



DOKAZOVANJE V POSTOPKU ODLOČANJA O ODVZEMU PREMOŽENJSKE KORISTI IN PREMOŽENJA

Primož Gorkič,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
docent za kazensko pravo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani*

1. UVOD

Uvedba instituta odvzema premoženja nezakonitega izvora (z obrnjenim dokaznim bremenom) je dodobra razburkala razpravo o naravi, pomenu in uporabljivosti kazensko procesnih jamstev. Spoznanja, ki smo jih bili deležni udeleženci te razprave, so nedvomno koristna in pomembna. Zlasti ker sežejo onkraj instituta odvzema premoženja nezakonitega izvora: terjajo namreč poglobljen razmislek tudi o procesnih in dokaznopравnih vprašanjih odvzema premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem ali zaradi njega (v nadaljevanju: OPK), torej instituta, ki je že nesporno in trdno zasidran v kazenskem pravu. To velja toliko bolj za uvedbo novih, razširjenih oblik odvzema, ki so izrazito kompleksne, ker omogočajo odvzem v dejansko in pravno zelo različnih položajih.

Virov, ki bi se v slovenskem pravu poglobljeno posvetili vprašanju dokazovanja pri odločanju o OPK, pravzaprav ni. Razloge za to lahko najbrž iščemo v skoposti in odmaknjenosti zakonskih določb, ki urejajo postopkovne vidike OPK, in v dejstvu, da se odločanje o OPK v konkretnem kazenskem postopku pogosto zlije z odločanjem o obtožbi, tj. o očitku kaznivega dejanja. V času, ko se v ospredje odzivanja na kriminaliteto prebijajo mehanizmi, ki v prvi vrsti merijo na premoženje domnevnih storilcev kaznivih dejanj, je zato potreba po sistematični analizi postopkovnih, zlasti dokaznopравnih vprašanj v zvezi z OPK toliko bolj na mestu. K temu kličejo navsezadnje tudi pomembne spremembe materialnopravne podlage odločbe o OPK, ki že bistveno presegajo

okvire, ki jih je imel pred seboj zakonodajalec, ko je oblikoval sedanje procesne okvire odločanja o OPK.

Cilji tega prispevka so zato predvsem podati temeljno analizo slovenske procesnopravne ureditve odločanja o OPK, s poudarkom na prvinah, ki neposredno vplivajo na ugotavljanje dejstev, na katere se opira odločba o OPK. Jedrna vprašanja bodo, tako kot to velja za odločanja o obtožbi, vprašanja ureditve zbiranja procesnega gradiva (komu je ta naloga zaupana in kako naj zbiranje gradiva poteka) in vprašanja odločanja (ali veljajo zanj pravila, primerljiva z odločanjem o obtožbi, zlasti glede dokaznega standarda).

2. MATERIALNOPRAVNA IZHODIŠČA ODLOČANJA O OPK

Četudi je OPK tesno povezan z odločanjem o krivdi in sankciji, je materialnopravno samostojen ukrep. Teorija kazenskega prava OPK ne uvršča med kazenske sankcije. OPK šteje za poseben kazenskopravni ukrep, katerega namen je vzpostavitev premoženjskega stanja, kot je bilo pred storitvijo kaznivega dejanja, in ne generalno ali specialno preventivno učinkovanje na storilca kaznivega dejanja.¹ Pravilo, da nihče ne sme obdržati premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem ali zaradi njega (prvi odstavek 74. člena Kazenskega zakonika – KZ-1²), je tako splošno sprejeto in nesporno.³

Že na materialnopravni ravni je torej odločanje o OPK treba razlikovati od odločanja o očitkih obdolžencu, da je izvršil kaznivo dejanje. To ne pomeni, da je odločanje o OPK povsem ločeno od odločanja o obtožbi: sodišče bo praviloma smelo izreči OPK le, če bo obdolženca s sodbo spoznalo za krivega.⁴ Splošno gledano je taka odločba sodišča torej predpostavka za OPK. Vsaj v tem delu je torej odločanje o OPK vedno zlito z odločanjem o obtožbi, tako v procesnem kot v materialnem smislu.

¹ A. Šelih, v: L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, M. Ambrož, K. Filipčič, nav. delo, str. 465.

² Ur. l. RS, št. 55/08 in nasl.

³ To ne pomeni, da v nekem delu tudi za OPK ne veljajo načela, ki veljajo za kazenske sankcije. Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) je v zadevi *Welch v. Združeno kraljestvo*, št. 17440/90, z dne 9. februarja 1995 sprejelo stališče, da tudi za OPK velja prepoved retroaktivnosti, tako kot velja za kazenske sankcije.

⁴ Izjemo predvideva že peti odstavek 3. člena KZ-1: OPK ni več vezan le na izrek obsojilne sodbe, ampak se lahko izreče tudi s sklepom, s katerim sodišče neprištevnemu storilcu izreče varnostni ukrep (491. člen in naslednji členi ZKP). OPK je mogoče izreči tudi s sklepom o sodnem opominu (drugi odstavek 448. člena ZKP) in s sklepom o vzgojnem ukrepu (Š. Horvat, nav. delo, str. 1055).

3. PROCESNOPRAVNA IZHODIŠČA ODLOČANJA O OPK

V procesnem smislu je odločanje o OPK izrazito heterogeno. Heterogenost procesnopравnih okvirov odločanja se najbolj razkrije, če se vprašamo, katera dejstva so materialnopravno pomembna za odločanje o temelju OPK. Odgovor na to vprašanje ni preprost. Pravna podlaga, skozi katero motrimo historični dogodek (kaznivo dejanje) in v njegovem okviru prenos premoženja, je namreč dokaj razdrobljena.⁵

3.1. Dejstva, pomembna za OPK, kot del opisa kaznivega dejanja

Zakonodajalec je v nekaterih primerih dejstva, pomembna za odločanje o OPK, izrecno uredil kot znake kaznivega dejanja (bit inkriminacije), bodisi temeljne bodisi kvalificirane oblike kaznivega dejanja. Tak primer je na primer kaznivo dejanje izneverjenja (drugi in tretji odstavek 215. člena KZ-1), katerega kvalificirano obliko izvrši tisti, ki pooblastilo za zastopanje premoženjske koristi kakšne osebe izrabi »za pridobitev premoženjske koristi sebi ali komu drugemu«. Podobno je tudi na primer s kvalificirano obliko zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti, ki jo izvrši tisti, ki sebi ali drugemu pridobi veliko premoženjsko korist (drugi odstavek 240. člena KZ-1), kvalificirano obliko tihotapstva (četrti odstavek 250. člena KZ-1) in kvalificirano obliko organiziranja denarnih verig ter nedovoljeno prirejanje iger na srečo (tretji odstavek 212. člena KZ-1).

V drugih primerih je pridobitev premoženjske koristi, tj. prehod premoženja, neizogiben, tihi del biti kaznivega dejanja, četudi ga opis dejanja ne omenja. Taki primeri so kazniva dejanja zoper premoženje, z očitno izjemo tistih dejanj, katerih jedro je zgolj povzročitev premoženjske ali nepremoženjske škode, ne pa tudi prehod premoženja na storilca (od 218. do 223. člen KZ-1).

V nekaterih inkriminacijah se pridobitev premoženjske koristi pojavlja kot (pravi) objektivni pogoj kaznivosti. Pridobitev premoženjske koristi je torej del opisa kaznivega dejanja, ki pa zakonski biti kaznivega dejanja stoji ob strani.⁶ Tak primer sta kaznivi dejanji poslovne goljufije (228. člen KZ-1) in zloraba negotovinskega plačilnega sredstva (246. člen KZ-1). Kljub temu da objektivni pogoj kaznivosti ne spada v bit inkriminacije, velja zanj – kot del opisa kaznivega dejanja – enak dokaznopravni režim kot za tisti del, ki pomeni bit inkriminacije. Objektivni pogoj kaznivosti z drugimi besedami spada v procesnopravni pojem krivde.⁷

⁵ Prim. Š. Horvat, nav. delo, str. 1055.

⁶ P. Gorkič, nav. delo (2007), str. 115.

⁷ Npr. K. Volk, nav. delo, str. 112.

Pomen določbe 74. člena KZ-1 (ter drugih, ki jo specificirajo) je v tem delu omejen. Samostojno materialnopravno podlago OPK pomenijo te določbe v primeru, da gre za odvzem koristi drugim osebam, na katere je bila korist prenešana (npr. brezplačno ali za plačilo, ki ne ustreza dejanski vrednosti; tretji odstavek 75. člena KZ-1), pa to ni del opisa kaznivega dejanja.

3.2. Dejstva, pomembna za OPK, niso del opisa kaznivega dejanja

3.2.1. Prehod premoženja zaradi kaznivega dejanja

Pri večini drugih kaznivih dejanj dejstva, ki se nanašajo na pridobitev premoženjske koristi, ne bodo pomembna zato, ker so izrecen ali tihi del opisa kaznivega dejanja. Prehod premoženja, ki nastane zaradi kaznivega dejanja, bo pomemben preprosto zato, ker je premoženjsko korist treba vzeti na podlagi 74. člena KZ-1. V to skupino je mogoče uvrstiti, na primer, neupravičeno proizvodnjo in promet s prepovedanimi drogami (186. člen KZ-1), davčno zatajitev (294. člen KZ-1) itd. Ker opis kaznivega dejanja ne terja ugotavljanja premoženjske koristi, je 74. člen KZ-1 podlaga tako za ugotavljanje temelja OPK kot tudi za ugotavljanje višine koristi.

3.2.2. Dejstva, pomembna za razširjeni odvzem premoženjske koristi in premoženja

Prej opisani položaji izhajajo iz razmeroma preprostega položaja, v katerem sodišče ugotavlja premik premoženja, ki je nastal zaradi kaznivega dejanja, zaradi katerega je storilcu tudi izreklo obsodilno sodbo. Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika (KZ-1B⁸) pa je v slovensko pravo uvedel tudi dve različici ukrepa, ki se bolj ali manj odkrito približujeta institutu razširjenega odvzema.⁹

Že prvi odstavek 77.a člena KZ-1 razlikuje med odvzedom »premoženjske koristi« in »premoženja«, ki ga je hudodelska združba (torej njeni člani¹⁰) bodisi

⁸ Ur. l. RS, št. 91/11.

⁹ A. Šelih, v: L. Bavcon idr., nav. delo, str. 468–469; H. Jenull, v: M. Ambrož in H. Jenull, nav. delo, str. 82.

¹⁰ Stališča o tem, kdo je tisti, ki se mu izreče ukrep iz 77.a člena KZ-1, bi kazala na to, da se premoženje vzame »hudodelski združbi«, četudi ni pravna oseba (A. Šelih, v: L. Bavcon idr., nav. delo, str. 468; H. Jenull, v: M. Ambrož in H. Jenull, nav. delo, str. 84–85). Procesna ureditev, na drugi strani, temu ne sledi: po 500. členu ZKP se povabi »prejemnik« koristi, tudi pri odvzemu po 77.a členu KZ-1. Tudi sicer bi bilo nepravilno, če bi se izrek OPK v tem primeru glasil na »hudodelsko združbo«; glasiti se mora na prejemnika, pravno ali fizično osebo (ki s premoženjem razpolaga v najširšem smislu – H. Jenull, v: M. Ambrož in H. Jenull, nav. delo, str. 84). Drugačno stališče bi lahko vodilo v neizvršljivost odločbe o

pridobila s kaznivim dejanjem ali zaradi njega bodisi z njim zgolj razpolaga. Določba torej omogoča odvzem premoženja, ki ni bilo pridobljeno z ali zaradi kaznivega dejanja, za katerega je konkretna oseba obsojena, pač pa zadošča, da s premoženjem razpolagajo člani hudodelske združbe in je torej vsaj namenjeno izvrševanju kaznivih dejanj, zaradi katerih hudodelska združba deluje.¹¹ Zahteva se le, da mora opis dejanja v obsodbi obsegati znake kaznivega dejanja, izvršenega v hudodelski združbi, ali pa znake kaznivega dejanja hudodelskega združevanja.¹²

Podobno učinkuje tudi drugi odstavek 77.a člena KZ-1. Ta dopušča odvzem tistega premoženja storilcu dejanj, storjenih v hudodelski združbi, za katero »sodišče ugotovi, da izhaja iz kriminalnih dejavnosti, storjenih v tej združbi.« Dikcija je zelo široka. Prvič, določba dopušča odvzem premoženja, ki ne izvira le iz kaznivega dejanja, ki je predmet obsodbe, ampak tudi iz drugih »kriminalnih dejavnosti« obsojenega člana hudodelske združbe. In drugič, omogoča tudi odvzem premoženja, ki izhaja iz kriminalne dejavnosti neke druge osebe, ki se kot članica ali vodja združbe ukvarja s kriminalno dejavnostjo, ne pa tistega, ki ga je sodišče obsodilo.¹³

Zadnja določba, ki omogoča razširjeni odvzem premoženja, je 77.b člen KZ-1. Ta omogoča odvzem premoženja, ki ga storilec ali druga oseba, ki se ji lahko odvzame premoženje ali premoženjska korist, zgolj uporablja, če to počne na podlagi privolitve »slabovernega« lastnika (osebe, ki ji premoženje pripada). Povezava uporabnika premoženja s kaznivim dejanjem je torej le posredna. Lastnik premoženja bo v slabi veri, kadar bo vedel ali bi mogel vedeti, da je premoženje pridobljeno z ali zaradi kaznivega dejanja, ali pa je bilo uporabljeno v pripravah, izvrševanju ali prikrivanju kaznivega dejanja oziroma je za to namenjeno.¹⁴

Določba torej občutno razširja domet OPK, tako na premoženje, ki ni v povezavi s kaznivim dejanjem, zaradi katerega sodišče izreče obsodilno sodbo, kot tudi na premoženje, ki izvira iz ravnanj drugih oseb, ne le storilca, ki je s sodbo spoznan za krivega.

OPK. Ta namreč pomeni izvršilni naslov (sodba VS RS, št. II Ips 537/2004 z dne 21. 9. 2005, iz odločbe o OPK katere je izhajala dolžnost plačila denarnega zneska – danes po drugem odstavku 75. člena KZ-1). V izvršilnem naslovu mora biti določno opredeljen dolžnik, sicer izvršilni naslov ni primeren za izvršbo (gl. 21. člen v zvezi s 16.a členom Zakona o izvršbi in zavarovanju, Ur. l. RS, št. 51/98 in nasl.).

¹¹ H. Jenull, v: M. Ambrož in H. Jenull, nav. delo, str. 84.

¹² Prav tam, str. 83.

¹³ Prim. prav tam.

¹⁴ Prav tam, str. 87–89. Jenull pri tem govori o »vednosti oziroma krivdni nevednosti« lastnika premoženja.

3.3. Vmesni sklep in izhodišča za nadaljnjo obravnavo

Upoštevaloč različno pravno podlago OPK je mogoče razlikovati tri materialnopravne položaje, ki hkrati terjajo tudi različno procesno in dokaznopravno obravnavo.

Prvič, tako nastanek (temelj) kot višina OPK sta lahko del opisa kaznivega dejanja. Zato ni mogoče razlikovati med različnimi dokaznopravnimi režimi glede odločanja o krivdi ter glede odločanja o temelju in višini OPK.

Drugič, v drugih primerih (če temelj in višina OPK nista del opisa dejanja) je pravna podlaga za ugotavljanje temelja in višine OPK deljena. Podlago, pomembno za ugotavljanje temelja OPK, je treba iskati na dveh mestih: en del je gotovo odločitev, da je obdolženec kriv kaznivega dejanja, torej obsodilna sodba, drugi del temelja – prehod premoženja – pa bomo ugotavljali na podlagi določbe 74. člena KZ-1; enako velja za ugotavljanje višine premoženjske koristi. V tem primeru se torej glede procesne in dokaznopravne ureditve ugotavljanja prehoda premoženja in višine premoženjske koristi odpirajo vrata drugačnim rešitvam, kot veljajo za odločanje o obtožbi.

In tretjič, pravna podlaga za razširjeni odvzem prostosti širi polje odločanja ne le na dejstva, ki so povezana s kaznivim dejanjem, ki je predmet obtožbe, pač pa občutno dlje. Temeljni problem zato ni le dokaznopravne narave, pač pa se zastavlja vprašanje, ali v tej točki sodišča dejansko ne odločajo o novi obtožbi. Če je tako, terja postopek odločanja o razširjenemu odvzemu prav posebno pozornost.

V nadaljevanju bodo opisani režimi podrobneje obravnavani. Najbrž je očitno, da bo najmanj pozornosti deležen prvi položaj, v katerem so dejstva, pomembna za ugotavljanje temelja in višine OPK, že zajeta v opisu kaznivega dejanja.

4. PRVI PRIMER: DOKAZNOPRAVNI VIDIKI ODLOČANJA O OPK, KADAR JE PRIDOBITEV PREMOŽENJSKE KORISTI ZAJETA V OPISU KAZNIVEGA DEJANJA

Kadar so dejstva, ki se nanašajo na nastanek in višino premoženjske koristi, del opisa kaznivega dejanja, velja zanje neizogibno isti dokaznopravni režim, kot velja za odločanje o krivdi. V takih primerih je odločanje o OPK torej še posebej tesno zvezano z odločanjem o obtožbi. Zanj v celoti velja domneva nedolžnosti in s tem tudi njene specifične dokaznopravne posledice. Prvič, ker so dejstva, pomembna za odločitev o OPK, hkrati del opisa kaznivega dejanja, zanje velja tako obtožno načelo in kot tudi dolžnost upravičenega tožilca, da

zanje v obtožnem aktu predlaga dokaze, s katerim se ugotovi višina pridobljene premoženjske koristi. In drugič, tudi za odločanje o OPK velja dokazni standard, ki velja za obsodilno sodbo (prepričanje v krivdo obdolženca, drugi odstavek 3. člena Zakona o kazenskem postopku – ZKP¹⁵) in *in dubio pro reo*.

To hkrati pomeni, da je v takih primerih tudi posebna procesna ureditev, ki jo pozna ZKP (499. do 501. člen ZKP), za odločanje o OPK največkrat neuporabna. Uporabna je le, če gre za ugotavljanje dejstev, ki ne spadajo v okvir odločanja o obtožbi, na primer dejstev o prenosu premoženjske koristi na drugo fizično ali pravno osebo (75. in 77. člen KZ-1), in če zagotavlja udeležbo v kazenskem postopku prejemnikom koristi (pravnim ali fizičnim osebam), ki v kazenskem postopku nimajo položaja obdolženca.

5. DRUGI PRIMER: DOKAZNOPRAVNI VIDIKI ODLOČANJA O OPK, ČE PRIDOBITEV PREMOŽENJSKE KORISTI NI DEL OPISA KAZNIVEGA DEJANJA

Temeljna dokaznopravna vprašanja odločanja o OPK v takem primeru še niso bila predmet podrobnejše obravnave. Iz razpoložljivih virov je gotovo mogoče razbrati, da tudi v tem primeru sodišče zavezuje načelo iskanja materialne resnice (17. člen ZKP), načelo proste presoje dokazov (prvi odstavek 18. člena ZKP) kakor tudi prepoved opiranja odločbe o OPK na nedovoljene dokaze (drugi odstavek 18. člena ZKP). Njihova izpeljava je 499. člen ZKP, ki sodišču nalaga ugotavljanje premoženjske koristi, dejstev in zbiranje dokazov, pomembnih za odločitev, po uradni dolžnosti, torej ne da bi bilo vezano na zahtevek tožilca ali na dokazne predloge udeležencev postopka.¹⁶ ZKP v 500. členu nadalje zagotavlja minimalne standarde poštenega postopka zoper prejemnika koristi, tj. pravico, da se izjavlja o procesnem gradivu (je zaslišan) in da sodeluje v dokaznem postopku tako, da predlaga dokaze in postavlja vprašanja obdolžencu, pričam ali izvedencem.

Kljub temu temeljna dokaznopravna vprašanja ostajajo nejasna ali pa je njihova zakonska ureditev sporna. Nejasno ostaja vprašanje, ali je sodišče pri odločanju o OPK zavezano upoštevati domnevo nedolžnosti in izpeljana načela dokazovanja (zlasti vprašanje dokaznega bremena, dokaznega standarda ob izdaji OPK in uporabnost pravila *in dubio pro reo*), sporna pa je pristojnost odločati o OPK tudi brez zahtevka upravičenega tožilca. Ti dve vprašanji si bomo v nadaljevanju podrobneje ogledali.

¹⁵ Ur. l. RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, in 47/13.

¹⁶ Prim. Š. Horvat nav. delo, str. 1055.

5.1. Ali se domneva nedolžnosti razteza tudi na odločanje o OPK

a) Argumenti proti

Na prvi pogled se zdi, da mora biti odgovor negativen. Razlogov in argumentov za to je kar nekaj. Prvi argument – bolje izhodišče – je že znan: OPK je poseben objekt kazenskega postopka, za katerega (lahko) veljajo drugačna dokaznopravna pravila. Tudi v slovenskem pravu je domneva nedolžnosti že na jezikovni ravni izrazito vezana na odločanje o krivdi, tako v besedilu 27. člena Ustave RS kot tudi v 3. členu ZKP. Zato je mogoče trditi, da za odločanje o OPK domneva nedolžnosti preprosto ne velja.

Drugi argument dopolnjuje prvega: odgovarja na vprašanje, kako razumeti procesni pojem »krivde«. Odgovor ponuja sodba Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) v zadevi *Phillips v. Združeno kraljestvo*.¹⁷ Z njo je ESČP zamejilo učinek domneve nedolžnosti na odločanje o krivdi, zavrnilo pa njeno uporabnost v postopkih odločanja o kazenskih sankcijah in z njimi povezanim ugotavljanjem obdolženčevega značaja in vedenja (če le ne gre za samostojno obtožbo (*charge*) v smislu 6. člena EKČP). Med te postopke odločanja o sankcijah je ESČP vključilo tudi postopek odločanja o OPK, v konkretnem primeru v obliki t. i. razširjenega odvzema.¹⁸ S tem, sicer spornim stališčem¹⁹ je ESČP pomembno razširilo manevrski prostor zakonodajalcu in sodiščem pri odločanju o OPK.

Tretji argument izhaja iz spoznanja, da je predmet odločanja o OPK drugačne narave, kot to velja za odločanje o krivdi. Domneva nedolžnosti zagotavlja, da o krivdi odločamo tako, da izbiramo med dvema skrajnima poloma, obsodbo ali oprostivijo – preprosto zato, ker kazenskopравни koncept krivde ne dopušča deljene krivde oziroma odgovornosti za kaznivo dejanje.²⁰ Pri odločanju o OPK pa je narava odločanja drugačna: višina premoženjske koristi je lahko večja ali manjša ali pa je seveda sploh ni – le v takem primeru sodišče ne bo izreklo OPK. Narava ukrepa je taka, da sodišča ni treba postaviti v položaj, v katerem lahko izbira le med dvema odločitvama.

Zadnji, četrti argument pa temelji na sistematični razlagi veljavne zakonske ureditve: ZKP preprosto drugače ureja pravila o trditvenem in dokaznem bremenu glede dejstev, pomembnih za OPK, kadar je njihovo ugotavljanje ločeno

¹⁷ Sodba ESČP, *Phillips v. Združeno kraljestvo*, št. 41087/98, z dne 5. julija 2001.

¹⁸ V isti sodbi je ESČP zapisalo tudi: »The Court considers that this procedure was analogous to the determination by a court of the amount of a fine or the length of a period of imprisonment to be imposed on a properly convicted offender.«

¹⁹ Npr. S. Trechsel, nav. delo, str. 34–35; P. Gorkič, nav. delo (2011).

²⁰ K. Šugman Stubbs in P. Gorkič, nav. delo, str. 62.

od odločanja o krivdi. Obtožno načelo za OPK ne velja; tudi sodišče premoženjsko korist v kazenskem postopku ugotavlja po uradni dolžnosti (prvi odstavek 499. člena ZKP), zato predlog državnega tožilca ni predpostavka za izrek OPK, kot to velja za odločbo o krivdi. Vsi, sodišče in drugi organi, morajo po uradni dolžnosti zbirati dejstva, pomembna za OPK, in dokaze zanje (drugi odstavek 499. člena ZKP). Odsotnost jasnega pravila o dokaznem bremenu lahko razumemo tudi tako, da za odločanje o OPK domneva nedolžnosti ne velja.

b) Argumenti za

Na drugi strani pa samostojnost odločanja o obtožbi in odločanje o OPK vendarle ne pomeni, da sta postopka odločanja o OPK in odločanja o krivdi povsem ločena. To preprosto ni mogoče, saj bo sodišče v kazenskem postopku o OPK lahko praviloma odločilo le ob izreku obsodilne sodbe; gre za t. i. *conviction-based* ukrep.²¹ To pomeni, da domneva nedolžnosti v postopku odločanja o OPK velja vsaj posredno: nikomur ni mogoče odvzeti premoženjske koristi, če ni s pravnomočno sodbo spoznan za krivega. Zato odločitve o OPK v procesnem in dokaznopravnem smislu ni mogoče obravnavati povsem samostojno. Najbolj očitna posledica povezanosti odločanja o krivdi in odločanja o OPK je gotovo ta, da je postopek OPK (posredno) vezan na zahtevek upravičenega tožilca. Brez vloženega obtožnega akta sodišče o OPK ne sme odločati, ne glede na to, ali bi bila dejstva, pomembna za OPK, del opisa kaznivega dejanja ali ne. Hkrati to pomeni, da dokazna tveganja, povezana z odločanjem o obtožbi, v tem delu sežejo tudi v odločanje o OPK.

Ključ do pravilnega razumevanja dosega domneve nedolžnosti se tako skriva v omenjenem razlikovanju med več razsežnostmi odločanja o OPK. Nanje opozarja Horvat, ki ločeno obravnava vprašanje, ali je bila premoženjska korist sploh pridobljena, in vprašanje, kako velika.²² Ob takem izhodišču Horvat glede dokaznega standarda o tem, ali je bila premoženjska korist sploh pridobljena, odgovarja: velja dokazni standard za odločbo o krivdi.²³ Vendar pa se zdi, da je taka rešitev preveč preprosta. Kadar sodišče odloča o OPK, ne da bi bila dejstva že zajeta v opisu kaznivega dejanja, je že odločanje o temelju OPK sestavljeno iz dveh delov: ugotavljanja krivde in ugotavljanja prehoda premoženja na prejemnika. Če za ugotavljanje krivde domneva nedolžnosti brez dvoma velja, pa to za ugotavljanje dejstev glede prehoda premoženja na prejemnika, tudi če je obdolžen kaznivega dejanja, ni tako jasno. Toliko bolj to velja za odločanje o višini premoženjske koristi.

²¹ O tipologiji ukrepov odvzema premoženja glej M. Pezdirc, nav. delo.

²² Š. Horvat, nav. delo, str. 1058.

²³ Prav tam, str. 1055.

Glede na argumente, ki govorijo zoper uporabljivost domneve nedolžnosti pri odločanju o OPK, kadar dejstva niso zajeta v opisu kaznivega dejanja, je torej ustrežnejše sprejeti stališče, da domneva nedolžnosti ne velja, če gre za ugotavljanje prehoda premoženja in višine premoženjske koristi. To hkrati pomeni, da se v tem delu zastavljata dve pomembni vprašanji: prvič, ali to pomeni, da sme sodišče ta dejstva ugotavljati povsem nevezano na morebitne zahtevke in predloge upravičenega tožilca, torej po uradni dolžnosti, in drugič, kakšen naj bo potem dokazni standard za odločitev o OPK? Če bi želeli iskati rešitve v domačem pravu, se je smiselno ozreti po institutih, ki so usmerjeni v isti cilj, ki ga želimo doseči z OPK. Med te spada v prvi vrsti odločanje o premoženjskoprnem zahtevku.

5.2. Ekskurz: sistemska primerjava OPK in odločanje o premoženjskoprnem zahtevku

Odločanje o OPK lahko – z nekaj pridržki – umestimo ob bok odločanju o premoženjskoprnem zahtevku (v nadaljevanju: PPZ) kot drugemu institutu, ki meri na vzpostavitev premoženjskega stanja pred izvršitvijo kaznivega dejanja.²⁴

a) Razmerje med PPZ in OPK

Tako PPZ kot tudi OPK sta namenjena odpravi sprememb (točneje – prehoda premoženja), ki so na premoženjskem področju nastale zaradi kaznivih dejanj. Ključna, izrecna določba, ki v tem smislu zamejuje odločanje o PPZ, je 100. člen ZKP: v kazenskem postopku se obravnava premoženjskoprni zahtevk, »ki je nastal zaradi kaznivega dejanja«. ²⁵ Četudi gre za določbo v večinoma procesnem predpisu, gre za materialnopravno predpostavko odločanja o PPZ: za ugotitev PPZ v kazenskem postopku je treba ugotoviti vzročno povezanost med kaznivim dejanjem in spremembo v premoženju tistega, ki PPZ uveljavlja. Četudi ZKP kroga upravičencev PPZ izrecno ne zamejuje (101. člen ZKP), je to običajno oškodovanec v smislu 144. člena ZKP.

V primeru prehoda premoženja z oškodovanca na storilca zaradi kaznivega dejanja oba instituta merita na isti cilj, tj. da prejemnik te koristi ne obdrži.²⁶

²⁴ Odvzem denarja ali premoženja (498.a člen ZKP) tu puščam ob strani. Od OPK in PPZ se namreč bistveno razlikuje po tem, da je mogoče ta ukrep izreči brez obsodilne sodbe.

²⁵ Poudaril P. G. Glej tudi Kobe, nav. delo, str. 109 in nasl.

²⁶ Zato je razumljivo, četudi v nasprotju s stališči, uveljavljenimi v kazenskoprni teoriji, da so sodišča OPK označila za civilnopravni institut. Gl. npr. sodbo VS RS št. II Ips 537/2004 z dne 21. septembra 2005.

Ker imamo torej opraviti z dvema konkurirajočima si zahtevkoma, je nujno urediti razmerja med njima. To je naredil zakonodajalec tako, da je odločanje o OPK v razmerju do PPZ praviloma subsidiarne narave (tretji odstavek 499. člena ZKP in 76. člen KZ-1). Le kadar gre za kaznivo dejanje, pri katerem o t. i. kazenski dvojici (storilca in žrtve) ne moremo govoriti (npr. korupcijska kazniva dejanja), je OPK primarno sredstvo za vzpostavitev premoženjskega stanja pred izvršitvijo kaznivega dejanja.

Prva pomembna razlika med institutoma je gotovo ta, da je OPK institut, namenjen uresničevanju javnega interesa. Razlog za to je preprosto v tem, da ureditve premoženjskopравниh razmerij, ki so posledica kaznivega dejanja, ne moremo prepustiti zgolj oškodovancu.²⁷ Tako kot večinoma ni sporno, da žrtvam kaznivega dejanja ne moremo na splošno prepustiti kazenskega pregonu, tudi urejanja premoženjskopравниh posledic ni mogoče prepustiti zgolj oškodovancu. Odločitev žrtve kaznivega dejanja – ne le o pregonu, tudi o uveljavljanju premoženjskopravnega zahtevka – je praviloma posledica več dejavnikov, zaradi katerih ne pričakovati sistemskega odziva na kazniva dejanja. To velja toliko bolj za prej omenjena kazniva dejanja, pri katerih ni t. i. kazenske dvojice. Zato se OPK lahko izreče tudi, če oškodovanec PPZ v kazenskem postopku ne uveljavlja.²⁸

Drugič, instituta se tudi vsebinsko ne prekrivata v celoti. Po eni strani je domot PPZ večji: uveljavljati ga je mogoče tudi v primerih, če je bila s kaznivim dejanjem povzročena le škoda (in ni prišlo do prehoda premoženja), torej če je ukrep OPK povsem neuporaben. Na drugi strani pa je mogoče OPK izreči tudi glede koristi, ki presega PPZ²⁹ (tretji odstavek 499. člena ZKP), pa tudi drugim prejemnikom, ne le obdolžencu.

Ti argumenti kažejo, da se odločanje o OPK procesnoppravno oddaljuje od civilnoprocesnih izhodišč odločanja o PPZ. V nekaterih primerih odločanje o PPZ preprosto ne more zagotoviti vzpostavitve premoženjskih razmerij pred

²⁷ O dilemah položaja žrtve v kazenskem postopku in širših kriminalitetno-političnih ciljih adhezijskega postopka npr. Kobe, nav. delo, str. 102 in nasl.

²⁸ Z drugimi besedami, organi kazenskega postopka stopijo na mesto oškodovanca. Temu se kasneje še vedno omogoči, da se iz odvzetega premoženja poplača tudi sam (tretji odstavek 76. člena KZ-1).

²⁹ Obseg premoženjske koristi zaradi kaznivega dejanja in škoda, ki je bila s tem povzročena oškodovancu, ne sovpadata vedno. Oškodovanec bo po splošnih načelih civilnega prava lahko odškodnino zahteval le, če se je njegovo premoženje zaradi kaznivega dejanja zmanjšalo oziroma glede na to, koliko znaša izgubljeni dobiček (132. člen Obligacijskega zakonika (OZ), Ur. l. RS, št. 97/07). Vendar pa lahko korist zaradi kaznivega dejanja vrednost tega premoženja tudi presega, zlasti zaradi nadaljnega upravljanja in plemenitjenja premoženja, pridobljenega s kaznivim dejanjem, do katerega po »normalnem teku stvari« (tretji odstavek 168. člena OZ) ne bi prišlo.

kaznivim dejanjem oziroma brez njega. V tem delu je mogoče to nalogo doseči le z OPK, njegovo uveljavljanje pa prepustiti državnim organom, ne glede na voljo oškodovanca.

b) Procesnopravne posledice razmerja med OPK in PPZ

Glede na opisana skupna materialnopravna izhodišča OPK in PPZ je presetljivo, da ju procesnopravna teorija obravnava precej različno. Morda je ta razlika najopaznejša pri umestitvi obeh institutov v teorijo kazenskega procesnega prava. PPZ šteje teorija za samostojen, vzporedni objekt kazenskega postopka,³⁰ ne pa tudi OPK, čeprav je jasno, da imata ne le skupna materialnopravna izhodišča, ampak tudi skupno procesnopravno zasnovo.

Taka različna obravnava obeh institutov iz več razlogov ne prepriča povsem. Ne odločanje o PPZ ne odločanje o OPK ne pomenita odločanja o kazenski zadevi (*causa criminalis*), ampak o vprašanju, ki spada (ali pa bi ga vsaj bilo mogoče obravnavati) tudi v okvir civilnega prava.³¹ V razmerju do odločanja o kaznivem dejanju sta torej obe vprašanji samostojni, neodvisni. Vendar pa je njuno obravnavanje v okvirih kazenskega postopka smiselno zato, ker sta s kazensko zadevo tesno povezani, za pozitivno odločitev sodišča pa je v obeh primerih neizogibno, da sodišče hkrati storilca spozna za krivega kaznivega dejanja.³² Zato je v obeh primerih odločanje sodišča vezano na tek kazenskega postopka. Za odločanje o OPK Grubač poudarja, da gre za postopek, ki je komplementaren odločanju o kazenski zadevi.³³ Podobno velja tudi za odločanje o PPZ: ker gre za postopek, ki je kazenskemu pridružen, si ga brez odločanja o glavnem predmetu kazenskega postopka, tj. o kaznivem dejanju ne moremo predstavljati. Celo kadar se o zahtevkih, ki izvirajo iz identičnega dejanskega stanja, odloča v pravnem postopku, je pravno sodišče vezano na odločitev o obstoju kaznivega dejanja in o krivdi (14. člen Zakona o pravnem postopku – ZPP³⁴). Tudi dejstvo, da je mogoče tako o OPK kot tudi o zahtevkih oškodovanca odločati v postopkih, ločenih od kazenskega, te intimne poveza-

³⁰ V starejši teoriji; T. Vasiljević, nav. delo, str. 183 in nasl.; v novejši: Z. Dežman in A. Erbežnik, nav. delo, str. 421 in nasl.; M. Grubač, nav. delo, str. 37–38.

³¹ Z uveljavitvijo Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (ZOPNI; Ur. l. RS, št. 91/11 in 25/14) je toliko bolj jasno, da se odvzem protipravno pridobljenega premoženja vztrajno približuje sferi civilnega prava.

³² Glej drugi odstavek 105. člena ZKP: »(2) Sodišče lahko prisodi v sodbi, s katero spozna obdolženca za krivega, oškodovancu premoženjskopravni zahtevek v celoti; lahko mu ga prisodi deloma in ga s presežkom napoti na pravdo. Če pa podatki kazenskega postopka ne dajejo zanesljive podlage niti za popolno niti za delno razsojo, napoti sodišče oškodovanca na pravdo s celotnim premoženjskopravnim zahtevkom.« Poudaril P. G.

³³ M. Grubač, nav. delo, str. 527.

³⁴ Ur. l. RS, št. 26/99 in nasl.

ve OPK in PPZ z odločanjem o obtožbi ne more omajati.³⁵ S kazensko procesnega vidika je odločanje o obeh prav gotovo primerljivo.

Ti argumenti kažejo, da velja tudi OPK odkrito umestiti med (vzporedne) objekte kazenskega postopka. Takšno stališče ni le posledica podobnosti med PPZ in OPK, ki terjata enako obravnavo, ampak ima tudi pomembno kriminalitetno-politično sporočilo. Z enotno in celovito obravnavo ukrepov, ki merijo na vzpostavitev premoženjskega stanja pred kaznivim dejanjem, se krepi njihov pomen in s tem moč sporočila, da koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem ali zaradi njega, ni mogoče obdržati. Hkrati pa procesnoppravna in materialnoppravna sorodnost obeh ukrepov nakazuje, da razlogov za bistveno različno procesnoppravno ureditev obeh ukrepov pravzaprav ni. Zato je na mestu vprašanje: ali se torej pri nerešenih vprašanjih odločanja o OPK lahko zgledujemo po ureditvi odločanja o PPZ?

c) Ali kaže OPK tudi dokaznoppravno obravnavati podobno kot PPZ

Primerljiva procesna in materialna izhodišča obeh institutov narekujejo tudi primerljivo procesno in dokaznoppravno ureditev. Ker imamo opraviti z dvema institutoma, ki sledita istemu cilju, pri čemer je prvi institut (PPZ) v rokah oškodovanca, drugi (OPK) pa v rokah organov kazenskega postopka, je treba tudi postopek odločanja o teh ukrepih urediti tako, da so procesni okviri odločanja primerljivi. To navsezadnje terja tudi zahteva, da v podobnih primerih procesno primerljivo uredimo položaj tistega, ki bo zavezan k povrnitvi premoženjske koristi oziroma izpolnitvi odločbe o PPZ.

Kadar pa se OPK občutneje približuje odločanju o kazenski zadevi (kot bo prikazano, zlasti ob razširjenem odvzemu), se ponovno vračajo tudi neravnovesja, ki so izraz dejanske neenakosti med državnimi organi in obdolžencem oziroma drugimi osebami, ki so prejemniki premoženjske koristi iz kaznivega dejanja. Ta ravnovesja lahko ustrezno saniramo le tako, da tudi v postopku odločanja o OPK pripoznamo temeljna procesna jamstva, kot jih poznamo v postopku odločanju o kazenski obtožbi.

³⁵ Alternativna procesna pot odločanja o zahtevkih oškodovanca je gotovo pravdni postopek, za odločanje o OPK pa postopek po ZOPNI. Pravnomočna obsodilna sodba ima v obeh primerih celo enak učinek: ker bi šlo za odločanje o identičnem dejanskem stanju, je pravdno sodišče nanjo vezano (14. člen ZPP). Ni videti razloga, da tega pravila ne bi uporabili tudi pri odločanju po ZOPNI, v katerem se pri odločanju o tožbi za odvzem premoženja uporabljajo pravila pravnega postopka (drugi odstavek 9. člena ZOPNI). Posledica tega pravila bo gotovo ta, da glede premoženja, če je pridobljeno s kaznivim dejanjem ali zaradi njega, ni mogoče prerehati nezakonitosti njegovega izvora. Domnevo nezakonitosti izvora pa je mogoče uporabiti le, če tožba na odvzem presega premoženje, ki izvira iz kaznivega dejanja obsojenca.

5.3. Odločanje na predlog tožilca ali po uradni dolžnosti

Kazensko sodišče sme o temelju OPK, tj. o krivdi obdolženca, odločati le na podlagi obtožbe upravičenega tožilca. Obtožno načelo med drugim konkretizirata tudi določbi 269. in 434. člena ZKP, ki predpisujeta sestavine obtožnice in obtožnega predloga. V tem delu gotovo tudi za odločanje OPK, če pridobitev premoženjske koristi ni del opisa kaznivega dejanja, velja obtožno načelo.

Ob tem ostaja nejasno, ali se obtožno načelo razteza tudi na odločanje o prenosu in višini premoženjske koristi. Na prvi pogled je odgovor negativen: premoženjska korist, dosežena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega, se ugotavlja po uradni dolžnosti (499. člen ZKP), torej ne glede na (ne)izraženo procesno voljo upravičenega tožilca.

Vendar pa to ne pomeni, da je rešitev, ki jo ponuja 499. člen ZKP, pravilna. Zgolj zato, ker glede dejstev o prenosu in višini premoženjske koristi domneva nedolžnosti ne velja, prav gotovo ne moremo trditi, da sme sodišče o OPK odločati mimo jamstev 22. in 23. člena Ustave RS ter prvega odstavka 6. člena EKČP. Če izhajamo iz judikature ESČP in judikature slovenskega Ustavnega sodišča, moramo ugotoviti, da zakonska ureditev (499. člen ZKP) ne ustreza minimalnim standardom poštenega postopka. Če se opremo zgolj na omenjeno sodbo v zadevi *Phillips*, lahko ugotovimo, da ESČP odločanje o OPK tudi v primeru razširjenega odvzema še vedno šteje za odločanja o kazenski obtožbi (*charge*) – le da v delu, ki presega korist iz kaznivega dejanja, ne gre za samostojno, novo obtožbo. To hkrati pomeni, da morajo biti tudi pri odločanju o OPK izpolnjena vsaj minimalna merila poštenega postopka iz prvega odstavka 6. člena EKČP – med katere spada, med drugim, tudi kontradiktornost (adversarnost) strankarsko organiziranega postopka, sodišče, ki odloča, pa mora zagotavljati videz nepristranskosti preprosto tako, da se vzdrži dejanskega izvrševanja vloge tožilca v kazenskem postopku.

Podobno lahko sklepamo tudi na podlagi odločbe slovenskega Ustavnega sodišča št. U-I-296/02 z dne 20. 11. 2003, s katero je sodišče poseglo v ureditev začasnega zavarovanja odvzema premoženjske koristi. Četudi spada začasno zavarovanje med stvarne omejevalne ukrepe, je vendarle jasno, da morajo temeljna načela, ki veljajo za začasno zavarovanje OPK, toliko bolj veljati za odločanje o dokončnem odvzemu premoženjske koristi. Tudi v omenjeni odločbi se je Ustavno sodišče oprlo na stališča iz »priporne« odločbe U-I-18/93 z dne 11. aprila 1996 in zapisalo: »Skladno z domnevo nedolžnosti iz 27. člena Ustave, ki trditveno in dokazno breme nalaga tožilcu, pa je seveda slednji tisti, ki mora postaviti zahtevo za odreditev začasnega zavarovanja zahtevka za odvzem protipravno pridobljene premoženjske koristi, ki mora zatrjevati izpolnjenost vsebinskih pogojev za odreditev tega omejevalnega ukrepa in ki

mora izpolnjenost teh pogojev tudi dokazati s tisto stopnjo verjetnosti, kot to od njega zahteva zakonsko postavljeni dokazni standard.«

Ustavno sodišče je torej ločitev med procesnima funkcijama sodišča in tožilca izpeljalo iz domneve nedolžnosti, ki tudi trditveno breme nalaga tožilcu. Pri tem je pomembno, da se Ustavno sodišče vprašanja višine dokaznega bremena in dokaznega standarda OPK pravzaprav niti ne dotika (in njegovo določitev prepušča zakonodajalcu). Zato lahko prepričljivo ugotovimo le, da obtožno načelo velja tudi za OPK: državni tožilec mora postaviti zahtevo za odvzem premoženjske koristi in zatrjevati izpolnjenost vsebinskih predpostavk za izrek OPK. To kaže, da določba 499. člena ZKP ni usklajena z ustavnimi procesnimi jamstvi.³⁶

5.4. Drugačen dokazni standard

Ob ugotovitvi, da domneva nedolžnosti v opisanem obsegu, torej glede prehoda premoženja in glede višine pridobljene koristi, pri odločanju o OPK ni uporabljiva, se je treba vprašati, kakšen dokazni standard torej pride v poštev v tem delu? Ali to pomeni, da je lahko dokazni standard pri odločanju o OPK drugačen – nižji – kot pri odločanju o krivdi obdolženca?

Odgovora na to vprašanje v zakonskem besedilu ne najdemo. Gotovo je tudi, da nam načelo iskanja resnice, ki velja tudi za odločbo o OPK, odgovora na to ne more ponuditi. Na vprašanje, kdaj bo sodnik ocenil, da so dejstva, na katera je oprl odločbo o OPK, resnična, lahko ponudi le oblikovanje (novega) dokaznega standarda. Kot primer naj navedem odločanje o priporu: tudi za sklep o priporu velja načelo iskanja resnice; vendar pa bo prag, ko bo sodnik ocenil, da so dejstva, na katera je oprl sklep, resnična, nižji od praga, ki se zahteva za obsodilno sodbo. Zaveza k resnici in določitev dokaznih standardov sta dve ločeni prvini dokaznega prava.

³⁶ Določbo lahko poskusimo ustavnoskladno razlagati, zlasti upoštevajoč določbe o vsebini obtožnega akta. V veljavnem ZKP že poznamo dva procesna položaja, ki vsaj delno uveljavljata obtožno načelo glede OPK. To sta kaznovalni nalog, v katerem sme državni tožilec predlagati tudi OPK (druga točka drugega odstavka 445.a člena ZKP), in (deloma) sporazum o priznanju krivde (ZKP sicer izrecno prepoveduje sporazumevanje o OPK, ne pa tudi glede načina odvzema). V drugih primerih ponujata podlago za ustavnoskladno razlago dve določbi, druga in šesta točka prvega odstavka 269. člena ZKP. Prva terja, da tožilec v obtožnem aktu navede okoliščine, ki so »potrebne, da se kaznivo dejanje kar najbolje označi«. To pomeni, da v opis dejanja lahko spadajo tudi dejstva, ki niso zakonski znaki kaznivega dejanja – med te spadajo lahko tudi dejstva o prejeti koristi in njeni višini. Druga določba pa zahteva, da obtožni akt vsebuje obrazložitev z navedenimi dejstvi, ki se bodo dokazovala z izvedbo predlaganih dokazov. Kljub taki razlagi bi določba prvega odstavka 499. člena ZKP še vedno dovoljevala, da sme sodišče odločati tudi *ultra petitum* in s tem po uradni dolžnosti. Zato opisani poskus razlage ne more biti prepričljiv.

a) Primerjava s PPZ

Prav tako vemo, da OPK ostaja ukrep kazenskopravne narave, katerega namen je specifičen in – kadar gre za vprašanje prenosa koristi na storilca dejanja – primerljiv s PPZ. Gre za ukrep, pri katerem gre za poseg v lastninsko pravico z namenom vzpostavitve stanja pred kaznivim dejanjem; po tem se, na primer, bistveno razlikuje od denarne kazni. Tudi ta je kazenskopravni poseg v lastninsko pravico, ki se lahko izreče le z obsodilno sodbo. Vendar pa ta storilca prizadene (poslabša njegovo premoženjsko stanje) zato, ker je izvršil kaznivo dejanje, in z namenom, da se odvrne od nadaljnjega izvrševanja kaznivih dejanj. Na tej točki je torej mogoče izhajati iz sistemske primerljivosti OPK in odločanja o PPZ, kolikor pač oba sledita istemu cilju. Dokazno breme, ki mu mora zadostiti država v postopku odločanja o OPK, mora biti primerljivo z bremenom, ki ga pri odločanju o PPZ nosi njegov vložnik.

b) Primerjava z drugimi ureditvami

Tudi primerjalni pregled kaže, da je v nekaterih ureditvah dokazni standard pri odločanju o OPK nižji. Po kanadskem kazenskem pravu sodišče izreče OPK, če je bolj kot ne verjetno (angl. *on balance of probabilities*), da premoženje izvira iz kaznivega dejanja, za katero je storilec obsojen.³⁷ Podobno določa angleški Proceeds of Crime Act 2002 (Sec. 6(7)).³⁸ Spet druge ureditve posebej dokaznega standarda pri OPK sploh ne urejajo. Tak primer so *Federal Rules of Criminal Procedure* (ZDA),³⁹ ki od sodišča zahtevajo, da ugotovi le, ali je država izkazala povezavo med kaznivim dejanjem in premoženjem (angl. *the requisite nexus between the property and the offense*).

Ti argumenti kažejo, da je dokazni standard glede ugotavljanja dejstev o prehodu premoženja in glede višine prejete koristi lahko drugačen – nižji – kot pri odločanju o obtožbi. Ob tem je treba takoj pojasniti dvoje. Prvič, nižji dokazni standard nikakor še ne pomeni obrnjenega dokaznega bremena, kot ga pri nas pozna ZOPNI. Obrnjeno dokazno breme izhaja iz domneve protipravnega izvora premoženja, ki temelji na ugotovitvi nesorazmerja med premoženjem, s katerim (v najširšem smislu) razpolaga neka oseba, in ugotovljenimi (neto) prihodki v nekem obdobju. V primeru odločanja o OPK take domneve ni.

³⁷ Criminal Code, Sec. 462.37 (1), <laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-215.html#docCont> (2. 7. 2013).

³⁸ Proceeds of Crime Act 2002, <www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/section/6> (2. 7. 2013).

³⁹ Federal Rules of Evidence, <www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Criminal%20Procedure.pdf> (8. 7. 2013). Ameriško zvezno pravo sicer kazenskopravni OPK ureja na več mestih. Pregledno, na primer, C. Doyle, nav. delo.

In drugič, prav zaradi različne materialnopravne podlage je dokazni standard za izrek OPK kompleksnejši. Dokazni standard pri odločitvi o OPK namreč še vedno temelji na dveh ugotovitvah: prvič, da je storilec kriv določenega kaznivega dejanja (ob dokaznem standardu prepričanosti v krivdo oziroma onkraj razumnega dvoma), in drugič, da sodišče ugotovi, da je storilcu s tem kaznivim dejanjem nastala določena premoženjska korist oziroma da zaradi kaznivega dejanja razpolaga z določenim premoženjem.

Dejstva, ki jih bo sodišče ugotavljalo ob tem (nižjem) dokaznem standardu, se torej nanašajo na: (a) premik premoženja, (b) (vzročno) povezavo med kaznivim dejanjem in premikom premoženja, ter (c) višino prejete koristi, (č) pa tudi na druga pomembna dejstva, zlasti kadar je prejemnik nekdo, ki ni storilec kaznivega dejanja (npr. dejstva o plačilu, ki ne ustreza dejanski vrednosti prejete koristi).⁴⁰

5.5. Kakšen dokazni standard

Primerjava s PPZ in primerjalnopravni zgledi kažejo, da se dokazni standard v opisanem obsegu, torej glede prenosa in višine premoženjske koristi, približuje dokaznim standardom odločanja v pravnem postopku. Tudi stališče, da se PPZ obravnava in dokazuje po pravilih kazenskega postopka,⁴¹ tega ne more spremeniti. Ni namreč videti razloga, čemu bi se v adhezijemskem postopku uporabljal drugačen dokazni standard kot v pravnem postopku. S tako rešitvijo bi brez razumnega razloga zagotavljali drugačno (nižjo) raven varstva oškodovanca, kot bi je bil ta deležen v pravnem postopku. Sodeč po novejši praksi Vrhovnega sodišča RS, dokazni standard za odločanje o premoženjskih zahtevkih ni več *onkraj razumnega dvoma*, kot je bilo mogoče zaznati v starejši teoriji in judikaturi. Za ilustracijo lahko služi stališče Vrhovnega sodišča RS v sklepu II Ips 674/2003, ki ga Pavčnik označi za precedenčno.⁴² V njem je Vrhovno sodišče RS označilo standard »onkraj razumnega dvoma« za previsok in s tem odprlo pot odločanju o tožbenih zahtevkih ob nižjem dokaznem standardu, tj. standardu pretežne verjetnosti.

⁴⁰ Prim. v angleškem pravu, R v Whittington, [2009] EWCA Crim 1641.

⁴¹ Š. Horvat, nav. delo, str. 238.

⁴² Iz sklepa VS RS št. II Ips 674/2003 z dne 9. decembra 2005: »Ob tem je potrebno upoštevati, da je pravna usodnost odločitve o utemeljenosti tožbenega zahtevka porazdeljena med obe stranki, zaradi česar bi med njiju moralo biti porazdeljeno tudi dokazno tveganje. Enake porazdeljenosti ob enaki pravni usodnosti nikakor ni mogoče doseči ob uporabi dokaznega standarda gotovosti (onkraj razumnega dvoma). V danem primeru je tožnik z med seboj trdno povezanimi posrednimi dokazi (s tožencem sta se sprla v lokalno, toženeček je zvekel iz lokala, isto noč je utrpel telesne poškodbe, izključena je možnost samopoškodbe) svoje trditve dokazal za pretežno verjetne, vendar so bile zaradi uporabe previsokega dokaznega standarda v postopku na prvi in drugi stopnji izenačene z neresničnimi.«

Če na tej točki skušamo povzeti dosedanje ugotovitve: ker je odločanje o OPK, če se nanaša na ugotavljanje dejstev o prehodu in višini premoženjske koristi na prejemnika, primerljivo z odločanjem o PPZ in s tem z odločanjem v pravnem postopku, je v tem delu mogoče dopustiti tudi odločanje ob nižjem dokaznem standardu, kot velja za odločanje o obtožbi. Sodeč po stališčih Vrhovnega sodišča RS in stališčih v teoriji civilnega procesnega prava,⁴³ je to standard *pretežne verjetnosti*. Poudariti pa je treba, da pri tem vendarle ne gre za preprosto presajanje civilnoprocesnih rešitev v kazensko procesno pravo. ZKP že zdaj vsebuje določbo, ki kaže na to, da je dokazni standard pri ugotavljanju zneska premoženjske koristi lahko nižji. To je določba o prostem preudarku v 501. členu ZKP.

a) Prosti preudarek in dokazni standard

Horvat poudarja, da je treba 501. člen ZKP zaradi načela iskanja resnice uporabljati restriktivno.⁴⁴ Ni dvoma, da se načelo iskanja resnice nanaša tudi na odločbo o OPK. Vendar pa lahko o pooblastilu iz 501. člena ZKP razmišljamo tudi drugače. Načelo iskanja resnice je lahko v postopkovnih pravilih bolj ali manj dosledno implementirano. V postopku odločanja o OPK velja preiskovalno načelo, ki sodišče zavezuje k samostojnemu zbiranju pomembnih dejstev in dokazov (drugi odstavek 499. člena ZKP).

Člen 501 ZKP pa je namenjen položajem, ko na podlagi preiskovalnega načela bodisi ne moremo ugotoviti vseh pomembnih dejstev (ker je to »zvezano z nesorazmernimi težavami« in zato onemogoča odločitev) bodisi bi se postopek zato preveč zavlekel. »Prosti preudarek« v tem kontekstu se torej kaže kot samostojen, neodvisen vir procesnega gradiva, kot način ugotavljanja dejstev.⁴⁵ Prosti preudarek pomeni, da sodišče izreče OPK, ne da bi zmoglo do konca glavne obravnave zbrati vsa pomembna dejstva in dokaze zanje.⁴⁶

Kaj to pomeni? Lažje je odgovoriti, česa odločanje po prostem preudarku ne dovoljuje. Prvič, gotovo to ne pomeni, da sme odločba OPK temeljiti na dejstvih, ki jih sodišče ne bi štelo za resnična. Nasprotno: dejstva, ki jih ugotovi sodišče po prostem preudarku, oceni sodišče za resnična, upoštevajoč druga

⁴³ Prim. Tomaž Pavčnik: Dokazni standardi, v: Podjetje in delo, (2012) 6-7, str. 1414; J. Zobec, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo, str. 335–338.

⁴⁴ Š. Horvat, nav. delo, str. 1058.

⁴⁵ Ob komentarju prvega odstavka 216. člena ZPP tudi D. Wedam Lukić, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo, str. 398. Določba se glasi: »Če se ugotovi, da ima stranka pravico do odškodnine, do denarnega zneska ali do nadomestnih stvari, pa se višina zneska oziroma količina stvari ne da ugotoviti ali bi se mogla ugotoviti samo z nesorazmernimi težavami, odloči sodišče o tem po prostem preudarku.«

⁴⁶ Ž. Zobec, nav. delo, str. 1011.

ugotovljena dejstva, pravila logičnega sklepanja in življenjskih izkušenj. Drugič, uporaba prostega preudarka je le subsidiarne narave. V poštev pride le takrat, ko bi zbiranje procesnega gradiva sledeč preiskovalnemu načelu onemogočalo odločitev ali pa bi preveč zavleklo postopek; v nasprotnem primeru mora odločiti na podlagi izvedenih dokazov.⁴⁷ In tretjič, sodišče pri odločanju po prostem preudarku nikakor ne sme ravnati samovoljno. Svojo odločitev in dejstva, ki jih je ugotovilo po prostem preudarku, mora jasno navesti in obrazložiti. To pomeni, da mora – sledeč pravilom logičnega sklepanja in življenjskim izkušnjam (in na njih temelječim razumnim posplošitvam) – opredeliti, katere okoliščine ostajajo kljub zbranim dokazom nerazjasnjene, jasno opredeliti dejstva, na katera sklepa po prostem preudarku, in na katere ugotovljene okoliščine primera je oprlo svojo odločitev.⁴⁸ Ob tem mora seveda dati prizadetim osebam možnost, da se o vseh teh okoliščinah izjavijo.

Kaj nam pove možnost odločanja po prostem preudarku? Najprej se je treba zavedati meja pooblastila. Po prostem preudarku je mogoče ugotavljati le dejstva, pomembna za odmero zneska premoženjske koristi. To pomeni, da je sodišče o premiku premoženja (zaradi kaznivega dejanja) na prejemnika prepričano,⁴⁹ dejstvom o višini prejete premoženjske koristi pa na podlagi izvedenih dokazov ne more priti do dna. To pomeni, da imamo opraviti z dejanskimi ugotovitvami o višini prejete koristi, ki so v spoznavnem smislu vendarle manj zanesljive, kot so ugotovitve, ki temeljijo na izvedenih dokazih. Določba 501. člena ZKP je torej primer, da procesnopravno pravilo izrecno dovoljuje znižanje dokaznega standarda,⁵⁰ zaradi česar ga je treba uporabljati le izjemoma.

⁴⁷ Prim. D. Wedam Lukić, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo, str. 400.

⁴⁸ Podobno Ž. Zobec, nav. delo, str. 1011. Glej tudi sodbo VS RS št. I Ips 19969/2010-279 z dne 13. februarja 2012. Tudi D. Wedam Lukić, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo, str. 397.

⁴⁹ Če primerjamo s stališči ob 216. členu ZPP, potem je prav vprašanje, ali je mogoče po prostem preudarku odločati tudi o vzročni zvezi, sporno (D. Wedam Lukić, v: L. Ude in A. Galič (red.), nav. delo, str. 399). Ker je vprašanje vzročne zveze – tudi pri odločanju o OPK – del ugotavljanja temelja OPK, vprašanja premika premoženja ni mogoče obravnavati ločeno od ugotavljanja njegove višine. Dejstvo, ki bo potrdilo prehod premoženjske koristi, bo prav ugotovitev, da prejemnik z njo že razpolaga (v določeni višini). Po tukaj zastopnem stališču se vprašanje prehoda premoženjske koristi šteje za del odločitve o temelju OPK (gl. zgoraj). Tudi Š. Horvat, nav. delo, str. 1058.

⁵⁰ Ob obravnavi 216. člena ZPP T. Pavčnik, nav. delo, str. 1411, sklicujoč se na sodbo in sklep VS RS št. II Ips 250/2005 z dne 11. maja 2006: »Načelno velja, da mora biti izpolnjen standard zanesljivosti (215. člen ZPP), vendar je v določenih primerih lahko tudi nižji. Izrazit (zakonsko predviden) primer je možnost uporabe prostega preudarka. Če se ugotovi, da ima stranka pravico do odškodnine, do denarnega zneska ali do nadomestnih stvari, pa se višina zneska oziroma količina stvari ne da ugotoviti, ali bi se mogla ugotoviti samo

Odločanje po prostem preudarku zato prinaša tudi precejšnje nevarnosti. Tvegamo zlasti, da bo sodišče izreklo odvzem osebi, ki premoženjske koristi ni prejela v ugotovljeni višini. Odločanje po prostem preudarku torej odpira vrata nevarnosti, da se OPK dejansko sprevrže v kazensko sankcijo, in ne le v ukrep vzpostavljanja prejšnjega premoženjskega stanja. To tudi pomeni, da oseba, ki koristi ni prejela v ugotovljeni višini, dejansko »odgovarja za drugega«. Najbrž je ob tem vendarle treba poudariti, da je odločanje po prostem preudarku izključeno, če je višina premoženjske koristi znak kaznivega dejanja.⁵¹

6. TRETJI PRIMER: DOKAZNOPRAVNI VIDIKI ODLOČANJA O RAZŠIRJENEM ODVZEMU PO UVELJAVITVI KZ-1B

Kot je že bilo opisano, določbi 77.a in 77.b člena KZ-1 razširjata možnosti odvzema premoženjske koristi in premoženja tako v objektivnem kot tudi v subjektivnem smislu. Po teh določbah je pod določenimi pogoji mogoče premoženje odvzeti, tudi če ni pridobljeno s kaznivim dejanjem, ki je predmet obtožbe, ali zaradi njega in tudi osebam, katerih kriminalna dejavnost ni predmet odločanja o obtožbi. Takšna materialnopravna podlaga, četudi vzdržuje povezavo z obdolžencem in očitki, ki so predmet obtožbe, vendarle zastavlja vprašanje, ali je obstoječa procesna ureditev zadostna, tj. ali sledi minimalnim merilom poštenega sojenja. Izhajajoč iz ugotovitev ESČP v zadevi *Phillips* se zato lahko vprašamo, ali gre pri odvzemu po 77.a in 77.b členu KZ-1 vendarle za novo obtožbo (*charge*). Če je odgovor pozitiven, je treba odločanje o teh oblikah OPK urediti primerljivo odločanju o očitkih kaznivega dejanja. Pri tem se bom osredotočil zlasti na ukrep iz 77.a člena KZ-1.

6.1. Ali gre za novo obtožbo (*charge*)

Procesnopravni režim bo odvisen predvsem od tega, ali pomeni odločanje o OPK v primerih iz 77.a člena KZ-1 odločanje o novi obtožbi. Po stališču, ki ga je ESČP zavzelo v sodbi *Phillips*, je uporabljivost domneve nedolžnosti skrčena na odločanje o krivdi. Vendar pa je ESČP pri tem opozorilo, da domneva

z nesorazmernimi težavami, odloči sodišče o tem po prostem preudarku (216. člen ZPP). Vendar če je mogoče višino terjatve brez večjih težav ugotoviti s pomočjo dokazovanja, mora sodišče izvesti in oceniti razpoložljive dokaze in pooblastila iz 216. člena ZPP (ki predvideva nižji dokazni standard) ne sme uporabiti. Možnost, da sodišče odloči po prostem preudarku, ne razbremenjuje strank dolžnosti, da navedejo vsa dejstva in predlagajo dokaze, na katere opirajo svoje zahteve ali ugovore (212. člen ZPP): prosti preudarek namreč ni nadomestek dolžnosti pravne stranke glede zbiranja procesnega gradiva.«

⁵¹ Š. Horvat, nav. delo, str. 1058.

nedolžnosti velja tudi za OPK tisti trenutek, ko se odločanje o OPK dejansko sprevrže v odločanje o novi obtožbi (*charge*), seveda v pomenu EKČP.⁵²

Teh kriterijev tu ni smiselno obsežneje navajati. Stališča, ki jih je zavzelo ESČP, so ponekod bolj, drugod manj jasna. Jedro ocene, ali gre za obtožbo (*charge*), so tri merila: (1) umestitev kršitve (*offence*) v nacionalno pravo, (2) narava kršitve (ki jo včasih ESČP razume v smislu narave postopka⁵³) in (3) narava ter teža sankcije. Pri razpravljanju o OPK so ta vprašanja bolj ali manj že razrešena, preprosto tako, da odločitev o OPK, tudi če se razteza na premoženje, ki ne izvira iz kaznivega dejanja, ki je predmet obsodbe, pač ne pomeni odločanja o samostojni obtožbi.

Zato je ključno vprašanje, kakšen je pravzaprav doseg navedenega stališča ESČP v zadevi *Phillips*. Kdaj odločanje o OPK vendarle preraste v samostojno obtožbo? Analiza besedila 77.a člena KZ-1 je že nakazala, katera dejavnika sta odločilna: prvič, ali gre za odvzem premoženja obsojenemu storilcu ali pa morda drugi osebi zaradi njenega ravnanja (recimo temu subjektivne meje OPK); in drugič, katere (objektivne) okoliščine odvzema tvorijo jedro zadeve *Phillips* in njej podobnih.

a) Subjektivne meje: iz čigave dejavnosti izvira premoženje

Odvzem na podlagi 77.a člena KZ-1 deloma – v drugem odstavku 77.a člena KZ-1 – terja ugotavljanje dejstev, ki presegajo obtožbo kaznivega dejanja, zaradi katerega je storilec obsojen. Določba namreč dopušča, kot rečeno, tudi odvzem premoženja storilcu dejanja v hudodelski združbi, ki izhaja iz kriminalnih dejavnosti iz združbe, katere član je. Kazniva dejanja, ki jih izvršujejo člani hudodelske združbe, materialnopravno in procesnopravno obdržijo samostojnost, kar pomeni, da je treba besedilo »izhaja iz kriminalne dejavnosti v tej združbi« razumeti tako, da vključuje premoženjsko korist, ki izhaja iz izvršenih kaznivih dejanj drugih članov⁵⁴ – četudi je njen prejemnik obsojeni storilec.⁵⁵

To pomeni, da odločanje o OPK na podlagi drugega odstavka 77.a člena KZ-1 lahko terja ugotovitev, da je drugi član iste hudodelske združbe, ki ji pripa-

⁵² Sodba ESČP, *Phillips v. Združeno kraljestvo*, št. 41087/98 z dne 5. julija 2001, obrazložitev, tč. 35. Temeljna merila je ESČP oblikovalo v sodbi *Engel idr. v. Nizozemska*, št. 5100/71 in nasl. z dne 8. junija 1976.

⁵³ O tem kritično S. Trechsel, nav. delo, str. 19.

⁵⁴ O tem, kako razumeti pojem kriminalna dejavnost, glej v nadaljevanju primer v kanadskem kazenskem pravu.

⁵⁵ Jenull za primer daje vodjo hudodelske združbe (H. Jenull, v: M. Ambrož in H. Jenull, nav. delo, str. 86), vendar dopušča določba tudi širšo razlago, ki vključuje tudi druge člane hudodelske združbe.

da obsojeni storilec, izvršil kaznivo dejanje, iz katerega izhaja premoženjska korist. Iz sodne prakse ESČP je razbrati, da se je sodišče do zdaj posvečalo le primerom, v katerih se je premoženjska korist odmerjala upoštevajoč pretekla ravnanja iste osebe, kot je bila obsojena. Zato v tem delu določba drugega odstavka 77.a člena KZ-1 presega doseg stališč ESČP. V opisanem delu gre za novo »obtožbo« – zoper drugega člana hudodelske združbe, ki je s kaznivim dejanjem ali zaradi njega pridobil premoženjsko korist, ki je bila prenesena na obsojenca.

b) Objektivne meje: iz katerih dejavnosti izvira premoženje

Te meje je ESČP postavilo samo v sodbi *Geerings*.⁵⁶ Kot skupni imenovalec v zadevah *Phillips* in *Van Offeren*, ki se nanašajo na razširjeni odvzem, je navedlo te okoliščine: obsodbo storilca kaznivega dejanja, sum izvršitve drugih istovrstnih kaznivih dejanj (v teh primerih dejanj v zvezi s prepovedanimi drogami), ugotovljen obstoj premoženja neugotovljenega, a domnevno nezakonitega izvora ter nezmožnost storilca, da bi zadovoljivo pojasnil njihov izvor. V primeru *Geerings* pa so nizozemska sodišča – kot ugotavlja ESČP – izrekla odvzem premoženja, ne da bi bil pritožnik obsojen in ne da bi ugotovila, da obsojenec razpolaga s premoženjem nepojasnjene, domnevno nezakonitega izvora. Takšno ravnanje presega okvir, ki jih je začrtal primer *Phillips*, ESČP pa se je oprlo na drugi odstavek 6. člena EKČP in ugotovilo kršitev domneve nedolžnosti. Odločanje o odvzemu premoženja je v tem primeru torej pomenilo odločanje o novi obtožbi (v smislu 6. člena EKČP).

V tem primeru je ESČP na eni strani potrdilo svoja stališča iz zadeve *Phillips*, na drugi strani pa postavilo okvir, v katerih se lahko giblje OPK zoper obsojenega storilca, kadar gre za premoženje, ki ne izhaja iz dejanja, ki je predmet obsodbe. Glede na stališče v zadevi *Geerings* mora obstajati med dejanjem, za katero je storilec obsojen, in dejanjem, iz katerega izhaja premoženje, vsebinska povezava. To povezavo drugi odstavek 77.a člena KZ-1 ohranja: kriminalna dejavnost mora ostajati v okvirih hudodelske združbe, v okviru katere je bilo izvršeno dejanje, za katero je storilec obsojen.⁵⁷ Zato pri izrekanju OPK, ki izvira iz drugih kriminalnih dejavnosti obsojenega storilca, upoštevajoč stališča ESČP, ne gre za odločanje o samostojni obtožbi.

⁵⁶ Sodba ESČP, *Geerings v. Nizozemska*, št. 30810/03 z dne 1. marca 2007.

⁵⁷ Povezava je razvidna že iz dikcije člena, dodatno glej: H. Jenull, v: M. Ambrož in H. Jenull, nav. delo, str. 85. Pri tem – drugače od nekaterih tujih ureditev – pri nas ni mogoče uporabiti domneve nezakonitega izvora premoženja, pač pa je izvor premoženja treba ugotoviti, ne glede na to, ali gre za premoženjsko korist, pridobljeno z ravnanjem obsojenega storilca ali drugega člana hudodelske združbe.

6.2. Procesne posledice

Kakšen pomen imajo te ugotovitve? Gotovo mora odločanje na podlagi 77.a člena KZ-1 slediti minimalnim merilom poštenega postopka, kot jih narekuje 6. člen EKČP. Zato lahko najprej ugotovimo, da procesna ureditev, ki jo ponuja 499. člen ZKP, gotovo ni primerna – iz enakih razlogov, kot so bili navedeni v zvezi s »klasičnim« OPK. Tudi v postopek odločanja o razširjenem odvzemu je treba uvesti obtožno načelo, še posebej kadar se storilcu odvzame premoženje, ki izvira iz kriminalne dejavnosti drugega.

Raven zagotavljanja drugih procesnih jamstev je odvisna od konkretne procesne situacije. Odločilno bo, ali se članom hudodelske združbe sodi skupaj ali posamično. Položaji, v katerih se storilcu, ki je končni prejemnik premoženja, in storilcu, iz čigar kriminalne dejavnosti premoženje izvira, sodi skupaj, ne bi smeli biti problematični. Obema je treba zagotoviti temeljna procesna jamstva, ki jih uživata kot obdolženca v kazenskem postopku. Prav tako ne bo sporen položaj, ko bo storilec, iz čigar kriminalne dejavnosti izvira premoženje, že obsojen. V tem primeru bo dokazovanje predpostavk za odvzem premoženja končnemu prejemniku zaradi vezanosti na obsodilno sodbo močno olajšano. Previdneje pa je treba ravnati, če se končnemu prejemniku premoženja sodi in odvzame premoženje, ne da bi bil pred tem ali hkrati spoznan za krivega kaznivega dejanja tudi tisti, čigar kriminalna dejavnost je vir tega premoženja.

Ugotovitev, da premoženje izhaja iz kriminalnih dejavnosti drugih (članov hudodelske združbe), ne sme prerasti v ugotovitev o krivdi tistega, iz čigar ravnanj premoženje izvira.⁵⁸ Domneva nedolžnosti prepoveduje, da bi se državni organi (tudi sodišča) v svojih izjavah (pred pravnomočnostjo obsodbe) kategorično izjavljali o krivdi posameznika. To vključuje vse izjave, ki spodbujajo prepričanje javnosti o posameznikovi krivdi in s tem prejudicirajo ugotavljanje dejstev v kazenskem postopku ter s tem presegajo zgolj izjave o sumu kaznivega dejanja. Za kršitev zadošča že sklepanje, ki kaže, da sodišče ali druga uradna oseba šteje posameznika za krivega kaznivega dejanja.⁵⁹ To po stališču ESČP v zadevi *Karaman* velja tudi takrat, kadar sodišča takšne izjave podajo pri odločanju v kazenskih postopkih, ki se zoper udeležence kaznivega dejanja vodijo ločeno. Sklepamo lahko, da to toliko bolj velja takrat, kadar se zoper soudeleženca kaznivega dejanja postopek (še) ne vodi.

Vendar pa je ESČP v zadevi *Karaman* posebej poudarilo pomen konteksta, v katerem se sodišče izjavlja o dejstvih, ki bi lahko vodila v sklepanje o krivdi

⁵⁸ Tako ESČP med drugim v sodbi *Karaman v. Nemčija*, št. 17103/10 z dne 27. februarja 2014.

⁵⁹ Povzetek stališč ESČP v sodbi *Karaman*, obrazložitev, tč. 41.

soudeleženca kaznivega dejanja. Dejansko stanje v obravnavani zadevi se nanaša prav na vprašanje ugotovitev sodišča o članstvu pritožnika v hudodelski združbi, te ugotovitve pa je sodišče podalo v postopku zoper tretjega. ESČP je sprejelo stališče, da so izjave o udeležbi tretjih oseb v določenih okoliščinah neizogibne za odločitev o krivdi obdolženca.⁶⁰ Takšne izjave morajo – zaradi visokih dokaznih zahtev v kazenskem postopku – presegati raven sumničnej in golih očitkov.⁶¹ Pri tem se morajo sodišča skrbno izogibati tistim ugotovitvam in dejstvom, ki niso neizogibna za ugotavljanje krivde obdolženca.

6.3. Dokazni standard

Druga posledica ugotovitve, da odločanje o razširjenem odvzemu lahko pomeni samostojno obtožbo, je uporaba višjega dokaznega standarda. Vendar pa je treba biti pri iskanju odgovora na vprašanje, kakšen naj bo ta standard, izrazito previden, predvsem zaradi heterogenosti procesnih in materialnopravnih položajev, s katerimi se lahko srečamo. Kot primer naj navedem ureditev razširjenega odvzema, kot ga ureja kanadski *Criminal Code*, pa še to, seveda, zgolj zaradi ponazoritve. Samoumevno je, da merila EKČP za kanadsko pravo ne veljajo.

Kanadsko pravo pri razširjenem odvzemu razlikuje med dvema položajema. Prvič: če sodišče ni prepričano o tem, da premoženje oziroma premoženjska korist, katere odvzem predlaga tožilec, izvira iz dejanja, za katero je storilec obsojen, lahko še vedno izreče OPK, če je (na predlog tožilca) *onkraj razumnega dvoma* prepričano, da to premoženje izvira iz (drugega) kaznivega dejanja;⁶² ne zahteva se, da bi šlo za dejanje obsojenega storilca. V tem primeru torej velja dokazni standard, ki se terja za obsodbo.

In drugič: tožilec lahko zatrjuje, da ravnanje obsojenega v desetih letih pred začetkom kazenskega postopka izkazuje vzorec kriminalne dejavnosti (*pattern of criminal activity*),⁶³ in zahteva odvzem premoženja, pridobljenega s to aktivnostjo. Pri ugotavljanju vzorca kriminalne dejavnosti mora sodišče ugotoviti vsaj še dve storitvi ali opustitvi, ki pomenita vsaj dve težji kaznivi dejanji (*serious offence*, ki jih kanadsko pravo posebej opredeljuje) ali eno dejanje hudo-

⁶⁰ Prav tam, obrazložitev, tč. 64.

⁶¹ Drugače v ločenem odklonilnem mnenju sodnika Villiger in Yudkivska.

⁶² *Criminal Code*, Sec. 462.37 (2), <laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-215.html#docCont> (2. 7. 2013). Primerjaj tudi enako stališče v nemškem pravu glede ukrepa razširjenega odvzema po para. 73d StGB, v J. Benseler, nav. delo.

⁶³ Enaka pravila veljajo tudi, če obstaja nesorazmerje med premoženjem obsojenca in njegovimi prihodki. Te okoliščine tu ne obravnavam, ker je v slovenskem pravu relevantna le v okviru odvzema premoženja nezakonitega izvora po ZOPNI.

delske združbe.⁶⁴ V tem primeru velja nižji dokazni standard, že omenjeni *on balance of probabilities*.⁶⁵

Prvi ukrep se izreče v primeru, ko gre za dejanje iste ali druge osebe, pri čemer (v kanadskem primeru) ni nujno, da gre za kaznivo dejanje, ki bi bilo sploh kakorkoli povezano z dejanjem, ki je predmet obsodbe, niti ni treba, da gre za dejanje obsojenega storilca. Skozi optiko meril ESČP torej ta ukrep bodisi v subjektivnem bodisi v objektivnem smislu presega okvir obtožbe, o kateri je sodišče odločilo z obsodilno sodbo. V subjektivnem takrat, ko se lahko izreče zaradi dejanja druge osebe, v objektivnem pa takrat, ko se izreče obsojenemu storilcu, a za drugo, nepovezano kaznivo dejanje. Gre torej za odločitev o OPK na podlagi nove, samostojne obtožbe (iste ali druge osebe), zaradi česar velja domneva nedolžnosti. Zato je treba upoštevati dokazni standard, ki velja za obsodilno sodbo. Če primerjamo doseg kanadske ureditve z drugim odstavkom 77.a člena KZ-1, ugotovimo, da se prekrivata le deloma, in sicer kadar se obsojenemu storilcu odvzame premoženje, pridobljeno s kriminalno aktivnostjo drugih članov kriminalne združbe.

Drugi ukrep pa je drugačen. V subjektivnem in v objektivnem smislu se namreč še vedno giblje znotraj prejšnje obtožbe, o kateri je sodišče odločilo v obtožbi. V primeru vzorca kriminalne dejavnosti gre najprej za ugotavljanje pretekle kriminalne dejavnosti storilca, ki ga je sodišče hkrati tudi spoznalo za krivega, ne pa za dejavnosti druge osebe. Ob tem mora sodišče pri ugotavljanju vzorca kriminalne dejavnosti izhajati tudi iz okoliščin kaznivega dejanja, za katero je storilca obsodilo.⁶⁶ To kaznivo dejanje, ki je že bilo onkraj razumnega dvoma ugotovljeno v obsodilni sodbi, je torej vendarle košček ugotovljenega vzorca kriminalne dejavnosti. In ker mora sodišče ugotavljati *vzorec* kriminalne dejavnosti, mora biti med dejanji vsebinska povezava. Hkrati mora sodišče oceniti, da je šlo za kriminalno dejavnost, katere namen je pridobivanje premoženjske koristi, predmet odvzema pa je premoženje, s katerim razpolaga obsojeni storilec, in ga tožilec določi v predlogu za izrek OPK.

Skozi prizmo stališč ESČP se torej ta, drugi ukrep giblje znotraj meja, ki jih je postavilo v zadevi *Phillips*. To pomeni, da za ugotovitev vzorca kriminalne dejavnosti ravnanja obsojenca ni treba slediti dokaznemu standardu, ki se zahteva za obsodbo. Enako velja tudi za drugi odstavek 77.a člena KZ-1, kadar se

⁶⁴ Criminal Code, Sec. 462.37 (2.05), <laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-215.html#docCont> (2. 7. 2013).

⁶⁵ Criminal Code, Sec. 462.37 (2.01), <laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-215.html#docCont> (2. 7. 2013).

⁶⁶ Criminal Code, Sec. 462.37 (2.04), <laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-215.html#docCont> (2. 7. 2013).

izreka obsojenemu storilcu: ker se zahteva vsebinska povezava med dejanjem, ki je predmet obsodbe, in kriminalno dejavnostjo (vezni člen je namen, za katerega je bila ustanovljena hudodelska združba), ostaja tudi ta ukrep znotraj meril, postavljenih v zadevi *Phillips* in drugi.

Slednje pomeni, da kaže tudi v slovenski ureditvi pri odločanju o razširjenem odvzemu premoženja, ki izvira iz dejavnosti drugih oseb, uporabiti dokazni standard, ki velja za obsodbo. V drugih primerih pa ni videti ovir, da ne bi odločitve sprejeli ob nižjem standardu, že omenjenem (civilnopravnem) standardu *pretežne verjetnosti*.

7. SKLEP

Odločanje o OPK v procesnem smislu postaja izrazito kompleksno. Najbrž je to tudi bilo pričakovati, zlasti v času, ko zakonodajalec in pravosodni organi krepijo prizadevanja pri pregonu organizirane in gospodarske kriminalitete. Izraziti premoženjski motivi pri storilcih tovrstnih kaznivih dejanj terjajo, da se pravosodni organi osredotočijo prav na njihovo premoženje. O teh mehanizmih delovanja, zlasti organizirane kriminalitete, je v slovenskem prostoru že dovolj napisano, v zadnjih letih pa je do tega spoznanja prišel tudi zakonodajalec. Zato se ni mogoče izogniti vtisu, da tovrstni ukrepi pomenijo nadomestek kazenskim sankcijam. Njihova (materialnopravna) osredotočenost na lastninsko pravico naj bi dopuščala tudi fleksibilnejši procesni okvir. Temu nedvomno sledi tudi procesni okvir kazenskopravnega odvzema premoženjske koristi.

Ne glede na to, ali OPK uvrstimo med civilne ali kazenske sankcije, ne glede na to, za kakšen dokazni standard se zavzemamo, in ne glede na to, ali gre pri OPK za odločanje o novi obtožbi ali ne, se ukrepi odvzema premoženja ali premoženjske koristi v očeh laične in strokovne javnosti sprevračajo v kaznovalne ukrepe. Prav je, da to razumevanje prelijemo tudi v postopek odločanja o OPK in sprejmemo – ne glede na različne položaje – minimalna merila poštenega postopka. Korak k večji akuzatornosti postopka odvzema premoženjske koristi bo ne le dobrodošel, ampak neizogiben.

Literatura

- Matjaž Ambrož in Hinko Jenull: Kazenski zakonik (KZ-1) z novelama KZ-1A in KZ-1B: razširjena uvodna pojasnila. GV Založba, Ljubljana 2012.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Matjaž Ambrož, Katja Filipčič: Kazensko pravo: splošni del, 6. izdaja. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2013.

- Justus Benseler: Forfeiture Legislation in Germany: Legal Basis and Prosecution Practice, v: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 5 (1997) 3, str. 203–209.
- Charles Doyle: Crime and Forfeiture, <fas.org/sgp/crs/misc/97-139.pdf> (30. 7. 2014).
- Zlatko Dežman in Anže Erbežnik: Kazensko procesno pravo Republike Slovenije. GV Založba, Ljubljana 2003.
- Primož Gorkič: Objektivni pogoj kaznivosti: umestitev v splošni pojem kaznivega dejanja, v: *Pravnik*, 62 (2007) 1–3, str. 108–125.
- Primož Gorkič: Stranske žrtve uvedbe odvzema premoženja z obrnjenim dokaznim bremenom, v: *Podjetje in delo*, (2011) 6-7, str. 1031–1037.
- Momčilo Grubač: Krivično procesno pravo, 7. izdanje. PF Univerze Union v Beogradu in Službeni glasnik, Beograd 2011.
- Štefan Horvat: Zakon o kazenskem postopku s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Peter Kobe: Povrnitev škode kot predmet kazenskega postopka – Adhezijski postopek (primerjalnopravni prikaz in analiza), v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 37 (1978), str. 97–164.
- Tomaž Pavčnik: Dokazni standardi, v: *Podjetje in delo*, (2012) 6-7, str. 1407–1416.
- Matevž Pezdirc: Kazenska, razširjena in civilna zaplemba protipravne premoženjske koristi, v: *Pravna praksa*, 29 (2010) 34, str. 6–9.
- Katja Šugman Stubbs in Primož Gorkič: *Dokazovanje v kazenskem postopku*. GV Založba, Ljubljana 2011.
- Stefan Trechsel: *Human rights in criminal proceedings*. Oxford University Press, Oxford, New York 2005.
- Lojze Ude, Nina Betetto, Aleš Galič, Vesna Rijavec, Dragica Wedam Lukić in Jan Zobec: *Pravdni postopek: zakon s komentarjem*, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2005.
- Tihomir Vasiljević: *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*. Naučna knjiga, Beograd 1964.
- Klaus Volk: *Strafprozessrecht*. C. H. Beck, München 1999.
- Živko Zobec: *Komentar zakona o kazenskem postopku s sodno prakso*. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1985.

AVTORSKI SINOPSIS*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 343.13/.14:343.272(497.4)

GORKIČ, Primož: Dokazovanje v postopku odločanja o odvzemu premoženjske koristi in premoženja**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 9-10**

Avtor se v prispevku posveča aktualnim procesnopравnim vprašanjem kazenskopравnega odvzema premoženjske koristi, ki je (zlasti) materialnopравno v zadnjih letih doživel pomembne spremembe. Pri tem izhaja iz različnih materialnopравnih in procesnopравnih podlag in obravnava vprašanja veljavnosti domneve nedolžnosti, dokaznega standarda, odločanja po prostem preudarku in uporabe obtožnega načela. Posebno pozornost namenja procesnim vidikom razširjenega odvzema premoženjske koristi, ki jih obravnava skozi prizmo uveljavljenih stališč Evropskega sodišča za človekove pravice in nekaterih primerjalnopравnih primerov.

Original Scientific Article

UDC: 343.13/.14:343.272(497.4)

GORKIČ, Primož: Evidence-Taking in Criminal Forfeiture Procedures

Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 9-10

Last amendments to Criminal Code and its provisions on criminal forfeiture have significantly altered its scope. The paper focuses on procedural implications of recent developments in Slovenian law, drawing from different solutions adopted in substantive criminal law that require different procedural outlines. The paper deals with issues of presumption of innocence, standards of proof, accusatory principle and discretionary powers of the courts. Special attention goes to newly introduced forms of extended confiscation. Their procedural implications have been scrutinised in the light of ECtHR case-law and relevant comparative solutions.