprostitvi pritožnika pomenila, da je Ustavno sodišče pustilo pritožnika v zaporu s kršitvijo človekovih pravic. Ustavno sodišče je v navedenem sklepu Up-729/03 sprejelo stališče, da sicer vsak poseg države v osebno svobodo posameznika že po svoji naravi povzroči za prizadeto osebo nepopravljive posledice. **Prestajanje zapora** torej pomeni **nepopravljivo škodljivo posledico** za pritožnika, zato bi bila odločitev po 58. členu ZUstS o začasnem zadržanju izvrševanja kazni zapora edino pravilna.

## **ANALIZA OPISA KAZNIVEGA DEJANJA V IZREKU PRAVNOMOČNE SODBE**

6. Pritožnik je tako kot v ustavni pritožbi ves čas kazenskega postopka uveljavljal, da v opisu kaznivega dejanja v izreku prvostopenjske sodbe ni konkretiziran zakonski znak sprejema obljube nagrade.

7. Tenor obtožbe in opis dejanja v izreku obsodilne sodbe morata obvezno vsebovati naslednje elemente: **opis dejanja, iz katerega izhajajo zakonski znaki kaznivega dejanja, čas in kraj kaznivega dejanja** (poleg tega pa še predmet, na katerem in sredstvo, s katerim je bilo storjeno kaznivo dejanje, ter druge okoliščine, ki so potrebne, **da se kaznivo dejanje kar najbolj natančno označi**).

8. Vse navedeno mora biti v opisu dejanja. Posameznih delov, ki manjkajo v opisu, ni možno prenesti v obrazložitev sodbe. V 364. členu Zakona o kazenskem postopku (v nadaljevanju ZKP) je natančna razdelitev med opisom dejanja in obrazložitvijo sodbe, s katero je treba dokazati prav vsako navedbo v opisu kaznivega dejanja v izreku sodbe. Le v tem pogledu je sodba celota, ne pa tako, kot se skuša nezakonito prikazati v izpodbijanih sodbah.<sup>1</sup>

9. Izrek sodbe z opisom kaznivega dejanja postane pravnomočen in tedaj je obdolženec **obsojen izključno za tisto dejanje, ki je v opisu v izreku sodbe**. V primeru, ko v opisu ni zahtevanih zakonskih znakov kaznivega dejanja, to pomeni kršitev načela zakonitosti kot temeljnega načela kazenskega prava. Načelo zakonitosti v kazenskem pravu je

---

<sup>1</sup> M. Pavčnik v Pravni praksi, št. 48 z dne 11. 12. 2014 v Pravo in družba opozarja: "Če gre za kazensko zadevo, morata biti konkretni in zakonski dejanski stan navedena že v tenorju obtožnice in nato tudi v izreku sodbe. Izrek in utemeljitev sta pomenska celota, a to še ne pomeni, da lahko vsebino izreka prenašamo v utemeljitev. Ne pozabimo, da se pravnomočnost razteza na izrek."

vsebovano v **prvem odstavku 28. člena Ustave**, ki določa, da **nihče ne sme biti kaznovan za dejanje, za katero ni zakon določil, da je kaznivo.**

10. Iz opisa kaznivega dejanja v izreku pravnomočne sodbe za pritožnika sledi prav navedena očitna kršitev prvega odstavka 28. člena Ustave. To dokazuje naslednji opis v izreku prvostopenjske sodbe:

**"... je Anton Krkovič neugotovljenega dne po 3.9.2005, na neugotovljenem kraju in na neugotovljen način, od Ivana Črnkoviča bil seznanjen in s tem sprejel obljubo ..."**

11. Analiza tega opisa kaznivega dejanja pokaže, da v njem ni niti enega elementa, ki se zahteva za opis kaznivega dejanja v izreku sodbe:

<b>OBVEZNI ELEMENTI PRI OPISU DEJANJA</b>	<b>OPIS DEJANJA V IZREKU PRVOSTOPENJSKE SODBE</b>
<b>Čas storitve kaznivega dejanja</b>	<b>neugotovljenega dne po 3. 9. 2005</b>
<b>Kraj storitve kaznivega dejanja</b>	<b>na neugotovljenem kraju</b>
<b>Dejanje, iz katerega izhajajo znaki kaznivega dejanja (prvi odstavek 28. člena Ustave)</b>	
<b>a) način izvršitve kaznivega dejanja (po 8. členu KZ s storitvijo)</b>	<b>na neugotovljen način</b>
<b>b) izvršitveno dejanje (sprejem obljube po prvem odstavku 269. člena v zvezi s 1. členom KZ)</b>	<b>bil seznanjen</b>

12. V opisu dejanja v izreku sodbe sodišča prve stopnje poleg izostanka obveznega opisa historičnega dogodka brez časa in kraja tudi ni opisa samega dejanja, iz katerega bi izhajali znaki kaznivega dejanja po prvem odstavku 269. člena KZ. V samem opisu je namreč gola "seznanitev" pravno opredeljena z abstraktnim zakonskim besedilom "in je s tem sprejel obljubo". Brez poglobljene analize je povsem jasno, da **seznanitev** z obljubo pravno **ne pomeni sprejema obljube** in to ne samo v kazenskem pravu, temveč tudi v civilnem pravu in na drugih pravnih področjih.

13. Kaznivo dejanje po prvem odstavku 269. člena KZ se lahko izvrši le s storitvijo. Sprejem obljube je torej možen le z aktivno izraženim aktom volje, ki je v opisu kaznivega dejanja konkretiziran. Kaznivega dejanja ni možno storiti z opustitvijo, s konkludentnim

ravnanjem, z golo seznanitvijo z obljubo. To onemogoča drugi odstavek 8. člena KZ, ki določa, da je kaznivo dejanje lahko izvršeno z opustitvijo samo, če je storilec opustil dejanje, ki bi ga moral storiti. Absurdno je torej stališče, da bi vsakdo ob seznanitvi z obljubo le-to moral sprejeti in bi zato kazensko odgovarjal!

## KAZNIVO DEJANJE PO PRVEM ODSTAVKU 269. ČLENA KZ

14. Kaznivo dejanje sprejemanja daril za nezakonito posredovanje po prvem odstavku 269. člena KZ obsega več alternativnih izvršitvenih dejanj: "Kdor zase ali za koga drugega **terja** ali **sprejme** nagrado, darilo ali kakšno drugo korist ali **obljubo** oziroma ponudbo takšne koristi ...". **Seznanitev z obljubo** v prvem odstavku 289. člena KZ torej **ni opredeljena kot izvršitvena oblika kaznivega dejanja**.

15. Sodišča so v razlogih izpodbijanih sodb storila prav to, v nasprotju z Ustavo in KZ so izenačila sprejem obljube in seznanitev z obljubo. Sodišče prve stopnje je v obrazložitvi sodbe na strani 125 decidirano ugotovilo: Vsa ta posredna oziroma neposredna pomoč Rotisu pa kaže da so bili obdolženi Krkovič in Zagožen ter tudi obdolženi Janša za stranko SDS s Črnkovičevo obljubo nagrade seznanjeni. Na seznanitvi z obljubo nagrade za dejanje, ki sploh ni uradno dejanje (v obrazložitvi sodbe Vrhovnega sodišča na strani 19 v točki 37 je to izrecno ugotovljeno), pa vsa sodišča v izpodbijanih sodbah "seznanitev z obljubo" štejejo za znak kaznivega dejanja.<sup>2</sup> S tem so grobo kršila 1. člen KZ in prvi odstavek 28. člena Ustave, saj je bil **pritožnik pravnomočno obsojen za dejanje brez znakov kaznivega dejanja**. Razlaga, da je seznanitev z obljubo znak kaznivega dejanja, pomeni kršitev prepovedi ekstenzivne razlage v kazenskem pravu, zlasti z uporabo nedovoljene zakonske analogije.<sup>3</sup> Kršitev prepovedi pravne in zakonske analogije je najhujša kršitev v kazenskem pravu, saj je posledica obsodba nedolžnega.<sup>4</sup> To ni le kršitev 28. člena Ustave,<sup>5</sup> temveč tudi kršitev 7. člena EKČP.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Vrhovno sodišče v izpodbijani sodbi razlaga: "Takšen opis v zadostni meri konkretizira ravnanje obsojenca, saj je s tem, ko je bil seznanjen, da mu bo Črnkovič plačal delež profita družbe Rotis d. o. o. ... tudi sprejel obljubo nagrade ...".

<sup>3</sup> I. Bele, Kazenski zakonik s komentarjem, Splošni del, GV Založba, Ljubljana 2001, str. 31: "Kot prvo izmed prepovedi, ki izhajata iz načela zakonitosti, kaže najprej omeniti prepoved analogije (grško: skladnost, primernost, sorazmernost, soglasnost), s čimer je mišljena tako analogija *iuris* (določanje pravnega pravila iz pravnih načel), kakor tudi analogija *legis* (določanje pravnega pravila po podobnosti z zakonom)."

<sup>4</sup> Na prepoved analogije v kazenskem pravu je bilo posebej opozorjeno že v učbeniku L. Bavcon, A. Šelih, Kazensko pravo, Splošni del, ČZ Uradni list, Ljubljana 1978, str. 99. Tudi v delu L. Bavcon in drugi, Kazensko pravo, Splošni del, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009, je na 125 strani ponovno opozorjeno glede analogije juris in analogije legis, da sta "Ti dve vrsti analogije v kazenskem pravu prepovedani, ker sta v nasprotju z načelom zakonitosti in z izrecno določbo ustave ter kazenskega zakonika. Nihče torej nima pravice mimo zakona ustanavljati ne kaznivih dejanj ne kazenskih sankcij."

<sup>5</sup> V odločbi Ustavnega sodišča U-I-335/02 z dne 24. 3. 2005, OdlUS XIV, 16, je navedena prepoved analogije pri ugotavljanju obstoja kaznivega dejanja in izrekanju kazni (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Glej tudi odločbe št. Up-265/01 z dne 26. 10. 2001 (Uradni list RS, št. 88/2001, in OdlUS X, 228), št. Up-259/00 z dne 20. 2. 2003 (Uradni list RS, št. 26/2003, in

16. Poleg tega v opisu sploh ni opredeljen historični dogodek, saj je v vseh oblikah naveden kot neugotovljen. Kršitev 28. člena Ustave je tako očitna in huda, da pomeni hkrati nepošten postopek in kršitev 29. člena Ustave, saj se obdolženec zoper takšno obtožbo sploh ne more učinkovito braniti,<sup>7</sup> dokazovati ne more niti alibija.

17. Sodišča so torej na vseh stopnjah na škodo pritožnika grobo kršila načelo zakonitosti po 1. členu KZ, po prvem odstavku 28. člena Ustave in po 7. členu EKČP. Prvostopenjsko sodišče bi moralo pritožnika oprostiti obtožbe po 1. točki 358. člena ZKP, ker dejanje, za katero je bil pritožnik obtožen, po zakonu ni kaznivo dejanje.<sup>8</sup> Isto bi morale storiti tudi sodišče druge stopnje ob reševanju pritožnikove pritožbe (kršitev kazenskega zakona v škodo obtoženca mora upoštevati celo po uradni dolžnosti). Zaradi kršitve kazenskega zakona mora tudi Vrhovno sodišče v postopku za varstvo zakonitosti izdati oprostilno sodbo.

18. Ustavno sodišče lahko kršitev prvega odstavka 28. člena Ustave odpravi le tako, da ugotovi ustavni pritožbi in pritožnika oprosti. Pogoji za začasno zadržanje izvrševanja kazni zapora je bil torej glede na obrazloženo v celoti izpolnjen, saj so sodišča s **sodbami v škodo pritožnika in s posegom v njegovo svobodo več kot očitno ravnala arbitrarno in samovoljno.**

dr. Mitja Deisinger  
Sodnik

---

OdlUS XII, 51) in št. U-I-213/98 z dne 16. 3. 2000 (Uradni list RS, št. 33/2000, Uradni list RS, št. 39/2000 (popravek), in OdlUS IX, 58).

<sup>6</sup> Npr. opozorilo v sicer zavrženi sodbi ESČP v zadevi *Coëme in drugi proti Belgiji* z dne 22. 6. 2000. Na pomen načela zakonitosti glede različnih oblik kršitev je opozorjeno tudi v sodbah v zadevah *Vyerentsov proti Ukrajini* z dne 11. 7. 2013, *Del Rio Prada proti Španiji* z dne 21. 10. 2013, *Varvara proti Italiji* z dne 24. 3. 2014.

<sup>7</sup> Š. Horvat, *Zakon o kazenskem postopku s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 600, tč. 3: "Pač pa je pomembno, da abstraktni zakonski znaki kaznivega dejanja ter tiste določbe splošnega dela KZ o kaznivih dejanjih in kazenski odgovornosti (členi 7 do 32 KZ), ki so uporabljeni v obtožnici, izhajajo iz konkretiziranega opisa obdolženčevega dejanja. Brez takšne konkretizacije obtožbe obdolžencu ni omogočena učinkovita obramba."

<sup>8</sup> Prav tam, str. 742, tč. 7: "Dejanje, za katero je obtoženec obtožen, po zakonu ni kaznivo dejanje, če v opisu dejanja manjka kateri izmed zakonskih znakov kaznivega dejanja, ali če ti zakonski znaki pri opisu obtoženčevega dejanja niso konkretno navedeni."