



Številka: Up-593/16-15

Datum: 29. 3. 2019

ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DR. RAJKA KNEZA K ODLOČBI ŠT. Up-593/16 Z DNE 7. 2. 2019

I.

Sklep o kaznovanju notarja zaradi žalitve sodišča je bil izdan na zadnji stopnji sojenja pred rednimi sodišči, to je v reviziji, pravnem sredstvu v upravnem sporu. Kaznovani notar (pooblaščenec) se je pritožil, Vrhovno sodišče pa mu je odreklo pravico do pritožbe. Ključno vprašanje je, ali tudi v takšnem pravnem položaju pripada pravica do pravnega sredstva, do pritožbe zoper sklep Vrhovnega sodišča, ker bi bil z njenim zanikanjem sicer kršen 25. člen Ustave.

Glasoval sem proti odločitvi večine, ki je na vprašanje odgovorila pritrdilno, a ne zato, ker se mi ne bi zastavilo vprašanje, ali pravica do pravnega sredstva iz 25. člena Ustave v tem položaju kaznovanemu notarju gre. To vprašanje je zame sporno; sporno je, kje se pravica do pravnega sredstva "ustavi", ko gre za odločitve zadnjeinstančnih sodišč, in ali se je lahko ustavila v tem primeru. Pravice, kot izhaja iz 25. člena Ustave, sicer marsikateri pravni redi ne poznajo, tudi ne EKČP, ki jo kot posebno pravico pozna le v kazenskih zadevah. V naši ustavi pa je zagotovljena kot posebna pravica zoper vse odločitve oblasti, s katerimi se odloča o pravicah, dolžnostih ali pravnih interesih posameznika,¹ pri čemer je bila odločitev o kaznovanju notarja sicer sprejeta pred Vrhovnim sodiščem, vendar ne v okviru odločanja o pravnem sredstvu, temveč kot samostojna odločitev zaradi žalitve sodišča.² Pot do odgovora na navedeno vprašanje ni enostavna, niti ni vnaprej tako jasno vidna. Toliko bolj me je pri odločanju vodilo

¹ O pravici do pravnega sredstva (pravici do instančnosti), ki je zagotovljena v Ustavi, glej A. Galič, Ustavno civilno procesno pravo, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 390 in nasl.).

² Pri tem gre v primeru odnosa pooblaščenca stranke do sodišča za senzibilno vprašanje iskanja meja. Kritično opredeljevanje do oblasti je glede sodstva specifično, tako zaradi položaja sodstva v družbi, zaradi katerega so meje kritike sodišč ožje, kot tudi zaradi zaupanja v sodstvo, sodniki pa so pri (javnem) odzivanju na kritike omejeni. Hkrati pa je pooblaščenec stranke njen *alter ego*, varuje njene interese, se bori zanjo z besedami, ki jih črpa iz svoje avtonomnosti in vloge zaščitnika interesov stranke. Ukrepanje sodišč, to je možnost kaznovanja strank in njihovih pooblaščenecv, je zato ukrep, pri katerega sprejemanju je treba upoštevati trk naštetih dimenzij, zaradi katerega so meje dovoljenega senzibilne.

vprašanje dometa pravice do pravnega sredstva iz 25. člena Ustave ter položaja stranke – v tem primeru notarja kot pooblaščenca stranke v postopku (npr. njegova pravica do izjave) – in njenih možnosti v postopku prerekanja odločitve sodišča, čeprav Vrhovnega sodišča.³

Strinjam se z izhodiščem odločbe, da je Vrhovno sodišče v tem primeru ravnalo, kot da bi bilo prvostopenjsko sodišče, vendar pa to hkrati še ne pomeni, da ga lahko tudi postavimo v popolnoma enak položaj s prvostopenjskim sodiščem. V tem vidim pomembno razliko,⁴ zaradi katere mi je to vprašanje ustvarjalo dvome. In ni bilo edino.

Drugo vprašanje, na katerega sem si skušal odgovoriti, je stališče odločbe, da je možno doseči ustavnoskladno razlago zakonskih določb s primerno uporabo 109. člena ZPP,⁵ ki jo ureja prvi odstavek 22. člena ZUS-1. Pri tem se mi postavlja vprašanje, ali ZUS-1 to sploh dovoli; ali torej dovoli prestopiti svoje meje, kadar sam vsebuje ureditev vprašanja postopka, natančneje, če iz njegovih določb izhaja, da pritožbe za takšen primer ne ureja oz. je ne dopusti. ZUS-1 namreč v 82. členu določa, da se sklep lahko izpodbija s *posebno* pritožbo, če tako določa sam ZUS-1. Za takšne položaje, s katerim imamo opravka tokrat, tega ne določa? To izhodišče sicer ni čisto nesporno. In hkrati je pomembno, kajti od zavzetega stališča o tem izhodišču je pomembna pot do pravice po 25. členu Ustave. V tem "križišču" sem zavzel drugačno stališče, ki ga podrobneje pojasnujem v naslednji opombi. Ne zategadelj, ker ne bi bilo pomembno, ampak da bi lahko v glavnem besedilu zadržal kontinuiteto z odprtimi vprašanji.⁶ Tako je tretje

³ O tem tudi v zadnji točki mnenja.

⁴ Tako razumem tudi obrazložitev izpodbijanega sklepa – Vrhovno sodišče prične obrazložitev, izhajajoč iz 127. člena Ustave, po katerem je najvišje sodišče v državi. Čeprav je torej izdalo sklep samo in ne na podlagi postopka s pravnim sredstvom, Vrhovno sodišče ni menilo, da je v drugačnem položaju od tistega, v katerem odloča o vložnem pravnem sredstvu (v tem primeru o reviziji).

⁵ Ta določa: "Tistemu, ki v vlogi žali sodišče, stranko ali drugega udeleženca v postopku, lahko sodišče izreče denarno kazen po tretjem in četrtem odstavku 11. člena tega zakona.

Denarno kazen po prejšnjem odstavku izreče sodnik ali senat, ki naj o sporu odloči.

Če se žaljiva izjava nanaša na sodnika ali senat in sodnik ali predsednik senata oceni, da so izpolnjeni pogoji za kaznovanje, poda predlog za kaznovanje, ki se obravnava kot novo vložena zadeva in se dodeli drugemu sodniku v skladu s sodnim redom.

Če je bila izrečena denarna kazen odvetniku ali odvetniškemu kandidatu, se o tem obvesti odvetniška zbornica. Če je bila izrečena denarna kazen notarju, se o tem obvesti notarska zbornica.

Denarna kazen, izrečena v skladu z določbami tega člena, ni ovira za kaznovanje zaradi kaznivega dejanja ali prekrška."

⁶ Odločba v 11. točki obrazložitve izhaja s stališča, da se navedena določba ZUS-1 nanaša na sklepe, ki jih sodišča izda v upravnem sporu, ne pa tudi na sklepe, ki temeljijo na drugih pravnih podlagah. Večina zato meni, kar prav tako izhaja iz omenjene točke, da ZUS-1 pritožbe zoper takšen sklep ne izključuje, le ureja je ne. Ta premisa me ne prepriča do te mere, da bi ji sledil in menim, da vsebuje redukcijo; res gre za normo, ki je odprta za razlage, in ni norma *in clarus non fit interpretatio*, vsaj glede njenega dometa. In stališče večine ni nerazumno; namreč, 82. člen ZUS-1 je umeščen znotraj poglavja o pravnih sredstvih, določa pravno sredstvo zoper sklep (vprašanje pa je, ali le zoper sklep upravnega sodišča ali širše; na drugi strani je v ZUS-1 kar nekaj določb, ki urejajo vprašanje, kdaj posebna pritožba ni dovoljena oziroma ali je sploh ni (tretji

vprašanje, s katerim sem se posledično ukvarjal, vprašanje, ali bi bile stranki s tem, ko bi se ji omogočilo pravno sredstvo, zagotovljena tudi ustrezna procesna jamstva iz Ustave (predvsem iz 22. člena) in EKČP (6. člen). Pravno sredstvo je namreč pravica, ki jo je treba napolniti s procesnimi jamstvi, da ne bi bila izvotljena. To so tri vprašanja, ki jih obravnavam v nadaljevanju.

II.

Ali gre za oblastni akt (individualni akt *de iure imperii*) Vrhovnega sodišča, izdan v okviru postopka odločanja v revizijskem postopku v upravnem sporu, s katerim je bilo odločeno o pritožnikovi pravici, dolžnosti ali pravnem interesu, je vprašanje, na katerega sem si pritrtilno odgovoril. Gre za odločitev o obveznosti posameznika, sprejeto enostransko, oblastno.⁷ A to je šele eden od pogojev iz 25. člena Ustave, ki daje pravico do instančnosti. Nato se, seveda, postavi vprašanje, kako je s pravico v odločitvah najvišjega sodišča rednega sodstva v primerih, ko Vrhovno sodišče, kot zadnjeinstančno sodišče, izda akt, s katerim ne odloči o pravnem sredstvu, reviziji, ampak akt, ki služi zagotavljanju procesnega vodstva. To vprašanje se torej ne postavi v primeru, ko Vrhovno sodišče v upravnem sporu samo odloča o pravnem sredstvu (torej je pravno sredstvo proti odločitvam upravnega sodišča samo *ratione materiae* odločanja⁸), ampak prav v primeru,

odstavek 13. člena, tretji odstavek 41. člena, sedmi odstavek 42. člena itd). Soočeni smo torej s položajem, ko zakon na eni strani ureja vprašanja, kdaj je in kdaj ni možna pritožba zoper posebne sklepe, hkrati pa izhodišče prav za to urejanje povežemo s prvim odstavkom 82. člena ZUS-1, ki pa ne omejuje pritožbe le zoper sklepe sodišča prve stopnje. Z drugimi besedami, z *argumentom a coherentia* prvi odstavek 82. člena ZUS-1, drugače od drugega odstavka, ki se omejuje na sklepe sodišč prve stopnje, razumem kot izhodišče za vse pritožbe zoper vse (tudi posebne) sklepe.

K temu stališču me ne vodi le izpodbijani sklep Vrhovnega sodišča (ki je odreklo pravico na podlagi 73. člena in drugih členov ZUS-1 in zaključilo (5. točka), da je po določbah ZUS-1 pritožba izključena), ampak sklep VS RS I Up 149/2017 (9. 5. 2018), kjer je Vrhovno sodišče odločilo: "Ker 82. člen ZUS-1 pritožbe zoper stroškovne sklepe ne predvideva, gre za generalno izključitev takšnih pritožb. Posledično sklicevanje na ureditev v drugih zakonih, ki takšne pritožbe dopuščajo, ni mogoče. Do takšnega razumevanja navedene določbe ZUS-1 vodi tako jezikovna razlaga, ki kaže na to, da je pritožba dovoljena le v primerih, predvidenih v ZUS-1, kot tudi teleološka razlaga zakona, saj je dostop do Vrhovnega sodišča kot najvišjega sodišča v državi dopuščen le v najbolj utemeljenih primerih."

Razumem, da se je Vrhovno sodišče postavilo na stališče: generalna izključitev pritožb pomeni, da pritožbe, ki jih dopuščajo drugi zakoni, po ZUS-1 niso mogoče. To pa že lahko primerjam s konkretnim primerom in s tem, da je izhodišče za omenjeno generalno izključitev v 82. členu ZUS-1.

Glej še komentar k 82. členu E. Kerševan, Zakon o upravnem sporu s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2019, str. 458–461 in tam navedeno sodno prakso. Glej tudi E. Kerševan, V. Androjna, Upravno procesno pravo – Upravni postopek in upravni spor, GV, Pravna obzorja, Ljubljana 2017, str. 609.

⁷ Glej tudi T. Jerovšek, P. Kovač v: L. Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, dopolnitev A, Fakulteta za državne in evropske študije, Ljubljana 2011, str. 401.

⁸ O tem, menim, se pravilno izreka Vrhovno sodišče. Glej komentar k 82. členu E. Kerševan, Zakon o upravnem sporu s komentarjem, nav. delo, str. 458–461 in tam navedeno sodno prakso.

kadar je odločitev Vrhovnega sodišča samostojna in je izven dometa pravnega sredstva samega. Ali je v takšnem primeru neobstoj pravnega sredstva skladen z zahtevo 25. člena Ustave? Odgovor na to vprašanje ni enostaven, kajti pravica do pravnega sredstva, zaradi sodne hierarhije po logiki sami, se nekje vendarle mora končati. ZUS-1, kot navajam zgoraj, določa to mejo; pravnega sredstva ni, razen če za posamezne primere to določi zakon. Za odločitev, s katero se kaznuje stranko oziroma pooblaščenca, pravnega sredstva ne predvidi. Člen 82 ZUS-1 določa, da je pritožba mogoča le v primerih, kjer ZUS-1 tako določa. V drugih primerih, torej ne. Ker za primere kaznovanja stranke in pooblaščenca možnost pravnega sredstva ni določena, menim, da znotraj meja ZUS-1 do pravice do pravnega sredstva ni mogoče priti.

III.

To pelje že do bistva drugega vprašanja, ali lahko dosežemo drug zakon (ki se primerno uporablja), po analogiji, če zakon (ki ureja *sedes materiae*) izrecno postavi mejo. Menim, da ne. Drug zakon se lahko uporablja samo za vprašanja postopka, ki v zakonu, ki ureja *sedes materiae*, niso urejena, kar ZUS-1 v prvem odstavku 22. člena izrecno določa. Zato menim drugače kot odločba v tistem delu, kjer zastopa stališče o možnosti ustavnoskladne razlage na ta način, da se zapusti zakonodajne oziroma zakonodajalčeve meje. Zapusti namreč zakon sam – tisto, kar zakon ureja.

Izhodišče bi torej moralo biti, da v ZUS-1 pritožbe zoper takšno odločitev ni in da je zakon ne dopušča. Kot pravilno ugotavlja obrazložitev odločbe, to vprašanje drugače ureja 109. člen ZPP. Drugačno stališče, da kakršna koli že metoda razlage pripelje do ustavnoskladne rešitve, trči ob "zid" zakona, to je v njegove "meje". Menim, da razlaga, ki pripelje do rezultata, da je pritožba mogoča, pomeni *contra legem* razlago. Pri *contra legem* razlagi pa ni mogoče govoriti o ustavnoskladni razlagi zakona. Na zakon namreč niso vezana le sodišča (125. člen Ustave), ampak tudi Ustavno sodišče, dokler ne presodi, da je protiustaven in ga zato razveljavi. Ko je tako, je na mestu postopek po koneksiteti (tretji odstavek 59. člena ZUstS⁹), torej, da Ustavno sodišče prične s postopkom presoje, ali je zakon v neskladju z Ustavo, če se pojavi dvom v njegovo ustavnost.

Če bi Ustavno sodišče začelo postopek za oceno ustavnosti zakona, za kar sem se zavzemal, bi bil zakonodajalec soočen z vprašanjem, ali je takšna ureditev ustavna. Znotraj postopka ocene ustavnosti zakona bi dobil možnost odgovoriti na dvom Ustavnega sodišča, kajti vzpostavljena bi bila kontradiktornost, hkrati pa bi postopek omogočal, da se spoštuje načelo delitve oblasti. Ustavno sodišče bi namreč samo

⁹ Ta določa: "Če izpodbijani posamični akt temelji na predpisu ali na splošnem aktu, izdanem za izvrševanje javnih pooblastil, za katerega ustavno sodišče oceni, da bi bil lahko protiustaven ali nezakonit, začne postopek za oceno ustavnosti oziroma zakonitosti takšnega predpisa ali splošnega akta, izdanega za izvrševanje javnih pooblastil, in odloči ob uporabi določb IV. poglavja tega zakona."

vstopilo v "čevlje zakonodajalca" (pred njim pa že Vrhovno sodišče, katerega ustavnost razlage presoja Ustavno sodišče), če bi zakon razlagalo *contra legem*. Če zakonodajalec s svojimi morebitnimi razlogi o ustavnosti zakona Ustavnega sodišča ne bi prepričalo in bi to ugotovilo protiustavnost, ker pravica do pritožbe v takem pravnem položaju ni zagotovljena, pa bi zakonodajalcu naložilo, naj protiustavnost odpravi.

Primer, kot je pred nami, se namreč razlikuje od primerov, kjer je mogoče znotraj meja, ki jih zakonodajalec postavi za določen zakon, iskati ustavnoskladno razlago. Poudarek je na "znotraj meja zakona"; na primer, kadar je določena norma odprta za različne razlage oziroma za uporabo različnih metod razlage, ki pripeljejo do ustavnoskladnega cilja oziroma ustavnoskladne rešitve. Ali kadar lahko s kakšno metodo razlage rešimo pravno praznino.¹⁰ V odločbi zato pogrešam pot, da bi do odgovora na vprašanje, ki si ga tudi sam zastavljam, prišli po koneksiteti. Pogrešam pa tudi metodo razlage, ki bi me prepričala, da je mogoča pot, kot jo zasleduje odločba, do cilja ustavnoskladne rešitve. Ustavnoskladna razlaga zakona je namreč razlaga, ki je dejansko cilj, ni pa sama tudi metoda razlage zakona. Da se ustavnoskladna razlaga doseže, pa je treba izbrati metodo razlage.

Seveda se postavi tudi vprašanje, iz katere določbe zakona bi bilo treba črpati izhodišče za postopek koneksitete.¹¹ Menim, da je to člen, ki določa, da pritožba ni mogoča, razen v primerih, ko to določa zakon (82. člen ZUS-1). Ker torej po mojem mnenju ZUS-1 ne dopušča možnosti pritožbe v primeru kaznovanja pooblaščenca, kadar je ta kaznovan v postopku upravnega spora pred Vrhovnim sodiščem, je koneksiteto mogoče navezati na takšno določbo.

IV.

Še preden se sploh zastavi vprašanje ustreznosti sporočila odločbe, da kaznovanemu pooblaščenцу gre pravica do pritožbe, je zame sporna pot, po kateri je odločba prišla do tega sporočila. Na tej poti je trčila ob zakonodajalčevo voljo, ki je do te mere eksplicitno izjavljena, da je sam ne morem razumeti drugače, kot sem predstavil. Kot kaže, jo je tako razumelo tudi Vrhovno sodišče; torej senat upravnega oddelka Vrhovnega sodišča, ki je odločil drugi po vrsti (da pritožbe ni, in ne predhodni senat, ki je v pravnem pouku zapisal, da notarju kot pooblaščenцу stranke pritožba gre). Vrhovnemu sodišču se, kot je razumeti izpodbijani sklep, dvom o ustavnosti takšne ureditve zakona ni postavil. Zato ni začelo postopka ocene ustavnosti zakona (156. člen Ustave, ki določa takšno obveznost sodiščem, in prvi odstavek 23. člena ZUstS). Četudi je res, da ta postopek lahko začne ob pogojih iz drugega odstavka 59. člena ZUstS tudi Ustavno sodišče samo, ko odloča o

¹⁰ Glej več o tem V. Krey, Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem (I), Juristen Zeitung 33, Št. 11/12 (1978), str. 361–368.

¹¹ To je sicer vprašanje, ki se še posebej postavlja takrat, kadar je Ustavno sodišče soočeno s pravno praznino.

utemeljenosti ustavne pritožbe, bi bila dobrodošla takšna odločitev Vrhovnega sodišča.¹² Če drugačna odločitev pomeni *contra legem* razlago zakona, bi bilo na mestu vprašanje sprožitve postopka z zahtevo za oceno ustavnosti zakona,¹³ da bi prišlo do vzpostavitve dialoga z zakonodajalcem (vzpostavitev kontradiktornosti). Menim, da bi to tudi bila boljša pot, ki je sedaj zamujena. Ta postopek bi imel namreč to kakovostno prednost, da bi tudi predložitveno sodišče, ki vloži zahtevo za oceno ustavnosti, imelo možnost pojasniti, kako razume ustavne vidike zakonskega besedila. Ustavnopравни "dialog" bi bil popoln – o ustavnem vprašanju, ki je odprto, bi se lahko izjavila tako zakonodajalec kot Vrhovno sodišče. V primeru postopka za oceno ustavnosti zakona, ki ga začne Ustavno sodišče po koneksiteti, ni tako, saj redna sodišča v njem ne sodelujejo. Kontradiktornost se vzpostavi le z zakonodajalcem (od drugih lahko Ustavno sodišče v okviru drugega odstavka 28. člena ZUstS pridobi le pojasnila, kar nima kakovosti ustavnopravnega dialoga). Ustavno sodišče bi tako imelo priložnost soočiti se z argumenti, ki jih je tokrat večinska odločitev iskala sama. Koneksiteta je namreč korektiv, druga možnost, kadar sodišča sama ne zaznajo protiustavnosti zakonske ureditve. V tej drugi možnosti pa kakovost dialoga (kontradiktornosti) ni takšna, kot pri zahtevi za oceno ustavnosti, ki bi jo sprožilo Vrhovno sodišče.

V.

Dodaten argument, zaradi katerega pogrešam odprtje ustavnosti zakona, vidim v vprašanju drugih ustavnih procesnih jamstev. Ne le tistih, ki jih mora vsebovati pravica do pravnega sredstva, da se lahko opredeli kot učinkovito pravno sredstvo (kajti le, če je učinkovito, izpolnjuje pogoje po 25. členu Ustave), ampak tudi tistih, ki morajo biti dana že v postopku odločanja, pred sprejemom odločitve. Če se pooblaščenca kaznuje, ne da bi mu bila dana možnost do izjave (*audiatur et altera pars*), je to pomembna pomanjkljivost že v postopku odločanja, ne šele v postopku z morebitnim pravnim sredstvom. Predvidevam, da bi bilo treba pravico do pravnega sredstva v takšnem primeru povezati tudi z vprašanjem, kako mora postopati Vrhovno sodišče, da se zagotovi spoštovanje

¹² Vrhovno sodišče je odločitev, da ni pritožbe zoper sklep o kaznovanju, obrazložilo. Ker je bilo v sklepu, s katerim je bil notar kaznovan, soočeno s pravnim poukom, da obstaja pravica do pritožbe, nato pa je to pravico drugi senat istega sodišča odrekel, bi bilo ustrezno tudi vprašanje ustavnosti ureditve po ZUS-1. Odsotnost zahteve za oceno ustavnosti zakona in obrazložitev, ki jo je podal drugi senat, ki je zavrnil pravno sredstvo, sta gotovo pomenljiva in ponujata sklepanje Vrhovnega sodišča, da ustavnost ZUS-1 glede predmetnega vprašanja ni vprašljiva.

¹³ Glej tudi M. Avbelj, Odgovornost za pošteno sojenje, *Pravna praksa*, št. 45–46 (2018), str. 3. "[...] je naloga slovenskih sodišč, da zakonodajo razlagajo in uporabljajo v skladu z zahtevami ESČP in ustavo. Če bi jih taka razlaga vodila *contra legem*, so sodišča dolžna prekiniti postopek in zahtevati ustavno presojo neskladne zakonodaje."

Da je lahko *contra legem* argument, ki povzroči težave tudi pri stiku nacionalnega prava in prava EU, glej zadevo C-441/14, *Dansk Industri (DI), acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen*, ECLI:EU:C:2016:278.

Več o tem O. Terkelsen, *The Ajos Case and the Danish Approach to International Law*, *European Public Law*, let. 24, št. 2 (2018), str. 183–194.

vseh ustavnoprocenih jamstev (neodvisno sojenje, pravica biti slišan, enakost orožij itd). Menim, da je odsotnost tako pravice do pravnega sredstva v takšnih primerih, kot tudi podrobnejših pravil glede samega postopka odločanja, sistemsko vprašanje z več kot le enim neodgovorjenim podvprašanjem. Menim tudi, da se vprašanje odpira kot pomanjkljivost pravnega reda, ne le kot vprašanje razlage zakona. Tudi zato menim, da bi v odsotnosti zahteve za oceno presoje zakona, bila pravilna pot začeti postopek presoje ustavnosti zakona po koneksiteti.

dr. Rajko Knez
Sodnik